

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Julho-Setembro/2001 – Ano 38 – N.º 151



Djanira, "Sertaneja do Maranhão", 1971. Acervo do Senado Federal

Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 38 • nº 151

julho/setembro – 2001

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: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

Fax: (61) 311-4258. E-Mail: ssetec@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINALS: Angelina Almeida Silva, Ana Paula Marques Silva, Daniela Pereira Rodrigues, Renata Filgueira Costa

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Greyciane Souza Lins

REVISÃO DE PROVAS: Maria de Jesus Pimentel, Rejane Ribeiro de Oliveira, Viviane Inacio da Silva

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Camila Luz Ferreira

CAPA: Renzo Viggiano

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

© 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.

Pidese 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 38 · nº 151 · julho/setembro · 2001

Adilson Abreu Dallari	Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações 7
Roberto Amaral	Apontamentos para a reforma política. A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa 29
Jete Jane Fiorati	A defesa da concorrência no Brasil e o projeto de lei que cria a ANCC: aspectos polêmicos 67
Nina T. Disconzi Rodrigues	O sentido e alcance do conceito e da natureza jurídica do tributo em face da Constituição Federal de 1988 e do Código Tributário Nacional 85
Paulo Luiz Netto Lôbo	Direito do Estado federado ante a globalização econômica 95
Vladimir da Rocha França	Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos 109
José Veríssimo Teixeira da Mata	Nova disciplina dos precatórios 125
Joaquim B. Barbosa Gomes	A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro 129
Jorge Ulisses Jacoby Fernandes	O ordenador de despesas e a Lei de Responsabilidade Fiscal 153
Frank Larrúbia Shih	Seguro educacional e as diretrizes e bases da educação nacional 171
Mônica Teresa Costa Sousa	A participação do indivíduo no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos 177
Floriano de Azevedo Marques Neto	Aspectos jurídicos enredados na implantação do programa de inspeção veicular 183
Gladston Mamede e Eduarda Cotta Mamede	A alíquota no Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores 191
Maria Coeli Simões Pires	Direito Urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural 207

João Paulo Allain Teixeira	Jurisdição, tópica e razoabilidade 231
Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira	O <i>leasing</i> de veículo e a prisão por depósito infiel em sede de execução por dívida pessoal do arrendatário 249
José Jardim-Rocha Júnior	Problemas com o governo dos juízes: sobre a legitimida- de democrática do <i>judicial review</i> 255
Agaciel da Silva Maia	A Dinâmica do Senado brasileiro 279

Uso do espaço urbano por concessionárias de serviços de telecomunicações

Adilson Abreu Dallari

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Formas de uso de bens públicos. 3. A legislação municipal sobre uso de bens públicos. 4. Servidões administrativas. 5. A legislação sobre concessões de serviços públicos. 6. A legislação federal sobre telecomunicações. 7. Comentários a jurisprudência existente. 8. Considerações doutrinárias. 9. Conclusões.

1. Considerações preliminares

É mansamente pacífico o entendimento no sentido de que a passagem de dutos e fiação por imóveis privados depende, normalmente, conforme as circunstâncias, ou de desapropriação da faixa correspondente, ou da instituição de servidão. Em qualquer caso, sempre haverá necessidade de indenizar o particular proprietário da área afetada, em razão dos danos que lhe forem acarretados pelo sacrifício parcial de seu direito de propriedade.

Questiona-se, porém, a licitude ou a viabilidade da exigência de pagamento pela passagem de dutos ou fiação, feita por concessionário de serviço público, sobre ou sob área pública pertencente a pessoa jurídica distinta daquela outorgante da concessão.

Na mais resumida síntese, em tais situações, o que se alega, equivocadamente, é uma espécie de vocação natural das áreas públicas para a realização de serviços públicos, motivo pelo qual não se haveria de falar em pagamento pelo uso, mesmo que tais servi-

os fossem realizados por empresas privadas concessionárias, pois o serviço por elas explorado, em si mesmo, não deixa de ser serviço público, que acaba sendo remunerado mediante o pagamento de tarifas pelos consumidores, que outra coisa não são senão a mesma coletividade “dona” dos imóveis públicos afetados pelas redes.

A discussão desse assunto começa pela identificação do que deve ser entendido como “serviço público”, o que se fará com a preciosa ajuda de Caio Tácito, em estudo exatamente sobre o *Conceito de Serviço Público* (1997, p. 637-642), do qual se extraíram as passagens que se seguem:

“Entre as mais árduas missões do jurista, no campo do Direito Administrativo, figura a de conceituar, adequadamente, o serviço público. Embora ocorra, fragmentariamente, a qualificação legal das atividades ou órgãos do Estado suscetíveis dessa designação não se torna fácil condensar, em síntese definidora, os elementos que o identifiquem, no tempo e no espaço”.

“Costuma-se, ainda, opor, na caracterização do serviço público, a definição material ou funcional à concepção orgânica ou formal. A primeira tem em mira a atividade de interesse geral a que se destina o serviço; a segunda considera dominante o organismo administrativo que o desempenha.

Ao conceito jurídico do serviço público, como expressão típica de atividade estatal, poder-se-á, ainda, agregar a sua significação econômica, social, política ou fiscal, nem sempre coincidente com o sentido orgânico ou administrativo da expressão”.

“Certamente a evolução moderna do Estado exaltou de tal forma a sua participação na ordem social que a essencialidade passou a abranger tanto os encargos tradicionais de garantias da ordem jurídica como as prestações administrativas que são

emanações dos modernos direitos econômicos e sociais do homem, tão relevantes, na era da socialização do direito, como os direitos individuais o foram na instituição da ordem liberal”.

“Temos, de uma parte, uma forma de ação geral e indivisível do serviço público, que atende diretamente a interesses coletivos indiscriminados (*uti universi*) e corresponde a uma atividade soberana e privativa do Estado.

De outra parte, ocorrem prestações de serviço que, embora genéricas quanto à sua disponibilidade, visam a satisfazer interesses que se podem individualizar entre determinadas pessoas, que as usufruem diretamente (*uti singuli*). Tais prestações administrativas não são privativas do Estado *rati-one materiae*, não emanam de seu poder soberano, embora possam constituir monopólio estatal *de lege*”.

São elementos integrantes do conceito a relevância social da atividade, quem a executa, o regime jurídico de execução, os consumidores atingidos e a forma de instituição. O objeto deste estudo é a prestação de serviços públicos “*uti singuli*”, prestados a pessoas determinadas, cuja *execução* pode ser delegada a particulares.

Embora no decorrer da exposição sejam feitas referências a outros serviços análogos, o específico serviço público deflagrador do presente estudo é o de telefonia fixa, que é um serviço público federal.

Ou seja, não há um serviço público universal. Existem diferentes serviços públicos prestados sob diferentes regimes, por diferentes prestadores. No caso brasileiro, dada a estrutura federativa do Estado Nacional, cada serviço público será necessariamente jungido a uma específica entidade componente da federação, podendo afetar (e esse é o ponto nodal da questão) direitos e interesses de outras entidades federadas.

Por força do disposto no art. 21 da Constituição Federal, compete à União:

“XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

O serviço público de telefonia fixa, espécie do gênero serviços de telecomunicações, sem dúvida, um *serviço público federal*, mas sua execução delegada a empresas privadas, sob a forma de concessão, nos termos e condições estabelecidas pela Constituição Federal:

“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.

Parágrafo único. 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 e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado”.

O concessionário não adquire a titularidade, apenas explora economicamente a prestação do serviço concedido, que continua sendo público e, como tal, sujeito a condicionamentos especiais e dotado de prerogativas também especiais.

Para cumprir seu dever de prestar o serviço do qual é delegado, o concessionário necessita utilizar ou ocupar espaços físicos. Tal ocupação, em algumas situações, é excludente de qualquer outra, obrigando a que a empresa concessionária adquira tais espaços, por qualquer das formas civis ou por meio de desapropriação, pagando a justa indenização, seja lá quem for o proprietário do imóvel desapropriado.

Em outras situações, o uso feito pelo concessionário não é excludente; ou seja, pode conviver com outros usos. Ou, mais exatamente; o uso feito pelo concessionário não acarreta a necessidade de adquirir o imóvel, mas, sim, de apenas utilizá-lo. Quando a empresa concessionária necessita usar um imóvel alheio, ela pode obter o direito de fazê-lo tanto pelas formas civis, quanto por meio da instituição de servidão administrativa, pagando o valor correspondente aos danos materiais que o uso do imóvel alheio acarretar ao proprietário.

Quando esse direito de uso incide sobre imóvel particular, não há problema algum. O problema está no uso, pela empresa privada concessionária, para a prestação do serviço público concedido, de imóvel qualificado como bem público. Convém, portanto, agora, discorrer sobre o uso de bens públicos por pessoa física ou jurídica que não seja o titular de seu domínio.

O problema apontado não existe apenas na área das telecomunicações. O que passa a ser dito vale, em princípio, para qualquer outro serviço público concedido que apresente problemas análogos, como é o caso, por exemplo, do fornecimento de energia elétrica e de gás canalizado. Por essa razão, algumas referências legislativas, doutrinárias e, especialmente, jurisprudenciais são relativas a tais serviços.

2. Formas de uso de bens públicos

Os bens públicos são normalmente utilizados pela Administração Pública detentora de sua titularidade, para a execução de seus serviços, ou são utilizados, de maneira geral, impessoal e indistinta, pela coletividade em geral, por todas as pessoas, em caráter não-exclusivo, para fins de locomoção e recreação.

Quando determinada pessoa, física ou jurídica, necessita usar um bem público em caráter exclusivo, configura-se aquilo que a doutrina denomina “uso especial de bem

úblico”, cujo regime jurídico é assim des-
rito por Hely Lopes Meirelles:

“Uso especial – uso especial é todo
aquele que, por um título individual,
a Administração atribui a determina-
da pessoa para fruir de um bem pú-
blico com exclusividade, nas condi-
ções convencionadas”.

“Ninguém tem direito natural a
uso especial de bem público, mas qual-
quer indivíduo ou empresa pode obtê-
lo mediante contrato ou ato unilateral
da Administração, na forma autoriza-
da por lei ou regulamento ou simples-
mente consentida pela autoridade
competente. Assim sendo, o uso espe-
cial do bem público será sempre uma
utilização individual – *uti singuli* – a
ser exercida privativamente pelo ad-
quirente desse direito. O que tipifica o
uso especial é a privatividade da uti-
lização de um bem público, ou de par-
cela desse bem, pelo beneficiário do
ato ou contrato, afastando a fruição
geral e indiscriminada da coletivida-
de ou do próprio Poder Público. Esse
uso pode ser consentido gratuita ou
remuneradamente, por tempo certo ou
indeterminado, consoante o ato ou
contrato administrativo que o autori-
zar, permitir ou conceder.

Uma vez titulado regularmente o
uso especial, o particular passa a ter
um direito subjetivo público ao seu
exercício, oponível a terceiros e à pró-
pria Administração, nas condições
estabelecidas ou convencionadas. A
estabilidade ou precariedade desse
uso assim como a retomada do bem
público, com ou sem indenização ao
particular, dependerão do título atribu-
tivo que o legitimar” (2000, p. 474-).

Os bens públicos, conforme acima refe-
rido, podem ser utilizados por terceiros por
diversas formas já consagradas na legisla-
ção e na doutrina. Cada uma dessas formas
em características, condições e finalidades
distintas.

Novamente recorreremos ao magistério de
Hely Lopes Meirelles (Op. cit.) para forne-
cer uma visão panorâmica e sintética, con-
tendo apenas os elementos essenciais de
cada uma dessas formas:

“*Autorização de uso*: autorização de
uso é o ato unilateral, discricionário e
precário pelo qual a Administração
consente na prática de determinada
atividade individual incidente sobre
um bem público. Não tem forma nem
requisitos especiais para sua efetiva-
ção, pois visa apenas a atividades
transitórias e irrelevantes para o Po-
der Público, bastando que se consubs-
tancie em ato escrito, revogável sum-
ariamente a qualquer tempo e sem ônus
para a Administração”.

“*Permissão de uso*: permissão de uso
é ato negocial, unilateral, discricioná-
rio e precário através do qual a Admi-
nistração faculta ao particular a uti-
lização individual de determinado bem
público. Como ato negocial (TJSP,
RJTJSP 124/202), pode ser com ou
sem condições, gratuito ou remunera-
do, por tempo certo ou indetermina-
do, conforme estabelecido no termo
próprio, mas sempre modificável e re-
vogável unilateralmente pela Admi-
nistração, quando o interesse público
o exigir, dados sua natureza precária
e o poder discricionário do permiten-
te para consentir e retirar o uso espe-
cial do bem público. A revogação faz-
se, em geral, sem indenização, salvo
se em contrário se dispuser, pois a re-
gra é a revogabilidade sem ônus para
a Administração”.

“*Cessão de uso*: cessão de uso é a
transferência gratuita da posse de um
bem público de uma entidade ou ór-
gão para outro, a fim de que o cesso-
nário o utilize nas condições estabe-
lecidas no respectivo termo, por tem-
po certo ou indeterminado. É ato de
colaboração entre repartições públi-
cas, em que aquela que tem bens des-

necessários aos seus serviços cede o uso a outra que deles está precisando”.

“*Concessão de uso*: concessão de uso é o contrato administrativo pelo qual o Poder Público atribui a utilização exclusiva de um bem de seu domínio a particular, para que o explore segundo sua destinação específica. O que caracteriza a concessão de uso e a distingue dos demais institutos assemelhados – autorização e permissão de uso – é o caráter contratual e estável da outorga do uso do bem público ao particular, para que o utilize com exclusividade e nas condições convenionadas com a Administração.

A concessão pode ser remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, mas deverá ser sempre precedida de autorização legal e, normalmente, de licitação para o contrato. Sua outorga não é nem discricionária nem precária, pois obedece a normas regulamentares e tem a estabilidade relativa dos contratos administrativos, gerando direitos individuais e subjetivos para o concessionário, nos termos do ajuste. Tal contrato confere ao titular da concessão de uso um direito pessoal de uso especial sobre o bem público, privativo e intransferível sem prévio consentimento da Administração, pois é realizado *intuitu personae*, embora admita fins lucrativos”.

“*Concessão de direito real de uso*: a concessão de direito real de uso é o contrato pelo qual a Administração transfere o uso remunerado ou gratuito de terreno público a particular, como direito real resolúvel, para que dele se utilize em fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo ou qualquer outra exploração de interesse social. É o conceito que se extrai do art. 7º do Dec.-lei federal 271, de 28.2.67, que criou o instituto, entre nós.

A concessão de uso, como direito real, é transferível por ato *inter vivos* ou por sucessão legítima ou testamentária, a título gratuito ou remunerado, como os demais direitos reais sobre coisas alheias, com a só diferença de que o imóvel reverterá à Administração concedente se o concessionário ou seus sucessores não lhe derem o uso prometido ou o desviarem de sua finalidade, contratual”.

“*Enfiteuse ou aforamento* - enfiteuse ou aforamento é o instituto civil que permite ao proprietário atribuir a outrem o domínio útil de imóvel, pagando a pessoa que o adquire (enfiteuta) ao senhorio direto uma pensão ou foro, anual, certo e invariável (CC, art. 678). Consiste, pois, na transferência do domínio útil de imóvel público a posse, uso e gozo perpétuos da pessoa que irá utilizá-lo daí por diante”.

Já tem entendido a jurisprudência (conf. RE nº 55.275 STJ, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, publicado na RDA 202/242) que, não obstante a Administração Pública possa ser locatária de imóvel particular, quando ela, Administração, outorga contratualmente o direito de uso remunerado e temporário de um imóvel público a pessoa privada, não se configura uma relação locatícia, regida pela legislação civil, mas, sim, uma concessão de uso, regida pelo direito administrativo.

De qualquer maneira, e isto é o que se quer destacar, em todos esses casos há uma relação negocial; não há compulsoriedade. Todas essas formas de uso especial de bem público pressupõem um acordo de vontades, inclusive quanto ao preço a ser pago pelo uso.

Tanto faz que o outorgado seja pessoa física ou jurídica, de direito privado ou de *direito público*. Qualquer dessas formas pode servir para viabilizar o uso, por uma empresa concessionária de serviço público, de imóvel público necessário ao desenvolvimento dos serviços concedidos.

No caso especificamente em exame, da prestação de serviços de telefonia fixa, os problemas que estão surgindo se referem não exclusivamente, mas em maior número) ao uso, pelas empresas concessionárias, do solo, do subsolo e do espaço aéreo de áreas públicas urbanas, o que determina a necessidade de um exame dessas formas negociais de uso no âmbito da Administração Pública municipal.

3. A legislação municipal sobre uso de bens públicos

O Município, por força do disposto nos artigos 1º, 18 e 29 da Constituição Federal, é pessoa jurídica de direito público interno, integrante da federação brasileira, dotado de autonomia política, administrativa e financeira, regendo-se por sua respectiva Lei Orgânica e pela legislação própria que lhe ditar.

Cabe a cada Município dispor sobre o uso dos bens que integram seu patrimônio. Assim, cada problema surgido em cada específico Município dependerá, para sua solução, do exame da legislação própria local. Não obstante, existem muitos pontos que não tratados nas diversas legislações municipais de maneira bastante assemelhada, permitindo que se sejam algumas considerações de ordem geral sobre o uso especial de bens públicos municipais.

Normalmente a Lei Orgânica do Município, em diversos artigos, que precisam ser examinados em seu conjunto, contempla os pontos principais referentes ao assunto. Inicialmente, é preciso verificar o que diz a LOM para se aferir se há, ou não, necessidade de autorização legislativa para a outorga.

Usualmente, as Leis Orgânicas restringem a obrigatoriedade de autorização da Câmara Municipal apenas à alienação de bens imóveis e, no tocante à sua gestão, apenas às figuras da concessão administrativa de direito real de uso. Nos demais casos de mera gestão, normalmente, deixam ampla margem de liberdade ao Executivo.

O ponto fundamental da legislação local está na enumeração das competências do Prefeito Municipal. Na parte da Lei Orgânica Municipal que disciplina esse assunto, cabe verificar quais os poderes conferidos ao Prefeito no tocante aos bens públicos municipais.

As Leis Orgânicas costumam determinar que, para celebrar convênios ou acordos, atos bi ou multilaterais, é indispensável a autorização da Câmara, a qual não é exigida nos casos de outorga de simples permissões ou autorizações, atos unilaterais e precários, que não cerceiam a liberdade ou comprometem economicamente o Município.

Especificamente quanto à gestão dos bens municipais, como regra geral sua administração compete ao Prefeito, devendo ser respeitada a competência da Câmara quanto àqueles utilizados em seus serviços.

É normal que, na gestão dos bens municipais, seja dada competência ao Prefeito para atribuir o seu uso a terceiros, mediante concessão, permissão ou autorização, conforme o caso, o interesse público específico e as necessidades do outorgado. A enfiteuse ou aforamento praticamente não é utilizada.

A doutrina (conforme visto anteriormente) já traçou os pontos característicos dessas diferentes modalidades, delineando esse que, com alguma variação, costuma ser acatado pelas legislações locais.

Num primeiro momento, portanto, parece não haver grandes dificuldades na outorga do uso do solo, do subsolo e do espaço aéreo aos concessionários de serviços públicos federais, desde que se chegue a um acordo no tocante ao preço, mas é exatamente aqui que está o problema, dado que, tradicionalmente (por circunstâncias bastante conhecidas e que são irrelevantes para a solução da questão atual), esse uso nunca foi devidamente formalizado e nunca foi feito em caráter oneroso.

Agora, em face das circunstâncias vigentes, imediatamente aflora a pergunta: caso não se chegue a um acordo, o titular do bem

blico pode recusar-se a outorgar, por exemplo, uma concessão de uso ou permissão de uso? E a resposta é positiva: sim, pode, se não houver entendimento quanto às condições do justo, inclusive quanto ao preço.

Tal resposta deflagra imediatamente uma perplexidade: isso poderia inviabilizar a prestação de um serviço público concedido pelo Estado! Tal perplexidade, entretanto não existe, pois sendo público o serviço concedido, a empresa privada concessionária pode compelir o proprietário do bem público a possibilitar o seu uso, pela forma prevista na legislação brasileira exatamente para isso, qual seja a servidão administrativa, assunto sobre o qual se passa a discorrer.

4. *Servidões administrativas*

Existe uma forma de utilização compulsória de bem público municipal por terceiro, desde que esse terceiro seja uma entidade pública federal ou estadual, ou empresa privada prestadora de serviço público, mediante outorga da União ou do Estado. Trata-se da servidão administrativa, cuja instituição está prevista no art. 40 do Decreto-lei nº 3.365, de 21/06/41, que dispõe sobre o processo da desapropriação, o qual diz, em síntese, que os dispositivos dessa lei são aplicáveis, no que couber, à instituição de servidões administrativas.

Já tivemos ocasião de publicar estudo sobre o tema, no qual estabelecemos as diferenças entre a servidão administrativa e outros meios de intervenção estatal na propriedade alheia (as limitações administrativas e as desapropriações) e delineamos seus traços principais, estudo esse do qual os permitimos transcrever o essencial:

“As limitações administrativas, enquanto tais, são sempre gratuitas. Representam a forma mais branda de atuação estatal no tocante à propriedade privada, pois nada retiram do proprietário.

No extremo oposto, temos o instituto da desapropriação, definido no

Código Civil brasileiro como forma de extinção da propriedade privada. Com efeito, por meio da desapropriação o Estado faz desaparecer uma determinada propriedade privada, que é substituída por seu equivalente em dinheiro, e faz surgir, ao mesmo tempo, mas originariamente (sem que haja transferência), a propriedade pública.

A desapropriação é sempre onerosa. É a forma mais intensa de intervenção estatal na propriedade, pois retira totalmente o conteúdo do direito de propriedade.

Entre esses dois extremos estão as servidões administrativas, por meio das quais o Estado obtém o uso da propriedade privada sem retirá-la de seu proprietário, e se apresentam como medidas ora genéricas, ora específicas; ora gratuitas, ora onerosas.

Enquanto a desapropriação configura claramente uma obrigação de dar, inexistente nos outros meios de atuação estatal aqui referidos, o tipo de obrigação decorrente das limitações administrativas e das servidões administrativas não é tão evidente.

De maneira geral, pode-se dizer que das limitações decorre uma obrigação de não fazer, de abster-se, um ‘non facere’; enquanto das servidões deriva um dever de suportar que se faça, deixar fazer, um ‘pati’.

“Cabe, por último, apenas registrar que *as servidões administrativas admitem também uma separação entre indenizáveis e não indenizáveis. Ou seja, algumas são instituídas a título gratuito e outras a título oneroso*, mas essa separação decorre não da essência ou da natureza de determinados tipos de servidão, mas, sim, das circunstâncias inerentes a cada caso concreto.

Em princípio, como ensina Bielsa, a servidão administrativa é indenizável, pois a proteção à propriedade al-

cança sua privação total ou parcial. A servidão, embora afete apenas o atributo da exclusividade, que deixa de existir, é uma privação parcial e, assim, em princípio indenizável.

Mas, intervém com rara argúcia Hely Lopes Meirelles, o que se indeniza não é a propriedade, mas o prejuízo eventualmente causado pelo uso público.

Em resumo, remanesce para o Estado o dever de indenizar somente quando e na medida em que a instituição de uma servidão administrativa causar um prejuízo ao titular da propriedade privada. Isto, entretanto, somente pode ser verificado em cada caso concreto" (DALLARI, p. 90-91, 95-96).

Nada existe de novo ou inusitado na utilização do instituto jurídico da servidão administrativa como forma de obtenção do uso de imóveis alheios. O vetusto Código de Águas (Decreto nº 24.643, de 10/04/34) já estabelecia, em seu art. 151, que o concessionário, para a exploração do serviço, tinha o direito de:

“c) estabelecer as servidões permanentes ou temporárias exigidas para as obras hidráulicas e para o transporte e distribuição de energia elétrica”.

Esse direito foi regulamentado pelo Decreto nº 35.851, de 16/07/54, que, não obstante cuide especificamente da transmissão e distribuição de energia elétrica, fornece um excelente quadro dos ônus e prerrogativas, e ambas as partes envolvidas, no tocante à instituição de servidão administrativa:

“Art. 1º – As concessões para o aproveitamento industrial das quedas d’água, ou, de modo geral, para produção, transmissão e distribuição de energia elétrica, conferem aos seus titulares o direito de constituir as servidões administrativas permanentes ou temporárias, exigidas para o estabelecimento das respectivas linhas de transmissão e de distribuição.

Art. 2º – A constituição da servidão a que se refere o artigo anterior,

depende da expedição, pelo Poder Executivo, de decreto em que, para esse efeito, se reconheça a conveniência de estabelecê-la e se declarem de utilidade pública as áreas destinadas à passagem da linha.

§ 1º Para a fixação das áreas sujeitas ao ônus da servidão, a administração terá em vista, entre outros características, a tensão da linha, o número de circuitos e o tipo da construção.

§ 2º A servidão compreende o direito, atribuído ao concessionário, de praticar, na área por ela abrangida, todos os atos de construção, manutenção, conservação e inspeção das linhas de transmissão de energia elétrica e das linhas telegráficas e telefônicas auxiliares, sendo-lhe assegurado ainda o acesso à área da servidão, através do prédio serviente, desde que não haja outra via praticável.

Art. 3º – Os proprietários das áreas atingidas pelo ônus limitarão o uso e gozo das mesmas ao que for compatível com a existência da servidão, abstendo-se, em consequência, de praticar, dentro delas, quaisquer atos que a embarcem ou lhe causem dano, incluídos entre eles os de erguerem construções ou fazerem plantações de elevado porte.

§ 1º A administração, ao expedir o decreto de servidão, poderá vedar que tais construções ou plantações se façam em uma faixa paralela à área da servidão, estabelecendo-lhe os respectivos limites.

§ 2º Aos concessionários é assegurado o direito de mandar podar ou cortar quaisquer árvores, que, dentro da área da servidão ou na faixa paralela à mesma, ameacem as linhas de transmissão ou distribuição.

Art. 4º – Uma vez expedido o decreto de que trata o art. 1º, a constituição da servidão se realizará mediante escritura pública, em que o concessio

nário e os proprietários interessados estipulem, nos termos do mesmo decreto, a extensão e limites do ônus e os direitos e obrigações de ambas as partes.

Art. 5º – Os proprietários das áreas sujeitas à servidão têm direito à indenização correspondente à justa reparação dos prejuízos a eles causados pelo uso público das mesmas e pelas restrições estabelecidas ao seu gozo.

Art. 6º – Os concessionários poderão promover, no caso de embaraço oposto pelos proprietários à constituição da servidão, ou ao respectivo exercício, as medidas judiciais necessárias ao seu reconhecimento, cabendo-lhes também a faculdade de utilizar-se do processo da desapropriação, nos termos do art. 40 do Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941”.

Conforme já foi acima referido, aplicam-se ao processo judicial de instituição de servidão, no que couber, as mesmas normas que disciplinam o processo da desapropriação. Em um e outro desses institutos jurídicos, sempre é possível atingir o resultado desejado de maneira amigável, desde que exista acordo quanto ao valor da indenização. Mas, da mesma forma que acontece na desapropriação, o cerne da maioria das questões judiciais versa sobre a fixação do valor da indenização.

Alguns excertos da jurisprudência são bastante ilustrativos. No primeiro deles, relatado pelo Eminentíssimo Desembargador Moraes Salles, são enfocadas as diferenças fundamentais entre a desapropriação e a servidão:

“Como se sabe, a servidão administrativa distingue-se, nitidamente, da desapropriação (RTJ 67/294 e 52/284 e RDP 12/184).

Com efeito, a desapropriação retira a propriedade de alguém (particular ou entidade política menor) transferindo-a para o expropriante. Na servidão administrativa não se verifica a transmissão da propriedade, porque

o ônus imposto pela Administração ao particular é meramente de uso público. Porque na desapropriação o particular é despojado do domínio, compensa-se o vazio econômico por ele sofrido mediante o pagamento de uma indenização. Recompõe-se seu patrimônio com a soma correspondente ao desfalque gerado pela desapropriação. *Na servidão pública, entretanto, porque a propriedade permanece com o particular cujo bem foi afetado pela serventia, só serão indenizáveis os prejuízos acarretados pelo ônus.*

Observa-se, portanto, que na desapropriação haverá sempre indenização; *na servidão administrativa só se verificará ressarcimento quando houver prejuízo para o particular. Não havendo prejuízo, não terá lugar a indenização. Note-se, entretanto, que as restrições ao gozo do imóvel, impostas pela servidão ao proprietário, constituem prejuízos ao seu patrimônio, pelo que devem ser também indenizadas*” (TJSP - Ap. 113.013-2 – 9ª. C. - j. 11.12.86 - rel. Des. Moraes Salles, in RT 616/86 e 87).

Em outro Acórdão, decidiu-se pela invalidação do laudo pericial, exatamente porque o perito estimou o valor da indenização devida pela instituição da servidão administrativa como se tratasse de uma desapropriação:

“De se concluir que o laudo pericial não agiu com acerto em fixar a indenização da faixa sob servidão como se a terra fosse desapropriada. Cumpria-lhe avaliar o prejuízo, a desvalorização (se houve) da construção do caminho que se sobrepõe aos dutos subterrâneos. O *expert* não ofereceu elementos via dos quais se possa fixar a indenização. Desaceita a quantia que se encontrou, como indenização a um terreno desapropriado, impende encontrar o justo valor, a critério pericial” (TJMG, Ap. 74.279-1 - 1ª. C. - j. 12.4.88 - rel. Des. Paulo Tinôco, in RT 633/157).

Num terceiro Acórdão, o foco da controvérsia sobre a indenização devida incidia penas sobre a área ocupada pelas torres e transmissão (não havendo questionamento quanto ao valor fixado para a faixa e passagem das linhas). Considerando que havia ocupação completa do terreno onde se situavam as torres, o perito estabeleceu a indenização pela instituição da servidão no valor correspondente ao da desapropriação. Tal valor foi reduzido pelo Acórdão:

“A restrição sofrida pelos apelados quanto à área em que instaladas as torres de transmissão de energia elétrica não corresponde à perda total dos direitos de propriedade, uma vez que de desapropriação não se cuida. Bem por isso, com razão a apelante, a sugerir o alto percentual, bem próximo do máximo, de 95% daquele fixado no laudo aceito. Esse valor é o que servirá de fundamento para o ressarcimento devido exclusivamente quanto às áreas das torres, como destacadas no laudo do assistente técnico (fls. 144), mantido embora o valor básico do laudo do perito judicial” (TJSP, Ap. 199.280-2/2 - 13ª C. - j. 10.11.92 - rel. Des. Wanderley Racy, in RT 692/88).

Conforme se pode notar, costuma-se estabelecer o valor da indenização pela servidão em um percentual aplicado sobre o valor do imóvel. Esse percentual é bastante variável, conforme demonstra Ronaldo de Albuquerque (1987, p. 132-), mediante a transcrição parcial de vários Acórdãos.

O primeiro deles (TFR, Apelação Cível nº 36.949), relatado pelo Ministro Carlos Velloso, fixa o percentual em 50%. Mas esse mesmo Eminentíssimo Ministro, quando ainda no mesmo TFR, em outro caso, na Apelação Cível nº 68.077, considerando que se tratava de terrenos rurais distantes das zonas urbanas, fixou o percentual em 10%.

Outro Acórdão (TFR, Apelação Cível nº 3.655, Relator Ministro Armando Rolemberg), por se tratar de área bastante acidentada, utilizada para descanso e lazer, con-

sidera razoável o percentual de 20%. Em outro Acórdão (TFR, Apelação Cível nº 82.333, Relator Ministro Sebastião Alves dos Reis), a onerosidade trazida ao imóvel pela servidão justifica a aplicação do índice de 40%.

Como se nota, em diversos casos mais ou menos contemporâneos e até em Acórdãos proferidos pelo mesmo Relator, há uma grande diversidade de percentuais, determinados pelas circunstâncias do caso concreto e fixados por critério de razoabilidade.

Em face da proteção dada pela Constituição Federal à propriedade privada e diante da disciplina dada à fixação do valor da indenização pela legislação federal, cabe apenas dizer que, se não houver acordo entre as partes, caberá ao juiz estabelecer o valor da justa indenização.

Indenizar, etimologicamente, significa tornar indene, sem dano. Indenizar significa compor o dano, reparar integralmente o dano, na exata medida em que este se verificar e, obviamente, SE houver dano material, dado que lesão de direito sempre haverá, consistente na perda do direito de exclusividade sobre o imóvel afetado.

E quando será “justa” a indenização? Sérgio Ferraz (1978, p. 11) oferece alguns parâmetros:

“A idéia de justo, por mais variáveis que sejam as acepções de cunho filosófico incidentes sobre a construção desse conceito, necessariamente é informada de uma tônica de conformidade, congruência, proporção, equilíbrio, equivalência, correspondência ou paridade”.

Não há, portanto, como se estabelecer, de maneira universal e segura, os critérios para a fixação da indenização devida pela instituição da servidão. No caso concreto, sempre se haverá de considerar a efetiva restrição acarretada ao imóvel, podendo ocorrer que isso até mesmo não aconteça (ou aconteça em grau mínimo), sendo também relevantes os proveitos que poderão advir da execução do serviço para o próprio titular do bem afetado, inclusive a utilização

ue ele possa vir a fazer dos dutos e postes instalados.

O fato é que a possibilidade da instituição de servidões administrativas também está expressamente prevista na legislação que disciplina os serviços de telecomunicações. O art. 100 da Lei nº 9.472/97 – a chamada Lei Geral de Telecomunicações – dispõe nestes termos:

“Art. 100 – Poderá ser declarada a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão, de bens imóveis ou móveis, necessários à execução do serviço, cabendo à concessionária a implementação da medida e o pagamento da indenização e das demais despesas envolvidas”.

Dispositivo correlato figura na recente legislação federal que trata das concessões e serviços de energia elétrica. A Lei nº 9.074, de 07/07/95, em seu art. 10 (com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27/05/98), também cuida da instituição de servidões administrativas:

“Art. 10 – Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica”.

A lei geral de concessões de serviços públicos, Lei nº 8.987, de 13/02/1995, que dispõe sobre o Regime de Concessão e Permissão da Prestação de Serviços Públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências”, não deixou esse assunto de lado, tendo incluído a viabilização da instituição de servidões como um encargo do concedente, paralelamente às desapropriações necessárias à execução dos serviços concedidos:

“ Art. 29 – Incumbe ao poder concedente:

VIII – declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo

as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX – declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis”.

Em síntese, não existe possibilidade jurídica de o Município (ou qualquer outra entidade pública estadual, ou qualquer delegatário de serviço público estadual ou municipal) impedir a instalação e funcionamento de um serviço público federal concedido negando autorização para a instalação de dutos, postes e fiação. Se não se chegar a um entendimento quanto ao uso do solo, do subsolo e do espaço aéreo municipal (ou estadual), sempre haverá possibilidade de se recorrer à via judicial para que isso seja feito de maneira coercitiva.

5. A legislação sobre concessões de serviços públicos

Para os fins do presente estudo, cabe agora examinar a questão da repercussão dos ônus e encargos econômicos e financeiros decorrentes do uso remunerado de imóveis de terceiros para a instalação de dutos e fiação.

A concessão de serviço público é um contrato administrativo e, como tal, está sujeita à aplicação subsidiária dos princípios e das normas previstas na Lei nº 8.666/93, que (além das licitações) cuida dos contratos administrativos em geral, estabelecendo o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A expressão define a necessária relação de igualdade entre as partes celebrantes de um contrato administrativo no que tange

specificamente às cláusulas econômicas. Essas não podem ser alteradas unilateralmente, por expressa proibição constante do 1º do art. 58 da Lei nº 8.666/93.

Nas demais, ou seja, naquelas que ajustam a forma e o conteúdo do objeto pactuado, as chamadas cláusulas regulamentares, a Administração Pública atua segundo uma posição sobranceira em relação ao particular, podendo promover alterações unilaterais no ajuste ao sabor único e exclusivo do interesse público que representa. Para fazer valer o seu interesse, ela pode e deve socorrer-se de todos os instrumentos previstos em lei, sem que o particular possa a isso se contrapor.

Isso não significa, entretanto, que os interesses do contratado não estejam resguardados, pois se assim fosse a Administração jamais encontraria quem com ela quisesse contratar. Os propósitos mercantis do particular contratado formam a esfera intangível e imutável do ajuste, cabendo-lhe integral proteção no que tange à fórmula financeira inicialmente prevista para a relação. A remuneração originalmente projetada para o negócio até seu término deve-se manter, ainda que a Administração, em influxo da necessidade pública, promova alterações nas prestações avençadas.

Assim, a lei disciplina as garantias do particular à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste, a ele se referindo em inúmeras passagens, como se verifica em seus artigos 57, § 1º, 58, §§ 1º e 2º, e 59, II, d, §§ 5º e 6º, entre outros dispositivos cujos termos são menos expressos sobre a questão. Importa, em razão disso, que a Administração sempre tem o dever de resarcir integralmente os agravos econômicos que causar ao contratado.

Ou seja, cada parte há de se responsabilizar por aquilo a que se obrigou. Se o particular assumiu o encargo de executar o contrato por determinado preço, salvo situações excepcionais previstas na lei, deve honrar esse preço. Nesse preço estão seus custos e seus lucros. Mas ele não pode ser obrigado a honrar esse preço por algo diferente daqui-

lo que ele se comprometeu a executar, ou se, no curso da vigência do contrato, surgirem fatores imprevisos e imprevisíveis que venham a onerar significativamente os custos.

Diga-se de uma vez: o particular somente poderá experimentar um prejuízo SE decorrente de SUA incúria, de SUA incapacidade, de SUA inabilitação para fazer o que se propôs, enfim, de SUA imprevidência, e NUNCA por algo atribuível à Administração concedente ou, ainda, a outros órgãos ou entidades do Poder Público, mesmo que de outra esfera de governo.

A Lei nº 8.987, de 13/02/95, que disciplina as concessões de serviços públicos, cuida da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ao dispor sobre as tarifas, em seu art. 9º:

“Art. 9º – A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário (redação dada pela Lei nº 9.648, de 27/05/1998).

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração”.

Essa alteração unilateral do contrato, mencionada no § 4º, tanto pode decorrer de uma específica alteração das cláusulas de serviço, promovida pelo concedente, como pode, também, ser decorrente de alterações das condições de execução do serviço acarretadas por fatos da natureza ou decisões governamentais estranhas ao contrato de concessão, adotadas pela mesma ou por outras esferas de governo, mas com impacto sobre o equilíbrio contratual.

Essa questão foi objeto de percuente observação feita por Marçal Justen Filho (1997, p. 145-146), que merece transcrição:

“Reconhece-se que a equação econômico-financeira é intangível, na acepção de que, uma vez aperfeiçoada, não pode ser infringida. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro consiste na impossibilidade de alterar apenas um dos ângulos da equação. Não é possível alterar, quantitativa ou qualitativamente, apenas o âmbito dos encargos ou tão-somente o ângulo das retribuições. *Se forem adicionados encargos, rompe-se o equilíbrio, a não ser que também se ampliem as retribuições. Idêntico raciocínio se aplica em caso de redução dos encargos, o que acarretará a necessidade de redução das retribuições.* Em síntese, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro corresponde a uma espécie de magnetização dos ângulos ativo e passivo do conteúdo da relação jurídica: *à alteração de um ângulo deve corresponder uma alteração equivalente e correspondente no outro ângulo*”.

Disso se infere que tanto o aumento de encargos, quanto o aumento de receita podem acarretar a necessidade de recomposição do equilíbrio contratual.

No tocante à concessão de serviços públicos de telefonia fixa, se ficar comprovado que o ônus decorrente da remuneração pelo uso dos imóveis de terceiros não estava inerido na composição inicial dos custos, configurando-se como um ônus adicional

imprevisível e inevitável, certamente haverá necessidade de recompor o equilíbrio contratual, inclusive por meio de compensação no valor da tarifa.

Mas há uma outra faceta que merece destaque. Situações existem nas quais a exigência de remuneração pelo uso do imóvel é feita por concessionário de outro serviço concedido (como, por exemplo, a operação de rodovias), o qual irá experimentar uma receita adicional, diversa da tarifa cobrada pela execução do serviço, que, em princípio, precisa ser compensada, conforme previsto no art. 11 da Lei nº 8.987/95:

“Art. 11 – No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato”.

Também se coloca essa questão da compensação nos casos de compartilhamento remunerado da infra-estrutura, nos quais será necessário verificar qual o ônus efetivamente acarretado para cada um dos concessionários envolvidos, em função das remunerações pagas e recebidas.

Em qualquer hipótese, porém, sempre será necessário observar a legislação federal sobre telecomunicações, que passa a ser examinada.

6. A legislação federal sobre telecomunicações

É oportuno repetir que, por força do disposto no art. 21, da Constituição Federal, compete à União:

“XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”.

Concessão e permissão de *serviços públicos* (que não se confundem com concessão e permissão de *uso de bens públicos*) são formas tradicionais de outorga a particulares do direito de explorar serviços públicos. A grande novidade trazida ao inciso supra transcrito, pela redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95, é a previsão da figura da “autorização”. Sobre esse específico ponto, convém destacar a abordagem doutrinária que esclarece tratar-se de um terceiro instituto jurídico com mesma designação de outros já conhecidos descreve suas características principais:

“Doutrinariamente as autorizações sempre foram consideradas modalidades unilaterais de anuência estatal com a prática de certas atividades ou com a ocupação de bens públicos por particulares.

Não obstante, o legislador constitucional empregou exatamente este mesmo *nomen juris* para designar uma modalidade de delegação unilateral de serviços públicos, ao lado das duas outras modalidades contratuais, a concessão e a permissão.

Como modalidade unilateral de transferência administrativa, essas autorizações de assento constitucional existem exclusivamente para emprego pela União e voltadas especificamente à prestação dos serviços públicos contemplados no art. 21, incisos XI: telecomunicações e XII: a) radiodifusão sonora, b) energia elétrica, c) navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária, d) transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Es-

tado ou Território, e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, e, f) os portos marítimos, fluviais e lacustres.

Inexistem, portanto, autorizações como instrumento de prestação de serviços públicos nos Estados e Municípios, pois o art. 175 da Constituição Federal só admitiu os dois regimes contratuais a que se refere: a concessão e a permissão” (MOREIRA NETO, 2000, p. 127, 137 e 138).

A transcrição acima se justifica pelo fato de que, na área de telecomunicações, alguns serviços (como a instalação de redes de fibra ótica) são outorgados a particulares na modalidade de “autorização”, mas essa específica autorização prevista na Constituição Federal, e não a autorização mencionada na LOM, que serve a outras finalidades. É importante mencionar essa possibilidade em razão de problemas que podem surgir no compartilhamento da infraestrutura, conforme será visto logo mais adiante.

A legislação federal sobre telecomunicações é bastante complexa e para entendê-la é preciso percorrer um longo caminho, que começa pela Lei nº 9.472 de 16/06/97, Lei Geral de Telecomunicações, podendo-se ir diretamente a seus artigos 62, 63 e 64, onde se encontra uma (parcial) classificação dos serviços de telecomunicações:

“Art. 62 – Quanto à abrangência dos interesses a que atendem, os serviços de telecomunicações classificam-se em serviços de interesse coletivo e serviços de interesse restrito.

Parágrafo único. Os serviços de interesse restrito estarão sujeitos aos condicionamentos necessários para que sua exploração não prejudique o interesse coletivo.

Art. 63 – Quanto ao regime jurídico de sua prestação, os serviços de telecomunicações classificam-se em públicos e privados.

Parágrafo único. Serviço de telecomunicações em regime público é o

prestado mediante concessão ou permissão, com atribuição a sua prestadora de obrigações de universalização e de continuidade.

Art. 64 – Comportarão prestação no regime público as modalidades de serviço de telecomunicações de interesse coletivo, cuja existência, universalização e continuidade a própria União comprometa-se a assegurar.

Parágrafo único. Incluem-se neste caso as diversas modalidades do serviço telefônico fixo comutado, de qualquer âmbito, destinado ao uso do público em geral”.

Os serviços de telefonia fixa em exame são prestados sob regime público e são de interesse coletivo, sendo outorgados mediante concessão.

A instalação de redes de suporte aos serviços de telecomunicações se enquadra como serviço de interesse coletivo, prestado sob regime privado, daí sua outorga mediante simples autorização, conforme previsto no art. 131 da mesma Lei.

Todos os serviços de interesse coletivo, inclusive aqueles prestados em regime privado, estão sujeitos à regra do art. 73 da Lei Geral de Telecomunicações:

“Art. 73 – As prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo terão direito à utilização de postes, dutos, condutos e servidões pertencentes ou controlados por prestadora de serviços de telecomunicações ou de outros serviços de interesse público, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis.

Parágrafo único. Caberá ao órgão regulador do concessionário dos meios a serem utilizados definir as condições para adequado atendimento do disposto no *caput*.

Isso significa que a outorga do direito de uso de imóvel alheio feita a uma empresa (inclusive por meio da instituição de servidão administrativa) aproveita a todo o sis-

tema, ou seja, a todas as outras empresas que explorem outros serviços de telecomunicações de interesse coletivo, no limite das possibilidades físicas e nos termos das normas pertinentes.

Cabe destacar que qualquer empresa, concessionária, permissionária ou autorizatória de serviços de telecomunicações, não está imune à observância das normas locais no tocante a suas instalações físicas:

“Art. 74 – A concessão, permissão ou autorização de serviço de telecomunicações não isenta a prestadora do atendimento às normas de engenharia e às leis municipais, estaduais ou do Distrito Federal relativas à construção civil e à instalação de cabos e equipamentos em logradouros públicos”.

Fica perfeitamente claro que a lei federal não autoriza (nem poderia autorizar) a simples desconsideração das competências que a própria Constituição Federal outorga ao Município. A instalação de cabos e equipamentos deve ser feita em harmonia com os interesses municipais, devendo, sempre que possível, haver um entendimento, um diálogo, uma negociação entre o concessionário e a autoridade local, sendo certo que nesse relacionamento o concessionário sempre deverá ter respaldo da autoridade federal concedente (inclusive para a instituição de servidão administrativa, se necessário), pois, conforme consta do art. 64, acima transcrito, a União se compromete a assegurar a viabilidade, a universalidade e a continuidade do serviço, nos termos do que consta dos arts. 79 e 80:

“Art. 79 – A Agência regulará as obrigações de universalização e de continuidade atribuídas às prestadoras de serviço no regime público.

§ 1º Obrigações de universalização são as que objetivam possibilitar o acesso de qualquer pessoa ou instituição de interesse público a serviço de telecomunicações, independentemente de sua localização e condição sócio-econômica, bem como as desti-

nadas a permitir a utilização das telecomunicações em serviços essenciais de interesse público.

§ 2º Obrigações de continuidade são as que objetivam possibilitar aos usuários dos serviços sua fruição de forma ininterrupta, sem paralisações injustificadas, devendo os serviços estar à disposição dos usuários, em condições adequadas de uso.

Art. 80 – As obrigações de universalização serão objeto de metas periódicas, conforme plano específico elaborado pela Agência e aprovado pelo Poder Executivo, que deverá referir-se, entre outros aspectos, à disponibilidade de instalações de uso coletivo ou individual, ao atendimento de deficientes físicos, de instituições de caráter público ou social, bem como de áreas rurais ou de urbanização precária e de regiões remotas”.

Evidentemente, as metas acima referidas não poderão ser atingidas se não houver possibilidade concreta de instalação das redes e equipamentos. Além disso, os aspectos sociais do serviço, sua relevância social, os ônus recorrentes de benefícios proporcionados à coletividade, devem ser considerados tanto na negociação com a autoridade municipal, quanto na eventual fixação judicial do valor da indenização devida pela instituição de servidão administrativa.

O certo é que, conforme consta do art. 2º do “Plano Geral de Outorgas”, aprovado pelo Decreto nº 2.534, de 03/04/98, as empresas prestadoras do serviço telefônico fixo comutado têm direito à “implantação, expansão e operação dos troncos, redes e centrais de comutação necessários à sua execução”, devendo a União zelar pela eficácia concreta desse direito.

É um poder/dever da União assegurar a interconexão e o funcionamento do serviço como um todo, abrangendo tanto os segmentos de interesse coletivo quanto restrito, prestados em regime público ou privado, como é o caso das redes de suporte.

A implantação e o funcionamento de redes de telecomunicações destinadas a dar suporte à prestação de serviços de interesse coletivo, no regime público ou privado, estão previstos no art. 145 e seguintes da Lei Geral de Telecomunicações, merecendo destaque o disposto no art. 147:

“Art. 147 – É obrigatória a interconexão às redes de telecomunicações a que se refere o art. 145 desta Lei, solicitada por prestadora de serviço no regime privado, nos termos da regulamentação”.

O que se pretende reafirmar é a utilização geral das redes de suporte, ou seja, que o empreendimento feito por uma empresa aproveita a todo o sistema de telecomunicações. Ou seja: o interesse por determinada utilização de um específico trecho de imóvel municipal ou estadual transcende o interesse da empresa concessionária, sendo efetivamente de interesse de todo o sistema.

Para garantir essa possibilidade de utilização geral, a legislação em exame atribuiu à ANATEL competência para estabelecer normas regulamentares que assegurem a compatibilização e a harmonia entre os serviços explorados por diferentes prestadoras:

“Art. 150 – A implantação, o funcionamento e a interconexão das redes obedecerão à regulamentação editada pela Agência, assegurando a compatibilidade das redes das diferentes prestadoras, visando à sua harmonização em âmbito nacional e internacional”.

Não cabe à Prefeitura (ou ao Estado) interferir, de qualquer forma, nos equipamentos e no serviço de transmissão, sendo, portanto, evidentemente descabida qualquer taxa pelo exercício do poder de polícia quanto a isso, mesmo que instituída com o “nome” de preço público. Cabe ao Município, sim, cuidar dos aspectos urbanísticos das instalações, para que a cidade não seja desfigurada nem haja riscos ou inconvenientes para os munícipes, mas também não pode cobrar taxa de polícia quanto a isso, por força da

munidade conferida pelo § 3º do art. 155 da Constituição Federal, que será objeto de exame mais adiante.

Também não pode a Prefeitura impedir o compartilhamento da rede não só por outras empresas prestadoras de serviços de telecomunicações, como também, eventualmente, por outras empresas que explorem serviços de energia elétrica e transporte de combustíveis, evidentemente, na medida em que isso for compatível com permissão de uso por ela outorgada, ou com os termos e limites de servidão administrativa que tenha sido instituída, e com as normas federais que regem a matéria.

Sobre esse assunto, o Governo Federal editou a Resolução Conjunta nº 001, de 24 de novembro de 1999, firmada pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) e pela Agência Nacional do Petróleo (ANP), que aprova o Regulamento Conjunto para Compartilhamento de Infra-estrutura entre os Setores de Energia Elétrica, Telecomunicações e Petróleo, do qual merece destaque o art. 4º:

“Art. 4º O agente que explora serviços públicos de energia elétrica, serviços de telecomunicações de interesse coletivo ou serviços de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural, tem direito a compartilhar infra-estrutura de outro agente de qualquer destes setores, de forma não discriminatória e a preços e condições justos e razoáveis, na forma deste Regulamento”.

O art. 7º desse Regulamento Conjunto, ao discriminar as infra-estruturas e os correspondentes itens passíveis de compartilhamento, menciona, expressamente, “dutos, condutos, postes e torres”.

Em resumo, a matéria está exaustivamente tratada na legislação federal, cabendo ao Município preocupar-se exclusivamente com o que interferir na disciplina do uso do solo, do subsolo e do espaço aéreo urbanos, muito especialmente, com os bens que in-

tegram seu patrimônio imobiliário, inclusive vias e logradouros públicos, podendo, sim, condicionar seu uso ao pagamento do preço correspondente, não obstante os revezes que tem suportado na esfera judicial, que passam a ser examinados.

7. Comentários à jurisprudência existente

Um considerável número de Municípios, por lei ou decreto, com os mais variáveis conteúdos e fundamentos, instituiu a exigência de pagamento, por parte da concessionária de serviço federal ou estadual, pelo uso do subsolo, do solo e do espaço aéreo, ocupado por dutos, postes e fiação. A quase totalidade se deu mal; quase todas as exigências municipais foram suspensas liminarmente ou anuladas por decisões judiciais.

Não é o caso de se proceder a um exame detalhado de cada um ou de alguns desses casos. Para os fins deste estudo, basta destacar os aspectos mais relevantes que foram considerados nas decisões judiciais.

Alguns Municípios instituíram o IPTU, correspondente à área física ocupada pelos postes, ou também pela área dos dutos ou da projeção do espaço aéreo. Outros preferiram cobrar taxa pelo exercício do poder de polícia, invocando a necessidade de disciplinar o uso do espaço urbano, inclusive sob o aspecto ambiental. Enfim, muitos instituíram um tributo incidente, direta ou indiretamente, sobre os serviços concedidos.

Em tais casos, a cobrança foi fulminada pelo Poder Judiciário com base no disposto no § 3º do art. 155 da Constituição Federal (com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 3), cuja redação é a seguinte:

“§ 3º À exceção dos impostos de que tratam o inciso II do *caput* deste artigo e o art. 153, I e II, nenhum outro tributo poderá incidir sobre operações relativas a energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis e minerais do País”.

Efetivamente, por força desse dispositivo, com exceção de ICMS, e dos tributos incidentes sobre importação e exportação, nenhum outro *tributo* pode recair sobre os mencionados serviços.

Note-se, porém, que o dispositivo não tem dimensão que lhe tem sido dada, pois ele não impede a cobrança de tributos incidentes sobre a empresa concessionária (como, por exemplo, a taxa de água e esgoto), nem, muitíssimo menos, impede a cobrança de qualquer outra coisa que não seja um tributo.

Diante disso, alguns Municípios instituíram *preços públicos* pelo uso dos bens imóveis urbanos, mas, na disciplina da matéria, deram à cobrança todas as características de verdadeiro *tributo*, inclusive com alíquotas e bases de cálculo. Em tais casos, apenas o nome dado ao encargo financeiro era “preço público”, mas a substância era de verdadeiro tributo, justificando-se, assim, a fulminação judicial.

Outros Municípios, entretanto, instituíram verdadeiros preços públicos, com base nas respectivas Leis Orgânicas, mas, mesmo assim, tiveram a pretensão repelida na via judicial, com fundamento no disposto no Decreto federal nº 84.398, de 16/01/1980, que “dispõe sobre a ocupação de faixas de domínio de rodovias e de terrenos de domínio público e a travessia de hidrovias, rodovias e ferrovias, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica, e dá outras providências”.

O art. 1º desse Decreto, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto 86.859, de 19/01/1982, assim dispõe:

“Art. 1º – A ocupação de faixas de domínio de rodovias, ferrovias e de terrenos de domínio público, e a travessia de hidrovias, rodovias, ferrovias, oleodutos e linhas de transmissão de energia elétrica de outros concessionários, por linhas de transmissão, subtransmissão e distribuição de energia elétrica de concessionários de serviços públicos de energia elétrica, serão autorizadas pelo órgão público

federal, estadual ou municipal ou entidade competente, sob cuja jurisdição estiver a área a ser ocupada ou atravessada.

Parágrafo único. Para os fins do disposto neste artigo, será considerada entidade competente a pessoa física ou jurídica que, em razão de concessão, autorização ou permissão, for titular dos direitos relativos à via de transporte, duto ou linha a ser atravessada, ou a ter a respectiva faixa de domínio ocupada”.

Até aqui, nada existe que mereça maiores comentários. O problema está no art. 2º, desenganadamente inconstitucional:

“Art. 2º – Atendidas as exigências legais e regulamentares referentes aos respectivos projetos, as autorizações serão por prazo indeterminado e *sem ônus* para os concessionários de serviços públicos de energia elétrica”.
(destacamos)

Salta aos olhos que não cabe à União dispor sobre o uso de bens públicos municipais, e muito menos por meio de simples decreto. Nem se diga que, no caso, a mencionada norma estaria apenas disciplinando um serviço público federal. Se assim for entendido, será forçoso concluir que a gratuidade aí afirmada poderia estender-se também sobre bens públicos de particulares, pois o serviço continuaria sendo público federal.

Para sustentar a constitucionalidade desse dispositivo, argumentou-se com o vetusto entendimento (já afastado pela melhor doutrina e jurisprudência) de que os bens públicos pertencem à coletividade, aos cidadãos, e não a esta ou aquela específica pessoa jurídica de direito público.

Obviamente, tal entendimento, já repudiado pelos Tribunais, não tem como sustentar-se à luz dos princípios da autonomia municipal e da legalidade.

Com efeito, a autonomia municipal compreende a titularidade de todos os bens municipais e especialmente a plena liberdade, sem qualquer turbação não expressa-

ente fundada na Constituição Federal, de sua administração. Além disso, decreto não é lei; é mero ato administrativo, de conteúdo normativo, dispondo sobre meios e modos de execução de alguma específica lei (que no caso não existe) e dirigido aos subordinados e seu signatário (coisa que o Município não faz, com relação ao Presidente da República).

Esse específico dispositivo foi enfocado em artigo publicado na *Revista Literária do Direito* (p. 29, mar./abr. 2000) pelo respeitável mestre de Direito Constitucional da Universidade Federal de Sergipe, Carlos Augusto Alcântara Machado, que, após cuidadosa análise e fundamentação, chegou às seguintes conclusões:

“a) O uso dos bens públicos, em especial o do solo urbano, por expressa disposição legal, pode ser gratuito ou oneroso, não havendo nenhum óbice para, mediante lei, ser fixada retribuição pela utilização *uti singuli* do respectivo bem.

b) O município, em face de sua autonomia como ente integrante da Federação brasileira, poderá fixar, obedecendo ao princípio da legalidade, retribuição pelo uso do solo urbano, que não terá natureza tributária.

c) A competência privativa da União para legislar e dispor sobre concessão do serviço público de energia elétrica não tem abrangência de interferir na autonomia municipal, pois se trata de prerrogativa de raiz constitucional e inerente à estrutura do Estado brasileiro.

d) O artigo 2º do Decreto federal nº 84.398/80, na parte que autoriza o uso do solo sem ônus, não foi recepcionado pela atual ordem constitucional”.

É evidente que o Município não pode proibir, impedir ou prejudicar o funcionamento de um serviço público federal. Mas é também verdade que *a execução de serviço público federal não pode servir de pretexto, nem em força suficiente, para destroçar o princípio constitucional da autonomia municipal e, por*

extensão, o próprio princípio federativo, que integra o chamado cerne fixo da Constituição, não podendo ser abolido nem mesmo por Emenda Constitucional (confira-se, CF art. 60, § 4º, I).

O Município pode ser até mesmo compelido judicialmente a ceder o domínio ou o uso de seus bens para viabilizar o funcionamento de um serviço público federal, por meio de desapropriação ou constituição de servidão administrativa, mas não gratuitamente.

8. Considerações doutrinárias

Hoje em dia (salvo alguma absoluta exceção), não mais se sustenta que os bens públicos possam ser havidos como “res nullius” (coisa de ninguém) ou “res communis omni” (coisa pertencente à coletividade, na linguagem atual, bem difuso).

A melhor doutrina do direito administrativo é unânime em afirmar que os bens públicos são de *propriedade* ou domínio das pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e de suas respectivas entidades autárquicas. Sem maior detalhamento, basta citar, entre outros consagrados autores de obras gerais, Valmir Pontes, Hely Lopes Meirelles, Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo, Diógenes Gasparini, Maria Sylvania Zanella di Pietro, Odete Medauar, Diogo de Figueiredo Moreira Neto e José dos Santos Carvalho Filho. Todos eles entendem que os bens públicos integram o patrimônio de alguma dessas mencionadas entidades dotadas de personalidade jurídica de direito público.

A jurisprudência tem uniformemente determinado o pagamento de indenização pela desapropriação de bens públicos, inclusive bens públicos de uso comum, como praças e vias públicas, conforme já por diversas vezes ocorreu quando da inundação de áreas urbanas em decorrência da construção de barragens. Não há por que dispensar, de maneira total e absoluta, o direito à indenização quando se tratar da constituição de servidão administrativa, pois, de

qualquer forma, o direito de propriedade será sacrificado, ainda que parcialmente.

Com muito maior razão, não há como sustentar que a cessão voluntária de seus bens, ou do uso deles, por parte do Município, tenha de ser necessariamente gratuita.

O Código Civil, no art. 65, expressamente reconhece e afirma o domínio das entidades públicas sobre os respectivos bens. No art. 66, faz uma classificação quanto ao uso de eles se faça, sem que isso aniquile o domínio. E no art. 68, deixa bem claro que o uso deles (de quaisquer deles, inclusive os de uso comum) pode ser gratuito ou oneroso. Realmente, não há como contestar a possibilidade de que o proprietário público estabeleça um pagamento pelo uso de seus bens por outras pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas. Se assim não fosse, a simples cobrança de pedágio pelo uso de rodovia seria inconstitucional.

Com muitíssimo maior razão, é perfeitamente viável a cobrança de um preço público pelo uso especial de um bem público.

Diogo Freitas do Amaral, em sua notável monografia sobre *A utilização do domínio público pelos particulares* (1972, p. 217), chega a afirmar que o uso especial deve ser sempre remunerado:

“O fundamento deste dever de pagar uma quantia em dinheiro como retribuição do direito à utilização do domínio público é simples de entender e não se afasta, no essencial, daquele que alicerça idêntica obrigação a propósito dos usos comuns extraordinários. A sua justificação encontra-se luminosamente condensada nas palavras em que Jêze, sublinhando que o particular no uso privativo não usa a coisa como todos os outros mas para seu proveito pessoal, esclarece: seria injusto que de uma utilização privativa de certa coisa pública, construída e conservada com o dinheiro de todos os contribuintes, uma pessoa só extraísse gratuitamente vantagens exclusivas”.

Essa situação não se altera absolutamente quando o uso especial é feito por uma empresa privada exploradora de serviço público. Nem mesmo haveria de ser gratuito se o serviço público fosse operado diretamente por uma pessoa jurídica de direito público diferente daquela titular do domínio, pois os patrimônios públicos são diferentes, afetando diferentemente diferentes contribuintes.

Preços públicos não se confundem absolutamente com tributos, conforme expõe, com sua insuperável clareza, o saudoso Hely Lopes Meirelles:

“Os preços – diversamente dos tributos – são remunerações facultativas e negociais, resultantes da aquisição de bens ou da utilização de serviços da Administração, ou de seus delegados, ou mesmo de particulares, em transações voluntárias com o Poder Público ou com pessoas de personalidade privada. Daí por que os preços tanto podem ser estabelecidos e cobrados pela Administração Pública, como por qualquer particular que aliene ou permita a utilização de seus bens ou serviços, mediante uma contraprestação em dinheiro, fixada ou ajustada negocialmente com o interessado no bem ou no serviço. Estes preços não dependem de lei para sua cobrança e podem resultar tanto de uma fixação unilateral de quem o cobra (preço público ou tarifa), como pode ser ajustado entre o Poder Público e o particular, conciliando os respectivos interesses (preço semiprivado), como pode ser discutido e acertado entre particulares em livre concorrência (preço privado). Os preços, quaisquer que sejam as suas espécies, nada têm que ver com os tributos. São categorias econômicas inteiramente diferentes e regidas por normas diversas” (1977, p. 513).

Portanto, não faz qualquer sentido a invocação do disposto no acima transcrito §

do art. 155 da Constituição Federal, que se refere apenas e tão-somente a tributos, como fundamento da impossibilidade da obrança de preços públicos.

9. Conclusões

Diante do que foi acima exposto, resta apenas sumariar, de maneira objetiva e sintética, algumas conclusões.

Estados e Municípios, bem como suas respectivas entidades autárquicas, podem cobrar um preço público pelo uso de seus imóveis, compreendendo o solo, o subsolo e o espaço aéreo. Delegatários de serviços públicos somente poderão cobrar se autorizados, expressa ou implicitamente, pelo elegante. Não havendo entendimento quanto às condições do uso, especialmente quanto aos valores de pagamento, poderá instituir servidão administrativa.

Havendo entendimento, concordando a empresa concessionária do serviço telefônico com os valores fixados pelo proprietário do bem público sobre o qual serão colocadas as instalações, dutos e fiação, o pagamento terá a natureza jurídica de preço público. Não havendo entendimento, havendo necessidade de instituir servidão administrativa, o pagamento estipulado pelo juiz ou acordado pelas partes terá a natureza jurídica de indenização.

No caso do uso consentido, viabilizado por meio de concessão, permissão ou cessão de uso, deve ser observado o disposto na Lei Orgânica do Município ou na Constituição Estadual, quanto à necessidade ou não de concordância do respectivo Poder Legislativo. Normalmente, na maioria dos casos, os preços públicos são fixados por decreto do chefe do Executivo. Em se tratando de imóvel sob a posse de delegatário de serviço público, estando ele autorizado a ceder o uso a terceiros, o valor será fixado por contrato celebrado entre as empresas envolvidas.

Porém, nem as entidades públicas, nem as empresas delegatárias de serviço públi-

co podem, licitamente, agir com a desenvoltura de empresas imobiliárias, visando a obtenção de lucro. O pagamento a ser efetuado sempre deverá ter caráter indenizatório. É lícito cobrar, será lícita a receita obtida, desde que não sejam fixados valores exorbitantes, que não guardem uma certa relação com os incômodos ou danos causados pela uso de imóveis de seu domínio ou sob sua posse. Cabe registrar que, caso as pretensões sejam exorbitantes, o caminho a ser seguido deverá ser o da instituição de servidão administrativa.

Preços sempre dependem da concordância das partes envolvidas, que devem procurar valores razoáveis, que possam ser aceitos por ambas. Se o valor pretendido for inaceitável, restará o caminho da instituição de servidão administrativa, na qual o valor da indenização será fixado segundo o prudente critério do juiz. Em qualquer dessas situações, o valor justo sempre dependerá das circunstâncias específicas do caso concreto.

Finalmente, cabe lembrar que é inerente à concessão que o concessionário se dispõe a prestar o serviço por sua conta e risco, tendo assegurado o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro estabelecido no momento e nos termos da outorga, mas arcando com eventuais prejuízos decorrentes de sua imprevidência, incúria ou inaptidão para explorar o serviço. Sempre será necessário verificar se o pagamento pelo uso de imóveis alheios estava ou não compreendido na equação inicialmente estabelecida. Podendo demonstrar que tais pagamentos não estavam previstos e eram imprevisíveis, haverá necessidade de recomposição do equilíbrio contratual. A recomposição do equilíbrio deverá ser feita por aditamento contratual de maneira a compensar (por meio de aumento da receita ou redução das despesas) os custos adicionais. Caso haja discordância por parte do concedente, será necessário recorrer às vias judiciais para fazer valer o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Bibliografia

LBUQUERQUE, Ronaldo de. *Desapropriação e constituição de servidão administrativa*. São Paulo: Atlas, 1987.

MARAL, Diogo Freitas do. *A utilização do domínio público pelos particulares*. São Paulo: Juriscredi, 1972.

PALLARI, Adilson Abreu. Servidões administrativas. *RDPA*, São Paulo, n. 59-60.

ERRAZ, Sérgio. A justa indenização na desapropriação. *RT*, 1978.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.

Apontamentos para a reforma política

A democracia representativa está morta; viva a democracia participativa

Roberto Amaral

Sumário

Introdução. 1. Os novos atores. 2. Os meios de comunicação de massa. 3. A manipulação legal. 4. Nossas raízes autoritárias. 5. A crise constituinte. 5.1. As medidas provisórias. 5.2. A falência do poder legiferante do Congresso. 6. A crise partidária. 6.1. Os partidos no direito constitucional. 6.2. Os partidos na última redemocratização. 7. A crise do Legislativo. 8. A democracia representativa não é democrática. 9. A democracia participativa: a democracia do terceiro milênio. 9.1. A raiz ateniense. 9.2. A democracia participativa. 10. A Constituição de 1988: uma promessa frustrada. 11. A promessa venezuelana da Constituição de 1999. 11.1. Uma experiência de democracia participativa.

Introdução

Se a democracia, uma variedade de mecanismos políticos e processos de decisão em que predomina a expressão da soberania popular, é um bem inquestionável – e certamente estamos em face da mais importante conquista política do Ocidente no último quartel do século XX, referimo-nos à recuperação e revalorização dos valores democráticos clássicos –, não é certo que a democracia representativa deva estar com ela identificada, ou muito menos que a encerre, porque não se trata, esta, de governo do povo, mas de processo de exercício do governo ou de elaboração de leis, de que o povo não participa, senão indiretamente. Se ao povo (isto é, ao colégio eleitoral) é dado escolher, com as distorções insuperáveis do

Roberto Amaral é Advogado, jornalista e escritor, ensaísta e ficcionista, Professor da PUC-Rio e vice-presidente nacional do Partido Socialista Brasileiro, PSB.

mecanismo político-eleitoral, algumas pessoas encarregadas do processo de tomada de decisões – governamentais ou legislativas –, não lhe cabe interferir diretamente nessas decisões. A democracia representativa não é uma forma de governo popular, mas tão-somente um conjunto de procedimentos de controle sobre o governo, ou de mera legitimação do poder, mediante o processo eleitoral, mediatizado pelo poder econômico, pelo (abuso) do poder político e pela manipulação da vontade eleitoral pelos meios de comunicação, questões insolúveis na sociedade de massa. É o que pretende-mos demonstrar.

A sociedade de massas, fenômeno da última metade do século findo, ao impor, por necessidade de sua lógica, o império da mediação, revelou, à luz do sol, a crise da democracia representativa. Esse vício deriva da intercorrência do poder econômico, desde sempre, do poder legal manipulador do sistema (processos de votação, construção dos distritos eleitorais, tipos de assembleias, regulamentação dos partidos, cláusulas de desempenho, controle de presença de partidos e candidatos no rádio e na televisão, formas e extensão do sufrágio, representação majoritária e proporcional, financiamento das campanhas etc.) e, de último, do poder político dos meios de comunicação de massas, monopolizados ou oligopolizados, apartando o representante da vontade do representado, anulando o poder da vontade autônoma do cidadão, seja a vontade individual ou particular, seja a vontade decisória do representante, seja a vontade geral, a *volonté générale* rousseauiana, de índole contratualista não-liberal, implicando a prioridade do público ou comum sobre o privado ou individual, do geral sobre o particular, assim distinta da ‘vontade de todos’. É nessa fonte que se alimentariam Montesquieu, Hegel (v.g. o conceito de *Sittlichkeit*) e mesmo o Kant do imperativo categórico (cuja ética antepunha a razão universal ao interesse particular), Marx¹ e, modernamente, Gramsci, instruindo seu

conceito de hegemonia, mas de uma hegemonia fundada no consenso e não na coerção: para o autor dos *Cadernos do cárcere*, como é sabido, a hegemonia compreendia uma relação de prioridade da vontade geral sobre a vontade singular, do interesse comum sobre o interesse privado (COUTINHO, 1999, p. 223).

A vontade geral e o contrato social fundado no auto-governo, em Rousseau, que tanta influência exerceu sobre o autor de *O capital*, pode ser a fonte do Estado sem classes, como seguramente foi a matriz da ‘sociedade regulada’ gramsciana, “na qual os aparelhos coercitivos do Estado serão absorvidos progressivamente pelos mecanismos consensuais (ou contratuais) da sociedade civil” (Idem, p. 231).

A raiz de todos é Aristóteles (*A política*), distinguindo as formas de governo entre boas e más consoante o governante se guiava, nas primeiras pelo interesse coletivo, nas segundas pelo próprio interesse.

Escreve o Estagirita:

“(VI, 11) Portanto, está claro que todas as constituições que têm em vista o interesse geral (*to koinh sumferon*) são, de fato, corretas e essencialmente justas; enquanto aquelas que têm em vista o interesse pessoal (*to sfeteron monon*) dos governantes são defeituosas, e são desvios de constituições corretas: são formas de despotismo; ora, a cidade é uma comunidade de homens livres.

“(VII) Fixados estes princípios falta-nos examinar o nome e a natureza das diferentes formas de governo, e começaremos por aquelas que são corretas; pois, uma vez definidas, ficará mais fácil a tarefa de definir as constituições más. Posto que as palavras constituição e governo significam a mesma coisa, e considerando que o governo é a autoridade soberana dos Estados, essa soberania deve estar necessariamente nas mãos de um só indivíduo, ou de um pequeno núme-

ro, ou nas mãos da massa de cidadãos. Quando o indivíduo, ou o pequeno número de cidadãos ou a multidão governam tendo em vista o *interesse geral*, diz-se que a constituição é necessariamente pura e saudável; mas quando se governa tendo em vista o *interesse particular*, isto é, atendendo ao interesse de um só indivíduo, ou de pequeno número da multidão, trata-se de um desvio (uma constituição viciosa e corrompida). Porque ou bem os cidadãos participam do interesse geral ou não participam dele” (ARISTÓTELES, 1971, p. 67).

Esse interesse geral² é o *intérêt général* do *Contrato social*³.

Só a vontade geral pode dirigir as forças do Estado – e o Estado legítimo é unicamente aquele regido pelos atos da vontade geral -, porque, se a oposição dos interesses particulares (Montesquieu) tornou necessário o estabelecimento das sociedades, foi o acordo desses interesses que o possibilitou. Retornamos a Jean-Jacques. Por isso, a soberania é indivisível e inalienável. O pacto social dá existência e vida ao corpo político. Pela legislação adquire movimento e vontade, porque o ato primitivo, pelo qual esse corpo se forma e se une, nada determina daquilo que deverá fazer para conservar-se. O governo é um corpo intermediário entre o súdito e o soberano para sua mútua correspondência.

Rousseau, em oposição a Montesquieu, manifesta sua aversão à vontade (individual) do representante, porque nela implícita estava a alienação da vontade soberana do homem livre, com a conseqüente dissolução do conceito de vontade popular, compreendida como expressão de unidade, soberania e governo. A democracia participativa retoma o conceito rousseauiano de povo, povo ícone, o povo do contrato social, donde a democracia compreendida como o regime que possibilita a participação dos governados na formação da vontade governativa.

A crítica rousseauiana aos institutos da representação se apresenta nos dias de hoje como irretorquível, e os óbices que chegara a admitir (*Considerações sobre o governo da Polônia*) à democracia direta nos grandes Estados revelam-se demolidos pela potencialidade das modernas tecnologias da comunicação e da teleinformática, e mesmo por recursos formais que o constitucionalismo moderno vem incorporando às cartas políticas⁴. De outra parte, parece inquestionável o fracasso da democracia representativa – como supomos será demonstrado na seqüência –, com seu rosário de vícios e fraudes, ilaqueando a vontade mandatária, transformando o povo-ícone em povo-objeto, destruindo o povo-real, o povo legítimo, titular da soberania. Esta, por fim, foi apropriada pelas elites, pelo poder econômico, por instituições e organismos e empresas multinacionais desapartadas da soberania, pelos meios de comunicação de massas, politizados e partidarizados, pela usurpação do poder constituinte e do poder legiferante, pela bulha da vontade popular.

Herdeiro de Rousseau, que tanto o influenciou, Marx terá sido entre os filósofos modernos um dos principais críticos da democracia representativa, de par com a defesa da democracia direta, abrindo uma senda, que em nossos dias conheceria textos de Gramsci, Lukács, Bobbio, Poulantzas, sem desconhecer mesmo a crítica clássica, seja o anarco-socialismo de Proudhon⁵, seja até o liberalismo de Stuart Mill, para quem a democracia representativa, longe de ser o governo de todo o povo por todo o povo igualmente representado, era o governo de todo o povo por uma simples maioria do povo, exclusivamente representada, de que resulta um governo de privilégio em favor da maioria numérica, que, de fato, é a única titular de voz no Estado (1862, p. 155 -).

A crítica do autor do *Contrato social* é seminal, mas não esgota a reflexão da ciência política.

Gramsci, também claramente recorrendo à rica fonte do *Contrato social*, transita

para a construção de uma sociedade civil que assegure a possibilidade do autogoverno (democrático) dos cidadãos, ou o ‘autogoverno das massas operárias’, alimentado pelas organizações de base, a única hipótese de uma democracia plenamente realizada, fundamento de um novo modelo de socialismo que, livrando-se do Estado (e assim recuperando a essência marxista contra a ‘estatalatria’ estalinista?), proclama a ampliação da ‘sociedade civil’, isto é, de um espaço público não estatal, a caminho da ‘sociedade regulada’, seu pseudônimo de comunismo (COUTINHO, 1999, p. 34, 266-267).

Mas à crítica não ficaram alheios mesmo pensadores liberais e conservadores. Para Schumpeter (1984, p. 277-), por exemplo, pensador liberal, a democracia nada mais era do que um simples método de seleção das elites através de eleições periódicas, alinhando-se não muito longe, portanto, da denúncia leninista da democracia representativa como a melhor forma de dominação burguesa, ou de Max Weber, para quem, se a democracia direta é um tipo de governo, a democracia representativa é a legitimação do poder, uma forma plebiscitária de escolha e legitimação de líderes, que passam a dominar as massas com um poder autoritário de mando (1964, p. 951).

Arendt, após destacar, conservadoramente, os méritos do sistema bipartidário como instrumento assecuratório das liberdades constitucionais – sistema que, entendemos, sendo característica tendencial da democracia representativa, mais serve à exclusão –, reconhece sua incapacidade em ensejar que o cidadão se converta em partícipe dos assuntos públicos, pelo que se constituem os partidos em instrumentos eficazes para cercar e controlar o poder do povo. Para a autora de *The Origins of Totalitarianism*, o governo representativo se converteu, na prática, em governo oligárquico, ainda que não seja no sentido clássico de governo de poucos em seu próprio interesse; o que agora chamamos democracia é uma forma de governo na qual poucos governam em nome

do interesse da maioria, ou, pelo menos, assim se supõe. O governo é democrático porque seus principais objetivos são o bem-estar popular e a felicidade privada; podemos porém chamá-lo de oligárquico, porque a felicidade pública e a liberdade pública se converteram, de novo, em privilégio de uns poucos (ARENDDT, 1967, p. 281-282).

Mesmo para Bobbio, advogado da democracia representativa ou parlamentar – que, reconhece, limita a participação do voto às eleições de representantes não investidos de mandato imperativo –, qualquer projeto de democracia haveria de fundar-se sobre três pilstras fundamentais, ausentes da democracia representativa: participação (popular), controle (social) e liberdade de dissenso. Escreve:

“Na sociedade capitalista avançada, onde o poder econômico é sempre mais concentrado, a democracia, apesar do sufrágio universal, da formação de partidos de massa e de um grau bastante alto de mobilização política, não conseguiu manter as próprias promessas, que eram, sobretudo, de três ordens: participação (ou participação coletiva e generalizada, ainda que indireta, nas tomadas de decisões válidas para toda a comunidade), controle a partir de baixo (com base no princípio de que todo poder não controlado tende ao abuso) e liberdade de dissenso”. Nos estados onde as instituições democráticas são formalmente mais aperfeiçoadas, verificam-se dois fenômenos contrastantes” (1987, p. 32-33).

Referindo-se aos “estados [ocidentais] onde as instituições democráticas são mais aperfeiçoadas”, Bobbio registra, de um lado, a apatia política, como uma das faces da ausência de participação, e, de outro, “a participação distorcida, deformada ou manipulada pelos organismos de massa que têm o monopólio do poder ideológico”, agravadas ambas as manifestações pela presença de organismos que diríamos afastados

da raiz da soberania popular, e sobre os quais a coletividade não exerce qualquer sorte de controle democrático, embora sejam, esses organismos, centros efetivos de poder. Bobbio se refere às forças armadas, à burocracia e às grandes empresas.

“Quanto ao dissenso, este é limitado a uma área bem circunscrita, que é aquela do sistema econômico dominante, e não oferece nunca a possibilidade de uma alternativa radical. Daí surge, entre outras coisas, uma segunda razão de desconfiança na democracia: o método democrático, como é praticado no sistema capitalista, não parece permitir a transformação do sistema, isto é, a passagem do sistema capitalista ao socialista” (p. 33),

ou mesmo uma mudança social e política ampla, ainda que dentro do sistema, por meios parlamentares (HIRST, 1993, p. 8).

Não é pois, recente, a crítica à democracia representativa, e na América ela se instala com a própria democracia, pela voz de seus próprios corifeus, como Madison, considerado o ‘pai’ do constitucionalismo norte-americano, a quem afligia a questão ainda hoje crucial da democracia, a distância entre a vontade de governantes e governados. Santos (1991, p. 21) lembra James Mill afirmando que, “a menos que um corpo representativo seja escolhido por uma parte da comunidade, cujo interesse não pode diferir do da comunidade, o interesse da comunidade será infalivelmente sacrificado ao interesse dos governantes”. A proposta de representação proporcional de Stuart Mill, escrevendo quase cem anos após Madison, é esforço visando, na crítica ao governo representativo, garantir a sobrevivência das minorias, contra o princípio majoritário. Esta é questão contemporânea que mais se observa nos regimes bipartidários, tendência dominante da democracia representativa contemporânea, principalmente nas chamadas ‘grandes democracias’ ocidentais, com a exclusão, da cidadania, de setores crescentes da sociedade.

Entre nós, Alencar, escrevendo ainda no segundo Império, foi dos primeiros críticos, formulando sua teoria da representação proporcional antes de John Stuart Mill (1862). Sua defesa da representação proporcional é a denúncia da ditadura da vontade majoritária, expressa na democracia representativa que conheceu, assim anatematizada: “O domínio da maioria e a anulação completa da maioria; eis portanto o pensamento iníquo e absurdo que repousa atualmente o governo representativo” (ALENCAR, 1997, p. 14). Para Alencar, o ideal do governo democrático só se realizaria na medida em que assegurasse a representação de todas as forças da nação, retomando a legitimidade derivada do caráter integral da democracia da ágora e do fórum: “Somente nesta condição o sistema representativo será legítimo” (p. 47).

Debruçando-se sobre os primeiros anos da República (sua *Democracia representativa* é de 1893), refletindo portanto mais precisamente a experiência ainda do segundo Império, Assis Brasil defenderá acima de tudo o sufrágio universal regular, periódico, pluralista e competitivo, como condição essencial da democracia moderna. Adversário da democracia direta e plebiscitária, defenderá porém a participação política popular autônoma (1990, p. 27).

Gilberto Amado – crítico e personagem da primeira República –, entusiasta defensor da democracia representativa, e nela do sistema proporcional em oposição às formas majoritárias (no que se associa a Assis Brasil), autor elitista e conservador⁶, não economizou palavras na sua crítica à democracia representativa norte-americana, monopolizável pelo poder econômico⁷, aos sistemas inglês e francês, e principalmente à democracia da primeira república brasileira (um sistema de dominação e não de representação), na qual identifica o falseamento da representação política e a corrupção, destacando o papel do ordenamento legal como instrumento de legitimação, ou legalização, da defraudação da vontade popular.

Mesmo esse analista conservador e elitista chega a defender a iniciativa popular, o referendo e o *recall* (revocação) como meios aptos tanto a livrar os parlamentos e os governos (referia-se à experiência norte-americana em governos locais) “das influências e dos grupos capitalistas” quanto a proporcionar a “colaboração imediata da massa popular na direção da coisa pública”, atingindo o máximo realizado nos cantões suíços (p. 17).

1. Os novos atores

O desvanecimento do poder representante do cidadão, limitado na escolha do mandatário, e a liberdade do mandatário, agindo sem vínculo com a representação, agravam a falência da democracia representativa tanto mais quanto outros órgãos, organismos, instituições e entidades, sem raiz na vontade popular, sem pouso na soberania do voto, sem legitimidade popular, adquirem poder constituinte, e, assim, passam a gerar direitos, numa flagrante usurpação de mandato, que fratura de forma irremediável a democracia e a representação popular, sem a qual aquela falece por inanição.

São esses novos atores, no plano internacional as multinacionais (que podem decidir desde suas matrizes os destinos econômicos dos países periféricos nos quais atuam, empresas e corporações que em muitos casos representam economias superiores a muitos países) e instituições como FMI, BID, BIRD, ditando, à margem das nações e de seus povos e de seus Parlamentos, os destinos de nações e povos; são eles, nos planos nacionais, os novos meios de comunicação de massas, eletrônicos, as grandes corporações, o sistema financeiro e a alta burocracia, no exercício ilegítimo de poder legiferante, interferindo na constituição do poder, interferindo na ordem governativa. Governando, enfim.

Quando dizemos interferindo, estamos também dizendo manipulando, isto é, alterando a vontade original; também estamos dizendo subtraindo a vontade popular, frau-

dando-a, anulando em sua sede a soberania do voto.

É esse o novo papel dos meios de comunicação de massas, politizados e partidariizados, construtores do discurso único, do discurso unilateral, do discurso monocórdio do sistema. Esses meios de há muito abandonaram o clássico papel de intermediação social. São hoje atores, a serviço dos interesses dos grupos que os controlam. Não reportam: interferem no fato e passam a ser o fato; não narram, invadem o andamento do evento em narração; não informam, constróem a opinião; não noticiam, valoram. O fato, a realidade, o acontecimento, o evento, não é o fato acontecido, a ocorrência em si, mas o fato que logrou ser narrado e, principalmente, como foi narrado. Mais do que nunca, a realidade não é o fato objetivo, mas a versão que lhe emprestam os meios de comunicação de massa. Ou seja, e finalmente: real não é o fato, mas a notícia do fato; real não é o que ocorre, mas o que é noticiado⁸.

2. Os meios de comunicação de massa

Além de seu papel clássico, de construtores da realidade e, assim, de edificadores da opinião pública, os meios de comunicação – propriedade de grupos econômicos poderosíssimos –, monopolizando a informação e controlando suas fontes, transformam-se em sujeitos ativos da política.

Esse papel não se dá, apenas, mediante a manipulação, *o parti pris*, a opção partidária. Ele opera num círculo fechado de influências e interinfluências que passa a condicionar o processo político e o processo eleitoral. Os meios influenciam quando dão ou negam espaço ao candidato, e o candidato depende do espaço nos meios para consolidar-se, no partido (para fazer-se candidato) e na sociedade (para pretender eleger-se). Essa maior ou menor exposição pelos meios determina sua presença nas pesquisas de opinião pública, que, manipuladas ou não, influenciam o processo eleitoral. Influenciam primeiro a opinião interna dos par-

tidos, que procuram, entre seus candidatos, aqueles melhor situados nas pesquisas, e a seguir influenciam o próprio eleitorado, que persegue os candidatos mais fortes, e o candidato mais forte é aquele com maior índice de preferência, o qual, por estar com melhor índice de preferência num determinado momento, será sempre citado. A presença nas pesquisas determina o espaço nos meios, a cobertura jornalística, o convite para entrevistas e debates, e essa exposição passa a ser a medida dos apoios financeiros.

Outra questão é saber se há alguma razão ontológica ou deontológica para as pesquisas de intenção de voto. Por que e para que são feitas essas pesquisas, que papel desempenham e procuram desempenhar? Qual a utilidade, ou função de uma pesquisa de intenção de voto, pensando-se estritamente no processo eleitoral, em seu âmbito interno, em sua natureza, em seu caráter, em sua finalidade? A que interesses cívicos ou democráticos atende essa mercadelização do processo eleitoral? Por que, para bem-escolher seu candidato, o eleitor precisa saber se ele tem x ou y % das intenções de voto? Não encontramos justificativas, fora dos argumentos da mercadologia. Outrossim, identificamos nas pesquisas, mesmo nas pesquisas não manipuladas, um instrumento de desvio da atenção eleitoral. A discussão que toma conta dos meios – e, explique-se: os meios promovem as pesquisas e a discussão em torno delas – são os números, as metodologias de pesquisa, os índices de aceitação e rejeição de candidatos, de conhecimentos ou desconhecimentos etc., em prejuízo das discussões programáticas, das discussões mesmo políticas em torno de programas de governo ou de mandato parlamentar. Discute-se tudo, menos os candidatos, as candidaturas e o processo eleitoral.

Retirada a política das praças, retirada a campanha eleitoral dos comícios (substituídos pelos *shows*) e das manifestações de massas, enclausurada a campanha no vídeo e no rádio, a escolha dos partidos necessariamente se volta para aqueles candi-

dados com domínio do veículo, os quais, geralmente, são os candidatos já com melhor/menor exposição, porque, para ser alvo de entrevistas e convites para debate, o candidato, aprovado no vestibular político da empresa jornalística, haverá de demonstrar competência no domínio da linguagem do meio. Ao fim e ao cabo, a televisão é um mercado e a política é um produto a ser vendido. Para isso, o veículo busca audiência, busca audiência em suas novelas, busca nos programas de entretenimento, mas busca igualmente no telejornalismo e nos programas políticos. Daí a *videopolítica* construindo a *videodemocracia*, que exige, como a televisão, atores, isto é, vendedores, e audiência, ou seja, boas vendas⁹.

No país em que as campanhas eleitorais saíram das ruas para o vídeo, a participação dos candidatos e dos partidos é absolutamente assimétrica, anulando qualquer possibilidade de concorrência digna de honesta consideração¹⁰.

No período pré-eleitoral, os partidos políticos dispõem de horário gratuito no rádio e na televisão para a divulgação de seus programas e exposição de seus principais quadros eleitorais. Mas a partilha do tempo desses programas é proporcional às bancadas na Câmara dos Deputados, as quais variam de 108 parlamentares (PMDB) a um parlamentar (PV, PRP e PRN). Assim os grandes partidos dispõem, anualmente, de dois programas de 20 minutos, cada, e mais 20 minutos de inserções de 30 segundos a um minuto. Enquanto os demais partidos dispõem apenas do direito às inserções, variando segundo as respectivas bancadas, chegando a casos em que o total de tempo disponível é inferior, em todo o ano, a dez minutos. No período eleitoral, no chamado horário eleitoral gratuito, o mesmo critério faz com que partidos como o PMDB, o PFL e o PSDB tenham, respectivamente, sete, seis e cinco minutos diários, contra quatro minutos do PT, três minutos do PTB, dois minutos do PSB, e um minuto do PL e do PCdoB, tudo em números redondos.

Por isso, os meios de comunicação interferem, até, no processo de formação das ligações partidárias, porque essas, por tais razões, deixam de seguir critérios de afinidade eleitoral ou programática ou ideológica, para obedecer à lógica da soma de tempo para seus programas no rádio e na televisão¹¹.

Esse novo papel dos meios de comunicação, na sociedade de massas – de construir ou re-constituir a realidade –, completa o sonho consumista: em síntese e em resumo, a comunicação de massas, a informação, a notícia, como a política, é apenas mais um bem de consumo – um sabonete, um sapato, uma marca de cigarro, um refrigerante, a casa própria, a marca de cerveja – matizado pelo neoliberalismo, isto é, pela apropriação desigual dos bens de consumo, de bens simbólicos e de cidadania.

Por tudo isso, a política é transformada em um bem, em uma mercadoria, e, assim manufaturada, é também um produto destinado a ser consumido desigualmente; o cidadão deixa de ser um ator da política, para se reduzir a um consumidor.

É a vitória do mercado.

Tal fenômeno, grave em sua descrição, preocupante em qualquer país desenvolvido, assume, no Brasil, contornos de extremo perigo quando, em sociedade ágrafa, semi-alfabetizada e semi-letrada, desafiada à leitura quando letrada, os meios de comunicação de massas, principalmente os audiovisuais, o rádio e a televisão, associados aos meios impressos, estão entregues a um sistema de oligopólio que transita para o monopólio, sob todos os aspectos: monopólio da propriedade, monopólio da audiência ou da circulação, monopólio da informação, monopólio dos conteúdos.

Em suas mãos, a construção da opinião pública.

Se, na ‘democracia’ representativa da sociedade de massas, não há o controle, pela sociedade, a partir de baixo, do sistema de comunicação e do sistema político, verifica-se a existência do controle que sobre a sociedade e a política exerce o terceiro poder,

um poder incontável (e por isso tendente ao abuso), o poder ideológico – “imenso como ensina a história de todos os tempos e não somente, como se acredita e se afirma hoje, a história dos nossos tempos, nos quais se desenvolveram as comunicações de massa” – monopolizado (econômica e politicamente) por um grupo de proprietários e transmissores de doutrina, que, sem qualquer sorte de controle social, e no exercício de um poder monopolizado unilateral, se julga competente para declarar quais são as idéias justas e as equivocadas, transformando suas idéias particulares (isto é seus interesses) em idéias universais (Cf. BOBBIO, 1987, p. 34-35).

Pelo que a representação é uma farsa. A ‘democracia’ fundada nessa farsa é uma contrafação.

3. A manipulação legal

O poder legiferante de funcionários e tecnocratas de segundo e terceiro escalões – como o Diretor da Receita Federal ou o Diretor de Mercado do Banco Central – chega a rivalizar-se com o do Congresso, parecendo mais ágil e mais eficiente; atrás de Portarias e Regulamentos e Normas, constituem direitos, editam regras que interferem na vida econômica do país e dos cidadãos.

Essas questões se abatem de forma mais grave nos países periféricos – em face da consabida fragilidade institucional que os caracteriza –, mas se encontram e são observadas em todo o mundo, em face da globalização (de ordem política e ideológica que se realiza pela via econômica) e do neoliberalismo, os quais, associados, intentam apartar a vida política (vista como uma artificialidade) da sociedade (a vida real). Daí, num segundo momento, já próximo se essa tragédia não for espancada, o desaparecimento dos partidos, a oclusão das lideranças (acoimadas de ‘populistas’, uma categoria arcaica a ser exorcizada...) e, finalmente, a liquidação da política, a alienação programada.

Tais afirmações, que se aplicam à perfeição à nossa tragédia política contemporânea

nea, a ela não são exclusivas¹². Trata-se, mesmo, de categorias intrínsecas à democracia representativa, que tem, como uma de suas pilstras, a interferência da simbiose tautológica poder econômico-corrupção. Esse binômio é o centro das discussões de juristas e políticos alemães estarecidos (e por que estarecidos?), com os escândalos das contas inexplicáveis de Helmut Kohl e de sua CDU, a Democracia Cristã alemã. Trata-se, apenas, de uma variante da mesma sorte de ‘relação perigosa’ que, pelos mesmos métodos, e pelas suas relações com a máfia¹³, selou tantos anos de dominação da

política italiana pela mesma Democracia Cristã (PDC). Escândalos envolvendo a manipulação do processo político-eleitoral são característicos das políticas japonesa e coreana, e atingem com ritmo frequência a França.

Os Estados Unidos, a par de exacerbar a participação do poder econômico no processo eleitoral, com a única e vitoriana ressalva de que a intervenção manipuladora do poder econômico se faça às claras, também convivem com denúncias de suborno em seu processo eleitoral e, significativamente, com um constante absentismo de seus eleitores¹⁴.

Abstenção em eleições presidenciais nos Estados Unidos – 1932-1992
(AFFONSO, 1999, p. 8)

Ano	Candidatos	Abstenção%
1932	Roosevelt-Hoover	47,6
1936	Roosevelt-Landon	44
1940	Roosevelt-Wilkie	41,1
1944	Roosevelt-Dewey	44
1948	Truman-Dewey	48,9
1952	Eisenhower-Stevenson	38,4
1956	Eisenhower-Stevenson	40,7
1960	Kennedy-Nixon	37,4
1964	Johnson-Goldwater	38,1
1968	Nixon-Humphrey	37,7
1972	Nixon-McGovern	44,8
1976	Carter-Ford	46,5
1980	Reagan-Carter	46
1984	Reagan-Mondale	46,9
1988	Bush-Dukakis	49,8
1992	Clinton-Bush-Perot	44,1
1996	Clinton-Robert Dole	49

O conceito de democracia – qualquer – é incompatível com o absentismo, pois a regra que a legitima é o governo produto da vontade da maioria, expressa no processo eleitoral.

A grande democracia representativa ocidental, paradigma a ser obedecido, é modelo de democracia indireta¹⁵, sem voto e sem cidadania. Walter Dean Burhan estima que apenas 38% dos cidadãos norte-americanos são eleitores ‘regulares’ em pleitos nacionais e estaduais, 17% são eleitores ‘eventu-

ais’ e 45% sequer são eleitores¹⁶. Nas eleições presidenciais de 1996, das mais concorridas, votaram apenas 49% dos eleitores habilitados, ou 35% da população.

Esse absentismo também tem fulcro na percepção, pelo eleitorado, do evidente jogo de cartas marcadas em que se converteram as eleições, pré-definidas pelas estruturas partidárias, de dois partidos, irmãos germanos, que decidem quem vai concorrer, depois de decidido quem vai ganhar. Aos eleitores, depois do concerto da cúpula e do jogo

ensaiado das primárias, cabe simplesmente homologar a decisão anunciada, elegendo um colégio de eleitores que vai votar como toda a nação e o mundo sabem como irá votar.

O processo eleitoral americano – modelo que as democracias representativas perseguem no Ocidente, em seus méritos e em seus defeitos, daí termos nele nos detido – caracteriza-se por negociatas nos bastidores, truques e espertezas, bem aprendidas pela política brasileira; se o processo é pré-decidiado, nos bastidores, as eleições, isto é, o chamamento dos eleitores ao voto, pode transformar-se, como transformado está, em um grande espetáculo, uma grande feira,

também um grande negócio, presidido e organizado pelos grandes meios de comunicação, televisão à frente. No processo eleitoral, não há lugar para a política, que cede ao espetáculo; não há lugar para políticos, que cedem a cena a atores; não há lugar para a ciência política: o espaço é ocupado pelos consultores de *marketing*. A política é um mercado, o candidato é uma mercadoria, o eleitor é um consumidor¹⁸.

Que acrescentar respeitante às eleições de 2000, nas quais o candidato que obteve a maioria dos votos não foi eleito¹⁷, e a legitimidade do pleito é atacada por suspeitas de corrupção e fraude?

Eleições norte-americanas de 2000
População (senso de 1999) 272.878.000 / Eleitorado: 201.000.000

	<i>Votos populares</i>	<i>Votos no Colégio Eleitoral</i>
Gore	50.158.094	267
Bush	49.820.518	271
Outros	3.895.294	-
Total	103.873.906	538

Nessas eleições – que passarão à história como símbolo da falência do regime representativo – compareceram ao pleito pouco mais da metade dos eleitores inscritos e apenas 38% da população norte-americana, e o novo Presidente teve o respaldo de apenas 18% de seus concidadãos, desvelando a obsolescência do sistema político e do sistema eleitoral norte-americano, manipulado pelo poder econômico, manipulado pelos meios de comunicação e ainda acusado de fraude eleitoral, um sistema que chega às raias desse anacronismo – eleição indireta, cálculo ponderado dos eleitores dos Estados, arredondamento permitindo transferência de eleitores de um Estado para outro, destruindo com um dos axiomas da democracia representativa que é cada cidadão um voto, e cada voto valer um voto – para poder preservar privilégios e injustiças.

Nada muito distante do que ocorreria nas últimas eleições em Israel (2001), quando, de 4,5 milhões de cidadãos aptos a votar,

apenas 2,8 milhões, ou 46,66%, da população compareceram ao pleito.

No Brasil, os escândalos envolvendo o financiamento da campanha presidencial de 1989 e o Governo Collor ainda estão muito distantes de seu fiel esclarecimento. E todos sabemos que não se trata de fato isolado, como isolado não foi o processo, acimado de fraude e corrupção, que garantiu, no Congresso, a aprovação da emenda constitucional permissiva da reeleição.

Não é democrático nem representativo o regime que se alimenta na fraude contra a vontade do representado; não é democrático porque, na sociedade de massas e do mercado, o processo eleitoral é seletivo, constituindo uma nova forma de pleito censitário: é o reino do poder econômico. Não se diz, apenas, que a democracia representativa abriga a ação do capital; diz-se que compreende a corrupção, a corrupção do sufrágio e a corrupção no exercício do mandato, negando a representação; a ação do capital

se abate sobre o pleito e sobre o desempenho do mandato, corrompendo parlamentares e executivos.

Em todos os países, ao lado da manipulação da vontade coletiva pela intervenção do poder econômico, às escâncaras ou sob cínico controle, a classe dominante também se vale de mecanismos legiferantes que visam a contornar a emergência do voto popular e de esquerda, de que são simbólicos tanto a legislação italiana (que garantiu o poder ao PDC, obstando o avanço do PCI) quanto o voto distrital gaullista que impediu, na França, a conquista do poder pela coalizão de esquerda, a mesma reforma eleitoral que garantiu por tantos anos o poder da CDU na Alemanha. No Reino Unido, a legislação impede o crescimento do Partido Liberal. No Chile, as regras para as eleições garantem aos conservadores, na Câmara, um número de cadeiras superior aos votos obtidos. No Brasil, a proposta de abolição das coligações nas eleições proporcionais, de par com a introdução de 'cláusula de barreira' ao funcionamento parlamentar, pode eliminar a representação de vários partidos, na sua maioria os de índole ideológica.

De outra parte, o sistema de aproveitamento de sobras, no cálculo das cadeiras e na formação do quociente eleitoral, implica, com a transferência de votos do menos votado para o mais votado, vício e fraude contra o eleitorado.

Trata-se, portanto, essa democracia representativa, de sistema em que a burla da vontade do eleitor é a regra. Votando no candidato de sua preferência, o eleitor pode estar elegendo outro, dele desconhecido, e de outro partido, porque seu voto, em face do sistema de sobras, pode ser transferido para outro partido. Votando em um partido, pode estar elegendo candidato de outro partido, hipótese das coligações proporcionais. Votando na oposição, pode estar elegendo um situacionista. Votando na legenda de um partido, com a evidente intenção de reforçá-la, o eleitor pode estar elegendo candidato

de outra legenda, elegendo candidato de partido que sequer atingiu o quociente eleitoral. Finalmente: o eleitor vota num candidato e pode estar elegendo outro.

Estudando o sistema eleitoral brasileiro, Paulo S. Tarfner chega às seguintes conclusões:

“Considerando assim sob essa ótica do eleitor, nosso sistema eleitoral nos coloca como um dos países com maior esterilização de votos e, portanto, com elevada exclusão política. Dados comparativos internacionais permitem-nos afirmar que o Brasil se encontra entre os países de mais elevada desproporcionalidade e o campeão de exclusão em termos absolutos.

“... ”

“A exclusão política de milhões de cidadãos, como ocorre entre nós, associada a outras características do sistema político brasileiro, cujo resultado é colocar as recompensas e incentivos do sistema nos indivíduos políticos e não nos partidos, tende a provocar maiores descompassos entre a vontade do representado e a geração de políticas públicas, por parte do legislador, o que, em última instância, compromete e submete a riscos a democracia brasileira”(1997, p. 80-81).

Toda iniciativa que visa a reduzir a representação das minorias, ademais de ferir o pluripartidarismo, cláusula pétrea do diploma de 1988 insere no inciso V do art. 1º, é antidemocrática porque condena uma parcela da cidadania à não-representação. As exigências da cláusula de barreira ou de desempenho afastariam do quadro partidário de hoje nada menos de 22 legendas, num universo de 30 organizações. A cláusula de exclusão, no modelo de representação proporcional, ademais de antidemocrática, é inconstitucional, pois dela resultaria a forçosa existência de minorias sem condições para se representar.

A democracia representativa – e essa é uma característica contemporânea – favo-

rece o trânsito do pluralismo ao bipartidarismo, reduzindo, assim, os espaços da convivência e manifestação/expressão das minorias. O bipartidarismo (Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha, Suécia, entre outros), limitando a representação e a democracia, é o estuário natural do pensamento único. Com o esmagamento da representação e das minorias, a democracia representativa também constrói o fim das expressões/manifestações das diferenças, das regiões, das diversidades políticas, culturais, étnicas e mesmo religiosas.

Mas não cabe aqui, nos limites de nossos objetivos, a resenha das mazelas que fazem do sistema representativo uma patologia. Contentemo-nos com o registro de duas distorções, levantadas por Jairo Marconi Nicolau. A primeira, denominada *ger-*

rymander pela literatura política, é, nos países que utilizam a representação majoritária (que no Brasil tomou a denominação de distrital), a manipulação das fronteiras dos distritos eleitorais, com o intuito de favorecer ou prejudicar candidatos ou partidos; a segunda é a alocação desproporcional das cadeiras de um Parlamento:

“Os legislativos são em geral compostos por representantes de vários distritos eleitorais¹⁹. Quando o percentual de eleitores de cada distrito não é igual ao percentual de representantes (cadeiras) desses distritos no Parlamento, produzem-se distorções de dois tipos. A primeira é a violação do princípio de que todos os eleitores devem ter votos com mesmo valor; a segunda é a sub-representação dos

Câmara dos Deputados

<i>Unidade Federativa</i>	<i>Representação real</i>	<i>Representação proporcional</i>
Acre	8	*
Amapá	8	1
Amazonas	8	6
Pará	17	15
Rondônia	8	4
Roraima	8	1
Tocantins	8	4
Goiás	17	14
Mato Grosso do Sul	8	6
Mato Grosso	8	7
Distrito Federal	8	6
Alagoas	9	6
Bahia	39	38
Ceará	22	22
Maranhão	18	14
Paraíba	12	11
Pernambuco	25	24
Piauí	10	9
Rio Grande do Norte	8	8
Espírito Santo	10	9
Minas Gerais	53	57
Rio de Janeiro	46	50
São Paulo	70	113
Paraná	30	31
Rio Grande do Sul	31	34
Santa Catarina	16	17
TOTAL	513	513

* Pelo cálculo da proporcionalidade populacional, não teria direito a representação.

Fonte: DIRCEU, José; IANONI, Marcus. *Reforma política*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 1999. p. 41.

partidos que têm voto concentrado nos distritos que perdem cadeiras e a sobre-representação dos partidos que concentram votação nos distritos que ganham cadeiras”(NICOLAU, 1995, p. 5).

No Brasil, que adota o sistema proporcional, com lista aberta de candidatos²⁰, facultado o voto na legenda, uma das distorções é a sobre-representação de Estados de eleitorado predominantemente rural, menos populosos, em prejuízo das representações de Estados, e, portanto, distritos eleitorais, mais populosos e de eleitorado predominantemente urbano.

Assim, um eleitor de Roraima, estado com uma bancada de oito deputados federais, vale 33 eleitores de São Paulo, que possui 70 parlamentares, mas cuja representação deveria ter 113 deputados federais. Enquanto os estados do Sudeste, e neles os partidos que nessas regiões têm sua principal influência política, são os mais prejudicados, os maiores beneficiários são: Mato Grosso do Sul e o Distrito Federal, cada um com duas cadeiras a mais do que deveriam ter, pelo cálculo puro e simples de sua população; Sergipe e Goiás, com três cadeiras a mais; Rondônia, quatro; Tocantins, cinco; Acre, Amapá e Roraima, sete cada um.

A distorção decorre da ordem constitucional, que, no seu art. 45, determina oito e 70 como os números mínimo e máximo de representação por unidade federativa. Nas duas pontas, Roraima e São Paulo, os quais, dividido o número de cadeiras (513) pelo eleitorado, deveriam ter um e 113 representantes e, como vimos, têm oito e 70.

A Constituição de 1988 absorve dispositivo da legislação castrense. Mas não data do golpe sua recepção pelo direito brasileiro. Ele já estava presente na Constituição de 1946, numa possível reação do constituinte à ditadura eleitoral da composição Minas-São Paulo que havia caracterizado a República Velha até o decreto de seu crepúsculo com a Revolução de 1930. Jairo Nicolau, que se debruçou sobre o tema, afirma que sem-

pre houve distorção na representação parlamentar no Brasil, indicando sua existência de 1872 até nossos dias (Cf. MELO, 1997).

Eis por que o regime representativo, no Brasil, como observa Bonavides, havendo dominado quatro repúblicas e mais de um século,

“não eliminou as oligarquias, não transferiu ao povo o comando e a direção dos negócios públicos, não fortaleceu nem legitimou nem tampouco fez genuína a presença dos partidos no exercício do poder. Ao contrário, tornou mais ásperas e agudas as contradições partidárias em matéria de participação governativa eficaz. Do mesmo passo fez, também, do poder pessoal, da hegemonia executiva e da rede de interesses poderosos e privilegiados, a essência de toda uma política guiada no interesse próprio de minorias refratárias à prevalência da vontade social e sem respaldo de opinião junto das camadas majoritárias da Sociedade”(BONAVIDES, p. 351).

Trata-se, pois, de princípio – o instituto representativo, tal o conhecemos no Brasil – incuravelmente eivado de ilegitimidade. Esta a sua história republicana, reforçando a exclusão social, a exclusão política, a exclusão econômica, a sotoposição das massas por minorias cada vez menores e mais poderosas. Nessa ‘democracia’ representativa, povo é bibelô, mero arabesco, destinado a compor a decoração barroca dos preâmbulos constitucionais, gravados para a retórica populista.

O fracasso da democracia representativa, sendo o fracasso de toda a teoria da soberania popular, donde a ilegitimidade do poder que nela se assenta, também está exposto na falência da separação dos poderes. A teoria tripartite dos poderes, separados e harmônicos entre si, é uma burleta em face da efetiva ditadura dos Executivos e, nas Federações, da União sobre os Estados, seja controlando os recursos públicos, seja controlando a arrecadação de tributos, seja

disciplinando a vida dos Estados e dos Municípios, seja, mesmo, legislando. Com a preeminência do Executivo, também se assinala a supremacia da União sobre os demais entes federados e a virtual exaustão federativa.

A democracia representativa fracassou.

É preciso corrigi-la o mais urgente possível, para que não contamine o coletivo dos cidadãos com a descrença na democracia *tout court*, direito fundamental da humanidade, direito da quarta geração.

4. *Nossas raízes autoritárias*

No Brasil, a democracia representativa jamais medrou em campo fértil, jamais se hauriu na expressão legítima da vontade soberana do voto livre. A raiz mais remota desse fracasso rotundo pode estar nos contornos próprios de nossa formação de país, nação e povo – desgraçadamente nessa ordem –, construindo uma sociedade autoritária e, daí, um Estado autoritário, regido por um direito autoritário. O direito da casa-grande que sempre tratou o país, o seu coletivo, o seu ‘povo’, como senzala, com ofício próprio e definido: o trabalho, escravo de preferência. A senzala não podia ter voz, nem a casa grande precisava ouvi-la. O fato mesmo de ser proprietário e branco, e proprietário porque branco, dava ao senhor todos os poderes constituintes, e ele soube ser sempre o senhor de barço e cutelo de sua gente, decidindo sobre as coisas, os negócios e as pessoas, sobre a liberdade e a vida, desde nossas origens coloniais aos primórdios de nossa organização política, quando uma constituinte de brancos e doutores sem mandato foi dissolvida para que nossa primeira Carta política, redigida a quatro mãos nas antecâmaras da Corte, fosse outorgada pelo príncipe absoluto e assim se inaugurasse a crise constituinte na qual ainda hoje nos debatemos, sem alternativas a olho nu.

O ato de força que está no vestibular de nossa maioria política não é episódio isolado na história dessa democracia sereníssima, sem representação popular.

O primeiro colégio da soberania nacional, convocado, nomeado e dissolvido pelo Príncipe, era formado por 23 doutores em direito, sete em cânones, três em medicina, 22 desembargadores, nove clérigos, sete militares. Todos ligados à propriedade da terra.

Quando se abre para o processo eleitoral, o país inaugura o voto censitário, aquele que requeria do eleitor a posse de bens ou propriedade. A partir da Constituição de 1824 o corpo eleitoral se separa em votantes e eleitores, excluídos do voto os que não tivessem uma renda anual líquida, por bens de raiz, indústria, comércio ou emprego. Votavam os homens, não votavam as mulheres. Votavam os letrados, não votavam as massas incultas e analfabetas, votava a minoria mínima, não votava a maioria. Votavam os brancos proprietários. Foi esse o Brasil colonial que chegou ao Império e fez a Independência, para dar lugar aos condes, aos viscondes, aos barões, aos marechais, aos almirantes, aos cônegos. Uma sociedade do latifúndio, da monocultura e do escravismo; por isso, e, finalmente, na República, as oligarquias e o ‘coronelismo’. A uma economia voltada para fora, de costas para a terra e com as vistas e o coração projetados sobre o além-mar, correspondia uma elite urbana alienada – nossos bacharéis, os primeiros funcionários públicos, os comerciantes, os ‘correspondentes’ dos grandes fazendeiros, padres, professores de latim, a pequena nobreza na corte colonial –, com os olhos, a mente e o coração fixados na praia, à espera do pacote, meio de informação e comunicação, que lhe vinha trazer tudo, desde a manteiga, o linho, o vinho e as poucas ferramentas de que carecia, até as idéias, a ideologia de que se alimentava, porque, desde cedo, jamais se interessou em pensar o país.

A alienação de nossas elites, a inexistência de uma burguesia nacional comprometida com um projeto nacional não são fenômenos de hoje.

Sem povo, fizemos a Independência (engenho e arte de uma diplomacia corrupta e

perdulária com o erário), fizemos a Abolição tardia (obra de um gabinete anticrônico e graça de uma Regente interina); sem opinião pública e sem campanha republicana, sem apelo republicano e sem o concurso do Partido Republicano, fizemos a República, obra de oficiais do exército e meia dúzia de intelectuais fluminenses. Sem povo e sem ruptura, sem mesmo a mudança do mando. Sem qualquer mudança social. Sem opinião pública, sem vida partidária.

Na República, alcançada pela aliança entre intelectuais e militares, a que estiveram ausentes os políticos e o povo (o Partido Republicano veio a saber da Proclamação pelos jornais), os barões são substituídos pelos ‘coronéis’. Depois da casa-grande e da senzala, a política é dominada pelo trinômio coronelismo, enxada e voto. Surge a classe-média, alguma indústria, a burguesia industrial de origem rural, mais precisamente da lavoura cafeeira, e, finalmente, o proletariado, camponeses que haviam feito sua ‘revolução’ pessoal com a só imigração que os trouxera do campo para a cidade, da fome para a marmita e a bóia-fria, da enxada sem campo para arar para os teares da grande cidade, para os cortiços da grande cidade, para o desemprego da grande cidade, para as favelas que irão construir nas grandes cidades. E alguns imigrantes estrangeiros, italianos e portugueses em sua maioria. E por largo tempo, a cena seria dominada pelos generais. Do início, da primeira república ao fim da quarta república. Sem povo, fizemos a República Velha, consolidamos a República, juncada de quarteladas e insurgências militares numa querela entre a classe dominante, ligada ao latifúndio e ao livre-cambismo, e uma classe-média emergente que vai buscar apoio nos quartéis; sem povo, fizemos mesmo uma revolução que teve por objetivo impedir a Revolução, e assim em nossa história se intronizava o grande herói, ícone da política brasileira: o príncipe de Lampeduza, tão genuinamente nacional quanto Macunaíma, e, como o herói de Mário de Andrade, igualmente

sem qualquer caráter. Por isso mesmo, as mudanças de regime, as reformas, as ‘revoluções’, os levantes, as ‘marchas’, as colunas, nada alteraria a nomenclatura e o pódio de nossos heróis; ao poder absoluto dos senhores da terra, segue-se o poder absoluto dos senhores do capital concentrado; o escravo é substituído pelo excluído. E quando a explosão urbana (antes de mais nada consequência do esvaziamento do campo depredado pelo latifúndio) constrói as grandes cidades, o povo-massa vai às ruas, sem conhecer sua organização, mas não faz história própria. Quase sempre serve de massa-de-manobra da mesma burguesia, que, de crise em crise, vai-se conservando no mando político, mantendo o mesmo governo, em que pese a sucessão dos governantes.

Do Fico às ‘diretas-já’.

No notável movimento das ‘diretas-já’, o povo, com o estímulo das organizações sociais e o concurso de parte do aparelho estatal, em mãos de províncias oposicionistas, finalmente vai às ruas; mas não fez história. Esta ficou por conta de um Congresso sem legitimidade que, violando a representação, rejeitou a emenda que o povo exigia, naquele que talvez tenha sido, na República, o único momento de consenso político nacional.

Eis por que toda a história política deste país, do Império à República que ingressa no terceiro milênio, pode ser escrita sem uma só referência aos partidos políticos, aquele elemento essencial das democracias representativas.

5. A crise constituinte

A crise constituinte nasce com o País, e até hoje estamos à espera de uma ordem constitucional estável.

No relativamente curto período de pouco mais de cem anos de vida republicana, nosso país conheceu, entre cartas, ordenações e Constituições, sete diplomas. Quatro (1891, 1934, 1946 e 1988) derivados de assembléias constituintes (algumas, como a de

1988, carentes de poder constituinte originário), um promulgado por um congresso sem legitimidade mesmo derivada (1967), dois ditados por ditaduras (a Carta 1937 e a Ordenação de 1969). A esse rol pode-se incluir a reforma de 1926, levada a cabo por um Congresso ordinário.

O país não sabe o que é ordem constitucional estável.

Durante todo esse período, e mesmo após a redemocratização *post* Estado Novo e a Constituição de 1946, o que temos tido é presidentes de República que, ao invés de guardiães da Constituição que juraram obedecer, se transformam em chefes de Estado cujo projeto de governo é promover a reforma da Constituição, submetendo-a aos seus interesses políticos e administrativos. Desde Deodoro, que renunciou por não poder governar com a Constituição, até o atual Presidente, que, ‘para governar’, desmonta a ordem constitucional, graças ao concurso de um Congresso que lhe é dócil na concessão de emendas e na aprovação de medidas-provisórias que transferem para o Executivo função legiferante exclusiva do Legislativo, e graças a um Supremo sem ânimo para assumir seu papel político de Corte constitucional.

Em 11 anos de vida, o texto de 1988 já incorporou 31 emendas e, presentemente, correm, no Congresso Nacional, dados de 16 de fevereiro de 2001, nada menos de 649 projetos de Emenda Constitucional.

Enquanto isso, em seus 213 anos, a Constituição norte-americana sofreu 27 emendas.

Mesmo o largo período de normalidade constitucional democrática, largo nos termos restritos da realidade brasileira, ressalve-se, de 1946 a 1964, foi perturbado por seguidas crises institucionais, com repercussões óbvias na vida política: um presidente (Vargas) se suicidou, no auge de crise político-militar; dois presidentes foram declarados impedidos por um Congresso animado em seu civismo pelo cerco das tropas militares (Carlos Luz e Café Filho); um presidente (Juscelino Kubitschek) enfrentou duas sublevações militares (Jacareacanga e

Aragarças), um renunciou (Jânio) e outro foi deposto por um levante militar (Goulart). Entre essa renúncia e essa deposição, uma junta militar de fato e um presidente títere (Mazilli), depois da tentativa de impedir a posse do vice-presidente constitucional, impuseram, uma vez mais e sempre contando com a docilidade do Congresso, a reforma parlamentarista, porque no Brasil o Parlamentarismo não é uma forma de governo, mas um expediente de golpe-de-Estado constitucional.

Já sob o regime da Constituição de 1988, tivemos o *impeachment* do primeiro Presidente da República eleito pelo sufrágio universal desde 1960 (Fernando Collor de Mello). De 1930 a 1999, durante 69 anos de democracia representativa, conhecemos pelo menos 32 anos sob ditadura franca (1930-32; 1937-45; 1964-85). Em vários episódios e por largos períodos, vivemos sob estado-de-sítio. E que dizer dos 30 anos da democracia ‘representativa’ da República Velha, a república das oligarquias, dos caciques e dos ‘coronéis’, das eleições a bico de pena? Que dizer dessa democracia representativa asentada na fraude eleitoral? Na ausência de debate e de opinião pública?

5.1. As medidas provisórias

Como um dos indicadores da crise constituinte brasileira nomeamos o Executivo imitando-se em tarefa típica e privativa do Legislativo. Referimo-nos, por evidente, às Medidas Provisórias, excrescência de índole parlamentarista incrustada na ordem jurídica presidencialista. Não se trata de reclamar de um Parlamento, de natureza genuflexo em face do Poder, um mínimo de ousadia moral na rejeição das Medidas flagrantemente inconstitucionais; não se trata de querer desse Congresso, e o atual não é mais flébil que os anteriores, o exercício do juízo de admissibilidade, rejeitando *ab initio* as Medidas que não se conformam com as exigências constitucionais; não se trata de reclamar do Congresso seu dever constitucional de zelar pela preservação de sua

competência legislativa (C.F. art. 49, XI); nem se trata mesmo de regulamentar a edição desse mostrengo. Trata-se, tão-só, de revogar o art. 62 da CF, ou, regulamentando-o, subordinar a eficácia da medida à sua aprovação por referendo, opção, aliás, que está consorte com o art. 14, como única forma de salvar a soberania popular. Crime pior, só o do Executivo, reeditando-as. Em qualquer hipótese, haverá o veto do art. 246

à admissibilidade de Medida Provisória na regulamentação constitucional.

Os dados oficiais são escandalosos e desenham um escárnio contra a ordem constitucional. Desde a promulgação da Constituição de 1988 até o dia 16 de fevereiro de 2001, foram editadas 5.702 Medidas Provisórias, das quais 4.890 nos seis primeiros anos de governo FHC! As reedições somaram 5.121 Medidas Provisórias.

Medidas Provisórias Edição e Reedição por Governo

Atualizado em 16.2.2001

Governo	José Sarney (3.1985 a 3.1990)	Fernando Collor (3.1990 a 10.1992)	Itamar Franco (10.1992 a 12.1994)	Fernando H. Cardoso 1º Governo (1.1995 a 12.1998)	Fernando H. Cardoso 2º Governo (12.1998 a 16.2.2001)	Total Geral
Originárias	125	87	141	160	71	584
Reeditadas	22	73	364	699 ¹ 1.750	137 ¹ 2.076	5.121
Convertidas	109	66	121	82	73	451
Revogadas	2	5	5	11	5	28
Sem Eficácia	5	5	15	3	1	29
Rejeitadas	9	11	-	1	1	22
Em Tramitação	-	-	-	40	12	52
Editadas	147	160	505	2.609	2.281	5.702

¹ Reedições de Medidas de Governos anteriores.

Fonte: Presidência da República – Subchefia para Assuntos Jurídicos.

Sucedâneo ao decreto-lei da ditadura militar, a Medida Provisória é ainda mais autoritária do que seu antecessor; aquele, quando não aprovado pelo Congresso em 30 dias, perdia validade e não podia ser reeditado; já a medida provisória, se tem validade inicial de 30 dias, pode ser reeditada indefinidamente. Assim, ao Executivo, é irrelevante trabalhar a apreciação congressu-

al, pois está em suas mãos o expediente da reedição sem peias. Por isso mesmo, por exemplo, para citar um episódio paradigmático, a MD que implantou o Plano real, emitida pelo Executivo em julho de 1994, só foi apreciada na convocação extraordinária de fevereiro de 2001, depois de seis anos, duas eleições presidenciais e 73 reedições! Jogando com o recurso da reedição – ou seja,

com a não-apreciação do mérito pelo Congresso –, o Executivo legisla sobre tudo: desde finanças a matérias penais (vedadas aos antigos decretos-leis), ou questões irrelevantes como auxílio-transporte para militares ou vale-pedágio para caminhoneiros.

Ausente o Congresso da formulação das grandes diretrizes da política do País, vê sua competência legislativa transferir-se permanentemente para o Executivo. E isso interessa ao sistema, porque para toda a gente é muito mais fácil e conveniente exercer o *lobby* junto a um burocrata do que ter de enfrentar o pluralismo partidário no Congresso; é muito mais fácil lidar reservadamente com um técnico do governo do que ter de entender-se com a pluralidade de lideranças partidárias.

Embora inserta no corpo da Carta Magna, a Medida Provisória é inconstitucional, “porquanto fere e anula dois princípios da ordem constitucional que não podem ser quebrantados: o da legalidade e o da legitimidade”²¹. Elas não conhecem remédio, fora da pura e simples revogação do art. 62, ou da subordinação de sua eficácia a referendo popular.

5.2. A falência do poder legiferante do Congresso

Aprofundando a crise constituinte, há que se registrar a falência do Poder Legislativo cedendo sua competência legiferante. Não se trata só das Medidas Provisórias. No ano legislativo de 1999, o Congresso brasileiro editou 83 leis. Dessas, 59, ou seja, 63,4%, foram de iniciativa do Executivo, 32 (34,4%) de iniciativa de uma das duas Casas e duas (2,2%) oriundas do Judiciário²². No ano de 2000, piorou. O Congresso aprovou e foram sancionadas 218 leis (143 das quais tratavam de crédito suplementar ou abertura de crédito). Desse total de 218 projetos convertidos em lei, 188 (ou seja, 86,23%) foram originários do Poder Executivo, 24 (ou seja, apenas 11%) tiveram origem em uma das duas Casas do Parlamento e seis (2,76%) tiveram origem no Poder Judiciário. Definitivamente, o Executivo tomou a si a função legislativa²³.

Mas o melhor indicador do esvaziamento do poder legiferante do Congresso Nacional talvez seja oferecido pela análise aos processos de elaboração e execução do Orçamento Geral da União.

Uma das mais importantes funções do Congresso brasileiro é a elaboração do Orçamento da União. A relevância é de tal ordem que foi alçada a matéria constitucional, a que nosso ordenamento dedicou uma Seção (Dos orçamentos) e cinco artigos. Um deles (art. 166) regula o processo legislativo e (§ 1º) cria uma comissão mista permanente, de Senadores e Deputados. Mas a elaboração orçamentária, pelo Congresso, resulta numa ficção! Senão, vejamos: do total do Orçamento aprovado (a partir de proposta do Executivo), os parlamentares só podem interferir em cerca de 3% (mas suas emendas não podem aumentar a previsão de receita), percentual esse que ainda pode ser contingenciado em 50%. Do que sobra, a União executa apenas 18 ou 20%. Mesmo aqueles 97% nos quais o Congresso não pode interferir, limitando-se sua competência a homologar a proposta do Executivo tal qual recebida (despesas de pessoal e seus encargos, serviço da dívida e fundos e transferências constitucionais, art. 166, § 3º, II), podem ser alterados pelo Governo, por meio de remanejamentos.

Examinemos o Orçamento para o exercício financeiro de 2001. Ele importa em R\$ 950.202.360.392,00 – receita esperada (sempre realizada a mais) e despesa fixada (sempre realizada a menos).

Qual a participação do Congresso Nacional em sua elaboração?

Desses 950,2 bilhões, apenas R\$ 398,6 bilhões (orçamento fiscal e da seguridade) puderam ser movimentados pelo Congresso Nacional; sua intervenção mediante remanejamentos foi de R\$ 12,1 bilhões (R\$ 12.067.787.676,00), ou seja, apenas 3,04% do total.

Mas ainda não é tudo.

Mediante o instituto da Desvinculação de Receita da União-DRU (Emenda Constituci-

onal nº 27/2000), o governo federal obteve a desvinculação, linear, de 20% da arrecadação da União de todas as contribuições e impostos destinados a seus fundos, órgãos ou despesas, excluídas as transferências constitucionais obrigatórias (Fundo de Participação dos Estados, Fundo de Participação dos Municípios etc.) e o salário-educação.

No exercício financeiro de 2000, a desvinculação foi de \$31,1 bilhões (R\$ 31.062.232.686,00) e para 2001 foi de R\$ 35,1 bilhões (R\$ 35.097.151.662,00).

Tais números mostram que a DRU ofereceu ao governo, nos dois exercícios estuda-

dos, 66,2 bilhões em orçamento desvinculado de qualquer destinação originária, ou, em outras palavras, para cumprimento de contratos fiscais.

Mas, se o Congresso se vê coartado em seu papel legiferante, não conhece termo o arbítrio do Executivo, que, do total do Orçamento Geral da União, realiza tão-só o quanto lhe interessa: pois é de seu arbítrio limitar a execução, efetuar cortes e promover contingenciamentos.

A análise a alguns Programas, em 2000, revela a distância entre a Lei orçamentária tal qual aprovada pelo Congresso e sua efetiva execução:

Programa	Execução(%)
Saúde do trabalhador	1,04
Implantação de redes de bancos de leite humano	5,75
Capacitação profissional (enfermagem)	6,07
Atenção a portadores de deficiência	7,97
Saúde mental	8,16

Não bastassem todas as intervenções já descritas, o Executivo, por meio do Decreto n. 3.746, de 6.2.2001, contingenciou mais de 7,5 bilhões do Orçamento aprovado para 2001, atingindo a Justiça (R\$ 28.104 em 33.102), a defesa nacional, a segurança pública, a saúde, enfim todos os setores da atividade pública nacional. Dessa forma – e a listagem é puramente exemplificativa –, a Secretaria Especial de Desenvolvimento Urbano sofreu um corte de 84,9% em seu orçamento, o Ministério do Esporte e Turismo um corte de 64,4%, o Ministério da Integração Nacional um corte de 52,5%, Ministério da Agricultura e do Abastecimento um corte de 40,7%²⁴.

6. A crise partidária

A crise dos partidos reflete a crise política brasileira e é denotativa da fragilidade da democracia representativa.

A rigor, a vida partidária, entre nós, ressalvadas as discutibilíssimas experiências do segundo reinado e da república velha,

só tem início com a redemocratização de 1946, para ser logo interrompida pela violência do Ato institucional nº 2, de 1965.

Mesmo para o regime democrático derivado da carta liberal de 46, era insuportável a sobrevivência das organizações à esquerda do regime, um regime que cassava registro de partidos e os mandatos de parlamentares comunistas.

Nada obstante, a ordem partidária derivada da Carta de 46, um pluripartidarismo condensado em três siglas de âmbito nacional (PSD, UDN e, de último, PTB), não duraria mais de 18 anos, golpeada em 1965 pela ditadura militar. Até extinguir-se por inanição o sistema de partidos dos generais, a vida política brasileira seria reduzida a duas siglas, organizadas de forma burocrática, e segundo os ditames do regime de exceção.

Esse bipartidarismo formal – no começo ARENA-MDB, na última fase PDS-PDMB –, encerrando um unipartidarismo de fato, pois só o partido do governo podia ganhar, elegendo os delfins indicados pelo Olimpo castrense, não chega a constituir um siste-

ma de partidos. Partidos de fancaria, essas duas siglas consentidas compunham o coro de uma ópera bufa, cujo libreto era ditado pelas casernas; no palco, marionetas orgulhosas dos cordéis que as ligavam aos seus manipuladores; na platéia, um público enfasiado.

Sob o regime de exceção, foram organizados, dissolvidos e reorganizados os partidos na camisa-de-força do bipartidarismo formal; realizaram-se eleições vigiadas, sujeitos seus resultados à ‘depuração’ (via cassações de mandatos quando fracassava a filtragem das impugnações e das restrições legais) da vigilância militar, a mesma vigilância que mantinha aberto o Congresso e decretava seu recesso quando isso atendia a ‘razões de segurança nacional’ desconhecidas da Nação. Sob o comando do poder, e segundo suas regras, e seu calendário, foi operada a lenta e gradual transição da ditadura para a Nova República, que compreendeu cassações amplas, anistia restrita, atentados da direita terrorista encrustada no aparato estatal, e eleições presidenciais por um colégio indireto previamente ilegitimado pela Nação no memorável movimento das ‘Diretas-já’.

E nesse episódio, ao derrotar a emenda que instituía as eleições diretas para Presidente e vice-Presidente da República, o Congresso Nacional decidia contra a expressa vontade constituinte da Nação, e, assim, virtualmente decretava a ilegitimidade da democracia representativa brasileira.

O episódio põe de manifesto mais uma das características da democracia representativa, que é a incurável diacronia entre a vontade do representado e a ação parlamentar do representante.

6.1. Os partidos no direito constitucional

A Constituição de 1824, compreensivelmente, ignorou a existência de partidos. A Constituição republicana de 1891 seguiu-lhe os passos, embora os partidos, regionais, desde há muito existissem e funcionassem como instrumento das oligarquias e sem

qualquer diferenciação ideológica, nada obstante se denominassem *conservadores* ou *liberais*. Todos serviam aos senhores da terra. A Constituição de 1934 – nossa experiência weimariana – limitou-se a prever a perda de cargo imposta ao funcionário público que favorecesse ‘partido político com influência de autoridade ou pressão’ (art. 179, 9º). E a Carta de 1937 é evidentemente omissa.

Aparecem os partidos pela vez primeira no Código Eleitoral de 1932, Dec. nº 21.076, de 24.3.1932, arts. 58-1º, 99, 100 e 101.

Com a Constituição de 1946, os partidos passam a ser referidos, mas de forma quase e só burocrática e repressiva, dedicando-se-lhe duas menções: a) do registro e da cassação (119, I) e b) dos que não se podem organizar, registrar ou funcionar (art. 141, § 13).

A preocupação constitucional com os partidos políticos começa, de fato, e ironicamente, com a Carta de 1967, originária do regime militar e do Congresso ordinário que conformou. Assim dispõe: 1) art. 20, III (imunidade tributária); 2) art. 32, parágrafo único e art. 39 (participação na organização das comissões parlamentares); 3) art. 37, § 20 (representação à Câmara para declaração de perda de mandato); 4) art. 149 e incisos (organização, funcionamento e extinção); e 5) art. 166, III (possibilidade de partido político ser acionista de empresa jornalística).

A Ordenação de 1969, editada pela Junta Militar, tratava dos partidos em seu art. 152.

A Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985, que abre o processo de redemocratização, já sob o comando do primeiro governo civil após a vintena militar, disporia:

“Capítulo III

Dos Partidos Políticos

Art. 152. É livre a criação de Partidos Políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a Soberania Nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios

(...).”

Como falar em democracia representativa em regime constitucional que assim ignora a vida partidária?

6.2. *Os partidos na última redemocratização*

Se bem que a abertura partidária já se insinuasse em 1982, só com o fim do regime militar é que recomeça a construção de um novo sistema de partidos; que no entanto é regido pela ordenação militar, a Lei Orgânica dos Partidos Políticos (de 1971), sobrevivente até à redemocratização, para finalmente conhecer sua revogação, tardia, com a lei 9.096 de 1995. Só a partir dessa lei, e das regras democráticas da Constituição de 1988, é que se começa, neste país, a construir um sistema democrático de partidos, fundado na autonomia e na liberdade auto-organizativa. Mas sobrevive o Código Eleitoral, de 1965...

Mesmo essa ordem jurídica, a lei eleitoral, de 1997, e a lei dos partidos políticos, de 1995, já está sendo contestada. Hoje, não temos garantias de qual será o regime eleitoral e partidário brasileiro que presidirá as eleições de 2002.

O atual sistema de partidos, embora tenhamos partidos registrados desde 1981 (PMDB, PTB e PDT), portanto, começa a definir-se com a Emenda Constitucional nº 25/85, mas só entraria a consolidar-se a partir de 1988, com a definição das novas regras constitucionais. Mesmo hoje, todavia, não se pode dizer definido, nem juridicamente, nem politicamente, nem do ponto de vista sociológico, vale dizer, de sua homologação pela consciência coletiva nacional.

Trata-se de sistema que remonta aos meados dos anos 80, quando na Europa e nos Estados Unidos, para citar nossas matrizes para tudo, a vida partidária recorre a mais de cem anos.

A referência à legislação ordinária assinala uma cronologia e não ressalta os méritos do ordenamento. Pois a atual legislação, elaborada sob as asas democráticas da

Constituição de 1988, tem por objetivo coartar a representação, estagnar a vida partidária, congelar o processo político, para, finalmente, manipular a manifestação da soberania popular. A intervenção do poder econômico nas eleições é consentida, e não são estabelecidos limites de doações financeiras às campanhas dos candidatos; o horário eleitoral gratuito frustra todas as possibilidades de igualdade de disputa entre candidatos e partidos. Os titulares de cargos executivos podem concorrer às suas próprias sucessões sem sequer terem de se licenciar dos respectivos cargos, numa intolerável agressão a toda a experiência republicana²⁵.

Por que resulta grave para a democracia a fragilidade dos partidos políticos?

O partido político é o espaço único da ação político-eleitoral nas democracias representativas; nosso regime, de um lado, proscreve as candidaturas avulsas, fora dos partidos, e, de outro, proíbe às entidades sindicais e congêneres qualquer sorte de vida partidária. O monopólio da via político-eleitoral, pelos partidos, completa-se quando uma das condições de elegibilidade é a filiação partidária prévia.

Entre nós, os cargos políticos nos poderes Legislativo e Executivo são preenchidos mediante eleições, e só se admite candidato mediante a inscrição partidária (cf. art. 14, §3º, V, da Constituição). O partido político, livre, apto à alternância no poder, é o suprasumo do pluralismo, e é por meio da solidez do sistema de partidos que se mede a robustez da democracia representativa. Portanto, sem o concurso dos partidos, essa ficção da realidade brasileira, não há como organizar e desempenhar as funções estatais. Na democracia representativa, não há poder político se não há partido político. No entanto, o declínio dos partidos políticos é fenômeno que percorre quase todas as democracias representativas. A intermediação política – a quinta-essência da democracia representativa – entra em declínio; daí, a falência das instituições representativas, é só um passo.

7. A crise do Legislativo

Não há uma só pena de analista da política brasileira que não escreva, como denúncia, a crise do Poder Legislativo. Variáveis são os enfoques, mas a crítica é consensual em face de seu desempenho, seja em punir a docilidade com que as duas Casas se curvam aos impérios do Executivo, seja ao verberar o preço cobrado por essas concessões; seja a denúncia do esvaziamento dos plenários, seja a denúncia do nepotismo larvar. Outras vezes se agigram contra o corporativismo que, numa leitura equivocada e muito peculiar do princípio da imunidade parlamentar, tem transformado esse instituto, de inestimável importância para a democracia parlamentar, em mero instrumento de proteção a criminosos comuns.

A Comissão Parlamentar de Inquérito, que na legislatura 1994-1998 desvendou as entranhas da Comissão de Orçamento, nas duas Casas, pôs a nu a malha/máfia de interesses e negócios ilegais, contra o erário, reunindo parlamentares, altos funcionários da República, empreiteiros e fornecedores do governo federal em verdadeiras organizações criminosas, concertadas no ofício de depredar o bem público.

As críticas, e aqui não há a menor intenção de proceder à sua listagem, não se circunscrevem às Casas maiores da República. Ao contrário, pervagem todo o poder legislativo. E lá na ponta, nas Câmaras Municipais, onde se suporia fosse mais efetiva a fiscalização da cidadania, maiores são os desmandos e mais graves as denúncias envolvendo tráfico de influência, nepotismo, suborno, 'caixinhas', comissões e o crime organizado.

O rompimento de padrões éticos, ameaçando a legalidade do mandato e manchando de ilegitimidade a representação popular.

Localizamos na crise da representação a raiz de todos esses problemas, os quais, em seu conjunto, constituem um dos mais sérios óbices à consolidação, em nosso país, da democracia, direito fundamental.

Já vimos como labora o processo legislativo, esvaziando a efetividade da representação popular, que mais se distancia de sua fonte em face da concorrência de tantos elementos negativos, a saber:

1. A fragilidade do sistema de partidos composto, em sua esmagadora maioria, sem distinção programática, a não ser formal, na letra dos manifestos sem consequência na vida real, e que, por isso mesmo, seja nos executivos, seja nos parlamentos, terminam por se confundirem perante o eleitorado, em face dos métodos comuns, dos objetivos comuns, dos resultados comuns. Como os gatos noturnos, no poder, os partidos brasileiros são pardos. Daí decorre, em grande incidência, como resposta de uma sociedade desiludida, a ausência do voto partidário, do voto de legenda, com a prevalência daquele que mais merece à democracia: o voto do compadrio, o voto do interesse, o voto da troca de favores, abrindo caminho à mais larga atuação do poder econômico, mediante a compra do voto, o aluguel do cabo eleitoral, o fisiologismo, e o assistencialismo, doenças genéticas da democracia representativa brasileira. O custo altíssimo do processo eleitoral, o custo altíssimo de uma eleição parlamentar em qualquer de seus níveis, promove uma pré-seleção perversa, na base da sociedade, eliminando do pleito aqueles candidatos sem visibilidade pública (privilégio dos chefes de executivo, administradores, atores, personagens de rádio e televisão, esportistas), ou sem ligações corporativas ou sindicais, ou sem integração com um grupo econômico. Por isso mesmo temos representantes que fraudam o mandato, violando a vontade eleitoral, e um Parlamento que não representa o País, mas os grupos econômicos que financiaram as campanhas²⁶. Assim, o voto não elege o representante do cidadão, mas o do capital, do aparelho corporativo, da grande empresa e da grande imprensa, do latifúndio, do mercado, do cotista do capital errático, os quais vão legislar em benefício exclusivo de seus patronos, seus verdadeiros eleitores. O re-

presentado, o cidadão, o homem do povo, dá ao seu representante parte de um poder que não tem mais. Este, o representante, que já tinha o poder, legitima-o por via dessa ficção.

2. Dessa distorção, que nega, na sua origem, a legitimidade do voto, resulta o divórcio entre eleito e eleitor, entre representante e representado, pelo que o parlamentar, passado o pleito, satisfeitos seus compromissos econômicos com os grupos que o elegeram, ou quitados seus compromissos assistencialistas, faz-se senhor absoluto de seu mandato.

3. Na seqüência de mazelas que desnaturam o sistema representativo brasileiro, o deputado ou vereador eleito, uma vez que a votação é nominal e não partidária, e não segue o sistema de listas, também se sente acima de seu partido de cuja legenda e de cujo quociente eleitoral dependeu para conquistar o mandato, e se comporta sem dever respeito ao seu partido e a seus eleitores, o que desnatura o princípio do mandato popular. Cada deputado ou vereador, previamente liberto dos compromissos com seu eleitorado, que nada lhe pode cobrar, comporta-se, no exercício do mandato, como uma instituição autônoma, inalcançável pela disciplina partidária, ou pela fiscalização do eleitor. Daí, em nossos parlamentos, a proliferação de bancadas de interesse de nominata inesgotável, organizadas *erga* partidos: são a ‘bancada’ dos evangélicos, a da saúde, a da medicina privada, a dos

radialistas, a do ensino privado, a dos ruralistas e, até, a dos policiais-militares. São esses interesses, acima da representação do eleitorado ou do programa partidário, que determinam as votações em Plenário.

4. Ao cabo e ao fim, e porque não tem compromissos quer partidários quer com a representação de seu eleitorado, por considerar-se uma instituição autônoma, o parlamentar pode migrar de partido em partido, em alguns casos mais de uma vez na mesma legislatura, e raramente a migração, que não conhece punição partidária ou legal, encontra justificativa doutrinária, ideológica ou programática²⁷. A migração e a autonomia da ação parlamentar constituem fraude contra a representação quando a atuação parlamentar – e essa é a regra, lamentavelmente – deixa de respeitar seja a vontade do eleitor, seja o programa do partido com o qual se apresentou à sociedade.

Na legislatura 1990-94, desconsiderada a fusão de siglas, 35 parlamentares trocaram de partido. No curso da legislatura 1994-98, esse número alcançou a escandalosa marca de 218 parlamentares, ou seja, 42,5% do total da representação (TAFNER, 1997, p. 12).

As mudanças – ‘dança’ de partidos – visando às eleições e as composições da Mesa e das Comissões da Câmara, e a troca de favores que faz crescer as bancadas governistas, são regra em todas as legislaturas, e não poderia ser diferente na atual:

Representação partidária na Câmara dos Deputados

Partido	Eleição de 1998	16/2/2000
PFL	105	101
PSDB	99	103
PMDB	83	96
PPB	60	52
PT	60	60
PTB	29	24
PDT	25	21
PSB	19	12
PL	12	11

<i>Partido</i>	<i>Eleição de 1998</i>	<i>16/2/2000</i>
PCdoB	7	7
PPS	3	13
PSD	3	-
PMN	2	-
PSC	2	-
PRONA	1	-
PSL	1	-
PST	1	-
PV	1	1
PHS	-	1
PTN	-	1
TOTAL	513	513

Fontes: Tribunal Superior Eleitoral e Câmara dos Deputados – Secretaria Geral da Mesa.

Assim, nessa democracia exemplaríssima, o tamanho de cada bancada não depende do número de votos obtidos, nem corresponde à vontade do eleitor depositada na urna; o crescimento partidário prescinde de eleições.

5. Por todas essas razões, observada a exceção que merecem as organizações de esquerda, não temos, a rigor, partidos, mas aglomerados de mandatários, correntes de individualidades que desmoralizam mesmo o instituto da filiação partidária: porque o partido é buscado não como instrumento de luta política, mas como mera via jurídica – exigência legal que se aceita a contragosto – indispensável à obtenção do mandato. Por isso, no Brasil, o candidato se elege com um programa de governo e governa com outro e o parlamentar pode ignorar o programa partidário. Por isso e finalmente os partidos, no governo, não governam: respaldam o governo.

Essa composição de interesses de ordem vária (na qual, todavia, não habitam nem a ética nem a ideologia) inevitavelmente determinaria a pauta do Congresso e determinaria sua pobreza política.

Não há espaço para a representação.

A crise legislativa, todavia, não é particularidade da democracia representativa assim como a praticamos entre nós. Está

presente em todos os parlamentos ocidentais cuja competência se restringe cada vez mais, “além dos limites de fato do poder estritamente político em uma sociedade capitalista, onde as grandes decisões econômicas são tomadas por um poder em parte privado e, hoje, em parte não nacional” (BOBBIO, 1987, p. 72), a classe dominante nacional, as grandes multinacionais e organismos internacionais como o FMI, o BIRD, o Banco Mundial, a OMC etc., fazendo cada vez mais distante o controle democrático do sistema econômico pelo sistema político.

8. A democracia representativa não é democrática

Por que a democracia representativa não é democrática?

Porque, se todos os cidadãos com maioridade e no pleno gozo de seus direitos políticos dispõem, universalmente, do direito de, por meio do sufrágio, eleger seu representante, o voto não tem peso idêntico, seja por força dos mecanismos da proporcionalidade ou da construção dos distritos eleitorais, ou dos colégios eleitorais, como na democracia representativa norte-americana; se tem o direito ao voto, não exerce na plenitude o direito de escolha, limitado pelo quadro partidário, limitado pelas legendas par-

tidárias, limitada pela interferência do poder econômico, pela interferência do poder político e pelo monopólio da informação que manipula a construção da opinião pública. O sistema trabalha para impedir a rotatividade no poder, de sorte que às minorias é negado o direito de tornarem-se, em condições de igualdade, maioria, pelo que a troca no poder, ainda quando premiando partidos distintos, promove a rotação entre iguais.

Assim podemos resumir as principais restrições à democracia representativa:

1. burocratização crescente do aparelho estatal e aumento do poder político-decisório da burocracia, intervindo, inclusive, no processo legiferante; essa burocratização alimenta a predominância do tecnicismo no processo decisório político, afastando a influência da soberania popular;

2. tendência à massificação da sociedade civil, associada à apatia política (via despolíticação da política) e à manipulação do consenso, de que, por seu turno, decorrem ora a não-participação, ora a participação distorcida;

3. baixos níveis de prestação de contas pelo governo, donde ausência de controle social sobre o aparelho político e ausência de responsabilização;

4. tendência ao bipartidarismo e à concentração política, donde restrições ao pluripartidarismo e ao pluralismo ideológico (um e outro fundamentos de qualquer democracia), daí a concentração do poder pelas direções partidárias, atuando de forma soberana sobre todo o conjunto do Estado (e da vida institucional) e da sociedade;

5. baixos níveis de influência popular no processo de tomada de decisões;

6. ausência de margem de mudança social e política por meios parlamentares, donde o reforço do conservadorismo;

7. redução da participação da cidadania nas eleições (transformadas em um processo simples de escolha entre pequeno número de alternativas similares), que cada vez menos influem ou determinam mudanças;

as eleições, ademais de não serem veículos de mudança, são cada vez mais espaçadas, e assim mais funcionam como reforço e legitimação do poder;

8. controle da agenda política pelas direções dos grandes partidos (que controlam o Executivo e o Parlamento) e dos meios de comunicação de massa;

9. tendência à concentração do poder, ao unitarismo e, por conseqüência, ao enfraquecimento da federação;

10. crescente caráter plebiscitário e legitimador do poder governamental estabelecido;

11. substituição da vontade dos representados pela vontade dos representantes;

12. facilidade para a ação dos *lobbies* e representação direta dos grupos de interesse;

13. crescente poder legiferante do Executivo;

14. autonomização política da burocracia em face das mudanças políticas de sorte que a mudança política pode não significar mudança administrativa;

15. as eleições se convertem em mero mecanismo administrativo, perdendo sua função de exercício da soberania e como forma de governo popular;

16. representação mediatizada pelo poder econômico, pelo abuso do poder político e pela manipulação dos meios de comunicação de massa.

A democracia representativa, finalmente, enseja o monopólio do poder político, quando a ação combinada de (i) partidos políticos hierarquicamente controlados com (ii) governo concentrado, num Estado centralizado, serve para destruir o pluralismo e negar a influência popular (HIRST, 1993, p. 14).

Essas questões são insolúveis na democracia representativa.

9. A democracia participativa: a democracia do terceiro milênio

É impossível salvar a democracia representativa, porque ela contém uma contradi-

ção intrínseca: a impossibilidade de uma representação legítima (seu pressuposto), isto é, não-eivada de manipulação – manipulação que apenas cresce e se agiganta e toma as formas de um *moloch* na sociedade de massas –, pela exigência de instrumentos de mediação que se constituem, ao mesmo tempo, incontornáveis instrumentos de defraudação da vontade cidadã original.

Quando falamos de democracia representativa, estamos nos referindo a uma forma de governo, uma modalidade de Estado, um regime político, uma forma precisa, de corte ocidental-montesquieniano-iluminista e teleologicamente formal, e, por isso, intrinsecamente e irrecuperavelmente injusta, para dizer que a democracia *tout court* pede sua salvação, recuperando-se sua raiz ateniense e projetando-se para o futuro, como a democracia do terceiro milênio, que é a democracia participativa, livre da ditadura do representante sobre a vontade do representado, repondo a sincronia entre a vontade da cidadania e a ação política.

As críticas à democracia representativa não podem abrir caminho à não-democracia ou à democracia-nenhuma. Ao contrário, elas derivam de uma opção intransigente, radical, pela democracia. A democracia participativa é a forma de corrigi-la, ampliá-la, aperfeiçoá-la, aprofundá-la.

O ponto de partida da democracia participativa, ou capilar, é a democracia representativa, cujas conquistas – como o sufrágio universal, voto direto e secreto, mandato com termo certo, liberdade e pluralismo partidário e ideológico – são aprofundadas, substituindo-se a preeminência da representação pela participação permanente do cidadão, seja atendendo a mecanismos de consulta, seja principalmente participando do processo deliberativo, administrativo ou parlamentar. Se, na democracia representativa, a participação é um episódio, restrito às eleições, às quais o eleitor comparece e deposita seu voto, perdendo o contato com o eleito e deixando de influir no desempenho de seu mandato, na democracia parti-

cipativa a cidadania é permanente, diária, cotidiana, é “o chamamento ao eleitor para que no curso da ação ele esteja permanentemente colado, integrado, articulado, entendido, próximo do governante, para que as ações sejam permanentemente discutidas” (SOUZA, p. 112). O projeto da democracia participativa é superar a democracia representativa; entendendo a democracia como um processo que não se conclui, e que precisa avançar para além das esferas públicas e políticas e institucionais, como a vida nas organizações, no trabalho, nas relações comunitárias de vizinhança, nas relações associativas, nas relações familiares, nas relações entre marido e mulher, entre pais e filhos, entre professores e alunos, entre patrões e empregados, todas impregnadas de forte autoritarismo.

9.1. A raiz ateniense

Ainda que possa parecer revelação de segredo de polichinelo, é preciso dizer que a democracia representativa faliu, mas é preciso igualmente pôr de manifesto que essa forma de governo, sendo a mais notável das experiências políticas da civilização ocidental e o seu mais rotundo fracasso, não encerra toda a experiência da humanidade.

A democracia representativa é um ramo do gênero democracia, mas não esgota a espécie, nem é sua melhor experiência. Sua biografia remonta à história ateniense, à *àgora* e a uma modalidade de democracia direta que nela se praticava. Não se diz que a democracia direta possa ser reproduzida, mecanicistamente, até porque não se tratava, aquela experiência grega, de uma democracia universal, como deverá ser a democracia participativa qual pleiteamos, e dependia, para sua efetividade, de uma estrutura social ignominiosa, pois fundada era na escravidão. Diz-se que ela é um ponto de partida. Diz-se que a democracia direta é a fonte histórica da democracia participativa do terceiro milênio, que compreende, em sua fase transitiva, formas de democracia semidireta.

A democracia²⁸ grega, como a romana, era uma democracia de proprietários de ter-

ras. Na *pólis* da Antiguidade, uma condição para o exercício pleno da cidadania era a propriedade de um lote agrícola (*kleros*, ‘fundos’) e de escravos. Em Atenas, para 90 mil cidadãos, isto é, proprietários, havia 365 mil escravos, nesse número incluídas mulheres e crianças, e 45 mil imigrantes (metecos) e libertos. Para cada cidadão adulto havia, no mínimo, 18 escravos e mais três metecos. Em Corinto (460 mil escravos) e em Egina (470 mil escravos), apenas 10% da população usufruíam a cidadania. (Havia, assim, uma ‘divisão social do trabalho’: o trabalho, não só o trabalho social mas o trabalho qualquer, era ônus do escravo; o lazer, leia-se a filosofia, a poesia, o teatro, a magistratura, e, principalmente, a política e as funções de Estado, eram o ‘ofício’ do cidadão, isto é, do proprietário). O exercício da democracia se fazia, portanto, somente entre uma parcela da população, os cidadãos, iguais entre si, posto que todos, mas só eles, estavam habilitados a participar do sorteio para o desempenho de qualquer magistratura.

As decisões podiam ser tomadas na *ágora* (ἄγορα: reunião, assembléia, comunidade reunida; praça pública; mercado) porque os cidadãos eram poucos, e, em certo sentido, a democracia direta da *pólis* compreendia um forma de representação, pois essa minoria de eleitos legislava, governava e decidia, decidindo inclusive sobre a paz e a guerra, em nome de todos os habitantes, dos sorteados e dos não sorteados, das mulheres, das crianças, dos metecos e dos escravos.

9.2. A democracia participativa

A democracia não é uma só idéia, um mero conceito, um juízo de valor: é ação permanente, a saber, efetividade. Pressupõe a igualdade (efetiva) de todos perante a lei (*isonomia*), sem distinções quaisquer, de raça, credo, gênero, mas também sem distinção de classe ou riqueza; se todos são iguais perante a lei, todos são igualmente sujeitos à lei, todos são igualmente cidadãos, não há cidadãos mais titulares de direitos do que

outros, não há cidadãos irresponsáveis ou ininputáveis, não há privilégios, não há juízos nem foros privilegiados, como não há cidadãos permanentemente “acima de qualquer suspeita” ou previamente suspeitos e condenados até prova em contrário... Todos são (efetivamente) iguais perante o Estado e têm os mesmos direitos de integrá-lo (*isotomia*), ou seja, os cargos públicos não são preenchidos por sucessão, ou por influência do poder econômico, mas tão-só como mandato da soberania. Na democracia, todos têm (efetivamente) o direito não só de pensar livremente como de livremente expressar-se (*isagoria*), ou seja, o direito de falar e condições objetivas – meios, instrumentos, recursos – de serem ouvidos; intrínseco é o direito de reunião, mas reunir-se para deliberar.

A ‘democracia’ representativa moderna e contemporânea é uma contrafação de todos esses princípios, vertida que foi ao governo das minorias privilegiadas – as que estão acima das leis – dirigentes do poder econômico e controladoras da vontade geral por artifícios os mais diversos, a começar pelo controle dos modernos meios de comunicação de massas. Tal qual praticada no Brasil, a ‘democracia’ representativa, fundada no poder econômico e na informação manipulada, na usurpação do voto e na violação da consciência, é mera e pérfida caricatura da soberania do povo e da nação. Da igualdade é pura ficção, da verdade uma impostura, da razão uma fantasmagoria. Ainda quando legal, é ilegítima. Ilegítima porque não é do povo nem das forças majoritárias que decorre a vontade representativa. É do poder econômico cartelizado, é do monopólio da informação.

Desapartada da soberania popular, a democracia foi colher sua representatividade na vontade e nos interesses de agentes de um poder escandaloso que não encontra abrigo na constituição, como observa Paulo Bonavides, certamente o mais importante defensor da democracia participativa entre nós:

“É o poder dos chamados meios de comunicação de massa liberados a um oligopólio fático de pessoas cujo título de legitimidade não passa pela outorga nem pela sanção do elemento popular, nominalmente sede de todos os poderes da soberania. Manipulando e fabricando opinião, os grandes empresários dos meios de comunicação acabam por se transverter num círculo privilegiado que dispõe com desenvoltura da vontade social para amparar situações em oposição aos legítimos interesses da Sociedade e do País. Esse quarto poder fora do Estado e da Constituição não raro coloca ambos sob seu centro, fazendo da soberania do povo a irrisão e o escárnio da democracia”(BONAVIDES, 1993).

Os corifeus da ‘democracia’ representativa não cogitaram, e não cogitam ainda os neo-liberais, da incompatibilidade do modelo clássico da democracia representativa indireta com aquela que viria a ser a democracia de massas, contemporânea, assinada pela interveniência de dois fatores, irmãos germanos, responsáveis pela manipulação dos pleitos: o poder econômico e a força dos meios de comunicação de massas.

Não cogitaram, igualmente, da capacidade de intervenção do poder público e do Estado, da máquina federal, das máquinas estaduais e municipais no processo eleitoral. Não apenas em sua feição clássica, tradicional, associando fisiologismo, corrupção, empreguismo e nepotismo, política partidária de liberação de recursos etc., mas na sua capacidade de ditar estratégias, no que poderia cingir-se ao campo estrito de sua competência de governo.

A democracia não é apenas um sistema de governo, uma modalidade de Estado, um regime político, uma forma de vida. É um direito da humanidade (dos povos e dos cidadãos). Democracia e participação se exigem, democracia-participativa constitui uma tautologia virtuosa. Porque não há democracia sem participação, sem povo, mas

povo sujeito ativo e passivo do processo político, no pleno exercício da cidadania, povo nas ruas, povo na militância partidária, povo nos sindicatos, povo na militância civil, povo na militância social. Povo-nação, participando da construção da vontade governativa. O regime será tanto mais democrático quanto tenha desobstruído canais, obstáculos, óbices à livre e direta manifestação da vontade do cidadão. Se a mediação, qualquer mediação, implica distorção da vontade, impondo ruído na comunicação cidadania-Estado/representado-representante, esse fenômeno se revela como mecanismo de manipulação nas modernas sociedades de massa que exigem a intermediação dos meios de comunicação de massa.

A questão central da democracia participativa, direito da quarta geração, é tanto minimizar a intermediação – inerente à democracia indireta –, quanto, e paralela e progressivamente, substituir a ‘representação’ assim como a conhecemos (que implica alienação) pela manifestação direta da soberania. É um processo de construção gradual que não compreende o banimento de todas as formas de representação (v.g. Poder Legislativo), mas sua compatibilidade com aqueles instrumentos de participação popular que implicam intervenção do governado na governança e seu controle sobre os governantes.

A democracia do terceiro milênio, sobre ser participativa, será universal, pois dela todos participarão; ignorando distinções econômicas ou sociais, ou raciais, ou de gênero, ou de origem ou de naturalidade; a igualdade política abolirá a delegação, e todos poderão participar ativa e diretamente, pois todos terão assento na nova *ágora*.

Até lá, a possibilidade de consulta imediata e constante e permanente complementar a representação e a delegação, reduzirá o papel das mediações, minimizará as distorções, seja a interveniência do poder econômico, seja a manipulação dos meios de comunicação de massa, os quais, sob controle social, passarão a desempenhar papel diverso na nova sociedade²⁹.

Não se trata de defender a democracia nenhuma em face do fracasso da democracia representativa, repete-se. Trata-se de, sem prejuízo da sobrevivência dos mecanismos democráticos da representação, ampliar seu raio mediante a democracia participativa ou capilar, articulando a democracia representativa com a democracia direta, cujos institutos coabitam por muito tempo.

A democracia participativa compreende, senão o consenso, a ampla consulta popular e, dela conseqüente, o compromisso de todos os atores sociais afetados, a integração de todos os povos, a busca de novas expressões do coletivo, a descentralização das iniciativas e da gestão, a desconcentração administrativa e funcional, a desconcentração do poder, a quebra do monopólio da política pelas classes dominantes. Ela compreende a emergência, no cenário da política, com poder decisório, das instituições populares e sociais das mais diversas índoles, cuja organização enseja e estimula, desde agrupamentos espontâneos e conjunturais aglutinados para resolver um problema concreto, até amplos movimentos, v.g., pelos direitos da mulher, a defesa do consumidor, do meio-ambiente, a defesa das minorias contra todas as formas de discriminação, a proteção dos direitos humanos e a denúncia de sua violação, a defesa de interesses nacionais concretos, a iniciativa legislativa e constitucional bem como a utilização, desmitificada, popularizada, à margem do controle estatal, de novos meios eletrônicos, como as rádios comunitárias, as redes de computadores e todos os meios e instrumentos tecnológicos disponíveis. Enfim: participação dos governados na vontade governativa.

Mas a democracia participativa não é uma democracia direta remontando à *ágora*, mesmo a uma *ágora* teleletrônica; trata-se de democracia semidireta marchando no sentido da democracia direta. Mas democracia semidireta na qual a porção representativa será mínima, ao passo que a presença dos mecanismos da democracia dire-

ta será máxima. Assim, poderá compreender formas de exercício do poder legislativo por meio de Casas submetidas ao controle dos mecanismos da consulta popular, Casas cujos componentes estarão submetidos à imperatividade do mandato, que também será revogável; processo legislativo que compreenderá a iniciativa popular, o plebiscito, o referendo, o veto e a revogação, vale dizer, processo legislativo que terá sempre, no povo, a instância suprema que ditará a aprovação ou derrogação das decisões adotadas. As questões relevantes, como toda matéria constitucional, só serão legisladas e só terão eficácia quando submetidas a iniciativa popular, plebiscito e referendo.

10. A Constituição de 1988: uma promessa frustrada

A Constituição de 1988 foi festejada por todos os epígonos da democracia participativa por enxergarem, no parágrafo único do art. 1º e na redação inovadora do art. 14, uma nova concepção de exercício da soberania popular, reiterado pelo inciso XV do art. 19. De fato, aqueles dispositivos, que associavam ao sufrágio universal e ao voto direto e secreto, com valor igual para todos, o plebiscito, o referendo e a iniciativa popular, sugeriam a possibilidade de uma democracia semidireta.

Reza o Parágrafo Único do art. 1º: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Dispõe o *caput* do art. 14: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular.”

Mas, atrás da regra constitucional, não havia, animando-a e dando-lhe vida, a vontade política da nação. Não se tratava de avanço constitucional conquistado no debate ou na peleja, mas de consecução do constituinte progressista, que talvez mais se

deva a descuido dos conservadores, justamente preocupados com as questões objetivas da ordem econômica e social. A inexistência de contemporaneidade com o processo político, que, atrasado, não a requeria e não a respaldava, esvaziou o significado da conquista, frustrou seus objetivos e a norma positiva se transformou em mera aspiração, sem uma vontade política para efetivá-la.

Democracia participativa não quer dizer que todas as formas de representação sejam necessariamente abolidas. Ao contrário, importa a convivência, com os institutos da democracia representativa sobreviventes, de mecanismos da democracia direta, como o referendo, o plebiscito e a *iniciativa legislativa popular* (também prevista em nosso ordenamento constitucional), o *direito de revogação* (o *recall* e o *Abberufungsrecht*) e o *veto*. Compreende formas de exercício de mandato popular, mas sob controle absoluto da sociedade, o que compreende, *ab initio*, a completa imperatividade social-eleitoral.

O direito de revogação permite ao povo – ao eleitorado - pôr fim (antes do prazo nominal/legal) ao mandato de autoridades, funcionário ou parlamentar.

O *recall*, espécie do gênero revogação, é a capacidade de o eleitor, isto é, de uma parcela do eleitorado, destituir o funcionário ou o representante no curso do mandato. Os deputados como os magistrados estão obrigados a prestar contas periódicas de seu trabalho, podendo ter o mandato revogado. O *recall* também é conhecido como revogação individual, para distingui-lo do *abberufungsrecht*, forma de revogação coletiva: o corpo eleitoral, determinada parcela de seus integrantes, pode requerer a dissolução de sua respectiva assembléia.

O veto é a faculdade de que é titular o eleitorado de manifestar-se coletivamente contra determinada medida governamental ou lei, já devidamente aprovada, ou em vias de ser posta em execução (DUVERGER, 1956, p. 22).

Essas três formas notáveis de exercício democrático, o plebiscito, o referendo e a

iniciativa popular – de todos os institutos da democracia semidireta o que mais atende à exigência popular de participação positiva nos atos legislativos (BONAVIDES, 1972, p. 349) –, permanecem, no corpo positivo constitucional brasileiro, como meras expectativas de direito, passados 13 anos de vigência da ordem constitucional, pois, regulamentados pelo legislador ordinário (lei nº 9.709/98), aguardam da Câmara e do Senado a adaptação de seus respectivos regimentos. Impõe-se não apenas tirar do papel essas conquistas, por enquanto meras conquistas doutrinárias, e fortalecê-las com outras, como o *recall*, o veto e o *mandato imperativo*, que vincula o representante – parlamentar ou executivo – à vontade do representado – expresso no apoio a um programa de partido, ou a um programa de governo ou a ambos –, sob pena de revogação. O mandato imperativo implica a eleição de parlamentares pelo sistema de listas e o voto de legenda, donde o fortalecimento dos partidos e do coletivo, contra a autonomia do representante (mandato fiduciário), despersonalizando a relação eleitor/eleito. Repetamos até à exaustão: não se pode falar em democracia sem a obrigação legal de cada candidato, partido ou coligação, majoritária ou proporcional, respeitar, no exercício do mandato, o programa e os compromissos assumidos, na campanha, com o eleitorado, sob pena de quebra do mandato. O mandato é concedido pelo eleitor em face de compromissos concretos e o desrespeito a esses compromissos vale como violação do contrato. Dito de outra forma, o eleito não pode votar na sua Casa legislativa ou aplicar no cargo executivo medidas que contrariem os compromissos que assumiu com o eleitorado, compromissos nos quais o eleitor se baseou para dar o seu voto.

Se a promessa constitucional de uma democracia semidireta se frustrou, entre nós, há, porém, avanços que precisam ser aprofundados, e cuja origem remonta a muito antes da Carta democrática de 1988³⁰, como as diversas experiências de Orçamento par-

ticipativo, Planejamento cidadão e outras iniciativas que ensejam a participação direta da cidadania, como os comitês ou conselhos de bairro, conselho escolar e conselho de segurança, todos eleitos diretamente pela população, eleições para diretores de escola, eleição para as administrações regionais e distritais, criação de conselhos municipais com a participação majoritária da população na administração de questões cruciais como o Plano Diretor, a política de saúde etc., ensejando a descentralização, quebrando com a ditadura da concentração do poder, substituindo o poder concentrado pelo poder de baixo para cima, deslocando do centro hegemônico para a periferia a discussão dos problemas coletivos.

Temos afirmado que o diploma federal de 1988 deu vazão a muitas formas de democracia direta ou participativa que o legislador ordinário não se interessou em regulamentar e muito menos o Executivo em pôr em prática, nada obstante o princípio da participação direta do cidadão permeiar a Carta constitucional, como a sugerir uma tomada de posição do legislador constituinte. Mas iniciativas estaduais, fundadas na autorização constitucional, abriram caminho para novas experiências participativas. Exemplo é a Emenda Constitucional nº 7 aprovada pela Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, que agregou (art. 19) a participação como um princípio da administração estadual, comando explícito da Constituição do Estado a todos os poderes.

Medidas alternativas de governos democráticos e de esquerda cujo sucesso põe a nu a fragilidade da representação. Mas, se os Estados e Municípios pelo menos admitem os limites da representação, para superá-los, a União deles se vale para aprofundar suas relações imperativas com a sociedade.

Sem a descentralização política, sem o fortalecimento do poder local, sem a organização autônoma das comunidades, contra o que conspira a representação, não há como falar em democracia.

A vida política, a democratização da política, depende de partidos organizados, depende do sufrágio universal e depende da liberdade de escolha, isto é, é preciso que cada cidadão seja livre (objetiva e subjetivamente) para escolher, o que exige pluralidade política e pluralidade ideológica. Só há escolha quando o cidadão está em face de alternativas distintas, assegurado à minoria o direito de poder tornar-se maioria, sem rompimento do código democrático. Mas depende, acima de tudo, da efetiva capacidade de o indivíduo – o cidadão livre – interferir em tudo aquilo que, no Estado e na sociedade, diga respeito à sua vida, aos seus interesses sociais, econômicos e políticos. Depende da capacidade de a coletividade de indivíduos controlar o poder político. Finalmente: depende da materialização da soberania popular. Não se trata, mais, de aumentar ou estender o sufrágio, mas de promover a ocupação de espaços e de alargar o exercício deliberativo dos indivíduos, ampliando os direitos políticos da cidadania.

É evidente que a questão não se encerra numa pura e simples reforma política, ou na aplicação, democrática, de avanços tecnológicos. A democratização da política, tanto quanto a democratização dos meios de comunicação de massa (e a democratização da informática, da teleinformática etc.) serão consequências da democratização da sociedade brasileira, com o rompimento das bases atuais do poder político e do poder econômico. Não se trata de uma reforma constitucional à espera da vontade política dominante para efetivar-se. É uma reforma que depende da inversão do mando. De profundas transformações sociais, do rompimento do *statu quo* que as classes dominantes brasileiras mantêm intacto, para a preservação secular de seus interesses.

Só merece o título de democrática aquela sociedade na qual todos os cidadãos exerçam o direito objetivo de influir nas decisões políticas.

A democracia participativa é a subversão do terceiro milênio.

11. A promessa venezuelana da Constituição de 1999

A democracia participativa é a única forma de realização – dentro dos quadros da atual institucionalidade – de mudanças radicais em nossas sociedades, as únicas aptas a alterar o rumo da política, substituindo as velhas estruturas, desde sempre a serviço da exclusão, por instrumentos modernos de participação.

Entre as experiências em curso em nosso Continente, a Venezuela parece demonstrar, na prática, que a profunda democratização da sociedade e do sistema econômico é a mais eficiente forma de promover mudanças sociais e públicas. E que a profunda democratização da sociedade pode ser o melhor antídoto às pressões forâneas, às pressões do grande capital, das grandes potências que não admitem projeto próprio para os países periféricos.

Merecedor de todo registro é o esforço do povo venezuelano – após o colapso de um regime democrático-representativo que impôs por mais de 40 anos a corrupção e a concentração de renda, donde o empobrecimento das populações de um dos mais ricos países de nosso Continente –, construindo, com o voto reiterado, um processo de ruptura com as velhas estruturas e promovendo, na ordem constitucional, profundas mudanças que ensejam um nova democracia, semidireta, abrindo caminho seguro para uma democracia participativa. Um dos produtos desse processo de mudança, sem correspondente na América Latina, e todo ele pautado em estrita legalidade, é a Constituição bolivariana de 1999, elaborada por uma Constituinte autônoma e exclusiva, convocada por plebiscito, e confirmada pelo povo por intermédio de referendo. O que, por exemplo, não foi permitido ao povo brasileiro na última redemocratização.

A nova sociedade venezuelana tem como forma de participação popular a reiteração do voto: em pouco mais de um ano, os cidadãos foram chamados às urnas 1) para ele-

ger seu presidente, que obteve 57% dos votos válidos; 2) para, em Plebiscito, convocar uma Constituinte (por intermédio de 88% dos votos); 3) para, em referendo, confirmar (90% dos votos) a Constituição elaborada pela Assembléia constituinte exclusiva; e, finalmente, 4) para eleger todos os corpos de direção nacional, desde os municípios à presidência da República.

A nova ordem constitucional tem como objetivo: a democracia semidireta que transita para a democracia participativa.

A Constituição venezuelana, denominada bolivariana, para remontar ao ideal da unificação continental, abriga o direito à objeção de consciência, uma defensoria do povo (uma espécie de poder moderador), a igualdade e a paridade entre mulheres e homens, o reconhecimento dos direitos dos indígenas e a criação de um poder denominado ‘moral’ consagrado a combater a corrupção e o abuso³¹.

Atribui maior poder e autonomia às comunidades, consagra o plebiscito, o referendo e a iniciativa (legislativa e constitucional) popular; submete todos os eleitos (inclusive o Presidente da República) a nova eleição, no curso do mandato, segundo a vontade do eleitorado³².

O ponto de partida positivado em termos constitucionais consta do seu art. 5, *verbis*:

“A soberania reside intransferivelmente no povo, que a exerce *diretamente* na forma prevista nesta Constituição e na lei, e, indiretamente, mediante o sufrágio, pelos órgãos que exercem o Poder Público. Os órgãos do Estado emanam da soberania popular e a ela estão submetidos”.

A inversão (preeminência do exercício direto sobre o indireto) caracteriza exemplarmente o salto da democracia representativa para a democracia participativa. Nesta, o poder tem sede no povo e por ele é exercido, preferentemente; a participação dos representantes eleitos é subsidiária, complementar³³.

Trata-se não apenas de um Estado democrático, é a afirmação do novo ordenamento, mas de um Estado democrático e social, de direito e de justiça, que, para isso, propugna como valores superiores de sua ordem jurídica e de sua atuação a vida, a liberdade, a justiça, a igualdade, a solidariedade, a democracia, a responsabilidade social, a preeminência dos direitos humanos, a ética e o pluralismo político (art. 2º).

Essa nova ordem se materializa na concepção de um governo democrático e participativo, fundado no processo eletivo, na descentralização, na responsabilidade, no pluralismo político (de que deriva o pluralismo partidário) e na revogabilidade dos mandatos (art. 6º), e na representação proporcional (art. 63).

É direito dos cidadãos participar livremente dos assuntos políticos, diretamente ou por intermédio de seus representantes eleitos (art. 62). Entre esses direitos está o de votar.

Desdobramento e efetivação do princípio da revocabilidade dos mandatos, o art. 66 introduz a obrigatoriedade da prestação de contas do representante ao representado, essencial para o *recall*, e ainda inova quando estabelece como regra, para a legitimidade do mandato, a correspondência entre seu exercício e as promessas de campanha, evitando a fraude e a bulha contra a vontade eleitoral:

“Os eleitores e as eleitoras têm direito a que seus representantes prestem contas públicas, transparentes e periódicas sobre sua gestão, de acordo com o programa apresentado”.

11.1. Uma experiência de democracia participativa

O projeto de democracia participativa venezuelana está consagrado mediante os seguintes princípios e instrumentos (art. 70):

I - instrumentos políticos:

- a. a eleição para o exercício de cargos públicos;
- b. o referendo;

- c. a consulta popular;
- d. a assembléia aberta; e
- e. a assembléia dos cidadãos, cujas decisões têm caráter vinculante.

II – instrumentos sociais e econômicos:

- a. a autogestão;
- b. a co-gestão;
- c. as cooperativas, em todas as suas formas, inclusive as de caráter financeiro;
- d. as caixas de poupança;
- e. a empresa comunitária.

O referendo poderá ser consultivo, confirmatório ou revogatório.

As matérias de especial interesse nacional poderão ser submetidas a referendo consultivo, seja por iniciativa do Presidente da República, seja por decisão da Assembléia Nacional, seja por requerimento de pelo menos dez por cento dos eleitores. A regra se aplica, igualmente, às instâncias estaduais, municipais e distritais (art. 71).

Toda e qualquer emenda constitucional, para que tenha vigência, será submetida a referendo confirmatório, trinta dias após sua promulgação. A regra também se aplica às hipóteses de Reforma constitucional (art. 341).

São ainda submetidos a referendo:

- a. aqueles projetos de lei em discussão na Assembléia Nacional, por decisão de pelo menos dois terços de seus membros;
- b. os tratados, convênios ou acordos internacionais que possam comprometer a soberania nacional ou transferir competências a órgãos supranacionais, por decisão de dois terços dos membros da Assembléia Nacional ou a requerimento de 15% dos eleitores (art.73).

E, lição que poderíamos de logo incorporar ao nosso processo constitucional, estancando as Medidas Provisórias, são submetidos a referendo os decretos com força de lei ditados pela Presidência da República (art.74).

Serão submetidas a referendo para revogação total ou parcial as leis cuja revogação tenha sido solicitada por iniciativa de pelo menos dez por cento dos eleitores (art. 74).

A iniciativa legislativa (art. 204) pode ser exercida a requerimento de zero vírgula um por cento dos eleitores.

A iniciativa de emenda constitucional pode ser exercida por quinze por cento dos eleitores. A emenda de iniciativa da Assembléia ou do Presidente da República dependerá de referendo (art. 341). O projeto de reforma constitucional aprovado pela Assembléia será submetido a referendo no prazo de trinta dias após sua sanção (art. 344).

Todos os cargos e magistraturas ocupados mediante eleição popular são revogáveis. Esta a regra do art. 72: transcorrida a metade do período para o qual foi eleito o funcionário, um número não menor de vinte por cento dos eleitores inscritos na mesma circunscrição poderá solicitar a convocação de um referendo para revogar seu mandato.

O mesmo se aplica aos membros da Assembléia Nacional.

Os deputados devem manter seus eleitores informados de sua atuação, e, anualmente, prestar contas de seu mandato aos eleitores da circunscrição pela qual foram eleitos e estão sujeitos ao referendo revogatório do mandato (art. 197).

A democracia participativa venezuelana, embora positivada, significando um grande progresso para a vida política do Continente, é ainda um só projeto, um notável projeto de um constitucionalismo moderno, mas carente de apoio para objetivar-se. Não lhe basta a vontade política dos dirigentes, essencial mas não suficiente, pois reformas dessa ordem não se solidificam senão quando resultam de exigência do movimento social, como está a demonstrar a frustração do tímido ensaio da Constituição brasileira de 1988.

A Carta bolivariana, que também retoma as tão caras teses da unificação continental³⁴, imperativo em face da globalização, é experimento cujo sucesso interessa a todos os democratas. Com seu destino, portanto, também estamos comprometidos, pois, consabidamente, são poderosos os interesses

que em nossa região resistem a toda sorte de mudança e participação. Não se trata, pois, de obra do acaso o concerto de forças poderosas que, naquele país e no Continente, já terçam as armas da maquinação visando a promover o naufrágio de um esforço político que nada mais significa senão a representação constitucional da emergência política das forças populares por tantos anos e décadas submetidas à dominação de uma elite forânea, descomprometida com os interesses daquele povo e daquela nação.

Mas os compromissos das forças conservadoras, em nosso Continente, com a democracia, jamais foram estratégicos. Democratas são enquanto o sistema serve à conservação do *statu quo*, e não vacilam em golpear a ordem constitucional ao menor sinal de mudança na ordem do poder ou de emergência das forças populares. Na Venezuela, o concerto dos grandes empresários – de cujos interesses os meios de comunicação são porta-vozes – ameaça esse experimento que seu povo tem todo o direito de testar.

Notas

¹ Cf. por exemplo *Crítica ao programa de Gotha*.

² Em grego to (i) koiēni (ii) synpheron: (i) = comum; (ii) ao pé da letra, ‘syn-’ é um prefixo que significa ‘com’ ou ‘junto a’, ‘pheron’ vem do verbo ‘levar com’, ‘contribuir para’. Este é o sentido que emprega Aristóteles: ‘aquilo que contribui para todos’, ‘que ajuda a todos’. O autor agradece a colaboração de Susana de Castro.

³ *Contrat Social*. Liv. II ch. VI.

⁴ Adiante examinaremos a Constituição e a venezuelana de 1999.

⁵ Cf. *Idée générale de la révolution aux XIX siècle*.

⁶ Escreve: “É um axioma de ciência política verdadeiro em todos os regimes – no regime democrático como nos demais – que a sociedade deve ser dirigida pelos mais avisados (*sages*), pelos mais inteligentes, pelos mais capazes, pelos melhores, em uma palavra pela elite” (AMADO, 1999, p. 110).

⁷ Depois de afirmar que “(...) eleições formalmente perfeitas levaram às câmaras, aos postos de comando um grupo de homens que *deviam* representar o país permanentemente considerado, o país no seu conjunto material e espiritual, e não repre-

sentam senão certa soma de interesses confederados no momento, interesses que podem ser apenas expressão de influências transitórias, alheias senão hostis aos interesses do país”, cita D. Saville Muzzev: É sabido que “nos Estados Unidos em nossa época, de 1896 em diante, os grandes monopólios regulam os interesses econômicos da nação, produção, salários, preço dos gêneros de primeira necessidade, assim como os interesses políticos; eleição do poder legislativo e do poder judiciário” (p. 15-16).

⁸ Estudamos a questão, com mais rigor em: A contradição público versus privado e a construção da realidade pelos meios de comunicação de massa. *Comunicação & Política*. vol. 2, n. 1, 2, p. 53-62, mar./jun. 1984. Retornaremos nos dois ensaios seguintes.

⁹ Escrevendo sobre ‘O espetáculo da política americana – Campanha presidencial não seria a mesma sem a TV e Hollywood’, Priscilla Leal (*JB*, p. 23, 27 ago. 2000.) traz o depoimento do mercadólogo Bruce Newman (assessor de Clinton nas duas últimas eleições e de Vicente Fox), para quem “As pessoas acompanham os acontecimentos na Casa Branca como se assistissem a uma novela. Uma estrela é Bill Clinton, a outra é Hillary”, e conclui: “99,99% dos americanos só conhecem o presidente pela televisão, acompanham a política e os escândalos, como o de Monica Lewinsky, como um drama. Para muitos americanos a Casa Branca é apenas mais uma estação de TV”.

¹⁰ Com humor, o cronista Artur Xexéo (*Jornal do Brasil*, 11 set. 1998) resume o desânimo do cidadão diante do processo eleitoral mediatizado: “O duro de ter mais de 40 anos – ou quase 50 para ser mais exato – é que a gente se lembra de eleições em que um comício era capaz de virar um resultado, um debate tinha força para o eleitor escolher seu candidato, uma passeata mobilizava multidões. Que droga de eleição é esta em que a gente só acompanha o insosso horário eleitoral obrigatório e as maiores emoções são reservadas para o último resultado de pesquisa!”.

¹¹ A propósito da videopolítica e da videodemocracia, consultar SARTORI, Giovanni. *Engenharia constitucional*. Brasília: UnB, 1996, p. 162. Ver também: RAMONET, Ignacio. *La tyrannie de la communication*. Paris: Galilée, 1999.

¹² O que estamos afirmando se aplica a qualquer sociedade de massa. Reportando-se às últimas eleições norte-americanas, o sr. Douglas Hattaway, porta-voz democrata, dizia em outubro de 2000: “A campanha vai ser decidida por um tipo particular de eleitor. É aquela pessoa que quando lê a palavra política, no jornal, vira a página. Quando vê chamada para um debate, muda de canal. É uma pessoa que não tem informação e nem faz

muita questão de ser muito informada. O instrumento mais fácil para conversar com esse tipo de eleitor são os anúncios de TV. Relativamente bem comportados, até agora, pode-se apostar que ficarão agressivos nos próximos dias – pelo impacto, pelo sensacionalismo e pela violência se pretende alcançar aquele eleitor desinteressado antes que ele descubra o que está assistindo e mude de canal” (*Gazeta Mercantil*, p a-16, 19 out. 2000).

¹³ Exemplarmente lembramos as acusações de tráfico de influência da Loja Maçônica P-2, de Licio Gelli, a falência fraudulenta do Banco Ambosino, ligado ao Vaticano e à DC, as acusações que levaram os ex-primeiros ministros Giulio Andreotti e Bettino Craxi ao banco dos réus, as ligações do primeiro Ministro Silvio Berlusconi com o escândalo do grupo financeiro Fininvest.

¹⁴ HALIMI, Serge (*L’argent ou coeur des débats*), comentando as primárias presidenciais norte-americanas de 2000, destaca o papel do poder econômico na política americana e informa que só a campanha do republicano George Bush recolheu 70 milhões de dólares. (*Le Monde Diplomatique*, 4 fev. 2000). Segundo Paulo Moreira Leite (*Gazeta Mercantil*, 19.10.2000, p.16), o comitê democrata encerrou sua arrecadação com perto de US\$ 100 milhões, “US\$ 20 milhões a menos do que George Bush”. Sobre o papel do dinheiro no processo eleitoral americano, ver: HAMILL, Serge. *Quand ceux qui signent les chèques font les lois*. Mai. 1997. PERTSCHUK, Mark. *Des responsables politiques si influençables*. FERGUSON, Thomas. *Le trésor de guerre du président Clinton*. Août, 1996. Disponível em: <http://www.monde-diplomatique.fr>

¹⁵ O complicado e obsoleto sistema eleitoral indireto para a escolha do Presidente, nos Estados Unidos, prevê uma primeira rodada de voto popular, Estado por Estado, e um segundo turno, num colégio indireto composto pelos delegados de cada Estado. Ocorre que o número de delegados varia, Estado por Estado, para beneficiar os pequenos Estados (trata-se de uma maioria estadual ponderada pelo número de habitantes, admitindo arredondamentos ora para mais, ora para menos), e o sistema atribui ao ganhador, em cada um dos 50 Estados, o total dos votos daquele Estado, sem considerar, portanto, a proporcionalidade de candidatos em face dos votos obtidos. Nesse sistema majoritário, os votos do candidato derrotado são transferidos para o candidato vencedor no distrito, pelo que, votando num candidato democrata, ou verde, ou liberal, o eleitor norte-americano pode estar assegurando a vitória de um candidato republicano. Foi o que ocorreu em 2000.

¹⁶ Idem. Idem.

¹⁷ Este tema pode ser aprofundado em Vitor Palozzi (1996).

¹⁸ Repetindo os episódios das eleições de 1824, 1876 e 1888.

¹⁹ No sistema brasileiro, cada Estado pode ser considerado como um distrito. A questão radica na extrema desproporção eleitoral entre os Estados. Assim, temos ‘distritos’ como São Paulo, Minas e Rio de Janeiro, cujo eleitorado é, respectivamente, 24 milhões, 12 milhões e 10 milhões, ao lado de distritos como Rondônia (900 mil eleitores), Acre (320 mil eleitores), Amapá (215 mil eleitores) e Roraima (170 mil eleitores). Fonte: TSE.

²⁰ Em nosso sistema, o eleitor pode votar a) em um dos candidatos constantes das nominatas de cada partido, ou b) na legenda, sufragando o nome de um partido.

²¹ Idem. *Oração da medalha Teixeira de Freitas*. Rio de Janeiro: Instituto dos Advogados Brasileiro, 1999. p. 33.

²² Dados fornecidos pela Casa Civil da Presidência da República e publicados pela FSP, 22.03.2000, que esclarece: “Esse cálculo inclui os projetos de lei sancionados e as medidas provisórias convertidas em lei durante todo o ano. Não estão incluídas as quatro propostas de emendas à Constituição promulgadas – duas delas também de autoria do Executivo –, e as outras duas, do Congresso”.

²³ Dados fornecidos pela Mesa da Câmara dos Deputados.

²⁴ O autor agradece a colaboração de Alexandre Navarro, assessor técnico da Câmara dos Deputados.

²⁵ Estudamos o processo eleitoral brasileiro em Roberto Amaral e Sérgio Sérvulo (2000).

²⁶ Reportando-se à ‘democracia-representativa’ norte-americana, Gore Vidal observa: “(...) Nós não possuímos uma democracia representativa. Quem foi eleito para o Congresso não representa a Califórnia ou a Virgínia Ocidental, senão a *General Motors* ou a *Boeing*. Todo mundo sabe disso, e as pessoas se assustam com essa situação”. Entrevista ao *Suddeutsche Zeitung*, 2-3 jun.1999.

²⁷ Na legislatura 1994-1998, nada menos de 64% dos deputados federais brasileiros trocaram de legenda pelo menos uma vez; alguns, 5,5%, chegaram a trocar três, quatro e seis vezes (NICOLAU, 1999, p. 65).

²⁸ Democracia. A palavra, grega, é atestada primeiro em Herodoto (século V a.C.) como ‘governo (do povo) pelo povo’. A lição foi colhida pelo historiador dos lábios de Péricles, na oração póstuma aos atenienses mortos na Guerra do Peloponeso: “Nosso regime político é a democracia e assim se chama porque busca a utilidade do maior número e não a vantagem de alguns. Todos somos iguais perante a lei, e quando a república outorga honrarias o faz para recompensar virtudes e não para con-

sagrar privilégios. Nossa cidade se acha aberta a todos os homens. Nenhuma lei proíbe nela a entrada aos estrangeiros, nem os priva de nossas instituições, nem de nossos espetáculos; nada há em Atenas oculto e permite-se a todos que vejam e aprendam nela o que bem quiserem sem esconder-lhes sequer aquelas coisas, cujo conhecimento possa ser de proveito para os nossos inimigos, porquanto confiamos, para vencer, não em preparativos misteriosos, nem em ardis e estratagemas, senão em nosso valor e em nossa inteligência”(Apud VIAMONTE, 1959, p. 186).

²⁹ Jacob Gorender (1999, p. 249), alinha-se entre aqueles muitos autores, como Paulo Bonavides (p. 349) que vêm no avanço tecnológico mais um fator viabilizador da democracia direta. Depois de afirmar que a democracia representativa se soldará organicamente à democracia direta, escreve: “a democracia direta se praticará sem burocracia, a todo momento, e sem hora marcada, o que a tecnologia informática atual já prefigura e será muito mais desenvolvida no futuro”.

³⁰ Registrem-se as experiências pioneiras de democracia participativa em Lajes, Santa Catarina (administração Dirceu Carneiro, 1977-1982) e as práticas participativas em Pelotas (administração Bernardo de Souza, de 1983 a 1987), destacando-se a primeira experiência nacional de elaboração participativa do orçamento municipal.

³¹ A fonte é o pensamento de Simón Bolívar. Está no *Discurso de angostura*, pronunciado ante o Congresso de Angostura em 15 de fevereiro de 1819.

³² A tudo isso a grande imprensa brasileira (por exemplo *Veja* 11 jul. 1999, p. 53), espelhando a imprensa norte-americana (Cf. CNN), chama de ‘demagogia’.

³³ Compare-se com a redação do Parágrafo único do art. 1º da Constituição brasileira (repete-se): “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

³⁴ Também nesse sentido foi inovador o texto brasileiro de 1988, ao dispor no parágrafo único do art. 4º: “A República federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Bibliografia

AFONSO, Almino. *Em defesa do voto obrigatório*. São Paulo: [s.n.], 1999. (versão xerográfica).

ALENCAR, José de. *Systema representativo*. Brasília: Senado Federal, 1997.

- AMADO, Gilberto. *Eleição e representação*. Brasília: Senado Federal, 1999. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira).
- AMARAL, Roberto; SÉRVULO Sérgio. *Manual das eleições*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- ARENDDT, Hannah. *Sobre la revolución*. Madri: Revista de Occidente, 1967.
- ARISTÓTELES. *Politique*: livres III et IV. Text établi et traduit par Jean Anbonnet Paris: Belles Lettres, 1971. Tome II.
- BOBBIO, Norberto. *Qual socialismo?* 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1987.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1972.
- _____. *Democracia direta: a democracia do terceiro milênio*. Fortaleza: Xerográfica, 1993.
- _____. *Teoria do estado*. São Paulo: Malheiros, [s.d].
- BRASIL, Joaquim Francisco de Assis. Democracia representativa: do voto e da maneira de votar. In: _____. *Idéias políticas de Assis Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1990. v. 2.
- COUTINHO, Carlos Nelson. Gramsci: um estudo sobre seu pensamento político. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.
- DUVERGER, Maurice. *Droit constitutionnel et installations politiques*. Paris: PUF, 1956.
- GORENDER, Jacob. *Marxismo sem utopia*. São Paulo: Ática, 1999.
- HIRST, Paul. *A democracia representativa e seus limites*. Rio de Janeiro: Zahar, 1993.
- MILL, M.J. Stuart. *Le gouvernement représentatif*. Traduit par M. Dupont White. Paris: Librairie De Gaillaumin, 1862.
- NICOLAU, Jairo Marconi. *Multipartidarismo e democracia*. Rio de Janeiro: FGV, 1999.
- PALOZZI, Vítor. *Murro na cara: o jeito americano de vencer eleições*. Rio de Janeiro: Objetiva: 1966.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. A teoria da democracia proporcional. In: _____. *Dois escritos democráticos de José de Alencar*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1991.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1984.
- SOUSA, Bernardo. Orçamento participativo. In: ENCONTRO NACIONAL DE PREFEITOS VICE-PREFEITOS DO PSB: Administração socialista: governo de todos, prioridade para os excluídos. *Anais*. Brasília: Fundação João Mangabeira, 1997.
- TAFNER, Paulo Sérgio Braga. *Proporcionalidade e exclusão no sistema político-eleitoral brasileiro*. Dissertação (Mestrado) – IUPERJ, Rio de Janeiro. dez. 1997.
- WEBER, Max. *Economy and society*. [S.l.:s.n.], 1964. v. 3.
- VIAMONTE, Carlos Sanchez. *Manuel de derecho politico*. Buenos Aires: Editorial Bibliografica, 1959.

A defesa da concorrência no Brasil e o projeto de lei que cria a ANCC: aspectos polêmicos

Jete Jane Fiorati

Sumário

1. Uma breve nota histórica. 2. Do Projeto de Lei, da Lei 8.884/94 e de suas disposições. 3. Conclusões parciais com sugestões.

1. Uma breve nota histórica

Na Baixa Idade Média, séculos XII-XIII, as cidades independentes, especialmente aquelas situadas na península itálica, receberam um forte contingente populacional *pari passu* a uma paulatina diminuição do poder feudal, permitindo que essas cidades tornassem pólos comerciais e mercantis para onde afluíam comerciantes e artesãos de todos os recantos da Europa. Esses comerciantes e artesãos organizavam-se como agentes econômicos individuais e de dimensão similar (atomicidade) gozando de paridade e igualdade absolutas num sistema de livre concorrência.

Devido a condições políticas, econômicas e religiosas da Idade Média, grandes eram os riscos enfrentados pelas cidades e por seus habitantes, que prosperavam e enriqueciam-se por meio do comércio e do artesanato. Assim, os comerciantes e artesãos passaram a se organizar em guildas ou corporações de ofício, que possuíam funções *auto-regulatória*, disciplinando os usos e costumes do comércio, e *de defesa* contra os senhores feudais e contra os próprios comerciantes que adotassem práticas contrárias à auto-regulamentação, colocando em risco o comércio e a atividade artesanal (KÜBBER;

Jete Jane Fiorati é Professora Livre Docente em Direito Internacional da UNESP, Mestre e Doutora em Direito, Pesquisadora do CNPq e Consultora Jurídica.

SCHIMIDT, 1988, p. 14). Esses usos e costumes não-escritos adotados pelos comerciantes provenientes das diversas localidades para reger suas atividades mercantis ficaram conhecidos como *Lex Mercatoria*.

No final do século XV, com o ressurgimento dos ideais de universalidade da civilização greco-romana, o feudalismo perdeu seu prestígio e foi substituído pelo absolutismo monárquico, que centralizou na pessoa do rei todos os poderes, inclusive o de elaborar e aplicar as leis. Em decorrência do absolutismo, a *Lex Mercatoria* entrou em decadência, sofrendo as relações comerciais disciplina jurídica-legal do direito interno de cada Estado, bem assim os princípios que dirimiam as controvérsias relativas à lei aplicável àquelas demandas em que potencialmente pudessem ser aplicadas normas oriundas de ordenamentos jurídicos distintos.

Mudou-se a fonte normativa, não mudou o caráter essencial do comércio e do artesanato exercido pelos particulares: ele era exercido por meio da empresa individual explorada pelo comerciante singular, com meios econômicos e capitais exíguos, poucos trabalhadores, normalmente a família e agregados do empresário, um número limitado de clientes. Surgiam como exceções a esse sistema os monopólios públicos dos reis sobre os metais (o metalismo) e as companhias holandesas e inglesas de colonização que se constituiriam no embrião das sociedades anônimas por ações do século XIX (RODIÉRE, 1969, p. 13-14).

As Revoluções Francesa e Americana que pregavam a livre iniciativa e a livre concorrência resultaram na paulatina abolição dos privilégios privados e dos monopólios reais no século XVIII, abrindo espaço para o crescimento das cidades e do comércio. A Revolução Industrial que trouxe a produção em escala, com investimento de largas somas, utilização massiva da mão-de-obra assalariada e das técnicas fundadas nos usos do vapor, da eletricidade e posteriormente da comunicação à distância e do petróleo, transformou o sistema econômico,

que deixou de ser fundado na empresa atomística e concorrencial passando paulatinamente a alicerçar-se na sociedade comercial ou empresa societária, que privilegia a impessoalidade, limita a responsabilidade pessoal dos sócios e institucionaliza estruturas jurídicas que separam os poderes organizatórios e a especialização funcional dos fatores de capital, da gestão e do trabalho.

A padronização da produção causada pela produção em escala e em série e a criação de demandas em nível nacional, que criaram o mercado nacional, trouxeram enorme expansão à sociedade empresarial, com o surgimento, ainda no final do século XIX, do fenômeno da concentração empresarial. Grandes empresas, que se tornavam maiores ao adquirir outras concorrentes, celebravam acordos para o domínio de mercados (cartéis) ou criavam grupos de sociedades para obter posição dominante em diversos mercados, surgiram inicialmente nos Estados Unidos da América.

Assim, as primeiras regras para tentar impedir a emergência de verdadeiros impérios empresariais provenientes de operações de fusão, acordos “*joint venture*”, entre outros, surgiram nos EUA: o Sherman Antitrust Act de 1890 e o Clayton Act de 1914. A expansão das grandes empresas norte-americanas se intensifica após a Segunda Guerra Mundial, com a reconstrução européia financiada pelo Plano Marshall e com o ingresso maciço de empresas norte-americanas na Europa.

Com a vinda de capitais e empresas americanas, veio também a prática de defesa da concorrência e surgiram na Alemanha dos anos cinquenta as primeiras leis sobre livre concorrência e repressão a cartéis. Portugal e Itália, os últimos países a criarem regras na Europa sobre concorrência, fizeram-no na década de 80, quando foram criadas, no âmbito das Comunidades Européias, regras e procedimentos específicos para a defesa da concorrência, passando a Comissão Européia a ser o único órgão competente para examinar práticas empre-

sariais que pudessem violar os preceitos sobre defesa da concorrência no âmbito da moderna União Européia.

Assim, neste século, com a transformação do mercado nacional, que deixa de ser isolado e torna-se interdependente de outros mercados, surge um mercado global e surgem, também, as megaempresas conhecidas como multinacionais ou transnacionais, que se transformaram em importantes atrizes do cenário econômico global. A globalização pode ser caracterizada como um processo em que capitais e tecnologia privados, cujos titulares são grandes corporações empresariais transnacionais, circulam em todo o globo, independentemente das fronteiras nacionais. Seu objetivo é a produção de um maior número de produtos a menor preço e com maior qualidade que possam disputar com outros concorrentes no mercado mundial, bem assim a obtenção de maiores lucros em investimentos realizados nos mercados financeiros. Esse processo é incrementado pela evolução da tecnologia nos meios de transportes, que permitem que cada etapa de produção de um bem seja efetuada em um país diferente, e das comunicações, que eliminam as distâncias na realização das decisões empresariais. Nesse cenário, torna-se difícil fazer menção a capitais ou tecnologia nacionais, e até mesmo à aplicação imperativa de leis nacionais a negócios internacionais (FIORATI, 1996, p. 125-).

Nesse contexto, as empresas transnacionais desempenham um papel de destaque, suscitando a emergência de uma *nova lex mercatoria*. De acordo com Luis Olavo Baptista, a empresa transnacional é uma entidade que não possui personalidade jurídica própria. É composta por um certo número de subsidiárias e tem uma ou mais sedes, constituídas em diversos países, de acordo com a legislação local que lhes dá personalidade jurídica e, sob certo aspecto, nacionalidade. Nesse sentido, Baptista continua argumentando que, sob o prisma estritamente jurídico-positivo, não existe a empresa transnacional, razão pela qual a descrição

que dela fazem os economistas é útil para sua conceituação: “um complexo de empresas nacionais interligadas entre si, subordinadas a um controle central unificado e obedecendo a uma estratégia global” (1987, p. 17). Aproxima-se, assim, do conceito jurídico de grupo de sociedades, mas com o acréscimo de que é um grupo constituído por sociedades sediadas em países diferentes, constituídas sob leis diversas, cada qual com certa autonomia, agindo por sua conta, mas em benefício do conjunto. Diferenciam-se, portanto, das chamadas companhias internacionais por serem organizações econômicas privadas, cujas atividades atravessam fronteiras nacionais e sistemas jurídicos estatais.

Apesar de seu vínculo aos sistemas jurídicos nacionais, podemos enfatizar que o controle das empresas transnacionais é predominantemente exercido de forma extralegal, pois a matriz, ou melhor dizendo, a sede real da empresa, mantém forte influência na direção das subsidiárias, interferindo, na prática, em suas estratégias e decisões. Outro aspecto a ser salientado é que, de acordo com o *modus operandi*, há dois tipos de empresas transnacionais: o primeiro é a empresa que trata cada país como uma unidade independente e assemelha-se muito mais à *holding company* do direito interno, mas agindo internacionalmente. Esta, geralmente, não cria problemas sérios para os governos hospedeiros, uma vez que respeitam suas peculiaridades. O outro tipo é aquele que tende a integrar todas as operações das diversas filiais e centralizar a sua política e controle. Para esta empresa, o mercado mundial é o seu objetivo como um todo e de cada subsidiária em particular.

Celso Lafer, em seu prefácio à obra de Baptista, afirma que a empresa transnacional, que detém o poder de controle de investimentos em diversos sistemas econômicos nacionais, por meio dos quais organiza e explora a produção de bens e serviços para a venda nos respectivos mercados internos e nos mercados de outros países, é uma uni-

dade econômica que tem como atributo a capacidade de alocar recursos em escala mundial (BASPTISTA, 1987, p. 3). Por essa razão, o que ela almeja é liberdade para operar transnacionalmente, o que juridicamente se traduz na aspiração do reconhecimento da legitimidade e da legalidade de um Direito não-estatal.

Esse *direito* eminentemente baseado nos usos e costumes, é chamado de uma nova *lex mercatoria*, que, no mundo globalizado, é elaborado pela prática das próprias empresas transnacionais, principais atores do comércio internacional. Nesse sentido, as empresas internacionais almejam reger suas relações sem a interferência de lei interna ou de lei internacional, pelo jogo da autonomia da vontade, por meio de contratos e da arbitragem, conforme ainda argumenta Celso Lafer (p. 4). Há, assim, um esforço de codificação dessas práticas, com uma idéia de autocontrole por meio da standardização das regras.

A internacionalização das empresas, propiciada pela abertura de mercados e pela modernização tecnológica, fez com que dos Estados Unidos e da Europa as regras sobre defesa da livre concorrência e contra práticas anticompetitivas e trustes se espraiassem para outros continentes e na década de 90 viessem inclusive a constituir um dos capítulos da Ata Final da Rodada Uruguaí que criou a OMC. Se as empresas são globais, o mercado é global, os princípios básicos para a defesa da concorrência também devem ter sua aplicação em âmbito global.

No Brasil, as regras de defesa de concorrência ingressaram em nosso direito pelo Decreto-Lei 869/38 durante o Estado Novo, sendo a Lei 4.137/62 a primeira lei brasileira sobre defesa de concorrência e contra práticas anticompetitivas consoante as regras internacionais. Não é de se estranhar que exatamente em 1962 tenha surgido a Lei antitruste: neste mesmo ano foi promulgada a Lei 4.131/62 que disciplinou o mercado de capitais no Brasil, e o ingresso de capitais estrangeiros para investimentos no

país fez com que, como reverso da moeda, surgisse a lei de defesa da concorrência. Essas regras estiveram em vigor até 1994 e foram substituídas pela Lei 8.884/94, que agora se pretende reformar pelo atual Projeto de Lei, em discussão, que cria a Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência.

2. Do Projeto de Lei, da Lei 8.884/94 e de suas disposições

2.1. Da criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência

A Lei 8.884/94 “dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”, tendo transformado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, já existente segundo legislação anterior, em autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça. Essa mesma lei, além de descrever condutas e práticas anticompetitivas, cria procedimentos para a apuração de infrações e aplicação de penas aos infratores. O CADE tem por objetivos gerais apurar e reprimir abusos do poder econômico; decidir se houve ou não infração da ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei, impondo multas ou a cessação de práticas anticompetitivas. Decide também sobre a legalidade de atos de concentração do poder econômico que poderão restringir a concorrência examinando fusões, incorporação e integração de empresas, acordos *joint ventures* e outros. O CADE é um órgão colegiado, cujos conselheiros são titulares de mandato.

Criada em 1988 no âmbito do Ministério da Justiça, a SDE – Secretaria de Direito Econômico foi mantida pela Lei 8.884/94 com a finalidade de instaurar e conduzir inquéritos administrativos para apurar as infrações de ordem concorrencial e remetê-las ao CADE para julgamento. Deverá emitir pareceres relativamente aos aspectos concorrenciais verificados nos atos de concentração empresarial. Também a SEAE – Se-

cretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda deve emitir parecer sobre aspectos econômicos dos atos de concentração. Tanto a SDE quanto a SEAE são órgãos monocráticos e seus titulares ocupam cargos de confiança.

Três órgãos diferentes tornaram morosos os procedimentos de apuração de infração à Lei 8.884/94 e setores diversos, agentes públicos e iniciativa privada, concluíram que seria melhor criar um único órgão para coordenar mais as atividades, dando unicidade ao procedimento, e tornar o procedimento mais fácil, eficiente e simples, evitando a fragmentação atual.

Assim, surgiu a proposta de criação de uma Agência Nacional de Defesa da Concorrência, cujas normas, poderes e procedimentos foram pretensamente disciplinados pelo Projeto de lei em discussão. Segundo o Projeto, ela será uma autarquia submetida a regime especial, possuindo independência administrativa e financeira, ausência de subordinação hierárquica e estabilidade de diretores e conselheiros.

A Agência seria estruturada segundo o Projeto em discussão, albergando funções e competências exercidas hoje pela SDE, SAE e CADE. Teria o mesmo *status* jurídico que possui o CADE hoje (autarquia de regime especial) e seria subdivida: de um lado, as funções administrativas e investigativas a serem exercidas pelas diretorias e, de outro, a função judicante, de caráter administrativo e não jurisdicional, a ser exercida pelo Tribunal da Concorrência. A Agência exerceria função de grande envergadura, pois o Projeto estabelece que os atos de concentração teriam de ser *previamente* examinados pela Agência e não mais *a posteriori* como é hoje (Lei 8.884/94, art. 54, par. 4).

O Projeto tal qual se apresenta para Consulta Pública não deixa claro o *status* jurídico e nem a independência administrativa do Tribunal da Concorrência. Somente um Tribunal com poderes para executar suas decisões, com autonomia administrativa e orçamentária poderá formular uma Juris-

prudência em matéria concorrencial que sirva de paradigma para as empresas, sejam elas nacionais ou estrangeiras, no exercício de suas atividades econômicas, como ocorre em todos os países de civilização ocidental. Para que haja uma economia saudável e estável, não basta apenas haver estabilidade econômica, moeda forte, déficit público controlado e confiança nos fundamentos econômicos. É preciso que haja estabilidade jurídica com regras sobre função social da propriedade, defesa da concorrência, repressão ao abuso do poder econômico que tenham plena eficácia e que sejam interpretadas e aplicadas por tribunais (judiciais ou administrativos) de forma clara, equânime e independente, possibilitando a credibilidade na seriedade dos órgãos públicos no cumprimento das regras, seja em âmbito interno ou em âmbito internacional, bem como o planejamento de investimentos futuros por parte dos agentes econômicos.

Sugerir-se-ia, portanto que o Tribunal de Concorrência não estivesse subordinado à Agência. Assim, teríamos dois órgãos: a Agência com funções investigativas e o Tribunal da Concorrência com funções judicantes. O Tribunal teria as funções que hoje são exercidas pelo CADE, preservando o seu status jurídico, com algumas modificações (a seguir examinadas), e a Agência exerceria funções que hoje são exercidas pela SDE e pela SEAE, possuindo natureza de autarquia submetida a regime jurídico especial.

Outra questão a ser salientada diz respeito às relações entre as funções administrativas e judicantes a serem exercidas pela Agência e pelo Tribunal. O Projeto de Lei, ao absorver as competências do CADE, da SDE e da SEAE, transformou algumas que hoje cabem ao órgão colegiado – CADE – em competências exclusivas do Diretor-Geral da Agência.

O art. 10, Parágrafo único, incisos abaixo mencionados, do Projeto de Lei diz que:

Art. 10. Compete ao Diretor-Geral:

IV - cumprir e fazer cumprir suas decisões, as da Diretoria Colegiada e as do Tribunal da Concorrência;

Parágrafo único. Compete ainda ao Diretor-Geral, no âmbito da Lei n.º 8.884, de 1994, exercer as seguintes competências:

IV - decidir pela insubsistência dos indícios, arquivando as averiguações preliminares;

X - celebrar, nas condições que estabelecer, compromisso de cessação de prática, submetendo-o ao Tribunal da Concorrência, e fiscalizar o seu cumprimento;

XII - celebrar, nas condições que estabelecer, acordo relativo a controle de concentração de empresas, submetendo-o ao Tribunal da Concorrência, e fiscalizar o seu cumprimento;

XIII - celebrar, nas condições que estabelecer, acordo de leniência;

Algumas dessas competências (art. 10, incisos, IV, parágrafo único, inciso IV, X, XII do Projeto de Lei – o inciso XIII não é hoje contemplado pela lei) são hoje exercidas pelo CADE devido ao fato de representarem decisão definitiva em matéria jurídico-administrativo-concorrencial, estando previstas pela atual redação da Lei 8.884/94 no art. 7, incisos VI, VII, XII, XV, e art. 14, VII, e passariam a ser exercidas pelo Diretor-Geral.

Não haveria o tão salutar reexame pelo órgão colegiado, com fundamentação jurídica e econômica como é hoje. *Assim, sugerir-se-ia que o Projeto fosse alterado para que todos os atos citados acima, quando realizados pelo Diretor-Geral da Agência, estivessem sujeitos à possibilidade de competência advocatória permanente. O Diretor-Geral toma a decisão, ela é publicada e o Tribunal de Concorrência, após dez dias da publicação, pode avocar a decisão para reexame. Tal proposta estaria em conformidade com nossa tradição jurídica: toda a decisão monocrática deve poder ser revisada pelo órgão colegiado.* Essa modificação é necessária tendo em vista que os nossos princípios jurídicos são claros: nas vias administrativas, toda decisão monocrática deve ser passível de revisão por órgão colegiado, sendo que somente as decisões colegiadas não necessitariam de revisão. Isso é necessário sob pena de tais decisões acabarem por ser revi-

sadas pelo Poder Judiciário, a pedido do interessado ou do Ministério Público, o que terminaria por desgastar o Projeto de Agência e tornar menos célere do que é hoje o procedimento, tendo em vista as atuais dificuldades pelas quais passa o Poder Judiciário.

Em recente artigo publicado pelo *Jornal Valor Econômico* (CORREIA, 2001), o Secretário Adjunto da SEAE alega que a revisão de atos da SDE e SEAE pelo CADE é contraproducente e custosa para, em defesa do Projeto, argumentar sua contrariedade à revisão desses atos do Diretor-Geral da futura Agência pelo Tribunal de Concorrência. Esquece-se o Secretário que a titular do objeto jurídico disciplinado pela Lei 8.884/94 é a coletividade e não os concorrentes ou o interesse do Estado ou do governante no Poder para intervir ou omitir-se relativamente à concentração empresarial excessiva ou a qualquer ato que venha ofender os ditames legais. Segundo o Projeto, o Diretor da Agência é nomeado pelo Presidente e seu mandato deve ser sempre coincidente com o do supremo mandatário da República.

O Poder excessivo dado a um só agente público, especialmente quando envolve negócios privados expressos em milhões de reais como são os atos de concentração, é que é contraproducente: a impossibilidade de revisão nas vias administrativas geraria permanente dúvida, que nada contribuiria para o crescimento econômico, a defesa da concorrência e a estabilidade jurídica do país. Por isso mesmo, é necessária a possibilidade de revisão por um órgão colegiado, sob pena de comprometer a transparência de todo o procedimento, garantindo a todos os concorrentes, coletividade, Estado, a segurança jurídica. Copiar o sistema americano, tal qual sugere o Secretário em seu artigo, pode resultar em grandes problemas porque a *common law* possui um eficiente sistema de *checks and balances* que são exercidos pelo Congresso e também pelo Judiciário, que tem e exerce um poder fiscalizatório sobre os atos do Poder Executivo, especialmente aqueles em matéria econômica,

muito maior e diverso que o verificado em qualquer outro Estado que segue o Presidencialismo, a começar do nosso.

Devido a essa necessidade de independência do Tribunal da Concorrência, seria adequada a sua vinculação ao Ministério da Justiça, como ocorre nos EUA com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (USDOJ), porque este possui experiência de interface com organismos internacionais e estrangeiros. Já a Agência Nacional de Defesa da Concorrência poderia estar vinculada tanto ao Ministério da Justiça, quanto ao Ministério da Fazenda. Como se sabe, os procedimentos e órgãos previstos pela atual Lei 8.884/94 são também utilizados para apurar denúncias internacionais e realizar investigações antitrustes, bem como impor medidas *antidumping* e *punições* contra empresas estrangeiras, medidas essas que poderão posteriormente vir a ser apreciadas pela OMC (Organização Mundial do Comércio). Essa interface com organismos internacionais será intensificada com a integração do país à economia global. E, nesses casos, o reexame das medidas decretadas por organismos internos será realizado segundo as regras jurídicas previstas na Ata Final da Rodada Uruguai e seus Anexos, que privilegiam sua legalidade, independência do órgão que as profere e conformidade com a Ata e os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e não os fundamentos sólidos da economia do Brasil ou o personalismo deste ou aquele Diretor e sua vinculação com o Presidente. Mais uma vez, a necessidade da juridicidade das decisões e da formação de uma Jurisprudência interpretativa, bem como da articulação com organismos internacionais é essencial para que haja um Sistema de Defesa de Concorrência à altura da dinamicidade da economia brasileira que se quer ver inserida na economia global.

2.2. A defesa da concorrência e do consumidor em conjunto

Primeiramente, o Projeto de lei “cria a Agência Nacional de Defesa do Consumi-

dor e da Concorrência” e não uma “Agência Nacional de Defesa da Concorrência”. Será adequado tratar de interesse dos consumidores em conjunto com a defesa da concorrência? Ou será que já existe no país um sistema bastante avançado de proteção do consumidor que prescindiria da modificação das regras que se pretende realizar?

A Lei 8.884/94 estabelece, no seu artigo primeiro, a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, sendo orientada pelos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa; livre concorrência; função social da propriedade; defesa dos consumidores; e repressão ao abuso do poder econômico. Disso não se pode concluir que será necessário uma mesma agência para disciplinar as relações de consumo e a concorrência nem que haja necessidade de que um órgão nacional discipline as políticas e as relações de consumo num país tão grande e com hábitos tão díspares de consumo conforme se observa nas diversas regiões do Brasil.

Por outro lado, existe no país uma legislação avançada e plenamente aplicada, a Lei 8.078/90, conhecida como Código de Defesa do Consumidor, que o Projeto pretende reformular por inteiro; um órgão, o Ministério Público, que é descentralizado, pois cada Estado da Federação possui seus promotores e procuradores com titularidade para defender os interesses do Consumidor por meio da propositura da ação civil pública; existem órgãos administrativos, os Procons, responsável por atender e orientar consumidores em seus direitos, e também as associações de defesa do consumidor, que são inúmeras e também podem propor ação civil pública.

O Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, está em vigor há mais de dez anos e demonstrou extraordinária eficácia. É possível dizer que o Código revolucionou toda a fabricação, fornecimento e o comércio de bens, criando na indústria e no comércio uma cultura de valorização do consumidor por meio da produção de bens de melhor

qualidade, realização de trocas de produtos ou suas partes, como o *recall* da indústria automobilística, melhoria na realização de contratos ligados ao consumo com a proibição das chamadas cláusulas abusivas. Tornou-se um imperativo para uma empresa, na concorrência com outras, a valorização do consumidor. A concorrência com bens importados, a melhoria tecnológica em muitos setores da produção, que muitas empresas se viram obrigadas a implementar para competir num mercado globalizado, o controle da inflação que possibilitou ao consumidor ter uma noção do valor do produto, tudo isso contribuiu para a melhoria das relações de consumo, criando um consumidor mais exigente com os bens que compra e consciente de seus direitos.

Por outro lado, o Ministério Público, os Procons, o Judiciário, as associações de consumidores e até a imprensa têm realizado um excelente trabalho, seja para coibir práticas lesivas ou para alertar o consumidor de tais práticas no comércio de bens.

O grande problema da implementação do Código de Defesa do Consumidor tem sido verificado com relação à produção e comércio de serviços, principalmente os serviços legalmente regulamentados e os serviços públicos, exercidos diretamente pelos entes públicos ou com exercício concedido a terceiros que hoje são fiscalizados por Agências Regulatórias.

Em recentes reportagens (GAZETA MERCANTIL LATINO-AMERICANA, 2000), a imprensa tem divulgado constantemente que são as empresas de serviços as campeãs de reclamações dos usuários nos Procons: bancos, empresas de cartão de crédito, concessionárias de serviços públicos de telecomunicações e de energia elétrica em algumas localidades do país, empresas de planos de saúde, empresas de seguro, empresas de transporte aéreo, empresas de ônibus urbanos, serviços municipais de abastecimento de água, concessionárias de pedágios nas rodovias, cartéis de postos de distribuição de petróleo e adulteração de

combustível e serviços prestados por profissionais liberais.

Enquanto o comércio de bens sofreu concorrência estrangeira, beneficiou-se da melhoria tecnológica e principalmente é muito melhor protegido pelo Código de Defesa do Consumidor (responsabilidade objetiva do fabricante e do fornecedor), o comércio de serviços, no caso dos profissionais liberais, é regido pela responsabilidade subjetiva e, no caso de serviços públicos, a regulação pertence às agências, algumas ainda em fase de criação como a ANAC (Agência Nacional da Aviação Civil), ANA (Agência Nacional de Águas), ANVS (Agência Nacional de Vigilância Sanitária), ANSS (Agência Nacional de Saúde Suplementar).

A experiência da prestação de serviços públicos por concessionárias privadas é bastante nova, principalmente nos casos da infra-estrutura como telecomunicações, energia elétrica, petróleo e planos de saúde. Em outros casos, como transporte rodoviário, aéreo e pedágios, é antiga, mas não há uma regulamentação sobre a prestação do serviço por parte do concessionário. E também em outros casos, os serviços são em sua maior parte exercidos pelos entes públicos descentralizados em âmbito municipal, como transporte urbano e abastecimento de água, inexistindo regras e impossibilitando a aplicação do Código de Defesa do Consumidor às prefeituras falidas. Aos bancos, que são fiscalizados pelo Banco Central, vem sendo timidamente aplicado o Código de Defesa do Consumidor, mas os resultados não têm sido muito animadores porque como punir um banco por cobrar juros extorsivos se não há regulamentação que defina o que são juros extorsivos? E o caso de profissional liberal cuja regulamentação da atividade e a fiscalização e punição de condutas profissionais é delegada pelo Estado aos órgãos representativos de classe? Como e a quem reclamar e pedir providência contra a má qualidade de serviços médicos em hospitais? Reclamar ao CRM, à ANSS, ao Procon, ao Ministério Público, ao Ouvidor

da futura ANCC, à Secretaria da Saúde ou à SDE? E quais as providências que serão tomadas, se é que alguma pode ser tomada?

O Projeto pretende criar uma série de mudanças no Código de Defesa do Consumidor, bem como criar duas Diretorias no âmbito da Agência, Diretoria de Controle de Práticas Abusivas nas Relações de Consumo e Diretoria de Políticas e Relações de Consumo, para tratar de questões de consumo como casos de *recall*, de propaganda enganosa, de casos de defesa do consumidor que atinjam mais de um Estado da Federação. Trata-se, aqui sim, de algo desnecessário: bastaria apenas substituir no art. 106 da Lei 8.078/90 os termos: *Departamento Nacional de Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional de Direito Econômico* por *Diretoria de Consumo da ANCC*, que recepcionaria as atuais competências da SDE previstas no art. 106 do CDC. Não há necessidade de duas diretorias para tratar das relações de consumo. O atual sistema de Defesa do Consumidor, que é descentralizado, tem-se demonstrado bastante eficiente no que se refere à produção e comércio de bens.

O essencial seria uma regulamentação que articulasse a Agência de Defesa da Concorrência com as Agências Regulatórias para assegurar a concorrência no fornecimento dos serviços públicos exercidos por concessionários, assegurando boa qualidade e preços e condições justas de prestação. Trata-se de uma questão bastante espinhosa. Em primeiro lugar, a prestação de serviços públicos por concessionários privados em quase todos os setores é feita em forma de oligopólio, por causa do alto investimento prévio que essas atividades exigem. São serviços cuja prestação é regulamentada por lei e sua fiscalização e regulação cabe a uma autarquia de regime especial, especialmente criada para tal fim. Essa autarquia tem poderes para analisar e impor padrões tecnológicos mínimos, regras para a universalização dos serviços, o cumprimento de metas, o reajuste de tarifas, bem como aprovar ou não as modificações no controle acioná-

rio das empresas concessionárias. E como fica a atual competência do CADE, da SEAE, da SDE e como ficará a competência da futura Agência Nacional de Concorrência e do Tribunal da Concorrência frente às Agências Regulatórias?

O setor das telecomunicações, considerado o serviço público que melhor vem-se adaptando ao novo regime, tem adotado algumas posturas e terá problemas se o atual Projeto de Lei for adotado sem as modificações necessárias.

Em 1997 foi introduzida a concorrência no setor de telecomunicações, por meio de um regime jurídico misto: o Estado permaneceu com sua atividade reguladora e fiscalizadora, realizada por meio da ANATEL, e transferiu para a iniciativa privada a capacidade empreendedora. A ANATEL foi criada pela Lei 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações (LGT) –, que estabeleceu que os serviços de telecomunicações serão organizados para permitir a livre, ampla e justa competição entre todas as prestadoras de serviços, devendo a ANATEL reprimir as infrações de ordem econômica neste setor¹.

Assim, segundo a LGT, no seu art. 7, apenas as competências originárias do CADE, tal como disciplinadas pelo art. 54 da Lei 8.884/94, que representem concentração econômica serão examinadas por este órgão, enquanto aquelas competências tradicionalmente exercidas pela SDE e SEAE passaram a ser exercidas pela ANATEL, qual seja, a instrução dos processos para repressão de condutas infratoras da ordem econômica, a emissão de pareceres jurídicos (SDE) e econômicos (SEAE) sobre atos e contratos disciplinados no art. 54 da Lei 8.884/94. A ANATEL tem inclusive competências ampliadas conforme o art. 71 da LGT: pode impor requisitos para transferir atos de outorga (concessões) a outras companhias, desde que elas não impliquem alteração de controle acionário das companhias, competência essa que hoje pertence ao CADE. Poderia haver proibição de transfe-

rência caso o CADE não concordasse com os requisitos impostos?

Trata-se de questão altamente importante: a LGT estabelece que as companhias que participaram das privatizações e receberam concessão de serviço público de telecomunicações, as empresas que receberam concessões de celular, bem como as chamadas “empresas espelho” não poderiam alterar o controle acionário durante cinco anos e nem realizar acordos e parcerias estratégicas com outras operadoras. Afinal a lei queria criar um regime de concorrência privada em que antes imperava um monopólio estatal. Após esse período, que vence em 2002, as companhias que atingirem as metas poderão operar em outras áreas que não aquelas da concessão originária e poderão mudar o controle acionário, bem como criar parcerias e novas empresas. Quem fiscalizará, apurará e decidirá sobre os atos de concentração que irão ocorrer uma vez que os resultados recentes de algumas empresas-espelho sugerem que não há mercado para a quantidade de empresas que temos hoje?

Outro problema que se nota hoje é a frequente queixa dos usuários dos serviços de telecomunicações sobre o custo dos serviços. O art. 103 da LGT estabelece que compete à ANATEL estabelecer a estrutura tarifária para cada modalidade de serviço. Porém, transcorridos três anos após a celebração do contrato, a ANATEL poderá, desde que exista efetiva concorrência, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária, nos termos do art. 104 da lei. Caso haja práticas anticompetitivas ou aumento arbitrário de lucros, o parágrafo 2º do art. 104 da LGT ordena à ANATEL o restabelecimento do regime tarifário anterior. Ocorre que o art. 20, inc. III, da Lei 8.884/94 estabelece que o aumento arbitrário de lucros é prática anticompetitiva, cabendo ao CADE a imposição de penalidade. Assim, apurado o aumento arbitrário de lucros, a ANATEL deverá informar ao CADE para a aplicação das penalidades cabíveis. E se o CADE entender não haver infração de aumento arbitrá-

rio de lucros, isso obrigaria a ANATEL a restabelecer a liberdade tarifária²? Problemas semelhantes irão acontecer na área do fornecimento de energia elétrica.

Se no atual regime já se antevêm algumas complexidades, o que dizer do que é proposto pelo Projeto, que pretende alterar as competências que hoje são do CADE, dividindo-as entre um Tribunal de Concorrência e o Diretor-Geral, sem fazer qualquer referência às modificações nas regras que criaram as ditas Agências Regulatórias, contrariamente ao que fez relativamente ao CDC, de forma desnecessária, sem sequer mencionar as relações entre a ANCC e as Agências regulatórias?

Em suma: o Projeto que cria a Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência pretende proteger as relações de consumo já alcançadas pelo Código de Defesa do Consumidor e sequer faz referência às relações que versam sobre uso e universalização de serviços públicos e de serviços regulamentados, que são prestados por grandes empresas em forma de oligopólio. Por serem mercados naturalmente concentrados, o mercado ligado à prestação de serviços públicos essenciais deve ser objeto de cuidadoso regramento jurídico e fiscalização. Na realização dessa regulamentação, não se poderá olvidar o que prescreve a Ata Final da Rodada Uruguai de 1993 no seu Anexo 1B – GATS – Acordo sobre Serviços, bem como dos Acordos Especiais: Telecomunicações, Energia Elétrica, Transporte Marítimo e Aéreo, Serviços bancários (TRIMS) e temas conexos aos serviços como Propriedade Intelectual (TRIPS). Eles fazem menção à questão do acesso a mercados, incremento da concorrência e proibição de discriminação e não poderão ser ignorados nas decisões do CADE, do órgão que venha a substituí-lo (Tribunal da Concorrência) e das Agências Regulatórias.

Assim sugere-se que, ao invés de mudar o Código de Defesa do Consumidor, o Projeto que cria a ANCC crie uma disciplina jurídica mínima no que se refere à nova articulação entre as

Agências regulatórias e a ANCC e coloque a atribuição de realizar a articulação entre ANC e Agências sob a égide de uma Diretoria de Consumo, unificando as duas diretorias propostas pelo Projeto. Por outro lado, se um Tribunal da Concorrência, independente e autônomo, com competência advocatória permanente, absorvesse todas as competências exercidas hoje pelo CADE, os conflitos de competência seriam diminuídos, pois ele poderia avocar não somente as decisões da ANC, mas decidiria sobre atos de concentração que se verificassem nos setores oligopolizados ligados à prestação de serviços públicos. Seria a melhor proteção ao consumidor brasileiro que o Projeto de Lei poderia realizar. Afinal, todos são potenciais usuários dos serviços de abastecimento de água que será regulado e fiscalizado pela ANA, de telecomunicações e de energia elétrica e de petróleo, regulados por ANATEL, ANEEL e ANP. É mister salientar que esse não será um trabalho fácil: a nossa experiência na regulação dos serviços públicos prestados por concessionários privados é bastante recente, salvo nos casos de bancos e transporte urbano.

2.3. As modificações na Lei 8.884/94

A criação da ANCC, tal qual presente no atual Projeto, demandará mudanças a serem realizadas na Lei 8.884/94. Algumas dessas mudanças são bastante polêmicas, merecendo cuidados do legislador, tendo em vista que a atual Lei 8.884/94 possui regras consoantes às práticas concorrenciais que são verificáveis numa sociedade democrática, com um bom sistema de controle de atos de concentração, e é uma regra em muito semelhante às regras internacionais, bem como compatível com as regras que disciplinam condutas e procedimentos anticoncorrenciais sob a égide da OMC. A primeira modificação polêmica diz respeito à disciplina jurídica de infrações e condutas, a outra diz respeito a atos de concentração e procedimentos para sua verificação.

A atual Lei 8.884/94 estabelece, no seu art. 20, quatro atos típicos que são conside-

rados infração, com ressalvas expressas nos parágrafos do mesmo artigo.

I - limitar falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência e a livre iniciativa

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços (com ressalvas e presunção de 20% do controle de mercado)

III - aumentar arbitrariamente os lucros

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

No seu art. 21, a precitada Lei estabelece uma série de condutas que, tendo relação com os atos previstos no art. 20, constituirão condutas lesivas à concorrência. Esse rol é exemplificativo, podendo haver outras condutas que dariam margem às infrações previstas no art. 20. Ou seja, é um sistema de tipificação das infrações bastante fechado, em quase tudo semelhante à tipologia penal. Dá-se maior importância à prática de atos do que às finalidades, lesão efetiva a direitos de terceiros e à coletividade.

O Projeto de Lei propõe a criação de dois tipos diferentes de infração à ordem econômica, as absolutas e as relativas. As infrações absolutas presentes na nova proposta de redação seriam:

“Art. 20. Constituem infração absoluta da ordem econômica, independentemente de culpa, e são nulos, os atos sob qualquer forma manifestados, adotados mediante acordo, arranjo ou conluio entre concorrentes, que tenham por objeto ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - fixar, elevar, concertar ou manipular, de forma direta ou indireta, preços de venda ou de compra de bens ou de prestação de serviços, ou trocar informações com o mesmo objeto ou efeito;

II - estabelecer obrigações de produzir, processar, distribuir ou comercializar tão somente uma quantidade, qualidade ou variedade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um

número, volume, frequência, qualidade ou variedade restrita ou limitada de serviços;

III - dividir, distribuir ou impor porções ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a alocação de clientes, fornecedores, territórios ou períodos, determinados ou determináveis;

IV - estabelecer, concertar ou coordenar preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública administrativa.”

Pela nova proposta, as únicas condutas que seriam sempre objeto de exame por parte de órgãos governamentais seriam o aumento arbitrário de lucros e *dumping* (inciso I), o *dumping* e o cartel (inciso II) e o cartel (inciso III), ou seja, as chamadas infrações clássicas à ordem econômica. As condutas hoje disciplinadas como anticompetitivas tornam-se infração relativa com possibilidade de excludentes de conduta e são previstas no art. 21.

“Art. 21. Constituem infração relativa da ordem econômica, independentemente de culpa, excetuadas as hipóteses previstas no art. 20, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º A caracterização da infração prevista no inciso III do *caput* deste artigo dependerá da constatação de abuso, posição dominante do infrator.

§ 3º Para efeito do disposto no inciso IV do *caput* deste artigo, e conforme as características do mercado em questão, inclusive no que se refere às barreiras à entrada de novas empresas e à parcela de mercado dos concorrentes, ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 4º São excludentes da ilicitude das infrações previstas neste artigo os benefícios econômicos decorrentes da conduta subjacente à infração, desde que tais benefícios tenham por objeto, cumulada ou alternativamente, propiciar a eficiência e o desenvolvimento econômico, cabendo ao representado o ônus da prova, e que, cumulativamente:

I - não possam ser obtidos de outro modo que implique menores riscos ou prejuízos à livre concorrência;

II - os benefícios gerados não sejam meramente pecuniários, mas impliquem efetiva economia de recursos produtivos; e

III - que tais benefícios compensem as restrições causadas à livre concorrência.”

Nota-se aqui a maciça influência das regras e do sistema norte-americano sobre a defesa da concorrência. Ele se constitui de um sistema mais ou menos aberto, em que a descrição de condutas não é impositiva (salvo *dumping*, cartel e aumento arbitrário de lucros), devendo ser verificadas as condutas em função de suas finalidades, lesão a direito de terceiros e condicionantes do ato em exame. Numa economia que se abre para a inserção internacional, a modificação do

sistema *poderá* ser benéfica. Uma economia que está disposta a participar do mercado global precisa ter escala, muitos parceiros e acordos para conseguir disputar o mercado global. O exame tal qual proposto pela nova redação dos artigos 20 e 21 permitirá um maior número de acordos e negócios no setor privado e uma fiscalização dos mesmos pelos órgãos públicos mais voltada para as finalidades do ato, possibilitando ao agente público maior liberdade de ação, mas demandando maiores responsabilidades. Enfim uma tipificação aberta de condutas demanda um sistema de defesa da concorrência eficiente e equilibrado para evitar poderes excessivos para este ou aquele órgão e em consequência a insegurança jurídica e a falta de transparência sobre os procedimentos e sobre as decisões.

A primeira modificação diz respeito ao Acordo de Leniência. Trata-se de prática internacional consagrada, e sua disciplina jurídica somente deixa a desejar quando diz que não há necessidade de o Acordo de leniência ser examinado pelo Tribunal de Concorrência bem como acompanhada a sua executoriedade pelo mesmo. *Seria aconselhável a modificação da proposta de inclusão na redação da futura lei 8.884/94 de um Artigo 35 B no seu parágrafo 4, colocando sob a aprovação do Tribunal o Acordo de Leniência, já que o mesmo constitui causa extintiva de ação ou diminuição de dois terços na punição e neste último caso somente o Tribunal de Concorrência teria titulação para aplicar ou não penalidades*³.

Das outras modificações, uma já foi analisada no item 2.1 deste trabalho. Trata-se da questão ligada à impossibilidade de o Tribunal da Concorrência analisar os atos do Diretor-Geral ligados a Atos de Concentração. Este somente poderá atuar a pedido do Diretor ou se o Ouvidor-Geral, provocá-lo, caso em que o Tribunal somente poderá conhecer do pedido se houver unanimidade entre seus membros. Trata-se de um grande absurdo porque, para condenar o Ato, não há necessidade de decisões por unanimidade. Para fazer o menos é preciso una-

nimidade, para fazer o mais não? *Para esses casos, sugere-se a instituição da competência advocatória permanente das Decisões do Diretor-Geral relativas à aprovação, não aprovação, dispensa, aprovação provisória, acordo de leniência e até de aprovação por decurso de prazo, sobre atos de concentração. Tal competência poderia ser exercida por quaisquer dos conselheiros, desde que seu exercício fosse aprovado in casu por maioria simples do plenário do Tribunal de Concorrência.*

Outras modificações são tremendas: segundo o parágrafo XII, inciso IV, do art. 54, se não for examinada a operação de concentração num prazo de trinta dias após a notificação, ela estará automaticamente aprovada. Tem-se aqui um ato de concentração aprovado por decurso de prazo. O Tribunal não pode apreciá-la por meio da advocatória e somente atuará se houver reclamação do ouvidor. Abre-se aqui um precedente muito perigoso porque o excesso de poder hodiernamente manifesta-se menos pela ação e mais pela omissão na prática de atos que geram enormes prejuízos à coletividade.

Enfim, cria-se uma tipologia aberta para apurar os atos que possam infringir a concorrência, bem como para apurar atos de concentração e permite-se a aprovação de um ato dessa magnitude por decurso de prazo sem qualquer possibilidade de reexame obrigatório por um órgão colegiado⁴.

Atos dessa natureza poderão ser tranquilamente impugnados por qualquer membro da coletividade perante o Judiciário. Por que não se permitir, então, a competência advocatória do Tribunal da Concorrência?

3. Conclusões parciais com sugestões

Conclui-se, portanto, esta breve exegese com as seguintes sugestões.

3.1. Sugerir-se-ia, portanto, que o Tribunal de Concorrência não estivesse subordinado à Agência. Assim teríamos dois órgãos: a Agência com funções investigatórias e o Tribunal da Concorrência com funções judicantes (de natureza administrativa). O

Tribunal teria as funções que hoje são exercidas pelo CADE e a Agência exerceria funções que hoje são exercidas pela SDE e pela SEAE, possuindo natureza de autarquia submetida a regime jurídico especial.

3.2. Sugerir-se-ia que o Projeto fosse alterado para que todos os atos de concentração, quando realizados pelo Diretor-Geral da Agência, estivessem sujeitos à possibilidade de competência advocatória permanente. O Diretor-Geral toma a decisão, ela é publicada e o Tribunal de Concorrência, após dez dias da publicação, pode avocar a decisão para reexame. Tal proposta estaria consoante nossa tradição jurídica: toda a decisão monocrática deve poder ser revisada pelo órgão colegiado. Essa competência advocatória permanente por parte do Tribunal da Concorrência seria exercida relativamente às Decisões do Diretor-Geral relativas à aprovação, não aprovação, dispensa, aprovação provisória e até de aprovação por decurso de prazo, sobre atos de concentração. Tal competência poderia ser exercida por quaisquer dos conselheiros do Tribunal desde que seu exercício fosse aprovado *in casu* por maioria simples do plenário do Tribunal de Concorrência.

3.3. Devido a essa necessidade de independência do Tribunal da Concorrência, seria adequada a sua vinculação ao Ministério da Justiça, como ocorre nos EUA com a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (USDOJ). Já a Agência de Defesa da Concorrência poderia estar vinculada tanto ao Ministério da Justiça, quanto ao Ministério da Fazenda.

3.4. Sugerir-se-ia que, em vez de mudar o Código de Defesa do Consumidor o Projeto que cria a ANCC, fosse criada uma disciplina jurídica mínima no que se refere à nova articulação entre as Agências regulatórias e a ANCC e colocada a atribuição de realizar a articulação entre ANC e Agências sob a égide uma Diretoria de Consumo, unificando as duas diretorias propostas pelo Projeto. Por outro lado, se um Tribunal da Concorrência, independente e autônomo, com

competência advocatória permanente, absorvesse todas as competências exercidas hoje pelo CADE, os conflitos de competência seriam diminuídos, pois ele poderia avocar não somente as decisões da ANC, mas decidiria sobre atos de concentração que se verificassem nos setores oligopolizados ligados à prestação de serviços públicos, sem necessidade de mudanças muito impactantes nas leis que criaram e regulamentaram as Agências Regulatórias.

3.5. Seria aconselhável a modificação da proposta de inclusão na redação da futura lei 8.884/94 de um Artigo 35 B no seu parágrafo 4, colocando sob a aprovação do Tribunal o Acordo de Leniência, já que o mesmo constitui causa extintiva de ação ou diminuição de dois terços na punição, e, neste último caso, somente o Tribunal de Concorrência teria titularidade para aplicar ou não penalidades.

Conclui-se ainda que sistema de tipologia aberta é um avanço se tivermos órgãos investidos de responsabilidades e competências para a sua aplicação. Senão configurar-se-á num enorme retrocesso, porque permitirá que atos de valor de mais de cento e cinquenta milhões de reais sejam aprovados até por decurso de prazo sem exame da única autoridade que deveria fazê-lo. O sistema norte-americano apresenta um eficiente controle sobre os atos de Autoridades de Agência. Por isso a tipologia aberta conjugada com o *Common law* e os controles administrativos, judiciários e legislativos são suficientes para impedir que o poder que desfrutam não se torne fonte de ilegalidades.

Nós estamos a criar um sistema de tipologia aberta sem qualquer espécie de controle por um órgão colegiado que decida celeremente. O nosso Poder Legislativo não possui os instrumentos do legislativo americano e o Poder Judiciário se encontra em situação crítica: excesso de processos, demora nos julgamentos, dificuldade de fazer cumprir decisões, entre outros.

Para realizarmos uma reforma verdadeira no sistema, teríamos que criar uma Agên-

cia rápida e eficiente que agisse administrativamente na defesa da concorrência e um Tribunal de Concorrência, garantindo um sistema de freios e contrapesos que protegesse a coletividade, titular do bem jurídico, e garantisse às empresas o eficiente e legítimo cumprimento da lei. Sem isso, o sistema que se projeta criar não promoverá nem a concorrência e nem a eficiência, e é melhor continuarmos com o atual, que pode ser burocrático e lento, mas propicia mais segurança à coletividade e ao administrado.

Notas

¹ Art. 7º da LGT- As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis no setor de telecomunicações quando não conflitarem com o disposto nesta lei.

Parágrafo primeiro: Os atos envolvendo prestadora de serviços de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

Parágrafo segundo: Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do CADE por meio do órgão regulador.

² A discussão do Caso foi realizada por STUBER, W.D; FUKUGAUTI, N.M.; ARMANI, F.D. A ANATEL e a defesa da ordem econômica. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, n. 6, p. 13-18, maio, 1999.

³ “Art. 35-B. A Agência, por intermédio do Diretor-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração absoluta à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

(...)

§ 4º A celebração de acordo de leniência não se sujeita à aprovação do Tribunal da Concorrência, competindo-lhe, no entanto, quando do julgamento do processo administrativo, verificado o cumprimento do acordo.

⁴ Art. 54. Os atos de concentração de empresas sob qualquer forma manifestados que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou de qualquer forma limitar ou prejudicar a livre concorrência, deverão ser submetidos à apreciação da Agência.

§ 1º A Agência poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atendam ao menos uma das seguintes condições:

I - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

II - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente, propiciar a eficiência e o desenvolvimento econômico, cabendo ao requerente o ônus da prova, e desde que, cumulativamente:

a) não possam ser obtidos de outro modo que implique menores riscos ou prejuízos à livre concorrência;

b) os benefícios gerados não sejam meramente pecuniários, mas impliquem efetiva economia de recursos produtivos; e

c) que tais benefícios compensem as restrições causadas à livre concorrência.

§ 2º Incluem-se no disposto no *caput* deste artigo e estão sujeitos à notificação prévia obrigatória os atos de concentração de empresas em que qualquer dos grupos, de fato ou de direito, envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual no Brasil, em qualquer dos últimos três balanços, equivalente a R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais), exceto: I - nos casos em que a operação ocorrer no âmbito de um mesmo grupo, não havendo alteração de controle acionário ou dos ativos envolvidos;

§ 3º As operações de concentração de que trata o parágrafo anterior devem ser notificadas à Agência, acompanhadas da documentação pertinente, nos termos da regulamentação, no prazo de uma semana após a conclusão da proposta de acordo ou o anúncio da oferta pública de aquisição ou de troca, iniciando a contagem do prazo a partir da data em que ocorra o primeiro desses acontecimentos.

(...)

II - a Agência, antes da notificação da operação ou no curso de sua análise, mediante requerimento justificado, autorizar o interessado a consumá-la provisoriamente, no todo ou em parte, devendo levar em conta, nomeadamente, os efeitos que a suspensão da consumação da operação poderá provocar em uma ou mais das empresas envolvidas ou em relação a terceiros e os potenciais prejuízos à livre concorrência decorrentes dessa operação, podendo a dispensa ser acompanhada de condições e de obrigações destinadas a resguardar a livre concorrência.

(...)

III - tratar-se de transações com títulos ou valores mobiliários, incluindo os que são conversíveis em outros títulos ou valores mobiliários, admitidos à negociação em bolsa de valores, em entidade do mercado de balcão organizado ou em entidade equivalente sujeita à regulamentação e controle de autoridade reconhecida pelo poder público, com funcionamento regular e direta ou indiretamente acessível ao público, salvo se os compradores ou vendedores atuarem com negligência ou má-fé, sendo presumida a negligência se a mesma operação foi submetida à apreciação de autoridade estrangeira de defesa da concorrência.

§ 5º Para os efeitos deste artigo, realiza-se uma operação de concentração de empresas quando:

I - duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; ou

II - uma ou mais pessoas, que já detêm o controle de pelo menos uma empresa, ou quando uma ou mais empresas adquirem direta ou indiretamente, por compra de partes de capital ou de elementos do ativo, por via contratual ou por qualquer outro meio, o controle do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.

§ 6º A criação de uma empresa comum que desempenhe de forma duradoura todas as funções de uma entidade econômica autônoma constitui uma operação de concentração, na acepção do parágrafo anterior.

§ 7º Para os efeitos deste artigo, o controle decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de fato e de direito da hipótese concreta, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre a atividade de uma empresa e, nomeadamente:

I - direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa;

II - direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa.

§ 8º Nos termos do parágrafo anterior, o controle é adquirido pela pessoa ou pessoas ou pelas empresas que sejam titulares desses direitos ou beneficiários desses contratos, ou que, não sendo titulares desses direitos ou beneficiários desses contratos, tenham o poder de exercer os direitos deles decorrentes.

(...)

§ 12. A Agência procederá à análise da notificação logo após a sua recepção, em até trinta dias:

I - se o Diretor-Geral concluir que a operação de concentração notificada não é abrangida pelo presente artigo, não conhecerá da operação, arquivando de imediato o procedimento administrativo;

II - se o Diretor-Geral verificar que a operação

de concentração notificada, apesar de abrangida pelo presente artigo, não pode criar ou reforçar uma posição dominante ou de qualquer forma limitar ou prejudicar a livre concorrência, decidirá não se opor a essa operação, autorizando-a;

III - se, ao contrário, o Diretor-Geral verificar que a operação de concentração notificada é abrangida pelo presente artigo e apresenta indícios de que possa criar ou reforçar uma posição dominante ou de qualquer forma limitar ou prejudicar a livre concorrência, poderá requerer informações adicionais à análise.

IV - se nenhuma das hipóteses previstas nos incisos anteriores ocorrer dentro do prazo fixado neste parágrafo, ficará a operação automaticamente autorizada, sem prejuízo da apuração de responsabilidade funcional, se for o caso, na forma da legislação específica.

(...)

§ 14. Nas hipóteses em que o Diretor-Geral autorizar o ato, o Ouvidor da Agência, mediante provocação de qualquer interessado, e no prazo de cinco dias contados da data de publicação da decisão do Diretor-Geral, poderá requerer ao Tribunal da Concorrência que examine a operação.

I - protocolado o requerimento de que trata este parágrafo, o requerente do ato continuará impedido de consumir a operação notificada por um período adicional de dez dias, ficando a operação automaticamente autorizada quando decorrido esse prazo, se não houver julgamento do Tribunal.

II - o Tribunal somente poderá aprovar o requerimento do Ouvidor por decisão unânime dos seus membros.

§ 15. No caso do inciso III do § 12 deste artigo, o requerente continuará impedido de consumir a operação por um período adicional de quarenta e cinco dias após fornecer à Agência todas as informações adicionais requisitadas, aplicando-se o disposto no § 13 quanto à contagem desse prazo.

I - o requerente terá um prazo máximo de até noventa dias para resposta, caso contrário será arquivada de imediato a notificação, com a presunção de desistência da operação.

II - o prazo de resposta ficará suspenso, a pedido do requerente, se no seu curso houver negociação de acordo com o Diretor-Geral, nos termos do art. 58 desta Lei.

Bibliografia

BAPTISTA, Luis Olavo. *Empresa transnacional de direito*. São Paulo: RT, 1987.

CORREIA P. Poderes equilibrados numa nova agência. *Jornal Valor Econômico*, n. 152, 6 jan.

2001. FIORATI, J. J. As inovações no direito internacional privado brasileiro presentes no projeto de lei de aplicação das normas jurídicas. *Revista de Estudos Jurídicos*, Franca: UNESP, 1996.

GAZETA MERCANTIL LATINO-AMERICANA. 1000 maiores empresas da América Latina. Ano 1, n. 2, set. 2000.

KÜBBER; SCHIMIDT. *Gesellschaftsrecht und konzentration*. München: C. H. Beck Verlag, 1988.

RODIÉRE, R. *Le droit des sociétés dans ses rapports la concentration*. Paris: P.U.F, 1969.

O sentido e alcance do conceito e da natureza jurídica do tributo em face da Constituição Federal de 1988 e do Código Tributário Nacional

Nina T. Disconzi Rodrigues

Sumário

1. Introdução. 2. O conceito de tributo no CTN. 3. A hipótese de incidência. 4. A releitura do conceito de tributo em face da Constituição Federal de 1988. 5. Considerações finais.

1. Introdução

O presente estudo tem por escopo uma reflexão acerca do conceito e natureza jurídica do tributo no direito brasileiro.

É, do nosso ponto de vista, muito importante a identificação da natureza jurídica específica da espécie tributária, uma vez que define o regime jurídico aplicável. Embora todos os tributos obedeçam há um regime jurídico comum ou a princípios constitucionais comuns, há normas específicas aplicáveis a cada espécie tributária.

Outro ponto importante a salientar é que a denominação não deve ser levada em consideração na análise da natureza jurídica específica do tributo, pois o que importa é o regime tributário que lhe é peculiar e não o nome dado pelo legislador para a espécie tributária. É preciso, portanto, examinar seu fato gerador ou fato imponible.

Para tanto, precisamos, em primeiro lugar, entender o conceito de tributo no direito brasileiro. Nessa esteira, cumpre ressaltar que sentido e alcance possui a expressão tributo; qual nova moldura lhe proporcionou a Constituição Federal de 1988, que é o alicerce que estrutura e dá os rumos para se

Nina T. Disconzi Rodrigues é Mestranda da Universidade Federal de Santa Catarina e Advogada.

interpretar o novo direito tributário, pós-Constituição Federal de 1988.

Acredita-se que a atual Carta Magna insculpiu um novo sistema Tributário Nacional, no qual toda a legislação tributária, incluindo o Código Tributário Nacional, precisou buscar seu suporte de validade.

2. O conceito de tributo no CTN

O Estado moderno, vale ressaltar, é a organização jurídica que tem por fim a tutela e o desenvolvimento da pessoa humana e do meio social de dada comunidade em certo tempo; para atingir tal desiderato, conta principalmente com receitas tributárias.

Assim salienta-se que o Estado, para se manter, utiliza-se de diversas fontes, ou seja, para obter recursos ele pode vender seu patrimônio ou explorá-lo, ele também pode obter empréstimos, daí a figura da dívida externa ou interna; de forma diminuta, outras hipóteses de se obter fundos são a indenizatória, danos ao meio ambiente, por exemplo, ou a decorrente de punição, nos casos de multa.

Para Sacha Calmon N. Coelho, o que caracteriza o tributo é, pois, a sua essência jurídica. Ou seja, segundo o autor:

“o tributo legitima-se e diferencia-se das prestações pecuniárias e apropriações até agora referidas em função, precisamente, de sua hipótese de fato relacionada ao preceito. Tributo é toda prestação pecuniária em favor do Estado ou de pessoa por ele indicada, tendo como causa um fato lícito definido em lei, instituidor de relação jurídica, diferenciando-se da multa porque esta, embora prevista em lei em favor do Estado, decorre de um fato ilícito. Extrema-se da indenização porque esta, posto que também prevista em lei, tem por ‘razão de ser’ prévia e comprovada lesão ao patrimônio alheio, inclusive estatal. Contrapõe-se às prestações pecuniárias contratuais, porque tais receitas decorrem de acordo de

vontades, enquanto o tributo é unilateralmente previsto em lei. (...)

(...) Distingue-se o tributo de outros deveres pecuniários compulsórios, de índole privada (seguro obrigatório automobilístico) ou da obrigação de alimentar, porque, nesses casos, o credor é pessoa jurídica de direito privado ou pessoa natural, e também porque a cobrança nesses casos não é feita mediante atividade administrativa plenamente vinculada à lei. O tributo, finalmente distingue-se das ‘apropriações’ de dinheiro abandonado porque aí o fato, embora lícito e acontratual, não é causador de relação jurídica” (1999, p. 382).

A mais importante fonte de arrecadação, portanto, é a tributária, que não se identifica com qualquer das anteriormente citadas.

Não há, pois, uma idéia de contrapartida, ainda que em algumas figuras tributárias o particular possa ter algum benefício. A existência de tributo decorre, antes de qualquer outra coisa, da simples existência de riqueza, em sentido amplo. Porém, acredita-se que o conceito de tributo se relaciona com o dever de solidariedade, levando-se em conta a capacidade contributiva.

Não podemos perder de vista dois dados fundamentais a fim de se entender o conceito de tributo:

Apropriação – pelo Estado da riqueza privada, transferindo-a compulsoriamente para o domínio público;

Nos limites previstos em lei – apropriação não é quantitativa e qualitativamente definível ao sabor da vontade do governante. A lei é que vai determinar. Ao se falar em lei, leia-se também Constituição.

Cogita-se, pois, que não há possibilidade de se imaginar tributo sem uma vinculação funcional. Logo, a natureza jurídica de tributo ampara-se nessas bases.

Por outro lado, não se pode perder de vista que o conceito de tributo é um conceito de direito positivo, logo a identificação pre-

cisa do que seja tributo depende da ordem jurídica que seja enfrentada.

Cumpramos ressaltar que para alguns doutrinadores, como Hugo de Brito Machado (1999, p. 46), não há utilidade, no plano do direito positivo vigente, no exame dos diversos conceitos apreçados pela doutrina, pois prevalece o conceito legal do art. 3º do CTN.

Tributo, portanto, entre nós, é uma categoria de direito positivo e não um conceito de lógica jurídica.

Outro ponto importante a observar, no tocante ao conceito e natureza jurídica do tributo, é que a relação fiscal se determina pela base tributária, isto é, por atos ou fatos indicadores de capacidade contributiva. Somente a natureza econômica do fato gerador do imposto é que pode indicar qual a realidade que o legislador desejou apreciar e valorar para efeitos fiscais ([s.d.], p. 90).

É preciso, pois, observar os fatos econômicos aptos a servirem de base para a tributação. Deu-se mais valor ao aspecto econômico, ficando o jurídico para um segundo plano.

Há, pois, uma espécie de princípio implícito, o “princípio da consideração econômica”, segundo o qual a relação fiscal se determina pela base tributária, isto é, por atos ou fatos indicadores de capacidade contributiva. Somente a natureza econômica do fato gerador do imposto é que pode indicar qual a realidade que o legislador desejou apreciar e valorar para efeitos fiscais.

Aliás, sabe-se que em princípio não é função da lei conceituar, a lei deve conter uma regra de comportamento, porém o conceito de tributo consta em lei complementar: o CTN. Há, então, como já mencionado, uma definição legal de tributo, que consta no Código Tributário Nacional, art. 3º:

“Tributo é toda prestação pecuniária, compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.”

Em princípio, cumpre observar que essa definição consta do CTN, que foi editado em 1966, antes da CF/67, de 69 e de 88. Logo, nós temos uma definição que é defasada em relação ao ordenamento constitucional vigente. Não podemos esquecer o fenômeno que assalta o direito tributário brasileiro: a sua constitucionalização. Essa questão será tratada com profundidade no decorrer deste trabalho. Os autores, no tocante à definição retro mencionada costumam, para melhor explicitá-la, decompô-la, assim:

É toda prestação = prestação é objeto de uma relação jurídica, de cunho obrigacional, é, pois, a transferência de dinheiro do contribuinte para o Estado.

Hugo de Brito Machado (1987, p. 23), em relação a esse aspecto, cita Celso Bastos afirmando, em resumo, que algumas contribuições previstas na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional são quantias que não chegam a ingressar nos cofres públicos ou nos cofres de quem atua no lugar do Estado, indo diretamente para as mãos dos particulares.

Pecuniária = somente em dinheiro.

Compulsória = porque há dois tipos de obrigação: as obrigações voluntárias e as chamadas *ex vi legis* (obrigações com contornos definidos pela lei). Essas últimas obrigações são compulsórias, peculiares às normas de conduta, pois necessariamente trazem uma descrição teórica e abstrata de uma certa situação (hipótese de incidência) que, se ocorrida, desencadeia a sanção (mandamento). Seria uma espécie de causa e consequência. No caso do tributo, a fonte da obrigação é a lei e o tributo seria uma espécie de fato jurídico. O tributo é uma obrigação compulsória nesse sentido: de que a vontade não importa.

Em moeda ou em cujo valor se possa exprimir = é, na verdade, considerado pela maioria dos autores um pleonismo, pois a lei já mencionou: prestação pecuniária.

É certo que a prestação é em pecúnia, em dinheiro, porém sua liquidação pode ser em espécie, desde que a lei assim o preveja, per-

mitindo que determinado bem seja dado em pagamento, mas o contribuinte, se quiser, sempre poderá cumprir sua obrigação mediante pagamento em dinheiro.

Nesse passo, à guisa de exemplificação, observa-se que a Lei 9.711/98 dispôs sobre a utilização de Títulos da Dívida Pública, de responsabilidade do Tesouro Nacional, na quitação de débitos com o INSS.

Que não constitua sanção por ato ilícito = a ausência de cunho sancionatório dá-lhe essência e identidade. O tributo, então, relaciona-se, nunca é demais frisar, com a existência de riqueza, nada tendo que ver com a multa, com a idéia de descumprimento de um dever ou com a finalidade.

Hugo de Brito Machado entende:

“Que quando se diz que o tributo não constitui sanção de ato ilícito, isto quer dizer que a lei não pode incluir na sua hipótese de incidência tributária o ato ilícito. Não pode estabelecer como necessária e suficiente à ocorrência da obrigação de pagar um tributo uma situação que não seja lícita. Se não o faz, não está instituindo um tributo, mas uma penalidade. Todavia, um fato gerador do tributo pode ocorrer em circunstâncias ilícitas, mas essas circunstâncias são estranhas à hipótese de incidência do tributo, e por isso irrelevantes do ponto de vista tributário. Tomemos o exemplo do imposto de renda: alguém percebe rendimento decorrente da exploração de casa de prostituição, ou qualquer outra atividade criminosa ou ilícita. O tributo é devido. Não porque incida sobre a atividade ilícita, mas porque a hipótese de incidência, que, no caso, é a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica, ocorreu” (1999, p. 48).

Tal entendimento é por nós compartilhado, uma vez que, consoante o art. 43 do CTN, a hipótese de incidência do imposto sobre a renda e proventos de qualquer natureza é a aquisição da disponibilidade eco-

nômica ou jurídica de renda ou de proventos.

Instituída em lei = O que se entende por instituída em lei? A prestação, a nosso ver, só está, de fato, instituída em lei quando estão presentes todos os elementos que nos possibilitem identificá-la corretamente, no sentido material, quais sejam: o fato impositivo, com sua respectiva base de cálculo, alíquota, sujeito ativo, critérios de determinação do sujeito passivo, e mais: as circunstâncias de tempo e lugar que possibilitem o nascimento da obrigação tributária. A lei também precisa satisfazer plenamente o critério formal, ou seja, com observância ao estatuído na Constituição Federal no tocante ao processo e elaboração das leis, a ensejar a sua existência, validade e eficácia.

Dessa forma, como bem observa Hugo de Brito Machado (1987, p. 63), não se pode admitir qualquer delegação legislativa, no pertinente à definição da hipótese, na qual o tributo é devido, ou seja, na definição da hipótese de incidência do tributo; como consta no art. 97, I do CTN e na Carta Magna (art. 150, I). Assim, além de somente a lei poder instituir tributos, consoante o CTN, somente a lei pode estabelecer a definição do fato gerador da obrigação tributária principal e do seu sujeito passivo, afastando a possibilidade de fixação, em qualquer ato normativo diverso da lei, de elemento necessário à determinação do tributo, em todos os seus aspectos. O Código Tributário Nacional (art. 97, IV) determinou ainda que somente a lei pode estabelecer a fixação de alíquota do tributo e base de cálculo, afora as exceções constitucionalmente autorizadas (art. 153, § 1º).

Mediante atividade administrativa plenamente vinculada = ou seja, ocorrido o fato gerador da obrigação tributária ou fato impositivo, a autoridade administrativa tem o dever de apurá-lo, de constituir o crédito tributário, por meio do lançamento, e de exigir o cumprimento da obrigação pelo contribuinte. Em regra, não há juízo de oportunidade e conveniência, não há discricionariedade.

3. A hipótese de incidência

Mister destacar, nesse momento, a distinção entre hipótese de incidência e fato gerador. Começar-se-á com um breve panorama histórico, no tocante à evolução no direito brasileiro da expressão fato gerador.

Oportuno se torna observar que a denominação fato gerador padece de pluralidade de significação, porque ela serve para indicar tanto uma situação teórica e abstrata prevista na lei quanto algo que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos.

No estudo monográfico de Amílcar Falcão (1999, p. 29), predomina a preocupação com a análise jurídica do fato material, denominado pela doutrina de fato gerador da obrigação tributária, e doutrinadores, como Geraldo Ataliba (1999), preferem que se utilize os termos hipótese de incidência e fato imponível.

A expressão fato gerador não indica um fenômeno caracteristicamente tributário, fato gerador nada mais é que fato jurídico, é um fato gerador de efeito jurídico, assim podemos falar em fato gerador em todos os ramos do direito. Na verdade, o que quer dizer a lei? Uma norma de conduta tem uma estrutura dúplice, em que há uma hipótese de incidência e um mandamento.

Amílcar Falcão sustenta que em sua essência, substância ou consistência, é o fato gerador um fato econômico, ao qual o direito empresta relevo jurídico. Esse fato econômico é considerado para se auferir a capacidade contributiva ou econômica do sujeito passivo da obrigação tributária.

Para Sacha C. Navarro Coelho (1999, p. 383), a compreensão estruturalista da norma tributária é importante para se compreender o conceito de tributo. Segundo o professor mineiro, a norma tributária encontrou em Paulo de Barros Carvalho, seu melhor expositor. Ele vê a norma jurídica tributária dividida em duas partes: hipótese endonormativa e consequência endonormativa. O renomado professor paulistano define as hipóteses das normas tributárias, a que

chama de endonormas tributárias, como o conjunto de critérios necessários à identificação do fato lícito, que não acordo de vontades, gerador do dever jurídico. Define, por sua vez, as consequências das normas tributárias como o conjunto de critérios esclarecedores da relação jurídica que se forma com a ocorrência *in concreto* do fato jurígeno (fato gerador). Nas hipóteses, ele aponta três critérios: o material – o fato em si; o temporal – determinando as circunstâncias de tempo que envolvem o fato jurígeno já materialmente descrito; o espacial – indicativo das condições de lugar em que o fato ocorrer. Nas consequências, enxerga dois critérios, a saber:

a) pessoal, que determina os sujeitos – ativo e passivo – da relação jurídica decorrente da realização do suposto (hipótese de incidência) e;

b) o quantitativo, que esclarece o modo pelo qual será estabelecido o conteúdo do dever jurídico (base de cálculo e alíquotas).

Entende Paulo de Barros Carvalho que nada mais será preciso para que conheçamos, em toda a extensão, o liame jurídico estabelecido, por virtude do acontecimento do suposto. Tendo ciência de que existe uma relação jurídica, sabendo quem são os sujeitos do vínculo e tendo meios para determinar o conteúdo do dever jurídico, cujo cumprimento o sujeito ativo poderá exigir do sujeito passivo, de nenhum outro elemento será necessário cogitar, posto que está completo, em todos os seus ângulos, o desenho jurídico daquele instrumento que orienta a disciplina dos comportamentos humanos. Logo, para esse jurista a norma tributária não se confunde com o texto de lei.

Assim, a título de exemplificação, no caso do IPTU, para Paulo de Barros Carvalho (1998, p. 160-), a hipótese de incidência apresenta o critério material (ser proprietário ou possuidor de imóvel), o critério temporal (durante um determinado lapso de tempo de um ano-calendário), o critério espacial (nos limites urbanos de um município brasileiro).

A consequência ou comando apresenta: um critério pessoal (sujeito ativo – o município da situação do imóvel; sujeito passivo – o proprietário ou possuidor – posse como expressão de domínio) e um critério quantitativo (o valor venal do imóvel, com base de cálculo sujeitada às alíquotas previstas na legislação local).

Sacha C. Navarro Coelho diverge um pouco de Paulo de B. Carvalho (1998, p. 383), ao invés de critérios utiliza o termo *aspecto* para qualificar as facetas da *hipótese* e da *consequência* da norma jurídico-tributária. Isso posto, ao lado dos aspectos *material, temporal e espacial*, acrescenta ao fato jurígeno, na hipótese da endonorma, um aspecto *pessoal*. É que o fato jurígeno (um “ser”, “ter”, “estar”, “fazer”) está sempre ligado a uma pessoa e, às vezes, os atributos ou qualificações dessa pessoa são importantes para a delimitação da hipótese de incidência. O aspecto pessoal (que emerge do fato descrito na HI) da hipótese de incidência é importante para a percepção da capacidade contributiva para a graduação da progressividade, para a consideração do ilícito fiscal e da responsabilização, para o reconhecimento das isenções e imunidades subjetivas, para o fenômeno da sujeição passiva substitutiva (quando “A” é o sujeito de dever previsto no mandamento da norma, embora não tenha realizado a hipótese de incidência). Na sujeição passiva *direta*, a pessoa envolvida na hipótese da norma é a mesma que, no mandamento ou consequência, suporta o dever e, na sujeição passiva *indireta*, são diversas.

Nunca é demais salientar, portanto, que as hipóteses de incidência da norma possuem descrições de fatos. Para Sacha C. Navarro Coelho, é o aspecto. Depois o fato ou fatos são enquadrados nas coordenadas de tempo e lugar. Daí advirão os aspectos temporal e material. Porém, para ele, como acima demonstrado, é inegável a presença de um aspecto pessoal na hipótese de incidência. Para Sacha, destoando um pouco da idéia de Paulo de Barros Carvalho (que

entende que o aspecto quantitativo das consequências endonormativas apresenta dois elementos: base de cálculo e alíquota), a consequência jurídica deve conter: a quem pagar (sujeito ativo), quem deve pagar (sujeito passivo), quanto deve pagar (base de cálculo e alíquotas ou valor fixo, adições e subtrações), como pagar, quando pagar, onde pagar.

Sacha refuta Paulo de B. Carvalho por duas razões: há tributos que sequer base de cálculo e alíquota possuem – hipótese frequente nas taxas – Ex.: certidão de bons antecedentes. R\$ 20,00 (vinte reais); e porque tributos mais complexos exigem para a quantificação do dever tributário o concurso de outros dados, imprescindíveis à fixação do *quantum debeat*. Ex.: IR de pessoas físicas e jurídicas, IPI, ITR, IPTU.

O aspecto pessoal que emerge do fato descrito na hipótese de incidência aparece com intensidade quando, por exemplo, cogita-se do intrigante fenômeno da sujeição passiva constitutiva.

Para Geraldo Ataliba (1999), a norma jurídica tributária chama-se hipótese de incidência. Ela seria única e indivisível, composta pela hipótese e pelo mandamento.

Para Paulo de Barros Carvalho, nem sempre o mandamento coincide com a hipótese de incidência.

Geraldo Ataliba pretendeu aplicar ao direito tributário noções de teoria geral do direito.

O professor Geraldo Ataliba encontra duas categorias para a classificação dos tributos, chama de tributos vinculados os tributos em que a hipótese de incidência descreve uma atuação do Estado e não vinculados quando a materialidade da hipótese de incidência não descreve uma atuação do Estado.

Acredita-se que, para se examinar se algo é ou não tributo e qual o tipo, precisa-se se ater à hipótese de incidência, não ao nome que a lei dá, mas sim à natureza da situação descrita de modo teórico e abstrato.

A exceção ao raciocínio retro aludido consubstancia-se, após a CF/88, nas con-

tribuições sociais: o destino do produto arrecadado não está na hipótese de incidência, mas sim no mandamento. São, pois, cinco as espécies tributárias.

O imposto se identifica, porque o dever de pagar um tributo é relacionado simplesmente à existência de uma situação de riqueza.

As taxas têm na sua hipótese de incidência a descrição de duas categorias de situações, ou a prestação de um serviço público ou o exercício do poder de polícia. As taxas, pois, apresentam a natureza de contraprestação.

A contribuição de melhoria decorre da valorização imobiliária produzida por uma obra pública. Logo, na hipótese de incidência de uma contribuição de melhoria está a previsão de uma situação dúplice: a existência de uma obra pública e a valorização do patrimônio privado. É, na verdade, também uma espécie de contraprestação.

As contribuições especiais relacionam-se com o custeio de certos fins específicos. Existem basicamente três: as de seguridade social, as de intervenção no domínio econômico e as instituídas pelo interesse de certas categorias profissionais. O empréstimo compulsório dificilmente ocorrerá na prática; caracteriza-se por um dado no tocante à situação que dá origem a ele, são as situações previstas no artigo 148, I e II, e a sua grande peculiaridade é a sua restituição.

Outro ponto interessante a salientar é que a progressividade (não se entrando em pormenores, se vale para todos os impostos ou somente para o IPTU, o IR e o ITR) só vale para os tributos denominados impostos, pois neles é que há propriamente medição de riqueza do contribuinte, as taxas e as contribuições são tributos vinculados.

No tocante à classificação dos tributos, a maioria da doutrina pátria (CARRAZZA, 1999, p. 348-390, entre outros) entende como tributo: impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuição especial e empréstimo compulsório.

Para bem se entender o artigo 3º do CTN, em consonância com a CF/88, precisa-se

fazer a seguinte constatação: o art. 4º do CTN, que diz que o destino do produto arrecadado não é apto a funcionar como causa de distinção entre as diversas espécies tributárias, está parcialmente revogado, ou melhor, tem a sua eficácia suspensa parcialmente em virtude de a Constituição Federal de 88 ter supervenientemente mudado o panorama, pois o conceito de tributo que havia antes de 88 foi ampliado. Antes de 88, entendia-se basicamente que tributo era: imposto, taxa e contribuição de melhoria. Depois de 1988, passou-se a entender que além dessas figuras há outras duas: contribuições especiais e empréstimos compulsórios. Estas duas figuras se diferenciam das outras no tocante à finalidade que deve ser dada ao produto arrecadado.

Logo, vale o artigo 4º apenas no tocante àquilo que já havia antes da CF/88; no referente ao que surgiu depois está implicitamente revogado: o que foi modificado pela vinculação do produto arrecadado.

Por outro lado, é interessante notar que o ordenamento jurídico apresenta uma série de regras a propósito da figura tributária; diz, por exemplo, que o tributo só pode ser instituído por lei. No entanto, não podemos perder de vista a questão da extrafiscalidade, que vem a ser a utilização do tributo com fins distintos da simples e pura arrecadação de recursos; o Estado usa os tributos como meio de obter outros resultados. Logo, ele não é apenas um meio de apropriação da riqueza privada para o custeio das despesas públicas, mas também um meio de regulação social em que o Estado usa o fator “pagar menos” ou “pagar mais” como instrumento para fazer as pessoas agirem ou deixarem de agir.

4. A releitura do conceito de tributo em face da Constituição Federal de 1988

Percebe-se que, no sistema brasileiro, há uma peculiaridade no que tange ao direito tributário, podendo-se falar que existem princípios e regras que regem o direito

tributário; tais princípios e regras constam na Constituição Federal, é a chamada Constitucionalização do sistema tributário brasileiro*.

Nesse ponto, cumpre-nos indagar o porquê dessa Constitucionalização. Na nossa opinião, quer-se proteger o cidadão brasileiro contra os disparates dos que ocupam um cargo público, pois, se os governantes fossem completamente livres no exercício de seus mandatos, poderiam produzir leis tributárias contrárias ao interesse de grande parcela da população. Isso torna o sistema tributário brasileiro completo e rígido, há inclusive discriminação das competências no plano federativo. Logo, a idéia de federação foi levada às últimas conseqüências no plano do direito tributário. Assim, como o direito tributário está basicamente na Carta, pretende-se defender a idéia de que o conceito de tributo, apesar de não estar explícito na Constituição, nela tem sua origem e parâmetro de interpretação. A Constituição, pois, não define expressamente tributo. A fim de melhor compreender a idéia supra mencionada, precisamos socorrer-nos de ensinamentos do direito constitucional; logo a interpretação da Constituição deve ser sistemática, o que significa reconhecer ausência de contradições internas na Constituição. Dessa forma, entende-se que a Constituição significa a harmonização de princípios opostos, deve-se reduzir a extensão dos princípios até que eles sejam ambos preservados; portanto, não se pode perder de vista que se deve interpretar a Constituição como um todo. O conceito de tributo, nessa esteira, deve ser interpretado em consonância com os princípios que norteiam a tributação na Constituição Federal, como o Princípio Federativo, por exemplo. A federação é meio de limitação estatal. Outro artigo muito importante que influencia o conceito de tributo é o artigo 145, § 1º, que se relaciona com a idéia de pessoalidade e capacidade contributiva, sempre que possível, no que atine aos impostos. As idéias-chaves, constantes no artigo 1º: soberania, cidadania,

dignidade, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, também contribuem para um perfeito entendimento do que seja tributo. O artigo 3º da Constituição diz ser objetivo da República Federativa construir uma sociedade livre, justa e solidária. Dessa forma, todos os cidadãos devem contribuir para o bem comum. Quando se tem riqueza, deve-se colaborar com uma parcela para o bem dos demais.

Outro dispositivo importante, que influencia o conceito de tributo, é o do artigo 150, I (que já está no art. 5º), que preleciona ser vedado aos entes políticos exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; é a chamada legalidade estrita, ou seja, uma vinculação imposta pela Constituição ao Estado no tocante à tributação. Nesse diapasão, convém lembrar que, sendo lei, é norma de conduta, e toda norma de conduta deve ser dissociável em dois pólos. Toda norma jurídica de conduta tem uma primeira parte, que é a hipótese de incidência, e uma segunda parte, que é o mandamento, unidos por um dever-ser. O fato jurídico, em qualquer ramo do direito, é o evento que se passa no universo em que nós vivemos, evento esse relevante, que é eleito do ordenamento jurídico para, uma vez ocorrido, desencadear um efeito jurídico, efeito esse que consiste em uma relação jurídica: nascimento, modificação, extinção de uma relação jurídica, relação jurídica essa que impõe a alguém uma faculdade, uma proibição ou uma obrigação. Somente a lei define a hipótese de incidência e o mandamento.

O conceito de tributo, em face da sua interpretação conforme à Constituição, tem essa peculiaridade: deve obedecer ao princípio da legalidade estrita. Cumpre ressaltar mais uma vez: não há possibilidade de discricionariedade na definição legislativa do tributo, mas só teremos tributo se o dever de pagar uma importância ao Estado for vinculado à previsão de existência de riqueza. Um outro princípio que é interessante observar no conceito de tributo, segundo Carrazza, é o art. 150, V (“é vedado estabelecer

limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio”). Essa norma se relaciona principalmente com o conceito de Federação.

5. Considerações finais

Pretendeu-se demonstrar, no decorrer desse ensaio, que o conceito e a natureza jurídica do tributo, ambos previstos no artigo 3º e 4º do Código Tributário Nacional, respectivamente, ganharam novas cores com o advento da Constituição Federal de 88.

Percebeu-se também que o conceito de tributo é singular, pois resulta da construção do direito positivo de cada país, em determinada época.

Verificou-se, por outro lado, a evolução teórica e doutrinária acerca da hipótese de incidência tributária; logo, pretendeu-se analisar os diferentes conceitos propostos pelos mais renomados estudiosos do direito tributário pátrio.

Outra constatação importante, após análise dos diferentes posicionamentos doutrinários, é que somente a natureza econômica do fato gerador ou fato impositivo é que pode indicar qual realidade o legislador desejou apreciar e valorar para efeitos fiscais.

Isso é muito importante, principalmente quando se verifica o quanto determinados tributos, como por exemplo, recentemente, a taxa de fiscalização ambiental, instituída pela Lei nº 9960/2000, não obedecem ao conceito de tributo; que, no tocante à taxa, devia corresponder a uma contraprestação, com vistas à natureza econômica do fato impositivo. Em consequência, em razão de Adin, com pedido liminar, o STF suspendeu a eficácia do artigo 8º da lei; os Ministros entenderam que a lei não definiu uma alíquota, mas valores uniformes para todos os contribuintes utilizadores de recursos ambientais.

Notas

* Para um maior aprofundamento da questão, recomenda-se a obra, da qual foram extraídas as idéias acerca dos laços entre direito tributário e Constituição: Curso de direito constitucional tributário, de autoria do professor Roque Carrazza.

Bibliografia

- ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de incidência tributária*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Teoria da norma tributária*. [S.l.]: Max Limonad, 1998.
- CARRAZZA, Roque. *Curso de direito constitucional tributário*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- FALCÃO, Amílcar. *Fato gerador da obrigação tributária*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- _____. *O conceito de tributo no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MORAES, Bernardo Ribeiro. A Constituição de 1967 e a infra-estrutura tributária. *Revista de Direito Público*, n. 2.

Direito do Estado federado ante a globalização econômica

Paulo Luiz Netto Lôbo

Sumário

1. Perspectiva do federalismo brasileiro ante a redução do Estado nacional. 2. Uma questão relevante: o Estado federado sob a ótica da repartição das competências. 3. Modelo híbrido da Constituição brasileira e as dificuldades históricas de realização da competência reservada aos Estados federados. 4. Crítica à fraca realização, pelos Estados federados brasileiros, da competência legislativa concorrente. 5. Crise do Estado social e sua redução ao papel de Estado regulador. 6. Globalização econômica e efeitos nos direitos nacionais. 7. Desconstitucionalização, desregulamentação e refluxo do princípio fundamental da justiça social. 8. Interesse público estatal e interesse público social. 9. O pluralismo jurídico na perspectiva da globalização econômica e o desafio ao direito do Estado moderno. 10. Em conclusão: qual o espaço a ser ocupado pelo Estado federado?

1. Perspectiva do federalismo brasileiro ante a redução do Estado nacional

A experiência brasileira do federalismo republicano despontou para a crescente primazia do direito promanado da União (direito federal), às vezes em situações tais de quase supressão da autonomia dos Estados federados (direito estadual) que se aproximam do unitarismo imperial do século dezanove. Essa inclinação centralizadora, sem embargo da resistente cultura nacional de autoritarismo político, é justificada por muitos como necessária para fortalecer a União contra o risco de desagregação de um país

Paulo Luiz Netto Lôbo é Doutor em Direito pela USP, Procurador-Geral do Estado de Alagoas e Professor na UFAL e na UFPE (Pós-graduação).

continental e contra os abusos do mandonismo local, pouco afeito às regras da primazia dos interesses públicos sobre os interesses privados.

A globalização econômica, desde a década de oitenta do século vinte, tem apresentado uma característica instigante: seu avanço se dá a expensas dos direitos nacionais, é dizer, da redução dos poderes dos Estados nacionais, máxime no que concerne aos direitos sociais e econômicos. Outra característica da globalização econômica, também instigante, é a tensão que se tem manifestado entre o global e o local. Essas características parecem apontar para a superação do modelo do federalismo concentrador, despontando a responsabilidade crescente dos governos locais, a saber das unidades federadas, na realização das finalidades do Estado democrático e social de direito, o que, paradoxalmente, significará o fortalecimento da União. Ao início do século vinte e um, a globalização não é política pois os organismos internacionais são ainda frágeis para exercerem poder hegemônico e os Estados nacionais são utilizados como aliados da globalização econômica, desde que seus direitos sejam reduzidos a patamares mínimos.

No século vinte, os Estados nacionais converteram-se em Estados de bem-estar social, ampliando sua intervenção no domínio econômico, para reduzir as consequências negativas da ausência deliberada de sua ação positiva, a que foram relegados pela triunfante ideologia liberal do século dezanove. O Estado social, assim genericamente denominado, parecia ser o estágio mais avançado da evolução do Estado moderno e da própria modernidade. A globalização econômica, como fato de exercício de poder das nações centrais e das empresas transnacionais, e o neoliberalismo, como fundamento teórico e ideológico desse fato e, *a fortiori*, do mercado livre de limitações jurídicas, têm o Estado social como alvo, com intuito de enfraquecê-lo, no que apresenta de nuclear: a promoção dos direitos sociais e a

proteção dos mais fracos. Os meios são conhecidos, a saber, a desconstitucionalização e a desregulamentação de amplas matérias, reduzindo o espaço público em benefício de espaço privado subtraído à tutela jurídica.

Assim, a experiência do federalismo brasileiro, de supremacia das competências da União, tornou o direito nacional muito mais vulnerável a essas pressões, sem a contrapartida dos direitos locais que possam contrabalançar o aviltamento do sistema de garantias legais que o país construiu ao longo de sua história republicana. Um dos pilares da bem sucedida aventura humana do federalismo é a distribuição das competências entre a União e os Estados federados, que pode indicar o caminho que estes poderão seguir ou intensificar, se a Constituição de 1988 permanecer intocada nesse ponto.

Não é objeto deste estudo o papel dos municípios, em face da globalização econômica, mas as repercussões neles são evidentes. A ótica escolhida é exclusivamente jurídica, razão por que não serão trazidas à baila as preciosas análises que estão a se fazer na ciência política, nas ciências sociais, na economia, na filosofia, na história, sobre o fenômeno inquietante da globalização econômica, salvo como argumento complementar.

2. Uma questão relevante: o Estado federado sob a ótica da repartição das competências

Para melhor situarmos o campo de nossas reflexões, sempre na perspectiva dos Estados federados, recordemos que, nos dois séculos de sua experiência, o federalismo surgiu como solução de organização política de povos com identidades próprias e, atualmente, como modo de otimização da democracia. Seu campo preferencial tem sido o dos países com grandes extensões territoriais, sem embargo da existência de federações em espaços pequenos, como a Suíça. No contexto mundial, de aproxima-

damente duzentos estados nacionais, os estados federais são minoria numérica e aqueles que se constituíram de modo artificial, sem unidade cultural, tendem a desaparecer, como sucedeu com a União Soviética e a Iugoslávia.

No Brasil, o constitucionalismo é tão cioso da natureza fundamental da organização federal que foi incluído entre as cláusulas pétreas (artigo 60, § 4º, I, da Constituição Federal de 1988), como núcleo duro, imodificável mediante emenda. O país pode optar pela monarquia, mas não pode extinguir a federação.

Contudo, no que concerne à repartição das competências entre União e Estado federado, o federalismo atual apresenta três tendências distintas, o que demonstra não haver um único modelo. Sob a ótica do Estado federado, a repartição de competência pode ser:

a) de competência residual ou reservada, decorrente do assim chamado federalismo dual;

b) de competências expressamente fixadas;

c) de competência concorrente ou cooperativa.

A experiência do federalismo dual, inclusive nos Estados Unidos, sua pátria de origem, indicou um progressivo estreitamento dos “poderes reservados” dos Estados federados, em favor da supremacia da União. A idéia originária de fixar para a União um conjunto definido de poderes, reservando todos os demais aos Estados federados, não prevaleceu, por várias razões históricas e políticas, fartamente indicadas na doutrina. Tem-se, em realidade, um poder federal hegemônico. Na dúvida, o Poder Judiciário federal tende a fazer predominar a competência da União, assim nos Estados Unidos, como nos países que seguiram seu modelo.

O federalismo de competências taxativas, em princípio, favorece os Estados federados, pois esses, do mesmo modo como para a União, têm suas competências clara-

mente definidas, nesse ponto sem risco de conflito. A experiência mais conhecida é a da Índia. Os analistas desse modelo alertam para dois problemas de sua aplicação real: primeiro, as matérias não listadas tendem a cair no âmbito da competência da União; segundo, sem embargo da taxatividade, a interpretação judicial tende a favorecer o direito federal, quando ocorre conflito de competência (KAHN, Rahmatullah, 1971, p.107).

O federalismo de competência concorrente ou cooperativo permite a comunicação entre os níveis federal e estadual, pois, no campo legislativo, a União edita as normas gerais e os Estados as ambientam, em larga margem, às suas peculiaridades locais. O essencial está no conteúdo conceitual de “normas gerais”, como limite constitucional à União. O sentido de competência concorrente difere daquele que o senso comum teórico desenvolveu. Hamilton (1943, p. 130), um dos clássicos do federalismo americano do século dezanove, disse que a legislação concorrente resultava da divisão do poder soberano, isto é, de esferas de poder privativas da União e dos Estados federados. A acepção atual é de competências sobre matérias comuns, embora com limites de forma e conteúdo recíprocos. A saber, cabe à União fixar as normas gerais e aos Estados federados, as normas específicas.

3. Modelo híbrido da Constituição brasileira e as dificuldades históricas de realização da competência reservada aos Estados federados

A Constituição brasileira de 1988, ao contrário das constituições anteriores, optou por um sistema misto, mantendo o modelo tradicional do federalismo dual e introduzindo a competência legislativa concorrente, no artigo 24, além de competências de execução comum de políticas públicas (artigo 23). Logo após o advento da Constituição, publiquei um artigo sobre essa novidade bem-vinda (LÔBO, 1989, P. 87-104), cercado de

expectativa favorável de sua ampla utilização. Mais de uma década após, os resultados foram frustrantes. Os Estados federados não exerceram, como se esperava, os poderes que confiantemente a Constituição lhes delegou. Quais teriam sido as causas?

Historicamente, o sistema de poderes reservados não se ambientou em terras brasileiras, até porque nosso federalismo foi uma escolha política da Constituição de 1890, reproduzindo o modelo norte-americano, não resultando, como este, de concessão dos Estados que formaram a União, reservando para eles tudo o mais que estivesse fora dos poderes fixados expressamente. Em contrapartida, o Brasil foi, durante o Império, um país unitário. Durante a República Velha, até à década de trinta, esses poderes foram desfrutados no interesse dos mandarinatos locais, gerando abusos que desacreditaram o sistema. Note-se, todavia, que o sentimento favorável ao federalismo esteve presente em nossos estadistas, inclusive durante o Império. A esse respeito, lê-se em Alfredo Varela:

“O federalismo é, desde 1831, a mais ardente e generalizada aspiração do Brasil. Nos trabalhos de reforma constitucional posteriores à revolução do ano citado, chegou a adotá-lo a Câmara Temporária e, se não é a resistência da Câmara vitalícia, de há muito vigorava no País. Tão acentuadas eram as tendências reformadoras no sentido da ampla autonomia provincial, que monarquistas sinceros, da ordem de Saraiva e Nabuco, preconizavam os modelos federativos, como sendo a condição de salvação do Império, nos últimos anos dele” (1902, p. 41).

Sob a égide das Constituições posteriores, a legislação brasileira substancial, em todas as áreas, concentrou-se no âmbito federal. Sob esse ângulo, a federação, no Brasil, foi e é uma das mais concentradas do mundo. A atitude normal da população dos Estados é aguardar a resolução de seus problemas pela União.

Outra causa importante é o entendimento constante do Poder Judiciário em ter como normal essa concentração, restringindo fortemente o poder dos Estados federados em cuidarem diretamente de matérias relevantes que reflitam no cotidiano dos cidadãos. Restou aos Estados federados tratarem de seus assuntos administrativos, dos impostos específicos e de alguns assuntos residuais. Antes de 1988, como exemplo, o Supremo Tribunal Federal decidiu, freqüentemente, pela inconstitucionalidade de leis dos Estados que intentaram controlar o uso de agrotóxicos em seus territórios, no sentido da proteção ao meio ambiente e da prevenção da saúde das populações. Para o STF essas matérias, tão sensíveis aos interesses locais, seriam de competência exclusiva da União, inibindo fortemente tais iniciativas, com reflexos até hoje.

4. Crítica à fraca realização, pelos Estados federados brasileiros, da competência legislativa concorrente

Esse caldo de cultura adverso à competência concorrente foi agravado por dificuldades que necessitam ser superadas. Os poderes legislativos estaduais têm de estar adequadamente preparados para essas novas e relevantes funções, desenvolvendo a parte que lhes toca na realização e concretização, pela administração pública, dos direitos sociais referidos no artigo 6º da Constituição Federal (educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, moradia e assistência aos desamparados).

Há de ser vencida a incompreensão, pelos Estados federados, do imenso alcance do federalismo concorrente e cooperativo, e a impressionante inércia legislativa sobre as matérias que a Constituição a eles confiou. Muito pouco se avançou nessa área. Não tenho notícia, por exemplo, de qualquer legislação estadual que tenha regulado sobre “procedimentos em matéria processual” (art. 24, XI, da CF), que é abrangente do

processo civil e do processo penal, nas jurisdições estaduais, ditas comuns ou gerais.

Os abusos já referidos da República Velha deixaram marcas muito profundas, na consciência jurídica nacional, de rejeição às competências estaduais sobre matérias que, em outras federações, são delas exclusivas. Partiu-se então para o extremo oposto, é dizer, da vedação completa aos Estados de editarem legislações próprias sobre as mais importantes matérias relacionadas às relações jurídicas dos cidadãos, a exemplo do direito processual, concentrando-se em códigos únicos aplicáveis a todo o país, sem contemplação das peculiaridades locais ou regionais. A competência concorrente, dialeticamente, intenta uma síntese mais razoável, atribuindo à União a edição de normas gerais, uniformizando os elementos básicos e estruturais e delegando aos Estados a regulação das diferenças ou das diversidades.

À omissão dos Estados federados junta-se o abuso legislativo da União a preencher os vazios normativos, em alguns casos invadindo impropriamente campos que ela não pode tratar. Dou exemplos: a legislação processual civil, inclusive a mais recente, não se contenta com normas gerais sobre procedimentos, descendo a tais minúcias que não deixa espaço à legislação estadual; a Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994, que organiza a Defensoria Pública da União e dos Estados, chega ao ponto de definir, nos mínimos aspectos, os direitos, prerrogativas, modos de provimento dos defensores públicos estaduais e até da estrutura administrativa que devem os Estados observar.

Os tribunais, notadamente os superiores, quando se deparam com normas federais que tratam das matérias listadas no artigo 24 da Constituição, ainda que expandidas a situações específicas, inclinam-se a concebê-las como gerais, elastecendo o limite que se impôs à União, de modo a tornar indistinto o que não é geral.

As normas gerais encerram uma faculdade à União, mas estão contidas em seus

próprios limites, ou seja, não podem ser exaustivas. As normas gerais estabelecem princípios, regras básicas comuns, diretrizes ou diretivas de harmonização. Não podem especificar situações que, por sua natureza, são campo reservado aos Estados federados. Transpostos esses limites, as normas gerais são inconstitucionais. A Constituição foi clara quanto ao alcance da competência federal concorrente: “a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais”.

Sublinhe-se que a competência legislativa concorrente não está adstrita apenas às hipóteses referidas no artigo 24 da Constituição. Nas matérias dispersas em outros artigos, para as quais a Constituição atribui à União apenas a competência de editar normas gerais, ressalta a competência concorrente dos Estados federados.

A concretização do federalismo concorrential ou cooperativo e o consectário fortalecimento do direito emanado dos Estados federados são condição imprescindível para o equilíbrio de forças entre o global e o local, para contrabalançar o enfraquecimento do direito nacional e as conseqüências negativas da globalização econômica. Reside na força do direito local (Estados e municípios) a sobrevivência do Estado social, a grande aventura da modernidade solidária do século vinte.

5. Crise do Estado social e sua redução ao papel de Estado regulador

Entende-se por Estado social, no plano do direito, todo aquele que é regido por uma Constituição que regule a ordem econômica e social. Nesse sentido, substituiu o Estado liberal, cuja constituição voltava-se à delimitação do poder político ou à organização política e à garantia dos direitos individuais, deixando a ordem econômica à “mão invisível” do mercado. Um ou outro pode ser politicamente democrático ou antidemocrático, o que não interessa a este estudo. Assim, o Estado social caracteriza-se por

estabelecer mecanismos jurídicos de intervenção nas relações privadas econômicas, nas dimensões legislativa, administrativa e judicial, para a tutela dos mais fracos, tendo por objetivo final a realização da justiça social. Pontificou, incontestado, desde as Constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919 até o início da década de oitenta do século vinte, quando passou a sofrer o assalto crescente do neoliberalismo, patrocinado pelas nações centrais, e da globalização econômica, amplificada pela revolução da informática.

A crise do Estado social foi aguçada pela constatação dos limites das receitas públicas para atendimento das demandas sociais, cada vez mais crescentes. Portanto, a crise situa-se na dimensão da ordem social insatisfeita (garantia universal de saúde, educação, segurança, previdência social, assistência aos desamparados, sobretudo) ou do Estado-providência. No que respeita à ordem econômica, todavia, a crise é muito mais ideológica que real, pois se dirige à redução do Estado empreendedor ou empresário e do garantismo legal. Mas, na medida em que o Estado substitui seu papel de empreendedor para o de regulador da atividade econômica, permanece intacta a natureza intervencionista da ordem econômica constitucional ou a “mão visível” do Estado.

A idéia de retorno ao Estado mínimo (e nesse sentido, liberal) é a-histórica. É pouco crível que a humanidade suporte viver sem as garantias legais coletivas que duramente conquistou, nas relações de trabalho (o que envolve a extinção do direito do trabalho), nos direitos do consumidor, no direito da livre concorrência, na função social da propriedade, na preservação do meio ambiente, enfim, sem uma ordem econômica constitucional e social.

O Estado social é vítima, nos países, de seu próprio sucesso, diz Gomes Canotilho¹, para o qual as constituições “socialmente amigas” sofrem as críticas amargas da “crise de governabilidade”, do “flagelo do bem”, do “fim da igualdade”, da “bancarrotas do

Estado”. Tal perplexidade está sendo aguçada, como vimos acentuando, pela globalização econômica, na medida em que aprofunda a tendência pela substituição do Estado de bem-estar para o Estado regulador, enquanto for necessária essa função de garantia das regras do jogo das forças econômicas hegemônicas.

A sobrevivência do Estado social, sempre entendido como passo decisivo no processo de emancipação da humanidade, importa a própria sobrevivência do Estado moderno, para não dizer da modernidade. Não sem razão, muitos estudiosos apontam a crise do Estado social como sinal do surgimento da chamada pós-modernidade, que ostenta características muito próximas da cultura medieval, com impressionantes traços feudais, de um neofeudalismo social.

As várias reformas que vem sofrendo a Constituição de 1988 reduziram fortemente seu alcance, mas não retiraram dela a natureza básica do Estado social a que se destina, comprometido com a justiça social, afirmada como princípio estruturante da ordem política e da ordem econômica (veja-se, especialmente, o *caput* do artigo 170, conformador da atividade econômica exercida no país).

6. Globalização econômica e efeitos nos direitos nacionais

A globalização não tem recebido sentido unívoco dos estudiosos. Se o fenômeno não é recente, como parece a alguns, suas características atuais são próprias e agudas. Não interessa para este estudo as variáveis da globalização, algumas benéficas, nos campos político, cultural, científico, dos direitos humanos, do meio ambiente e da paz mundial, pela qual tanto pugnam os iluministas, levando à relativização das soberanias nacionais e à primazia do direito internacional. Interessa, sim, a chamada globalização econômica, notadamente quanto a seus efeitos negativos e destrutivos sobre os direitos nacionais, máxime dos direitos sociais e da ordem econômica.

A globalização econômica, por certo, não é fato episódico ou fugaz, o que torna mais preocupantes suas conseqüências negativas. Cogita-se de um *‘homo globalizatus’*, significante de viragem cultural positiva ou de superação de paradigmas². Há um otimismo fantástico no ar, enxergando-se superações de desigualdades mundiais, a exemplo da divisão entre primeiro mundo e terceiro mundo, ou a realização de um sistema racional que leve ao bem-estar de todas as regiões do globo, determinado pelos interesses dos habitantes e não dos lucros ou da guerra³. Até agora, o que se vê é o crescimento da concentração de poder empresarial, em escala planetária impressionante, no qual os valores hegemônicos são ditados pelos interesses das grandes empresas, com força econômica e *law making power* superiores ao da maioria dos países. No final do século vinte, a fortuna dos três homens mais ricos da terra superava o Produto Interno Bruto dos quarenta países mais pobres. A repercussão no campo jurídico é aguda, revelando perplexidades e dificuldades ainda não totalmente apreensíveis, pois está em jogo o próprio Estado nacional e o direito que se desenvolveu em seu seio, nos últimos séculos. Todavia, a globalização econômica não está vindo secundada pela globalização política, revelando a inexistência de ordem jurídica internacional suficientemente forte para contê-la em limites razoáveis. A esse respeito, agudamente observou Eric Hobsbawm:

“É nesse contexto que devemos nos perguntar sobre as conseqüências do enfraquecimento do Estado nacional. Será algo bom ou ruim? Ainda não sabemos. Mas é certo que os Estados nacionais não podem ser ignorados, e não podemos examinar o mundo como se não existissem ou não fossem importantes, pois não há nada além deles no campo da política. Atualmente, é simplesmente inexistente a possibilidade de que uma única autoridade global desempenhe um papel político e militar efetivo” (2000, p. 50).

A globalização econômica procura transformar o globo terrestre em um imenso e único mercado, sem contemplação de fronteiras e diferenças nacionais e locais. Tende a uma padronização e uniformização de condutas, procedimentos e relevâncias relativamente aos objetivos de maximização econômica e de lucros, a partir dos interesses das nações centrais e empresas transnacionais que, efetivamente, controlam o poder econômico mundial, sem precedentes na história.

Todo o aparato legal que se constituiu em torno do Estado social, densificando os princípios e regras consuetudinárias, tem sido desafiado pela globalização econômica. O desafio apresenta-se sob dois aspectos principais: o primeiro vem em forma de pressão para remoção ou aviltamento dos direitos sociais e de redução substancial do sistema legal de intervenção e controle da ordem econômica, sob pena de retaliações difusas ou diretas, inclusive de recusa de investimentos ou saída de capitais do país; o segundo, pela desconsideração do direito nacional ou sua utilização, naquilo que convém. Ambos levam ao notável enfraquecimento do direito nacional, que se torna impotente para fazer face a eles.

A remoção do Estado social, ou sua substancial redução, é a conseqüência lógica da globalização econômica, pois esta é naturalmente excludente, na medida em que o garantismo legal dos interesses dos mais fracos dificulta sua expansão. Niklas Luhmann, um crítico tenaz do projeto do Estado social (para ele irrealizável), reconhece que “a realização do princípio da inclusão no âmbito funcional da política tem como conseqüência o trânsito ao Estado de Bem-Estar Social”, pois este, em suma, é “a realização da inclusão política” (1997, p. 49).

A inexistência de uma ordem jurídica internacional, mercê de ausência da globalização política, tem estimulado as empresas transnacionais a assumirem esse papel, em seu interesse, como ocorreu com a tentativa, felizmente fracassada, de um Acordo

Multilateral sobre Investimentos, mediante o qual seriam dotadas de direito unilateral de processarem diretamente Estados que adotassem políticas prejudiciais a seus lucros. Se a idéia tivesse prosperado, as empresas transnacionais seriam equiparadas aos próprios Estados.

O meio mais eficiente de desconsideração do direito nacional é o da utilização massificada de condições gerais dos contratos. Sob a aparência de contrato, esconde-se um impressionante poder normativo, dificilmente revelável, que ostenta características assemelhadas à da lei. A lei, no Estado moderno, ostenta características que a distanciam de qualquer ato de particulares ou de grupos. São elas: a generalidade, a abstração, a uniformidade e inalterabilidade. Pois bem, as condições gerais dos contratos apresentam as mesmas características. São gerais, porque se aplicam a todos os destinatários, sem individualização. São abstratas, porque são predispostas para regerem situações futuras, e não à situação concreta e determinada. São uniformes, porque padronizadas para utilização com todos os que necessitarem dos produtos ou serviços fornecidos. São inalteráveis, porque insuscetíveis de negociação individual com cada interessado. Quem edita a lei é um ente neutro, a saber, o Estado, poder político legitimado pela coletividade. Quem edita ou predispõe as condições gerais é a parte interessada. As condições gerais são o mais eficiente instrumento do poder normativo das corporações econômicas, que dispensam ou tangenciam os direitos nacionais, pois lidam com as necessidades reais ou induzidas de produtos e serviços, que desejam ser satisfeitas. A globalização econômica potencializou esse poder normativo, que ultrapassa fronteiras, pois as empresas transnacionais utilizam as mesmas condições gerais, emanadas de suas sedes, em todos os países onde fornecem produtos e serviços, apenas as vertendo ao idioma local, quando o fazem. De modo geral, tangenciam ou desconsideram os sistemas de garantias dos

direitos locais ou pressionam fortemente para mudá-los.

7. Desconstitucionalização, desregulamentação e refluxo do princípio fundamental da justiça social

A repercussão mais viva da globalização econômica, no direito, deu-se nas últimas décadas pelos fenômenos da desconstitucionalização e da desregulamentação, notadamente nos países de economia periférica, como o Brasil. Argumenta-se, a partir das demandas insatisfeitas pelo Estado social, que há direito demais e economia de menos.

A desconstitucionalização afeta fundamentalmente a ordem econômica e social, o núcleo do Estado social, reduzindo ou extinguindo partes do sistema tutelar dos mais fracos e, por consequência, do poder de intervenção estatal. Nessa linha, a Constituição deveria retornar à função que exerceu no Estado liberal, refluindo para a organização política e garantia das liberdades individuais, retirando-se da direção da ordem econômica e social ou estabelecendo apenas princípios genéricos que não afetem o mercado.

A desregulamentação surge com o discurso sedutor da desburocratização. Tem por fito, no entanto, tornar o mercado mais livre dos controles coletivos ou sociais. Por consequência, a administração pública tem reduzido, substancialmente, seu poder de intervenção nas atividades econômicas.

A consequência de tal processo é “o deslocamento da produção jurídica em direção aos poderes privados econômicos”, como diz Arnaud (1999, p. 157), passando a competirem com o Estado os códigos de conduta privados, o desenvolvimento do direito negociado e a jurisdicização crescente da normalização técnica⁴.

Essa genérica deslegalização da vida econômica tem trazido a expansão das exclusões sociais e regionais. Não é por acaso que um dos maiores teóricos do neoliberalismo

lismo, Frederick Hayeck, entende que a justiça social é o principal obstáculo a ser removido⁵. No artigo 170 da Constituição brasileira, a justiça social é macroprincípio que se concretiza em vários outros, para conformação e condicionamento da atividade econômica. Diferentemente da justiça comutativa, própria dos contratos paritários, ou da justiça distributiva, que trata igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, a justiça social é uma justiça promotora, pois submete as atividades da vida privada à promoção das superações ou reduções das desigualdades sociais e regionais (artigos 3º, III, e 170, VII, da Constituição).

A incompatibilidade da ideologia neoliberal, que lastreia o avanço da globalização econômica, com a Constituição brasileira é total, pois esta tem seus fundamentos no Estado democrático e social de direito, naturalmente intervencionista e determinada por direitos fundamentais⁶. As diversas emendas que sofreu a Constituição têm reduzido o alcance de seus fundamentos, na razão inversa do favorecimento dos interesses do poder econômico. Mas, essencialmente, o Estado social permanece fincado na Constituição e, apesar dos esforços em reduzi-la, a ideologia do interesse social consegue abrigar espaços de contraposição, como se deu com a mudança do artigo 6º, ampliando-se o rol de direitos sociais, para incluir a moradia.

8. Interesse público estatal e interesse público social

Muito importante tem sido a distinção entre interesse público estatal e interesse público social, que tem tido curso independente do fenômeno da globalização. É muito mais consequência do amadurecimento do Estado social que passou a ter convivência menos traumática com a sociedade civil organizada. Durante o período do Estado liberal, havia nítida separação entre o que era público, sempre no sentido de estatal, e o que era privado. Todavia, o interesse pú-

blico não está contido apenas no poder político organizado; pode estar na sociedade, de modo transubjetivo, para além dos interesses particulares, não se confundindo com a soma desses. E pode até mesmo conflitar com o interesse público estatal. Veja-se o exemplo do meio ambiente, pois interessa a todos, a toda sociedade, que seja preservado, mesmo que a administração pública tenha entendido que deva ser sacrificado ou limitado em benefício do progresso econômico. Às vezes, e infelizmente com frequência, o poder público está em total sintonia com o poder econômico, especialmente nessa era de sujeição dos Estados à globalização econômica, o que faz emergir o contraponto do interesse (público) social, especialmente por esse achado da cidadania ativa que são as ações coletivas (no Brasil, especialmente as ações civis públicas e as ações populares). Quando um cidadão, na ação popular, ou o membro do Ministério Público, na ação civil pública, postula a defesa do meio ambiente contra decisões e escolhas legítimas da Administração Pública, dentro do campo indiscutível do interesse público, o conflito se dá com o interesse público social.

Durante a hegemonia do Estado liberal, a desapropriação de bens particulares apenas seria possível se ficasse constatado interesse público, mediante a transferência forçada do domínio privado para o domínio público (estatal), e desde que houvesse o pagamento de justa e prévia indenização em dinheiro. O Estado social, no entanto, patrocinou o surgimento da desapropriação por interesse social, que não se confunde com o interesse público clássico, pois há transferência forçada de domínio particular para domínio particular, sem prévia e justa indenização em dinheiro, como se dá, por exemplo, com os artigos 182, § 4º, III, e 184 da Constituição de 1988, nas hipóteses de glebas urbanas coletivamente apossadas ou de reforma agrária. Nesse tipo de desapropriação, o Estado realiza o interesse social, como agente ativo de promoção da justiça social.

Essa distinção, portanto, contrapõe-se ao fundamento nuclear da globalização econômica e, *a fortiori*, da ideologia do neoliberalismo, que propugnam pela resolução dos conflitos no ambiente do mercado, sem qualquer interferência do Estado e sem consideração de justiça social.

9. O pluralismo jurídico na perspectiva da globalização econômica e o desafio ao direito do Estado moderno

O Estado moderno trouxe a si a exclusividade ou o monopólio da produção do direito, como pedra de toque da superação dos localismos jurídicos da cultura medieval, do direito estamental, dos privilégios. Esse é um dos mais importantes traços da modernidade, no campo jurídico.

O pluralismo jurídico, entretanto, sempre esteve permeando as reflexões dos juristas, alimentado, especialmente, pelos estudiosos da sociologia do direito. Para muitos, com especial insistência nas últimas décadas, a produção do direito não é exclusividade do Estado, pois a regulação de condutas pode derivar de várias fontes sociais concorrentes, que produzem direito reconhecível pelos destinatários ou utentes, de modo muito mais eficaz (no sentido de eficácia social) que o direito oficial. Assim os direitos praticados por comunidades diversas, por movimentos sociais, por minorias, por entidades associativas, por empresas, pela tradição de grupos sociais, enfim, por novos sujeitos coletivos⁷. Esses direitos seriam *secundum legem* (supletivos do direito estatal) ou mesmo *contra legem*. Essas correntes partem sempre da ótica dos excluídos dos benefícios da ordem jurídica. Porém, o Estado social sempre teve uma certa dose de adaptabilidade para recepcionar essas expressões extra-oficiais de normatividade, incorporando-as à sua própria ordem jurídica, como meio prático de inclusão e superação dos conflitos sociais, ainda que simbólico, em grande medida. Desse modo, as correntes do pluralismo jurídico não ques-

tionam o prevalecimento do direito estatal, mas sua exclusividade.

De outra natureza são os fenômenos impulsionados pela globalização econômica, constituintes de um pluralismo jurídico antiestatal ou supra-estatal.

Estudiosos da filosofia, da sociologia e da ciência política têm vislumbrado sinais de pós-modernidade, que não significa juízo de valor positivo⁸. A modernidade trouxe injustiças, por seu impiedoso individualismo e exasperação dos valores patrimoniais, que reduzem o número dos titulares reais dos direitos subjetivos, mas trouxe avanços que marcaram indelevelmente a emancipação humana. Na perspectiva do direito, sua mais importante realização diz com a igualdade de todos *perante* a lei, libertando os homens dos vínculos a corpos intermediários, ordens, corporações e estamentos. Os direitos subjetivos, a todos formalmente conferidos, vieram substituir os direitos privilegiados, que decorriam de concessões em razão do lugar ou da posição ocupada na rígida hierarquia da ordem social. No último estágio conhecido do Estado moderno, o Estado social procurou oferecer oportunidade de realização da igualdade de todos *na* lei, mediante a concretização da justiça social. A repersonalização das relações jurídicas atinge grau mais elevado da emancipação do homem, pois busca superar o exclusivo sujeito patrimonializante, no Estado liberal, e realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, em suas dimensões ontológicas. Desse modo, a modernidade expandiu seu ciclo.

Atualmente, assiste-se a um retorno preocupante a certos traços da cultura pré-moderna, o que pode prenunciar um neofeudalismo⁹ das relações jurídicas, ao lado da revalorização do *homo aeconomicus*. Substituem-se os vínculos diretos entre cidadão e Estado pela superposição de corpos intermediários. Passam a ser mais importantes os vínculos obrigacionais contraídos com grandes empresas, pelo temor do desemprego e de insuficiência da previdência social,

ou com fornecedores de serviços e produtos, que produzem suas próprias ordens normativas.

Alguns fatores têm contribuído para essa situação de perplexidade, de quase dispensa do direito estatal, podendo ser assinalados:

a) superposição de vínculos jurídicos, especialmente com macroempresas transnacionais, com organizações não-governamentais de caráter nacional ou transnacional, com instituições políticas, culturais, filantrópicas, esportivas, com credos e instituições religiosas;

b) dispersão da consciência de *res publica*, de obrigação cívica com o bem público, no Brasil agravada com uma tradição privatista do público, quase sempre entendido como extensão do espaço doméstico e familiar;

c) contratualização do direito, o que leva a que os poderes normativos das empresas tenham a aparência contratual, principalmente mediante condições gerais dos contratos, fundando-se na legitimidade aparente da autonomia dos sujeitos, os quais são a elas, de fato, submetidos;

d) redução substancial dos direitos garantidos em lei (garantismo legal), de modo a que os mais fracos dependam de garantias convencionais, obtidas em negociação com os mais fortes, inclusive mediante organizações profissionais;

e) contratualização das políticas públicas, abdicando o Estado do seu poder de império, para assumir posição de contratante paritário, como se dá com os contratos de gestão;

f) cerco à ordem econômica fundada na justiça social;

g) redirecionamento do papel do juiz, suprimindo-lhe o poder de intervenção na atividade econômica, como o da revisão dos contratos iníquos, para garantia da lógica dura do mercado;

h) predomínio de uma *lex mercatoria* ditada pelos poderes hegemônicos globais, que se distancia dos tradicionais costumes mercantis consolidados.

Talvez o fator mais decisivo para o desenvolvimento de relações jurídicas que tangenciam os direitos nacionais seja a rede de informação mundial, a Internet, que propicia a realização de inúmeros atos jurídicos, sem contato pessoal, a distância, para os quais os Estados e suas ordens jurídicas diferenciadas constituem estorvo. As pessoas adquirem ou utilizam produtos e serviços oriundos de outros países, com legislações civil, contratual, tributária e de direito internacional privado divergentes, que são desconsiderados quando participam dessas transações. Para os Estados federados brasileiros, que tributam a circulação de mercadorias e prestação de serviços de transportes e de comunicação, é desafiador o tratamento tributário nesses casos, até porque a Internet foi concebida para fluir sem controles públicos ou privados.

O papel do Estado vem sendo crescentemente desafiado pela importante atuação de organizações não-governamentais (ONGs), que nunca foram tão fortes quanto na atualidade. Em alguns casos, substituem o Estado, quando passam a desenvolver as políticas públicas que ele abandonou ou reduziu ou quando reagem às direções tomadas em sentido contrário ao que elas postulam. No Brasil, a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, que disciplina as chamadas organizações sociais, transforma as ONGs em parceiras das tarefas estatais, transferindo-lhes recursos financeiros públicos ou competências de execução, mediante contratos de gestão e parceria. Os serviços públicos que podem ser alcançados pelas organizações sociais são amplos: ensino, pesquisa, desenvolvimento tecnológico, meio ambiente, cultura e saúde.

10. Em conclusão: qual o espaço a ser ocupado pelo Estado federado?

A experiência histórica do federalismo em muitos países, como o Brasil, depara-se com a lógica antiestatal da globalização econômica, ao início do século vinte e um, quan-

do os centros reais de poder se deslocam para as empresas transnacionais. O federalismo tem sido concebido como vitorioso mecanismo de democratização do poder político, na medida em que desconcentra as decisões públicas e permite maior grau de participação popular na organização política. Os dois fenômenos, o federalismo e a globalização econômica, parecem incompatíveis. Todavia, uma análise mais detida demonstra que global e local não se repelem, podendo daí nascer um sistema eficaz de reação aos efeitos negativos da globalização econômica, que não contempla as diferenças e aprofunda exclusões regionais e sociais. A reação do local ao global faz despontar a importância dos Estados federados, para preservação do itinerário emancipador dos direitos sociais e econômicos. Assim, ao menos em princípio, os Estados federados estão melhor preparados para defesa dos interesses locais do que os países organizados sem federação, pois a redução dos direitos nacionais neles é maior.

O mais bem sucedido processo de integração supranacional, a União Européia, encaminha-se no sentido de uma organização federativa, o que parece ser inevitável. A União Européia constrói um federalismo em novas bases, distanciando-se dos três modelos tradicionais acima referidos, pois, ao contrário da centralização tendencial deles, não se pretende abdicar da soberania nacional e, por conseqüência, da soberana edição de direito próprio, sem embargo da harmonização legislativa, a partir de normas gerais, nomeadamente das diretivas. As diretivas não constituem normas jurídicas auto-aplicáveis, pois dependem de integração aos direitos internos de cada país, salvo a hipótese de flagrante colisão das duas ordens, quando devem prevalecer, segundo entendimento que se consolida no Tribunal de Justiça europeu.

O alcance e os limites das normas gerais sobrelevam no federalismo brasileiro, pois a competência legislativa concorrente (artigo 24 da Constituição) e a competência co-

mun de execução de políticas públicas (artigo 23 da Constituição) podem-se converter em poderosos instrumentos de fortalecimento dos Estados federados, máxime no que diz respeito à realização dos direitos sociais e econômicos. Desse modo, o enfraquecimento dos direitos nacionais, provocado pela globalização, pode ser compensado, com vantagens, pela atuação renovada dos Estados federados, preservando-se os objetivos realizáveis do Estado social.

Será mister, todavia, que se repense o federalismo praticado no Brasil ou o que, no jargão político, costuma-se denominar de “pacto federativo”, com mais nítida repartição de competências, encargos e receitas públicas. Os Estados federados têm de se preparar para esse desafio, e sem qualquer preocupação de ordem ou exaustão:

- a) reforçando o que é público;
- b) garantindo as políticas públicas de inclusão, especialmente a educação;
- c) intervindo mais fortemente, inclusive mediante a competência concorrente, na realização dessas políticas públicas;
- d) reforçando a administração pública direta, com mecanismos que facilitem a prestação de serviços;
- e) pugnando pela simplificação processual, desjudicializando o que for possível;
- f) eliminando a autofagia da guerra fiscal que a todos avilta, mas lamentavelmente prossegue, apesar da Constituição e da Lei de Responsabilidade Fiscal. Os Estados estão concedendo tantos benefícios fiscais que correm o risco de não terem receita pública suficiente para manutenção de suas atividades.

O fortalecimento do federalismo atua “por baixo” da globalização, como um dos meios de fortalecimento do local, mas há de se avançar no controle “por alto”, o que somente é possível com a existência de organismos políticos internacionais, que realizem a tão esperada democracia mundial¹⁰, e, *a fortiori*, de um direito mundial básico que estabeleça as regras do jogo da economia mundial, no interesse de todos e não

apenas dos que detêm o poder real, manejado pelos poderosos bancos centrais dos países hegemônicos e pelos conselhos de administração das empresas transnacionais. Os organismos internacionais financeiros e econômicos existentes (a exemplo da Organização Mundial do Comércio, do FMI e do Banco Mundial) funcionam dentro da lógica da expansão da globalização econômica e não para regulá-la. Somente uma ordem jurídica internacional efetiva e que contemple as diferenças poderá assegurar as autonomias nacionais e locais e a autonomia dos sujeitos, para que a dignidade da pessoa humana seja o foco principal do direito e não os fatos e interesses econômicos contingentes.

Notas

¹ Teoria jurídico-constitucional dos direitos fundamentais. *Consullex*. Brasília n. 45, p. 39, set. 2000. Em seus últimos escritos, Canotilho vem demonstrando grande desencanto com a força normativa dos princípios e regras constitucionais, especialmente os que se voltam aos direitos sociais e econômicos, pois não teriam condições de intervirem em processos de otimização econômica de natureza global.

² Uma visão mais crítica, sem embargo de ser otimista quanto ao futuro, é a -de André-Jean Arnaud (1999), que afirma três teses: 1) o direito está também implicado diretamente pelo processo de globalização; 2) a globalização adquiriu um valor de paradigma; 3) os juristas podem encontrar no paradigma da globalização uma nova maneira de colocar problemas considerados sem solução e até mesmo de superar a crise permanente na qual o direito se encontra mergulhado.

³ Leia-se, nessa direção, ARRIGHI, Giovanni. Global inequalities and local diversity. *Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados*. Brasília, 2000. P. 1401. V. 2.

⁴ Para Tarso Genro, tudo indica que haverá uma redução do “garantismo jurídico” para flexibilizar a estabilidade do negócio jurídico; uma ampliação desmesurada do campo de aplicação da “teoria da imprevisão” (que hoje opõe, por exemplo, parte da indústria e da agricultura ao sistema bancário); a ampliação do reconhecimento da “força normativa do fático” de maneira inversa (dessa feita, para elidir cláusulas protetivas no âmbito do direito laboral); a redução do direito à privacidade como

direito individual efetivamente assegurado, bem como o aumento das situações contratuais atípicas, para a prestação do trabalho subordinado, sem maiores garantias. Cf. A crise do direito na globalização, ou depois de Kant, Kosovo. *Dos Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados*. Brasília, 2000, p. 1414. V.2.

⁵ Cf. *Liberalismo*: palestras e trabalhos. Trad. Karin Strauss. São Paulo: Centro de Estudos Políticos e Sociais, 1994. p. 51. Em visão claramente maniqueísta, diz que “ao contrário do socialismo, deve ser dito que o liberalismo se dedica à justiça comutativa, porém não àquilo que se denomina justiça distributiva ou, mais recentemente, justiça ‘social’”. Para ele, em uma ordem econômica baseada no mercado, o conceito de justiça social não tem sentido, nem conteúdo. No jogo econômico, somente a conduta dos jogadores pode ser justa, não o resultado.

⁶ No período republicano brasileiro, o Estado liberal foi retratado na Constituição de 1891. A partir da Constituição de 1934, instituiu-se o Estado social, malgrado a pouca realização de suas promessas. Para demonstrar a impossibilidade do discurso neoliberal e do discurso constitucional, cf. BONAVIDES, Paulo. A globalização e a soberania: aspectos constitucionais. *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*. n. 92, p. 27. abr./jun. 2000. Para quem a “Constituição brasileira de 1988 é uma Constituição dos direitos fundamentais quanto a de 1891 fora uma Constituição da separação dos poderes”.

⁷ Por todos, veja-se WOLKMER Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico*. São Paulo: Alfa Omega, 1994. *passim*, para quem o monismo jurídico integra o projeto da modernidade burguesa-capitalista. Ao que ele denomina “pluralismo conservador” decorrente do avanço do neoliberalismo, contrapõe o “pluralismo progressista” de teor democrático-participativo (p. 321), o que bem demonstra o estado de perplexidade em que se encontra a teoria jurídica.

⁸ Habermas reage, com fina ironia, contra os que já vêm “pós” quando estamos em pleno “ainda”. Cf. *The New Conservatism*. Cambridge: MIT, 1990. p. 3-5.

⁹ Advirta-se que esse “neofeudalismo” não significa o desaparecimento total da modernidade nem um simples retorno à organização política e econômica medieval, pois ostenta complexidade diferenciada, mais sofisticada, sem embargo da preocupante característica antidemocrática que ele revela. Para José Eduardo Faria (1999, p. 325), ele se assenta “nos interesses e na vontade dos atores políticos e econômicos – as ‘organizações complexas’ – com maior poder de articulação, mobilização, confronto, veto, barganha, decisão de investimento e capacidade de geração tanto de emprego quanto de receitas” e não está mais baseado “no

nascimento, na etnia, na nobreza, na religião, no credo político ou na ocupação dos sujeitos”.

¹⁰ Para Sérgio Paulo Rouanet (A democracia mundial. *Jornal do Brasil*. Idéias, p.4), “só uma democracia mundial teria condições de resistir às pressões que vêm do mercado e às que vêm de Estados nacionais hegemônicos, habilitando o homem a realizar o sonho mais alto do Iluminismo, a capacidade de pensar e agir livremente, sem submissão vontade alheia: o sonho da autonomia”.

Bibliografia

ARNAUD, André Jean. *O direito entre modernidade e globalização*. Tradução de Patrice Charles Wuillaume. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

FARIA, José Eduardo Faria. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

HAMILTON; MADISON; Jay. *El federalista*. Tradução de Gustavo R. Velasco. México: Fondo de Cultura Económica, 1943.

HOBBSBAWM, Eric. *O novo século: entrevista a Antonio Polito*. Tradução de Cláudio Marcondes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

KAHN, Rahmatullah. *Harmonization of law in the indian federation*. Bruxelles: Bruylant, 1971.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Competência legislativa concorrente dos estados-membros na constituição de 1988. *Revista de informação legislativa*. Brasília: Senado Federal, n. 101, p.87-104, jan./mar. 1989.

LUHMANN, Niklas. *Teoria política en el estado de Bienestar*. Tradução de Fernando Vallespín, Madrid: Alianza, 1997.

VARELA, Alfredo. *Direito constitucional brasileiro: reforma das instituições nacionais*. Rio de Janeiro: Garnier, 1902.

Vinculação e discricionariedade nos atos administrativos

Vladimir da Rocha França

Sumário

1. Dever-poder discricionário no regime jurídico-administrativo. 2. Elementos dos atos administrativos. 3. Mérito do ato administrativo. 4. O problema dos “conceitos jurídicos indeterminados”. 5. Considerações finais.

1. Dever-poder discricionário no regime jurídico-administrativo

A lei estabelece as competências que permitirão aos agentes públicos desempenhar as funções e observar os fins que a mesma contém. Dentro dessas competências, caberá aos agentes públicos atuar no sentido de satisfazer os interesses da coletividade de forma concreta e efetiva.

Quando as circunstâncias e a matéria tratada permitem, a lei procura prever com maior precisão possível as necessidades e problemas com os quais se deparará o agente público. Tenta ainda impor o comportamento que este deve manter, assim como as soluções que devem ser escolhidas.

Todavia, decorre dos preceitos que norteiam o Estado de Direito o princípio de que as normas integrantes do sistema jurídico devem pugnar por conceitos gerais e abstratos, haja vista a repulsa à exceção, ao favoritismo, às perseguições e à tutela de interesses individuais em detrimento aos interesses da coletividade.

O legislador é incapaz de apresentar normas que em seu seio estejam presentes todos os elementos de fato dos problemas

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.

enfrentados pela administração pública. E causa temeridade à sociedade que se estabeleça normas por demais específicas, enfim, riscos aos direitos e garantias individuais e da própria coletividade.

Portanto, se a lei pode definir comandos específicos, sem que isso ameace os princípios básicos do Estado de Direito, assim o fará. Caso a instituição dessas diretivas se mostre possivelmente danosa ao interesse público ou insuficiente para a sua satisfação, caberá à lei criar o necessário espaço à administração pública para poder atuar com eficiência (Cf. MEIRELLES, 1995, p. 103-104).

No âmbito do regime jurídico-administrativo, o dever-poder discricionário consiste na prerrogativa concedida pelo ordenamento jurídico à administração pública, de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos, com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo (Cf. MEIRELLES, 1995, p. 102).

Existindo espaço para o administrador em optar por um comportamento adequado à resolução do problema posto, ou melhor, para fazer uma apreciação subjetiva do caso concreto, sustentado por critérios de conveniência e oportunidade, há discricionariedade.

O espaço para o emprego do juízo de oportunidade pela administração pública somente é admitido se houver uma norma jurídica que lhe confira tal poder. Em face das imposições do princípio da legalidade administrativa, o dever-poder discricionário deve estar previsto em lei ou pela própria Constituição em vigor. Todos os instrumentos de ação administrativa tributam sua existência ao ordenamento jurídico. Se este não o estabelecer, não há dever-poder discricionário.

As omissões legislativas nem sempre implicam dever-poder discricionário. Se disserem respeito a algum elemento do processo de formação do ato administrativo material, há espaço para a utilização do juízo de oportunidade na ação administrativa. A Administração não cria instrumentos por meio do dever-poder discricionário, mas sim

do dever-poder regulamentar, meio adequado para a integração e concretização do regime jurídico-administrativo.

Nesse caso, não estaremos diante de discricionariedade administrativa, mas sim de discricionariedade legislativa no âmbito da Administração. O espaço de discricionariedade no bojo do dever-poder regulamentar variará consoante o estabelecido na lei, ato legislativo material que lhe é indiscutivelmente superior (a Constituição rejeitou os regulamentos autônomos). Mas não deixa de ser uma discricionariedade diversa da administrativa, mais ampla, mais profunda, haja vista lidar não com a constituição de preceitos individuais e concretos, mas sim com a de preceitos genéricos e abstratos.

A lei institui a discricionariedade quando verifica que a administração pública, mais próxima dos problemas por ela enfrentados, evidentemente, mostra-se melhor preparada para tomar as decisões e escolhas mais adequadas ao uso concreto.

Também sua existência fica, necessariamente, na dependência, ao nosso ver, das circunstâncias do caso concreto, em que o interesse público se torna mais visível. Como instrumento da ação administrativa, o dever-poder discricionário está subordinado ao interesse público, sua razão ideológica de ser. A opção da administração deve ser a melhor, a que melhor supra o interesse público na situação jurídica subjetiva. É uma obrigação oriunda do princípio constitucional da eficiência.

Se há dúvida quanto à melhor solução, há espaço para o emprego do juízo de oportunidade pelo administrador. Caso contrário, a eficiência administrativa, conjugada com os demais princípios constitucionais, desconstitui *in concreto* o que a norma abstratamente admitiu.

Se o caso concreto, assim permitindo as circunstâncias e o próprio ordenamento jurídico, admitir mais de uma decisão, confirma-se o espaço que a lei abstratamente admitiu.

Para identificarmos a zona da discricionariedade no ato administrativo, é preciso

antes definir seus elementos. O modo como a lei os define determinará a possibilidade do emprego ou não do juízo de oportunidade na concretização do regime jurídico-administrativo pela norma individual e específica, que tradicionalmente vem-se denominando ato administrativo.

2. Elementos dos atos administrativos

Ato administrativo material consiste em uma norma jurídica, individual e concreta, expedida pela administração pública (ou por quem detiver competência administrativa), que se destina à formação e determinação das situações jurídicas subjetivas que serão regradas pelo regime jurídico-administrativo. Destina-se a constituir, modificar, extinguir ou reconhecer uma relação jurídica de direito administrativo, a ser regida por esse sistema de princípios e regras de direito.

O desenvolvimento da atividade administrativa é uma sucessão de atos e fatos jurídico-administrativos, em que se busca a concretização do interesse público tutelado pela norma de direito administrativo positivo.

Fato jurídico-administrativo compreende toda e qualquer ocorrência, social ou física, reconhecida pelo regime jurídico-administrativo como geradora de efeitos jurídicos. O ato administrativo também é um fato jurídico, que difere dos demais por representar uma norma jurídica, que passa a integrar o regime jurídico-administrativo a partir de sua existência material.

Embora não haja unanimidade na doutrina, no que concerne a questões terminológicas, os atos administrativos são formados por cinco elementos: competência, motivo, objeto, forma e finalidade.

A competência consiste na atribuição legal de deveres-poderes para o desempenho da função estatal, o impulso gerador do ato (Cf. MEIRELLES, 1995, p. 134 e FAGUNDES, 1984, p. 23). A regra de competência define o órgão ou agente público habilitado para produzir o ato administrativo (Cf.

MELLO, 1994, p. 178-179. Cf. TÁCITO, 1997, p. 299. Cf. também CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 35).

O motivo compreende os pressupostos fáticos e jurídicos que autorizam a edição e concretização do ato (Cf. MEIRELLES, 1995, p. 136. Cf. FAGUNDES, 1984, p. 23. Cf. MELLO, 1994, p. 179. Cf. CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 36). Subdivide-se em motivo material e motivo legal.

O motivo material é a situação jurídica subjetiva que ensejou a expedição do ato administrativo. Já o motivo legal advém da previsão legal abstrata do fato jurídico-administrativo (Cf. MELLO, 1994, p. 179-180).

O motivo não se confunde com a motivação, pois esta compreende a exteriorização daquele. Na motivação, expõe-se a regra de direito que habilita a ação administrativa concreta (motivo legal), a situação jurídica subjetiva que serviu de base para a decisão (motivo material), bem como a enunciação da relação de pertinência lógica entre o motivo material e o motivo legal (Cf. MELLO, 1994, p. 181-182).

O objeto corresponde ao conteúdo do ato administrativo, isto é, “a criação, modificação, ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público” (MEIRELLES, 1995, p. 137. Cf. FAGUNDES, 1984, p. 23) ou, como prefere José Cretella Júnior, “efeito prático na ordem administrativa que o sujeito pretende alcançar mediante ação direta ou indireta”(1997, p. 35).

A forma representa o revestimento exterior do ato administrativo (Cf. MEIRELLES, 1995, p. 135. Cf. FAGUNDES, 1995, p. 24. Cf. também CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 36), por meio do qual o ato administrativo ingressa no ordenamento jurídico.

A finalidade representa o interesse público específico a ser atingido ou tutelado com a edição e concretização do ato administrativo, “o resultado prático que se procura alcançar pela modificação trazida à ordem jurídica”(FAGUNDES, 1995, p. 23) ou, nas precisas palavras de Caio Tácito:

“(...) é o sentido teleológico do ato, é o objetivo jurídico material a que se dirige, em última análise, a ação administrativa”(Ato e fato administrativo, 1997, p. 301).

Como bem leciona José Cretella Júnior:

“No ato, parte-se do *motivo*, passa-se pelo *objeto*, para atingir-se determinado *fim*”(1997, p. 38).

Os elementos do ato administrativo serão construídos, no caso da discricionariedade administrativa, pela convivência do juízo de juridicidade com o juízo de oportunidade do administrador.

3. Mérito do ato administrativo

A ordem jurídica constitui a fonte dos poderes administrativos. Tanto pode esgotar todas as condições de seu exercício como remeter a apreciação subjetiva da Administração. A distinção das formas de atribuição legal dos poderes administrativos corresponde aos conceitos de vinculação e discricionariedade. A distinção entre atos vinculados e atos discricionários representa um ponto significativo na questão do poder discricionário.

Nos atos vinculados, a lei constrói o ato administrativo com todas as especificações necessárias a sua aplicação, devendo o administrador ater-se ao seu enunciado e aos requisitos e elementos indispensáveis à plena eficácia jurídica da medida prevista, sob pena de invalidade, pois:

“A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também de direito e de fato, desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo”(MEIRELLES, 1995, p. 102).

Todo ato administrativo tem um mínimo de vinculação. A lei não abdica de indicar a competência, a forma nem a finalidade dos atos administrativos materiais. Mas também

é difícil um ato inteiramente vinculado (Cf. GARCÍA; FERNÁNDEZ, 1998, p. 446-447. Cf. também MEIRELLES, 1995, p. 102).

Só há uma escolha para o agente público, quando investido no poder vinculado: a que a lei objetivamente determinar, e tipificada de modo a não causar qualquer dúvida ou controvérsia na concretização da lei. Predominam as especificações da norma jurídica sobre os elementos deixados livres aos agentes públicos.

O administrador tem o poder discricionário na medida do disposto em lei, restrito naqueles elementos deixados livres pela mesma. A administração pública está incondicionalmente a ela subordinada, devendo observar no exercício do poder discricionário o mínimo de juridicidade, e o interesse público (Cf. CAVALCANTI, 1991, p. 436-437). As prerrogativas discricionárias estão sujeitas à mensuração imposta pela lei. A remissão legal ao juízo subjetivo do administrador não pode ser mais do que parcial, e não total:

“*En efecto, si resulta que el poder es discrecional en cuanto que es atribuido como tal por la Ley a la Administración, resulta que esa Ley ha tenido que configurar necesariamente varios elementos dicha potestad y que la discrecionalidad, entendida como libertad de apreciación por la Administración, sólo puede referirse a algunos elementos, nunca a todos, de tal potestad*”(ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 1998, p. 446).

A discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Nesta o poder público exorbita a esfera de sua competência e utiliza-se de instrumentos proibidos ou inadequados no cumprimento da finalidade legal, ou mesmo ignora-a seguindo finalidades estranhas ao interesse público. O exercício do poder discricionário pressupõe a severa obediência aos parâmetros legais e a correta subsunção do caso concreto às categorias impostas pela lei. Seria uma incoerência se o Estado de Direito edificasse um poder, um instrumento, sem limites e danoso ao ordenamento jurídico, para a administração pública.

E bem lembra José Cretella Júnior:

“Denomina-se *discrção* a faculdade outorgada ao agente público de decidir ou deixar de decidir dentro do âmbito demarcado pela norma jurídica, entendendo-se por *arbtrio* a faculdade de operar sem qualquer limite, em todos os sentidos, com inobservância de qualquer norma de direito” (1997, p. 52).

A competência é sempre um elemento vinculado nos atos administrativos, objetivamente fixado pelo legislador. Não seria concebível, no Estado de Direito, a atribuição de prerrogativas e objetivos à administração pública sem a precedência da lei (Cf. TÁCITO, Caio. *Abuso de poder administrativo no Brasil*. 1997, p. 51).

A forma não enseja apreciação discricionária, pois, ao contrário do direito privado, em que esse elemento é deixado à autonomia da vontade do particular (quando a lei não prescreve nenhum), no direito administrativo, a forma usualmente é determinada pela lei. Não cabe à administração pública criar forma por meio da discricionariedade administrativa, mas pode fazê-lo pelo exercício da atividade legislativa que lhe foi conferida com o reconhecimento legal do poder regulamentar.

Celso Antônio Bandeira de Mello (1994, p. 189-190) e Weida Zancaner (1993, p. 34) colocam a forma, junto ao conteúdo (ou objeto), como elemento do ato administrativo, ambos condicionando a sua existência. Esses juristas separam-na da formalização, que seria o pressuposto formalístico do ato administrativo, que indicaria o modo específico que a lei impõe para a exteriorização do mesmo. Este seria um dos elementos que determinaria a validade.

A distância entre a forma do ato e a forma legal pode ou não levar à invalidade, dependendo de sua relevância para a garantia do administrado. Se não houver prejuízo à esfera de direitos do cidadão, o ato administrativo viciado em sua forma pode ser convalidado. *Mas isso não significa dizer*

que haja espaço discricionário na exteriorização do ato administrativo, pois a convalidação é um meio juridicamente aceito para a restauração da juridicidade do ato administrativo. Não há discricionariedade administrativa na quebra consciente de um requisito de validade.

Quanto à finalidade, a matéria é controvertida.

Parcela da doutrina aceita a influência de juízo de oportunidade na apreciação da finalidade. Poderia haver o emprego desse critério na qualificação do interesse público, embora este sempre constitua elemento vinculado (Cf. MELLO, 1994, p. 207).

Caberia o juízo de oportunidade no fim imediato e específico do ato administrativo, desde que corroborasse o fim genérico expresso na lei (Cf. SILVA, [19 - -], p. 57).

Comentando o voto do jurista Miguel Seabra Fagundes, em acórdão proferido na ap. Cível nº 1.422 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, Victor Nunes Leal (1960, p. 279) expõe a posição do administrativista potiguar:

“Entretanto, segundo esclarece o des. Seabra Fagundes, apoiado nos melhores autores, ‘no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro’. Quanto à finalidade dos atos administrativos (discricionários ou vinculados), está ela sempre expressa ou implícita na lei; por isso mesmo, o fim legal, que é necessariamente um fim de interesse público, também constitui aspecto vinculado dos atos discricionários, susceptíveis, portanto, de apreciação jurisdicional”.

Quanto aos atos administrativos materiais, não se pode falar efetivamente numa apreciação discricionária da finalidade legal, se ela foi univocamente expressa no texto legal, esgotando a formação do juízo de oportunidade. Já em se tratando de um fim político-econômico posto no texto normativo, a questão se torna mais complexa.

Podem estar abrigados nos atos administrativos, tanto formais quanto materiais, fins relacionados com a política econômica do Estado. Nos atos administrativos materiais, a competência, forma e finalidade permanecem vinculadas, sendo vedada a apreciação subjetiva do administrador do que foi politicamente esgotado pelo legislador ou pela própria Administração, quando aqueles desencadeiam a concretização normativa do ato administrativo dotado de força de lei material.

Já nos atos administrativos formais com conteúdo legislativo, há espaço para o emprego de juízo de oportunidade quanto à finalidade específica ou imediata. A discricionariedade legislativa constitui um processo de integração entre as demandas sociais, políticas e econômicas, e o sistema de direito positivo, garantindo sua efetividade social. Ao legislador compete qualificar o interesse público contido no preceito constitucional, como ao administrador-legislador, ao mensurar o interesse público contido na lei. *Na legislação, juridiciza-se o fato social.*

Na discricionariedade administrativa, é inadmissível questionar ou mensurar o interesse público contido no preceito legal *por meio do juízo de oportunidade, pois o exercício da função administrativa orienta-se para a concretização normativa do texto legal, à revelação do interesse público nele contido para torná-lo realidade.* O ato administrativo está subordinado à lei, nele inexistindo espaço para a qualificação do interesse público contido no ato legislativo; do contrário, poderia licitamente o administrador fixar um interesse estranho, mesmo sendo de relevância coletiva, ao estabelecido em lei. O que viola, sem sombra de dúvida, os princípios da legalidade administrativa e da impessoalidade.

Deve ser lembrado ainda que, apesar de o interesse público não possuir um sentido inteiramente acabado na lei, *sua concretização decorre do emprego do juízo de juridicidade, no âmbito da atividade administrativa.* Quando se menciona a finalidade de um ato administrativo posto, *refere-se ao resultado de*

um processo de densificação dos enunciados teleológicos da lei.

O motivo e o objeto constituem a residência natural da discricionariedade administrativa, quando admitida em lei (Cf. CAVALCANTI, 1991, p. 432). Na dinâmica realidade na qual está inserida a administração pública, em se omitindo a lei, o juízo de oportunidade é imprescindível para garantir a proximidade entre a norma e o fato, a providência normativa e a demanda da coletividade, atribuindo-se ao administrador poder para selecionar os fatos enquadráveis na hipótese da lei e para formar a avaliação político-jurídica que servirá de embasamento para o ato administrativo.

A oportunidade do ato é vinculada ao motivo, à identificação e formação dos pressupostos fáticos e jurídicos que justificam a inserção do ato administrativo no ordenamento jurídico. Já a conveniência incide sobre o objeto do ato, isto é, o conteúdo do provimento estatal.

Não há discricionariedade para a avaliação do motivo legal, pois trata-se de matéria restrita ao juízo de juridicidade. Será uma atividade de interpretação, e não discricionária, que fixará o pressuposto legal do ato administrativo. Portanto, embora o motivo fático possa constituir elemento discricionário, o motivo legal sempre será vinculado.

No conteúdo do ato administrativo, tem-se o uso do juízo de oportunidade pela administração pública ao se consolidar a conveniência, justiça e oportunidade da providência administrativa, na omissão da lei em fazê-lo. Mas a ausência da prescrição legal do objeto não implica liberdade plena para sua fixação. O objeto deve ser lícito e possível para a não-rejeição do ato administrativo como ato jurídico válido (TÁCITO, op. cit., p. 51).

E numa assertiva que se tornou clássica, Caio Tácito encerra tal questão:

“Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao administrador. A

administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não é lícito à autoridade servir-se de suas atribuições para satisfazer interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado. A *finalidade* é, portanto, outra condição obrigatória de legalidade nos atos administrativos” (Idem, *ibidem*, p. 52).

Tanto a discricionariedade quanto a vinculação não podem ser vistas numa visão absoluta. Compreendem elementos que devem existir em harmonia no regime jurídico-administrativo, sob pena de ou eliminar a criatividade e dinamismo indispensáveis à gestão dos interesses públicos, ou impossibilitar a fiscalização dos atos administrativos.

Embora haja forte resistência quanto ao emprego da expressão (Cf. TÁCITO, Caio. *Desvio de poder em matéria administrativa*. 1997, p. 95. Cf. também LEAL, 1960, p. 457-458), podemos conceituar o ato discricionário, no âmbito do regime jurídico-administrativo, como o ato administrativo que possui elementos construídos sob a influência do juízo de oportunidade do administrador. Será ato vinculado o ato administrativo em que essa influência esteja restrita ao momento da sua expedição.

A ininterrupta torrente dos fatos trazidos à administração pública inviabiliza os esforços do legislador em produzir normas que cubram, de modo minucioso, todos os seus aspectos da ação administrativa. Faz-se então necessária a concessão de uma margem de liberdade decisória nos agentes e órgãos públicos para que estes possam apresentar as soluções exigidas pela lei e segundo sua finalidade maior, o interesse público (Cf. CAVALCANTI, 1991, p. 433). A interpretação nem sempre é suficiente para a concretização do regime jurídico-administrativo.

Nesses espaços abertos pela lei, a conveniência e a oportunidade para a prática do

ato, a configuração do motivo do ato e o objeto a ser edificado no ato, tudo consoante a juridicidade, navega a discricionariedade. Compreende uma concessão legal ao Poder Público.

A norma jurídica que enseja a “opção discricionária”, quando é confrontada com o caso concreto levado à apreciação da administração pública, tem suas imprecisões, “conceitos indeterminados”, faculdades, concessões, proibições e soluções, propostas ou impostas, colocadas diante do administrador.

Perante o caso concreto, constitui dever irrenunciável ao agente ou órgão público apresentar as medidas cabíveis para a satisfação do interesse público, ou mesmo nenhuma em virtude deste. Tomada a decisão conforme a forma, competência e finalidades legais, em regra, é vedada a intervenção dos outros poderes do Estado no chamado “mérito do ato administrativo”. A sua formação passa pela compreensão do conteúdo da norma jurídica à qual se atribui a cessão da discricionariedade.

O mérito do ato administrativo abrange um aspecto do procedimento da Administração, relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, vedado à incidência do controle jurisdicional (FAGUNDES, [19- -], p. 189). O mérito tem um sentido político, vinculado ao dever da boa administração, compreendendo todos os aspectos de conveniência e oportunidade edificados por um juízo comparativo na adequação da lei ao caso concreto (Cf. FAGUNDES, [19- -], p. 190). Cf. também CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 72-75). No processo civil, entende-se por mérito o “conteúdo substancial da lide”; enquanto, que no direito administrativo, constitui um elemento que eventualmente pode compor o ato administrativo (FAGUNDES, [19- -], p. 193).

Inexiste mérito nos atos vinculados, sendo elemento privativo dos atos discricionários.

rios (Em sentido contrário: CRETILLA JÚNIOR, 1997, p. 78-79). Nos atos vinculados, o juízo de oportunidade já foi analisado e definido pelo legislador, inexistindo, por conseguinte, espaço para uma avaliação subjetiva de conveniência e oportunidade da ação estatal no caso concreto (Cf. FAGUNDES, [19- -], p. 194).

A conveniência e a oportunidade são os elementos utilizados na técnica discricionária na formação do mérito, seu resultado final, a fim de satisfazer um interesse público específico contido no texto normativo. Enfim, a discricionária define os aspectos que devem ser deixados ao juízo de oportunidade da administração, passando o mérito a conter todos os aspectos edificadas pelo binômio conveniência-oportunidade (Cf. MOREIRA NETO, 1991, p. 32).

O mesmo não acontece no processo administrativo, em que o mérito tem sentido similar ao do processo civil, ou seja, o conteúdo da lide, como entende José Cretella Júnior (1997, p. 66). O mérito do processo administrativo está sujeito a amplo exame judicial.

A competência poderá estatuir que, entre vários atos legalmente possíveis, “tenha o administrador a faculdade de escolher aquele que julgue mais conveniente e oportuno, bem como de determinar a feição concreta que o ato deverá ter” (SILVA, [19- -], p. 48).

O poder de escolha está relacionado com o “se” e o “como” da ação administrativa ou com ambos. O poder discricionário sempre se manifesta no âmbito da consequência jurídica, existindo uma forma de poder discricionário que se identifica na decisão relativa à adoção ou não de uma medida determinada; e outra, que se refere apenas à escolha do ato a ser praticado, entre as alternativas cabíveis (Cf. SILVA, [19- -], p. 55, 48).

4. O problema dos “conceitos jurídicos indeterminados”

Um ponto de controvérsia que se verifica no estudo do poder discricionário é o concernente à sua relação com os “conceitos

jurídicos indeterminados” e, por conseguinte, ao estabelecimento de uma zona de livre apreciação no exercício da atividade administrativa e segundo os limites da lei.

José Eduardo Faria (1993, p. 39) define-os do seguinte modo (embora esteja referindo-se ao que denominamos termos):

“Os ‘conceitos jurídicos indeterminados’ são expressões propositadamente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições sócio-econômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei”.

Expressam e qualificam as necessidades públicas, cuja satisfação representa o destino da administração pública; tais como “utilidade pública”, “urgência”, “grave comoção”, “relevância” etc.

A palavra é um veículo do pensamento que sofre com as limitações da linguagem. Ela é insuficiente, por si só, para revelar o conteúdo da lei, sendo imprescindível a ação do operador jurídico para fixar o sentido e alcance de seu emprego em dado documento legal (Cf. MAXIMILIANO, 1994, p. 36). Se o texto normativo não se confunde com a norma, embora aquele seja o ponto de partida desta, o conceito jurídico não se confunde com o termo empregado para designar um ou mais valores, um ou mais fatos da realidade social que se deseja juridicamente regular, pois o conceito é produto da reflexão que expressa uma suma de idéias sobre algo (Cf. GRAU, 1996, p. 143-145).

Dentro da concepção essencialista de língua, esta seria capaz de designar a realidade, delimitando com precisão o objeto que se descreve (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 34). Contraposta a tal entendimento, a concepção convencionalista vê a língua como: “(...) um sistema de signos, cuja relação com a realidade é estabelecida arbitrariamente

pelos homens (...) o que deve ser levado em conta é o uso (social ou técnico) dos conceitos que podem variar de comunidade para comunidade (...)”, consoante o critério vigente para designar a palavra na situação social concreta (Idem, *Ibidem*, p. 35-36). Esta última tem um alcance prático mais satisfatório que a primeira, haja vista a dificuldade de se propor conceitos genéricos e universais que possam abranger todos os casos específicos (Idem, *ibidem*, p. 34-36). O sentido e o alcance da palavra, portanto, variará segundo a situação social na qual se insere e, bem como, o seu modo de emprego para descrevê-la ou modificá-la (Cf. MÜLLER, 1995, p. 36).

Por ser vago e impreciso, o termo indeterminado enseja o surgimento de conceitos diversos. Uns são conceitos empíricos, referindo-se a fatos, situações ou estados da natureza ou da realidade (ruído, dia, óbito, por exemplo); outros são conceitos valorativos, sendo exigido do hermenêuta jurídico a sua apreciação consoante as peculiaridades destes (conduta desonrosa, motivo torpe, segurança nacional, por exemplo) (SILVA, [19 - -], p. 58).

O sentido e o alcance do termo empregado é construído por meio da aplicação. Nenhum termo legal é claro *per se*, mas chega a objetividade quando há intervenção, do juiz ou do administrador. O velho brocardo *in claris cessat interpretatio* não pode mais ser aceito, pois a interpretação é fase anterior a toda formulação da norma jurídica e da norma de decisão, inclusive e principalmente na discricionariedade.

Carlos Maximiliano (1994, p. 38) levanta com nitidez a questão:

“Que é lei clara? É aquela cujo sentido é expresso pela letra do texto. Para saber se isto acontece, é força procurar e conhecer o sentido, isto é, interpretar. A verificação da clareza, portanto, ao invés de dispensar a exegese implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma. Para se concluir que não existe atrás de um texto claro uma in-

tenção efetiva e desnaturada por expressões impróprias, é necessário realizar prévio labor interpretativo”.

Os conceitos jurídicos são conceitos convencionalistas, por meio dos quais o jurista procura estabelecer padrões de conduta para a sociedade. É impossível a lei tudo prever e tudo alcançar, e, por isso, emprega quem a edita termos dotados da necessária fluidez, preservando a flexibilidade do sistema direito positivo perante a naturalmente instável realidade social. Será o labor interpretativo o veículo para dar vida e objetividade aos enunciados do direito positivo, que ganham maior certeza e segurança quando há a concretização normativa do texto legal.

Seu objeto é a significação atribuível a uma coisa, estado ou situação, e não a coisa, estado ou situação em si, nas palavras de Eros Roberto Grau (1996, p. 146). Essa significação precisa ter um mínimo de determinação e uniformidade para que ele tenha utilidade, ou seja, conceda e viabilize um mínimo de segurança e certeza na aplicação do direito (GRAU, 1996, p. 144). Do contrário, o conceito traz muito mais problemas do que soluções para as demandas jurídicas.

Não é o conceito jurídico indeterminado ou fluido. O termo do texto normativo é que será mais ou menos fluido, dependendo da dificuldade de seu desvelamento pela via interpretativa. Se o termo empregado pelo legislador é indeterminado, cabe ao aplicador do direito fixar seu sentido e alcance, determinando-o (Idem, *ibidem*, p. 146-148), pelo menos no caso concreto.

Os termos da lei podem ou não exigir maior trabalho do intérprete, mas este sempre existirá (Cf. MAXIMILIANO, 1994, p. 37-38).

Pode haver, então, espaço para uma única solução justa, mesmo na interpretação e concretização do exposto no termo indeterminado da lei, *se assim o caso concreto orientar*. Só teremos discricionariedade quando o texto normativo se permitir duas ou mais

soluções justas, e, conseqüentemente, abrir espaço para a apreciação subjetiva do administrador. Mas, em todo e qualquer caso concreto, o “conceito jurídico indeterminado” se torna determinável:

“Pero al estar refiriéndose a supuestos concretos y no a vaguedades imprecisas o contradictorias, es claro que la aplicación de tales conceptos o la calificación de circunstancias concretas no admite más que una solución: o se da o no se da el concepto; o hay buena fe o no la hay; o el precio es justo o no lo es; o se ha faltado a la probidad o no se ha faltado. Tertium non datur. Esto es lo esencial del concepto jurídico indeterminado: la indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una ‘unidad de solución justa’ en cada caso” (ENTERRÍA; FERNANDEZ, 1998, p. 449).

Há grande dificuldade na descoberta da solução exata no direito (Cf. GRAU, 1996, p. 149-150), prevalecendo, sim, um elenco de soluções corretas para o caso concreto (Cf. MELLO, 1992, p. 23). Essas opções não serão submetidas ao juízo de oportunidade do administrador, no campo do regime jurídico-administrativo. A ponderação dos termos legais, fluidos ou não, é subordinada ao juízo de juridicidade do administrador, que deve escolher a mais adequada para ordenamento jurídico e a mais conciliada com as exigências do caso concreto. O dever de eficiência na discricionariedade administrativa não se reduz ao juízo de oportunidade¹.

E como afirma Celso Luiz Moresco:

“(...) a utilização de termos elásticos ou imprecisos não é sinônimo de autorização para tomada de qualquer decisão, ou seja, não significa que qualquer decisão tomada dentro de seus limites seja válida”(1996, p. 84).

Nesse elenco de opções jurídicas, a escolha do administrador pode ou não ser alterada pelo Poder Judiciário. Se cabe ao órgão jurisdicional encerrar o processo de concre-

tização normativa do texto legal, o juízo de juridicidade do juiz acaba por prevalecer sobre o juízo de juridicidade do administrador, se aquele constatar que a solução jurídica escolhida por este é rejeitada pelo ordenamento jurídico.

Com uma importante ressalva: *a interpretação do texto legal nem sempre (ou quase) é suficiente para fixar a melhor solução para o caso concreto*. Uma coisa é interpretar o texto legal, e outra é interpretar o texto legal em conjunto com os elementos do caso concreto.

Ao controlar a concretização de textos normativos que utilizam termos fluidos ou indeterminados, deve o Poder Judiciário estabelecer zonas de definição em torno do conceito jurídico, quando ele inspirou uma providência administrativa.

Haverá uma zona de certeza positiva, que conterà as soluções juridicamente corretas e aceitáveis; uma zona de certeza negativa, que abrangerá as soluções juridicamente repelidas; e uma zona intermediária, cinzenta, entre a positiva e a negativa, composta pelas soluções que guardam controvérsias sobre sua viabilidade jurídica.

Quando provocado para apreciar um ato administrativo dotado de mérito, o órgão jurisdicional revisará o juízo de juridicidade empregado pelo administrador, somente apreciando o seu juízo de oportunidade quando imprescindível para a verificação de sua compatibilidade para com a ordem jurídica. Se o conceito jurídico baseado em termos fluidos é subordinado ao juízo de juridicidade do administrador, e este, necessariamente, submete-se à revisão judicial quando há indício de atentado à ordem jurídica, não pode o Poder Judiciário deixar de invalidar da discricionariedade se este for constatado.

O “conceito jurídico indeterminado” não pode ser enquadrado, por conseguinte, como fonte necessária do poder discricionário, ainda que este não esteja sujeito a um controle judicial pleno, por ser inviável ao Poder Judiciário declarar a inteira correção ou o total equívoco do comportamento admi-

nistrativo (Cf. SILVA, [19-], p. 59). No caso dos “conceitos jurídicos indeterminados”, há a plenitude do controle jurisdicional, “só esbarrando na fronteira da impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou equivocada”(Idem, ibidem. Cf. MELLO, 1992, p. 42-43).

A complexidade do ato concreto e a diversidade de opiniões e pareceres constituem os limites que impedem ao julgador alterar a decisão administrativa, quando no exame da aplicação de “conceitos jurídicos indeterminados” pela administração pública. No exercício do dever-poder discricionário, a lei toma para si a demarcação das fronteiras proibidas à revisão judicial dos atos administrativos, que, por sua vez, compreendem a “área de apreciação” do administrador.

Quando confrontado com a realidade fática, dispõe o administrador também de uma margem de liberdade intelectual, pois, afinal, ele também é um aplicador do direito. É admissível ao agente público produzir um ato portador de mérito em razão de ter sido adotado um comportamento administrativo aceitável para o caso concreto; comportamento esse que pode ser extraído do “conceito legal fluido” e insusceptível de correção judicial, se a interpretação se mostrar insegura, ou seja, se o órgão jurisdicional não logrou êxito em retirar a solução escolhida pela administração pública da zona cinzenta de definição ou verificar que ela permaneceu na sua zona positiva.

Cabe ao Poder Judiciário verificar se houve a violação ao direito, devendo verificar se a administração pública ficou dentro do “campo significativo da aplicação” do conceito normativo vago ou se foi desconhecido. Deve ainda reconhecer se a decisão administrativa é incensurável e a ausência de direito subjetivo de terceiro ameaçado ilegalmente pelo comportamento administrativo adotado.

A discricionariedade administrativa é integrada tanto pelo juízo de oportunidade como pelo juízo de juridicidade. Afinal, se a

discricionariedade é um processo jurídico de decisão, é impossível que seja constituído apenas pelo juízo de oportunidade. É na arbitrariedade que o juízo de juridicidade é ausente. Como bem leciona Themístocles Brandão Cavalcanti:

“O exercício desse poder é apenas um processo técnico para definir a interpretação da lei e a maneira mais adequada de aplicá-la. É uma parte e não a totalidade da ação administrativa ou política”(1991, p. 433. Cf. LEAL, 1960, p. 454-455).

Todavia, somente após o esgotamento da interpretação fica aberto o espaço para a aplicação do juízo de oportunidade, para a apreciação política do caso concreto e a seleção das soluções jurídicas mais convenientes e oportunas. Discricionariedade e interpretação são duas noções distintas, mas não há apreciação de conveniência e oportunidade sem a antecedência da seleção e revelação da norma jurídico-administrativa aplicável ao caso concreto. Se considerarmos a interpretação como uma fase exterior à discricionariedade, estaremos admitindo que possa haver um processo de decisão no Estado de Direito em que o juízo de juridicidade está inteiramente ausente, impossibilitando a própria intervenção judicial na ação administrativa quando o ato administrativo portador de mérito contém vício que não se revela pelo que foi formalmente exteriorizado.

Por conseguinte, a discricionariedade administrativa é um processo cuja primeira fase é justamente a interpretação. Se a interpretação não leva à segurança jurídica necessária sobre a solução aplicável ao caso concreto, permite-se ao administrador que identifique e concretize as opções políticas do sistema de direito positivo por meio da apreciação da conveniência e oportunidade da medida administrativa requerida ou necessária. A norma jurídica também tem função e conteúdo políticos.

Não se pode negar que, na edição de uma lei pelo Congresso Nacional ou em sua concretização final mediante um ato adminis-

trativo portador de mérito, há apreciação política da realidade social. O sistema jurídico não é impermeável à influência do sistema político, desde que esta não comprometa os processos funcionais do sistema de direito positivo. A discricionariedade é, sem sombra de dúvida, um canal de cognição que o sistema jurídico cria com o sistema político, por meio do qual o aplicador do direito positivo identifica as opções políticas da ordem jurídica e as confronta com a realidade social. Mas não cabe ao legislador ou ao administrador modificar os valores juridicizados pela Constituição por meio da discricionariedade. *Compreender a ideologia da norma não é corrompê-la.*

Tanto o juízo de juridicidade como o juízo de oportunidade têm conseqüências jurídicas, chegando inclusive a se mesclarem e tornando prejudicial ao controle judicial da medida administrativa a sua dissociação. A juridicidade e a oportunidade, no exercício do dever-poder discricionário pela administração pública, nem sempre apresentam fronteiras nítidas. *Somente em ficção, podemos acreditar que, quando há diversidade e controvérsias na intelecção do direito positivo, a escolha do administrador não está direta e irremediavelmente ligada a sua apreciação política da realidade dos fatos jurídicos-administrativos.*

Na discricionariedade administrativa, o juízo de oportunidade integra politicamente o regime jurídico-administrativo quando o juízo de juridicidade é insuficiente para revelar a melhor solução para o caso concreto. O administrador não pode esperar que a ciência do direito solucione controvérsias para que a administração pública exerça suas atribuições. Portanto, o controle judicial efetuado sobre esses elementos tem intensidade e natureza diferenciadas, pois, “a discricionariedade ensejada pela fluidez significativa do pressuposto ou da finalidade da norma cingir-se-á sempre ao campo de insolúveis dúvidas sobre o cabimento dos conceitos utilizados pela regra de direito aplicado” (Cf. MELLO, 1992, p. 31-32).

A função administrativa não pode ser reduzida à mecânica tradução em ato de imperativos legais pois, de outro modo, comprometer-se-ia a proteção e a garantia dos direitos individuais, a separação funcional do poder e o princípio da superioridade da lei material e formal em relação às outras funções estatais, sendo hoje impossível a sua total submissão ao controle jurisdicional. Administrador tímido é tão prejudicial quanto administrador arbitrário.

O órgão legislativo institui as diretivas da atividade administrativa por meio de comandos para os órgãos ou agentes da administração pública. São acrescentadas aos limites naturais e lógicos que regulam a atividade administrativa as condições de aplicação da norma, estabelecendo uma ação, negativa ou positiva, da qual não se pode eximir a administração pública.

Inexiste no direito público, que rege a administração pública, o princípio da autonomia da vontade. Cabe ao agente público, dentro da parcela da sua competência, identificar na realidade as condições de fato previstas na norma administrativa, conforme a finalidade legal. Mas a vontade do administrador se torna relevante, por força de lei, na discricionariedade administrativa. A administração pública precisa de espaço, de instrumentos que assegurem a dinâmica e a iniciativa do administrador, desde que subordinados, evidentemente, aos princípios e regras do regime jurídico-administrativo.

O texto normativo aponta as situações de fato que compreenderão as condições de imputabilidade de qualquer ato à administração pública (Cf. QUEIRÓ, [19--], p. 56). Perante as condições de fato, competirá ao agente desenvolver, de início, um processo interpretativo, circunscrito à liberdade que a lei lhe conferiu, defrontando-se com duas espécies terminológicas e conceituais: conceitos de significação definível e conceitos de significação exata indeterminada ou plurissubjetivos (Idem, ibidem). Logo, o Estado de Direito impõe um limite para a determinação dos conceitos utilizados na norma ao

legislador, sob pena de se passar da norma abstrata à ordem individualizada (Cf. QUEIRÓ, [19- -], p. 57).

Nesses “conceitos plurissubjetivos”, a interpretação ter-se-ia mostrado falha para a revelação completa da melhor solução jurídica para a demanda da administração pública, fazendo-se necessário superar a insegurança da hermenêutica pela concessão e reconhecimento de força jurídica ao juízo de oportunidade do administrador. Assim não entende Almiro do Couto e Silva ([19- -], p. 60), pois, apesar de, na sua ótica, a impossibilidade da consolidação de um só entendimento junto aos “conceitos jurídicos indeterminados” inviabilizar a apreciação jurisdicional, a matéria não deixaria de ser referente à juridicidade. Na sua visão, malgrado inexisterem limites legais para a apreciação jurisdicional da aplicação correta dos “conceitos jurídicos indeterminados”, existiria tal obstáculo, de ordem hermenêutica, para tanto.

No caso do poder discricionário, o controle jurisdicional de atos administrativos “está, *a priori*, limitado pela lei, a qual fixou desde logo as linhas dentro das quais poderá a autoridade administrativa livremente tomar suas decisões. Dentro daquele espaço, qualquer uma delas será juridicamente incensurável e inexamável pela autoridade judiciária” (Idem, *ibidem*). Para esse jurista, se a norma contiver conexão entre “conceito jurídico indeterminado” e poder discricionário, deve o intérprete separá-los e tratá-los de forma distinta (Idem, *ibidem*).

Ao nosso ver, quando o Poder Judiciário se depara com a impossibilidade material de fixar a aplicação mais correta do “conceito jurídico indeterminado”, é quase sempre impossível identificar a fronteira entre o juízo de oportunidade e o juízo de juridicidade, pois aí houve justamente a perigosa mistura de ambos. Se o Poder Judiciário pudesse dissociar os elementos de juridicidade dos elementos de oportunidade na ação administrativa, haveria, sem sombra de dúvida, espaço para um controle total,

sob a ótica da juridicidade. Aqui, o Poder Judiciário não pode imiscuir-se na opção hermenêutica do Poder Executivo por lhe ser impossível fixar a opção mais correta, que afaste por completo e de modo inquestionável outros caminhos interpretativos, já que, do contrário, haveria a substituição do juízo de oportunidade administrativo por um indevido juízo de oportunidade jurisdicional que, como vimos, tem difícil existência no ordenamento jurídico dos países regidos pelo princípio da separação funcional do Poder.

Quando previstas de modo incontrastável as premissas de fato na norma, segue a administração na prática dos atos que estabelece diante da constatação daquelas (Idem, *ibidem*). Se, ao invés, essas premissas são previstas em forma contrastável, será necessário que o agente estabeleça o conceito oriundo de uma das várias interpretações possíveis (Cf. QUEIRÓ, [19- -], p. 58). A discricionariedade possibilita e garante, conseqüentemente, a aplicabilidade da norma jurídica.

O problema do poder discricionário também é um problema de interpretação (Idem, *ibidem*, p. 64). A norma jurídica impõe como dever à administração pública uma determinada atividade que esta fica obrigada a realizar, sempre que no mundo das realidades um certo fato ou condições se verifique. Apresentam-se como conceitos, que podem pertencer ao mundo da realidade empírica, indubitavelmente individualizados, embora abstratos; ou no mundo da realidade contraposta, em que predomina a incerteza. Nesta, caberá ao agente administrativo fazer a subsunção dos fatos aos conceitos postos e interpretáveis, segundo o que estritamente a competência que ensejou a discricionariedade administrativa permitir.

Isso não significa dizer que o juízo de oportunidade possa prevalecer sobre o juízo de juridicidade. No Estado de Direito, os critérios de conveniência e oportunidade devem estar necessariamente submetidos à análise de sua compatibilidade para com o

direito positivo. *Se o órgão controlador, mesmo sendo de natureza jurisdicional, verifica que houve a violação ideológica da lei, nada impede, numa perspectiva dogmática, a invalidação judicial do ato administrativo portador de mérito.* No caso do controle judicial da moralidade administrativa, por exemplo, a análise do órgão jurisdicional afere se o juízo de oportunidade empregado pelo administrador se ateuve ou não ao cânone constitucional, perdendo o mérito sua imunidade, ao nosso ver (FRANÇA, [19-], p. 434-437).

5. Considerações finais

A questão da discricionariedade na ação administrativa constitui um dos pontos centrais da preocupação dos estudiosos do direito administrativo. Manifesta-se o fenômeno da discricionariedade administrativa quando:

a) a lei expressamente confere ao administrador a faculdade de optar por uma entre as soluções jurídicas pela mesma apontadas no caso da ocorrência da situação fática nela descrita;

b) deixa a lei de apontar o motivo ou o objeto do ato administrativo, elementos essenciais para sua constituição;

c) emprega a lei “conceitos jurídicos indeterminados” e, se e somente se, for materialmente impossível para o Poder Judiciário fixar a melhor interpretação para a situação jurídica posta sob sua apreciação.

Essa última assertiva não deve ser encarada como admissão do “conceito jurídico indeterminado” como “fonte” da discricionariedade administrativa. Não se trata disso.

A discricionariedade administrativa é um processo jurídico-político de decisão, em que há a inserção controlada de elementos metassistêmicos – juridicização do político – no ordenamento jurídico, por injunção da volátil realidade social que a administração pública deve encarar. Se a interpretação, fase que lhe é primeira e onipresente, mostra-se insuficiente para o deslinde semântico da norma diante do caso concreto, surge então

espaço para que o administrador empregue um juízo de oportunidade para a resolução do que lhe foi requerido ou concretização da finalidade que lhe foi imputada. Posteriormente, o mérito é sujeito ao controle interno da própria administração pública e ao controle jurisdicional, este se invocado, relacionando-o com a ideologia constitucional (em especial, sob a ótica dos princípios da isonomia e da moralidade administrativa)².

Em suma: o “conceito jurídico indeterminado” não é origem necessária da discricionariedade, mas tão-somente um elemento que, quando em conjunto com os limites de sua interpretação e os dados do caso concreto, contribui para que o sistema jurídico não deixe outra opção para o administrador senão recorrer ao seu juízo de oportunidade.

Assim, esperamos ter contribuído, de algum modo, para a compreensão de capítulo tão importante na teoria dos atos administrativos.

Notas

¹ É certo que a eficiência administrativa ajuda a compor o juízo de juridicidade presente no processo discricionário. Mas o controle jurisdicional dessa juridicidade, sob a ótica *estrita* da eficiência, é bastante problemática.

² Para uma defesa da admissibilidade do controle judicial de mérito, ver FRANÇA, 1998, p. 141-153.

Bibliografia

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do Poder Discricionário. *Revista de Direito Administrativo*. Seleção Histórica: 431-451, 1991.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O “desvio de poder” na administração pública*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 8. ed. Madrid: Civitas, 1998. v. 1.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

- FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa*. Recife: 1998, 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito Público) - Universidade Federal de Pernambuco.
- _____. Considerações sobre o controle da moralidade dos atos administrativos. *Revista da ESMAPE*. Vol. 3, N. 8, p. 403-440. [19- -].
- GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. In: *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. In: *Problemas de direito público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- _____. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 14, p. 84, 1996.
- MÜLLER, Friedrich. *Direito, linguagem, violência: elementos de uma teoria constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995. v. 1.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do desvio de poder do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. n. 6, p. 41-78, [19- -].
- SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. Conceito de mérito no direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*. Seleção Histórica: 189-203, [19- -].
- SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*. n. 179, p. 51-67, [19- -].
- TÁCITO, Caio. Abuso de poder administrativo no Brasil. In: _____. *Temas de direito público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- _____. Desvio de poder em matéria administrativa. In: _____. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- _____. Ato e fato Administrativo. In: _____. *Temas de Direito Público: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

Nova disciplina dos precatórios

José Veríssimo Teixeira da Mata

Foi promulgada, em 13 de setembro do ano que passou, a emenda à Constituição nº 30, introduzindo modificação no art. 100 da Constituição Federal, que cuida dos precatórios.

A emenda nº 30 traz importantes mudanças no regime de precatórios e, embora tenha sido muito vergastada durante a sua elaboração, por representantes da OAB e mesmo em editoriais dos grandes órgãos noticiosos, contou com ampla e tranqüila maioria, ancorada no apoio de partidos dos mais diversos matizes ideológicos.

Pela emenda, o § 1º do art. 100 sofre algumas modificações. Passa a exigir que os débitos de precatórios tenham origem em sentenças transitadas em julgado, o que afasta a possibilidade dos precatórios originários de execução provisória. O mesmo dispositivo prevê a atualização monetária para a época de liquidação do crédito.

O legislador introduziu dispositivo definindo os débitos de natureza alimentícia. Ora, quando se fala tanto em desconstitucionalização e enxugamento do texto constitucional, a definição de crédito de natureza alimentícia poderia ser muito bem dispensada. Parece-nos importante observar que a enumeração referente aos créditos de natureza alimentícia é meramente exemplificativa. Afinal, por que os créditos originários da desapropriação de um bem de família não teriam a natureza alimentícia? A despeito do § 3º do art. 78 do ADCT, em que se

faz referência a precatórios originários de bem de família, poder sugerir que tais créditos estejam talvez fora do conjunto dos créditos de natureza alimentícia, o absurdo representado por essa possibilidade deve indicar ao aplicador caminhos mais consentâneos com o espírito que preside o texto da Constituição.

Uma alternativa será, indubitavelmente, considerando a imposição constitucional provisória do § 3º do art. 78, aproveitar a possibilidade de parcelamento em duas vezes para esvaziar a lista dos precatórios oriundos de desapropriação de imóvel residencial, comprovadamente único, e para o futuro incluí-los entre os créditos de natureza alimentícia. Em princípio, o § 3º do art. 78 parece-me o mais débil da nova disciplina constitucional dos precatórios. *Ad argumentandum*: o Poder do legislador não poderia chegar a determinar que os salários não constituem verbas de natureza alimentícia e, por essa mesma razão, não poderia expurgar do conceito de alimentos a moradia. Tal fato poderia figurar excesso de poder legislativo (Cf. CANOTILHO, 1994, p. 266).

O § 2º do art. 100 sofreu alteração da redação que não deve alterar a dinâmica dos precatórios. A novidade do dispositivo é que os créditos e as dotações deverão expressamente ser colocados à disposição do Poder Judiciário. Com essa modificação, pretende-se evitar a vulnerabilidade da ordem dos precatórios frente às pressões políticas exercidas sobre o Poder Executivo.

Importante observar que, embora o novo texto não tenha previsto o seqüestro de quantia necessária para satisfação do débito, em caso de preterição do credor, por iniciativa do Presidente do Tribunal, essa possibilidade existe. Com efeito, é aquele que zela pela lista de credores que tem, geralmente, condições de saber se houve a não-preterição. Não nos esqueçamos de que pelo § 5º, que se acresceu ao art. 100: “O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatório incorrerá

em crime de responsabilidade”. Desse modo, está claro que o Presidente do Tribunal deverá atuar de ofício se perceber preterição de credor, ou provocado por esse, ou pelo Ministério Público, ou por denúncia fundada de quem tiver conhecimento da irregularidade. Nesse sentido, pode-se dizer que a redação da segunda parte do § 2º do art. 100 foi totalmente superada, seja pela doutrina (Cf. SILVA, 1998, p. 134), seja pelas novas disposições que se agregaram ao art. 100, como a que criminaliza a omissão do Presidente do Tribunal de Justiça.

O § 3º do art. 100 passa a incluir também a Fazenda Distrital. Esse dispositivo determina que a Lei definirá os pagamentos de obrigações de pequeno valor, os quais fugirão ao regime dos precatórios.

O art. 4º prevê a possibilidade de a lei fixar diferentes quantias para as obrigações de pequeno valor, segundo as diferentes capacidades das entidades de direito público. Trata-se de reconhecer que o que é pequeno valor para uma pequena cidade da Paraíba não é o mesmo que pequeno valor para a Prefeitura de Jundiá.

O art. 78 introduzido no ADCT constitui a grande razão da reforma da disciplina constitucional dos precatórios: os débitos pendentes na data de promulgação da Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 deverão ser liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescidos de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão de créditos. Esse dispositivo atende a reivindicação de inúmeras prefeituras ameaçadas de intervenção pelo não-pagamento dos débitos de precatórios. Trata-se de forma de moratória estabelecida pela Constituição.

De modo geral, os credores também parece acolherem o parcelamento favoravelmente, pois se chegou a compreender que é preferível receber em parcelas a nada receber.

Cabe também observar que não entram no parcelamento, consoante ressalva, os

seguintes créditos: os definidos em lei como de pequeno valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações, e os que tiveram seus respectivos recursos liberados na data de promulgação da emenda.

No regime constitucional pátrio, parece despidendo referir-se à possibilidade de cessão de créditos de precatórios. É ínsito à noção vigente de autonomia do indivíduo poder ele dispor de seus bens e direitos, entre os quais os direitos de crédito. O legislador, talvez visando a reprimir eventuais ímpetos moralistas, considerou oportuno fazer referência à possibilidade de cessão dos créditos de precatórios. De se salientar que as prestações vencidas e não liquidadas poderão ser utilizadas na compensação de tributos da entidade devedora. Entidade devedora, nesse caso, é a Fazenda Pública, seja Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.

Vale notar que a proposta saída da Câmara dos Deputados (Redação do segundo turno da PEC n. 407 – D, de 1996) tratava com mais detalhamento os créditos de natureza alimentícia do que a proposta que prosperou, vinda do Senado Federal. A proposta da Câmara previa o pagamento dos créditos de natureza alimentícia em noventa dias, contados da intimação judicial, até o limite (valor) fixado em lei, e o valor excedente ao limite seria pago segundo ordem cronológica específica dos precatórios de natureza alimentícia.

A Câmara recebeu a proposta saída do Senado Federal, sob o sentimento geral que não cabia emendá-la para não adiar o alívio esperado por sem-número de Prefeitas. Esse fato permitiu que se costurasse,

rapidamente, amplo e eficaz consenso em torno da Emenda, na fase final do processo legislativo.

Pode-se, por fim, perguntar por que não se aperfeiçoou a redação de diversos dispositivos do art.100, cuja inteligência pela jurisprudência assente colide com a própria leitura que deles se pode fazer? Há sempre muitas dificuldades em deflagrar um processo legislativo total e esse processo é sempre imprevisível em seus resultados. O legislador considerou, portanto, que embora algumas redações fossem questionáveis, a jurisprudência vigente não o era e que não caberia intervir em sua dinâmica. Esse é o caso do próprio *caput* do art. 100, cuja leitura sugere que os créditos de natureza alimentícia escapam à ordem dos precatórios. Todavia, como se sabe, em decorrência de decisão do Supremo Tribunal Federal, duas são as ordens de precatórios. Estamos aqui diante do que a doutrina chama de direito constitucional judicial, na modalidade de direito judicial “corrector da lei”, ancorado no princípio da adequação. (Cf. CANOTILHO, 1994, p. 272).

Bibliografia

- BRASIL. *Constituição da república federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1993.
- CANOTILHO, José J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.
- Proposta de Emenda à Constituição N.407-E (texto aprovado na Câmara dos Deputados e enviado ao Senado Federal.)
- SILVA, A. L. Martins. *Do precatório-requisitório na execução contra a fazenda pública*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.
- Substitutivo do Senado Federal à Proposta de Emenda à Constituição N.407-E.

A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional brasileiro

Joaquim B. Barbosa Gomes

Sumário

1. Ação afirmativa e princípio de igualdade. 2. Definição e objetivos das ações afirmativas. 3. A problemática constitucional. 4. Ação afirmativa e relações de gênero. 5. Ação afirmativa e portadores de deficiência. 6. Ação afirmativa e Direito Internacional dos Direitos Humanos. 7. Critérios, modalidades e limites de ações afirmativas.

Começa a ingressar de maneira tímida – et pour cause! – na Academia brasileira o debate em torno de possíveis “medidas compensatórias” destinadas a promover a implementação do princípio constitucional da igualdade em prol da comunidade negra brasileira.

O tema é de transcendental importância para o Brasil e para o direito brasileiro, por dois motivos. Primeiro, por ter incidência direta sobre aquele que é seguramente o mais grave de todos os nossos problemas sociais (e que estranhamente todos fingimos ignorar), o que está na raiz das nossas mazelas, do nosso gritante e envergonhador quadro social – ou seja, os diversos mecanismos pelos quais, ao longo da nossa história, a sociedade brasileira logrou proceder, por meio das mais variadas formas de discriminação, à exclusão e ao alijamento, do processo produtivo conseqüente e da vida social digna, de um expressivo percentual de sua população (cerca de 45% do total): os brasileiros portadores de ascendência africana. Em segundo lugar, por abordar um

Joaquim B. Barbosa Gomes é doutor em Direito público pela Universidade de Paris II (Panthéon-Assas), França, professor da Faculdade de Direito da UERJ e *ex-visiting scholar* da faculdade de direito da universidade de Columbia – NY, EUA.

tema nobre de direito constitucional comparado e de direito internacional, mas que é, curiosamente, negligenciado nas letras jurídicas nacionais, especialmente no âmbito do Direito Constitucional.

Assim, neste desprezioso ensaio tentaremos examinar (ainda que sem a reflexão “de longue haleine” que o tema requer) a possibilidade jurídica de introdução, no nosso sistema jurídico, de mecanismos de integração social largamente adotados nos Estados Unidos sob a denominação de “affirmative action” (ação afirmativa) e na Europa, sob o nome de “discrimination positive” (discriminação positiva) e de “action positive” (“ação positiva”).

Trata-se, com efeito, de tema quase desconhecido entre nós, tanto em sua concepção quanto nas suas múltiplas formas de implementação. Daí a necessidade, de nossa parte, de algumas considerações acerca da sua gênese, dos objetivos almejados, da problemática constitucional por ele suscitada, das modalidades de programas e dos critérios e condições indispensáveis à sua compatibilização com os princípios constitucionais.

1. Ação afirmativa e princípio da igualdade

A noção de igualdade, como categoria jurídica de primeira grandeza, teve sua emergência como princípio jurídico incontornável nos documentos constitucionais promulgados imediatamente após as revoluções do final do século XVIII. Com efeito, foi a partir das experiências revolucionárias pioneiras dos EUA e da França que se edificou o conceito de igualdade perante a lei, uma construção jurídico-formal segundo a qual a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais. Concebida para o fim específico de abolir os privilégios típicos do *ancien régime* e

para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, no “rang”, na rígida e imutável hierarquização social por classes (“classement par ordre”), essa clássica concepção de igualdade jurídica, meramente formal, firmou-se como idéia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX. Por definição, conforme bem assinalado por Guilherme Machado Dray, “o princípio da igualdade perante a lei consistiria na simples criação de um espaço neutro, onde as virtudes e as capacidades dos indivíduos livremente se poderiam desenvolver. Os privilégios, em sentido inverso, representavam nesta perspectiva a criação pelo homem de espaços e de zonas delimitadas, susceptíveis de criarem desigualdades artificiais e nessa medida intoleráveis”¹. Em suma, segundo esse conceito de igualdade que veio a dar sustentação jurídica ao Estado liberal burguês, a lei deve ser igual para todos, sem distinções de qualquer espécie.

Abstrata por natureza e levada a extremos por força do postulado da neutralidade estatal (uma outra noção cara ao ideário liberal), o princípio da igualdade perante a lei foi tido, durante muito tempo, como a garantia da concretização da liberdade. Para os pensadores e teóricos da escola liberal, bastaria a simples inclusão da igualdade no rol dos direitos fundamentais para se ter esta como efetivamente assegurada no sistema constitucional.

A experiência e os estudos de direito e política comparada, contudo, têm demonstrado que, tal como construída, à luz da cartilha liberal oitocentista, a igualdade jurídica não passa de mera ficção. “Paulatinamente, porém”, sustenta o jurista português Guilherme Machado Dray, “a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido

as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições”. Imperiosa, portanto, seria a adoção de uma concepção substancial da igualdade, que levasse em conta em sua operacionalização não apenas certas condições fáticas e econômicas, mas também certos comportamentos inevitáveis da convivência humana, como é o caso da discriminação. Assim, assinala a ilustre Professora de Minas Gerais, Carmen Lucia Antunes Rocha, “concluiu-se, então, que proibir a discriminação não era bastante para se ter a efetividade do princípio da igualdade jurídica. O que naquele modelo se tinha e se tem é tão-somente o princípio da vedação da desigualdade, ou da invalidade do comportamento motivado por preconceito manifesto ou comprovado (ou comprovável), o que não pode ser considerado o mesmo que garantir a igualdade jurídica”².

Como se vê, em lugar da concepção “estática” da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual necessariamente são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade, de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade. Produto do Estado Social de Direito, a igualdade substancial ou material propugna redobrada atenção por parte do legislador e dos aplicadores do Direito à variedade das situações individuais e de grupo, de modo a impedir que o dogma liberal da igualdade formal impeça ou dificulte a proteção e a defesa dos inte-

resses das pessoas socialmente fragilizadas e desfavorecidas.

Da transição da ultrapassada noção de igualdade “estática” ou “formal” ao novo conceito de igualdade “substancial” surge a idéia de “igualdade de oportunidades”, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social.

Dessa nova visão resultou o surgimento, em diversos ordenamentos jurídicos nacionais e na esfera do Direito Internacional dos Direitos Humanos³, de políticas sociais de apoio e de promoção de determinados grupos socialmente fragilizados. Vale dizer, da concepção liberal de igualdade que capta o ser humano em sua conformação abstrata, genérica, o Direito passa a percebê-lo e a tratá-lo em sua especificidade, como ser dotado de características singularizantes. No dizer de Flávia Piovesan, “do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc (PIOVESAN, 1998, p.130). O “indivíduo especificado”, portanto, será o alvo dessas novas políticas sociais.

A essas políticas sociais, que nada mais são do que tentativas de concretização da igualdade substancial ou material, dá-se a denominação de “ação afirmativa” ou, na terminologia do direito europeu, de “discriminação positiva” ou “ação positiva”.

A consagração normativa dessas políticas sociais representa, pois, um momento de ruptura na evolução do Estado moderno. Com efeito, como bem assinala a Professora Carmen Lúcia Antunes Rocha, “em nenhum Estado Democrático, até a década

de 60, e em quase nenhum até esta última década do século XX se cuidou de promover a igualação e vencerem-se os preconceitos por comportamentos estatais e particulares obrigatórios pelos quais se superassem todas as formas de desigualação injusta. Os negros, os pobres, os marginalizados pela raça, pelo sexo, por opção religiosa, por condições econômicas inferiores, por deficiências físicas ou psíquicas, por idade etc. continuam em estado de desalento jurídico em grande parte do mundo. Inobstante a garantia constitucional da dignidade humana igual para todos, da liberdade igual para todos, não são poucos os homens e mulheres que continuam sem ter acesso às iguais oportunidades mínimas de trabalho, de participação política, de cidadania criativa e comprometida, deixados que são à margem da convivência social, da experiência democrática na sociedade política”. Assim, nessa nova postura o Estado abandona a sua tradicional posição de neutralidade e de mero espectador dos embates que se travam no campo da convivência entre os homens e passa a atuar “ativamente na busca” da concretização da igualdade positivada nos textos constitucionais.

O País pioneiro na adoção das políticas sociais denominadas “ações afirmativas” foram, como é sabido, os Estados Unidos da América. Tais políticas foram concebidas inicialmente como mecanismos tendentes a solucionar aquilo que um célebre autor escandinavo qualificou de “o dilema americano”: a marginalização social e econômica do negro na sociedade americana. Posteriormente, elas foram estendidas às mulheres, a outras minorias étnicas e nacionais, aos índios e aos deficientes físicos.

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física. Na sua compreensão, a igualdade deixa de ser simplesmente um princípio

jurídico a ser respeitado por todos, e passa a ser um objetivo constitucional a ser alcançado pelo Estado e pela sociedade. (“*Il semble clair que les discriminations positives invitent à penser l’égalité comme un objectif à atteindre en soi. Le simple constat que nos sociétés génèrent encore de nombreuses inégalités de traitement devrait dès lors inciter les pouvoirs publics comme les acteurs privés à adopter et à mettre en oeuvre des mesures susceptibles de créer ou de mener à plus d’égalité*”) (RENAULD, 1997, p. 425).

Impostas ou sugeridas pelo Estado, por seus entes vinculados e até mesmo por entidades puramente privadas, elas visam a combater não somente as manifestações flagrantes de discriminação, mas também a discriminação de fato, de fundo cultural, estrutural, enraizada na sociedade. De cunho pedagógico e não raramente impregnadas de um caráter de exemplaridade, têm como meta, também, o engendramento de transformações culturais e sociais relevantes, aptas a inculcar nos atores sociais a utilidade e a necessidade da observância dos princípios do pluralismo e da diversidade nas mais diversas esferas do convívio humano. Por outro lado, constituem, por assim dizer, a mais eloqüente manifestação da moderna idéia de Estado promotivo, atuante, eis que de sua concepção, implantação e delimitação jurídica participam todos os órgãos estatais essenciais, aí se incluindo o Poder Judiciário, que ora se apresenta no seu tradicional papel de guardião da integridade do sistema jurídico como um todo e especialmente dos direitos fundamentais, ora como instituição formuladora de políticas tendentes a corrigir as distorções provocadas pela discriminação. Trata-se, em suma, de um mecanismo sócio-jurídico destinado a viabilizar primordialmente a harmonia e a paz social, que são seriamente perturbadas quando um grupo social expressivo se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso, bem como a robustecer o próprio desenvolvimento econômico do país, na medida em que a

universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho tem como conseqüência inexorável o crescimento macroeconômico, a ampliação generalizada dos negócios, numa palavra, o crescimento do país como um todo. Nesse sentido, não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha-se erguido de uma condição periférica à de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo no plano doméstico uma política de exclusão, aberta ou dissimulada, legal ou meramente informal, em relação a uma parcela expressiva de seu povo.

As ações afirmativas constituem, pois, um remédio de razoável eficácia para esses males. É indispensável, porém, uma ampla conscientização da própria sociedade e das lideranças políticas de maior expressão acerca da absoluta necessidade de se eliminar ou de se reduzir as desigualdades sociais que operam em detrimento das minorias, notadamente as minorias raciais⁴. E mais: é preciso uma ampla conscientização sobre o fato de que a marginalização sócio-econômica a que são relegadas as minorias, especialmente as raciais, resulta de um único fenômeno: a discriminação.

Com efeito, a discriminação, como um componente indissociável do relacionamento entre os seres humanos, reveste-se negativamente de uma roupagem competitiva. Afinal, discriminar nada mais é do que uma tentativa de se reduzir as perspectivas de uns em benefício de outros⁵. Quanto mais intensa a discriminação e mais poderosos os mecanismos inerciais que impedem o seu combate, mais ampla se mostra a clivagem entre discriminador e discriminado. Daí resulta, inevitavelmente, que aos esforços de uns em prol da concretização da igualdade se contraponham os interesses de outros na manutenção do *status quo*. É curial, pois, que as ações afirmativas, mecanismo jurídico concebido com vistas a quebrar essa dinâmica perversa, sofram o influxo dessas for-

ças contrapostas e atraíam considerável resistência, sobretudo da parte daqueles que historicamente se beneficiaram da exclusão dos grupos socialmente fragilizados.

Ao Estado cabe, assim, a opção entre duas posturas distintas: manter-se firme na posição de neutralidade, e permitir a total subjugação dos grupos sociais desprovidos de voz, de força política, de meios de fazer valer os seus direitos; ou, ao contrário, atuar ativamente no sentido da mitigação das desigualdades sociais que, como é de todos sabido, têm como público alvo precisamente as minorias raciais, étnicas, sexuais e nacionais.

Com efeito, a sociedade liberal-capitalista ocidental tem como uma de suas idéias-chave a noção de neutralidade estatal, que se expressa de diversas maneiras: neutralidade em matéria econômica, no domínio espiritual e na esfera íntima das pessoas. Na maioria das nações pluriétnicas e pluriconfessionais, o abstencionismo estatal se traduz na crença de que a mera introdução, nos respectivos textos constitucionais, de princípios e regras asseguradoras de uma igualdade formal perante a lei seria suficiente para garantir a existência de sociedades harmônicas, onde seria assegurada a todos, independentemente de raça, credo, gênero ou origem nacional, efetiva igualdade de acesso ao que comumente se tem como conducente ao bem-estar individual e coletivo. Essa era, como já dito, a visão liberal derivada das idéias iluministas que conduziram às revoluções políticas do século XVIII.

Mas essa suposta neutralidade estatal tem-se revelado um formidável fracasso, especialmente nas sociedades que durante muitos séculos mantiveram certos grupos ou categorias de pessoas em posição de subjugação legal, de inferioridade legitimada pela lei, em suma, em países com longo passado de escravidão. Nesses países, apesar da existência de inumeráveis disposições normativas constitucionais e legais, muitas delas instituídas com o objetivo explícito de fazer cessar o *status* de inferioridade em que

se encontravam os grupos sociais historicamente discriminados, passaram-se os anos (e séculos) e a situação desses grupos marginalizados pouco ou quase nada mudou (FREEMAN, 1978).

Tal estado de coisas conduz a duas constatações indisputáveis. Em primeiro lugar, à convicção de que proclamações jurídicas por si sós, sejam elas de natureza constitucional ou de inferior posicionamento na hierarquia normativa, não são suficientes para reverter um quadro social que finca âncoras na tradição cultural de cada país, no imaginário coletivo, em suma, na percepção generalizada de que a uns devem ser reservados papéis de franca dominação e a outros, papéis indicativos do *status* de inferioridade, de subordinação. Em segundo lugar, ao reconhecimento de que a reversão de um tal quadro só é viável mediante a renúncia do Estado à sua histórica neutralidade em questões sociais, devendo assumir, ao revés, uma posição ativa, até mesmo radical se vista à luz dos princípios norteadores da sociedade liberal clássica.

Desse imperativo de atuação ativa do Estado nasceram as Ações Afirmativas, concebidas inicialmente nos Estados Unidos da América, mas hoje já adotadas em diversos países europeus, asiáticos e africanos, com as adaptações necessárias à situação de cada país^{6, 7, 8}. O Brasil, país com a mais longa história de escravidão das Américas e com uma inabalável tradição patriarcal, mal começa a admitir, pelo menos em nível acadêmico, a discussão do tema⁹.

2. Definição e objetivos das ações afirmativas

A introdução das políticas de ação afirmativa, criação pioneira do Direito dos EUA, representou, em essência, a mudança de postura do Estado, que, em nome de uma suposta neutralidade, aplicava suas políticas governamentais indistintamente, ignorando a importância de fatores como sexo, raça, cor, origem nacional. Nessa nova pos-

tura, passa o Estado a levar em conta tais fatores no momento de contratar seus funcionários ou de regular a contratação por outro, ou ainda no momento de regular o acesso aos estabelecimentos educacionais públicos e privados. Numa palavra, ao invés de conceber políticas públicas de que todos seriam beneficiários, independentemente da sua raça, cor ou sexo, o Estado passa a levar em conta esses fatores na implementação das suas decisões, não para prejudicar quem quer que seja, mas para evitar que a discriminação, que inegavelmente tem um fundo histórico e cultural, e não raro se subtrai ao enquadramento nas categorias jurídicas clássicas, finde por perpetuar as iniquidades sociais.

2.1. Definição

Inicialmente, as Ações Afirmativas se definiam como um mero “encorajamento” por parte do Estado a que as pessoas com poder decisório nas áreas pública e privada levassem em consideração, nas suas decisões relativas a temas sensíveis como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, fatores até então tidos como formalmente irrelevantes pela grande maioria dos responsáveis políticos e empresariais, quais sejam, a raça, a cor, o sexo e a origem nacional das pessoas. Tal encorajamento tinha por meta, tanto quanto possível, ver concretizado o ideal de que tanto as escolas quanto as empresas refletissem em sua composição a representação de cada grupo na sociedade ou no respectivo mercado de trabalho.

Num segundo momento, talvez em decorrência da constatação da ineficácia dos procedimentos clássicos de combate à discriminação, deu-se início a um processo de alteração conceitual do instituto, que passou a ser associado à idéia, mais ousada, de realização da igualdade de oportunidades por meio da imposição de cotas rígidas de acesso de representantes de minorias a determinados setores do mercado de trabalho e a instituições educacionais. Data também

desse período a vinculação entre ação afirmativa e o atingimento de certas metas estatísticas concernentes à presença de negros e mulheres num determinado setor do mercado de trabalho ou numa determinada instituição de ensino (GLAZER, 1991).

Atualmente, as ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego. Diferentemente das políticas governamentais antidiscriminatórias baseadas em leis de conteúdo meramente proibitivo, que se singularizam por oferecerem às respectivas vítimas tão somente instrumentos jurídicos de caráter reparatório e de intervenção *ex post facto*, as ações afirmativas têm natureza multifacetária (RESKIN, 1997) e visam a evitar que a discriminação se verifique nas formas usualmente conhecidas – isto é, formalmente, por meio de normas de aplicação geral ou específica, ou por meio de mecanismos informais, difusos, estruturais, enraizados nas práticas culturais e no imaginário coletivo. Em síntese, trata-se de políticas e de mecanismos de inclusão concebidos por entidades públicas, privadas e por órgãos dotados de competência jurisdicional, com vistas à concretização de um objetivo constitucional universalmente reconhecido – o da efetiva igualdade de oportunidades a que todos os seres humanos têm direito.

Entre os teóricos do Direito Público no Brasil, coube à ilustre professora Carmen Lúcia Antunes Rocha o desafio de traduzir para a comunidade jurídica brasileira, em sublime artigo, a mais completa noção acerca do enquadramento jurídico-doutrinário das ações afirmativas. Classificando-as corretamente como a mais avançada tentativa

de concretização do princípio jurídico da igualdade, ela afirma com propriedade que “a definição jurídica objetiva e racional da desigualdade dos desiguais, histórica e culturalmente discriminados, é concebida como uma forma para se promover a igualdade daqueles que foram e são marginalizados por preconceitos encravados na cultura dominante na sociedade. Por esta *desigualação positiva* promove-se a *igualação jurídica* efetiva; por ela afirma-se uma fórmula jurídica para se provocar uma efetiva igualação social, política, econômica no e segundo o Direito, tal como assegurado formal e materialmente no sistema constitucional democrático. A *ação afirmativa* é, então, uma forma jurídica para se superar o isolamento ou a diminuição social a que se acham sujeitas as minorias”¹⁰. Essa engenhosa criação jurídico-político-social refletiria ainda, segundo a autora, uma “mudança comportamental dos juízes constitucionais de todo o mundo democrático do pós-guerra”, que se teriam conscientizado da necessidade de uma “transformação na forma de se conceberem e aplicarem os direitos, especialmente aqueles listados entre os fundamentais. Não bastavam as letras formalizadoras das garantias prometidas; era imprescindível instrumentalizarem-se as promessas garantidas por uma atuação exigível do Estado e da sociedade. Na esteira desse pensamento, pois, é que a *ação afirmativa* emergiu como a face construtiva e construtora do novo conteúdo a ser buscado no princípio da igualdade jurídica. O Direito Constitucional, posto em aberto, mutante e mutável para se fazer permanentemente adequado às demandas sociais, não podia persistir no conceito estático de um direito de igualdade pronto, realizado segundo parâmetros históricos eventualmente ultrapassados.” E prossegue a ilustre autora: “O conteúdo, de origem bíblica, de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida em que se desigualem – sempre lembrado como sendo a essência do princípio da igualdade jurídica – encontrou uma nova interpretação

no acolhimento jurisprudencial concernente à *ação afirmativa*. Segundo essa nova interpretação, a desigualdade que se pretende e se necessita impedir para se realizar a igualdade no Direito não pode ser extraída, ou cogitada, apenas no momento em que se tomam as pessoas postas em dada situação submetida ao Direito, senão que se deve atentar para a igualdade jurídica a partir da consideração de toda a dinâmica histórica da sociedade, para que se focalize e se retrate não apenas um instante da vida social, aprisionada estaticamente e desvinculada da realidade histórica de determinado grupo social. Há que se ampliar o foco da vida política em sua dinâmica, cobrindo espaço histórico que se reflita ainda no presente, provocando agora desigualdades nascentes de preconceitos passados, e não de todo extintos. A discriminação de ontem pode ainda tingir a pele que se vê de cor diversa da que predomina entre os que detêm direitos e poderes hoje”.

2.2. *Objetivos das ações afirmativas*

Em regra geral, justifica-se a adoção das medidas de ação afirmativa com o argumento de que esse tipo de política social seria apta a atingir uma série de objetivos que restariam normalmente inalcançados caso a estratégia de combate à discriminação se limitasse à adoção, no campo normativo, de regras meramente proibitivas de discriminação. Numa palavra, não basta proibir, é preciso também promover, tornando rotineira a observância dos princípios da diversidade e do pluralismo, de tal sorte que se opere uma transformação no comportamento e na mentalidade coletiva, que são, como se sabe, moldados pela tradição, pelos costumes, em suma, pela história.

Assim, além do ideal de concretização da igualdade de oportunidades, figuraria entre os objetivos almejados com as políticas afirmativas o de induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica, aptas a subtrair do imaginário coletivo a idéia de supremacia e de subordinação de

uma raça em relação à outra, do homem em relação à mulher. O elemento propulsor dessas transformações seria, assim, o caráter de exemplaridade de que se revestem certas modalidades de ação afirmativa, cuja eficácia como agente de transformação social poucos até hoje ousaram negar. Ou seja, de um lado essas políticas simbolizariam o reconhecimento oficial da persistência e da perenidade das práticas discriminatórias e da necessidade de sua eliminação. De outro, elas teriam também por meta atingir objetivos de natureza cultural, eis que delas inevitavelmente resultam a trivialização, a banalização, na *polis*, da necessidade e da utilidade de políticas públicas voltadas à implantação do pluralismo e da diversidade.

Por outro lado, as ações afirmativas têm como objetivo não apenas coibir a discriminação do presente, mas sobretudo eliminar os “efeitos persistentes” (psicológicos, culturais e comportamentais) da discriminação do passado, que tendem a se perpetuar. Esses efeitos se revelam na chamada “discriminação estrutural”, espelhada nas abismais desigualdades sociais entre grupos dominantes e grupos marginalizados¹¹.

Figura também como meta das ações afirmativas a implantação de uma certa “diversidade” e de uma maior “representatividade” dos grupos minoritários nos mais diversos domínios de atividade pública e privada¹². Partindo da premissa de que tais grupos normalmente não são representados em certas áreas ou são sub-representados seja em posições de mando e prestígio no mercado de trabalho e nas atividades estatais, seja nas instituições de formação que abrem as portas ao sucesso e às realizações individuais, as políticas afirmativas cumprem o importante papel de cobrir essas lacunas, fazendo com que a ocupação das posições do Estado e do mercado de trabalho se faça, na medida do possível, em maior harmonia com o caráter plúrimo da sociedade. Nesse sentido, o efeito mais visível dessas políticas, além do estabelecimento da diversidade

de e representatividade propriamente ditas, é o de eliminar as “barreiras artificiais e invisíveis” que emperram o avanço de negros e mulheres, independentemente da existência ou não de política oficial tendente a subalternizá-los¹³.

Argumenta-se igualmente que o pluralismo que se instaura em decorrência das ações afirmativas traria inegáveis benefícios para os próprios países que se definem como multirraciais e que assistem, a cada dia, ao incremento do fenômeno do multiculturalismo. Para esses países, constituiria um erro estratégico inadmissível deixar de oferecer oportunidades efetivas de educação e de trabalho a certos segmentos da população, pois isso pode revelar-se, em médio prazo, altamente prejudicial à competitividade e à produtividade econômica do país. Portanto, agir “afirmativamente” seria também uma forma de zelar pela pujança econômica do país.

Por fim, as ações afirmativas cumpriram o objetivo de criar as chamadas personalidades emblemáticas. Noutras palavras, além das metas acima mencionadas, elas constituiriam um mecanismo institucional de criação de exemplos vivos de mobilidade social ascendente. Vale dizer, os representantes de minorias que, por terem alcançado posições de prestígio e poder, serviriam de exemplo às gerações mais jovens, que veriam em suas carreiras e realizações pessoais a sinalização de que não haveria, chegada a sua vez, obstáculos intransponíveis à realização de seus sonhos e à concretização de seus projetos de vida. Em suma, com essa conotação as ações afirmativas atuariam como mecanismo de incentivo à educação e ao aprimoramento de jovens integrantes de grupos minoritários, que invariavelmente assistem ao bloqueio de seu potencial de inventividade, de criação e de motivação ao aprimoramento e ao crescimento individual, vítimas das sutilezas de um sistema jurídico, político, econômico e social concebido para mantê-los em situação de excluídos.

3. A problemática constitucional

As ações afirmativas situam-se no cerne do debate constitucional contemporâneo, e interferem em questões que remontam à própria origem da democracia moderna, suscitando questionamentos acerca de temas fundamentais do modelo de organização política preponderante no hemisfério ocidental. A presente reflexão não visa a examinar com profundidade esses temas. Sobre eles faremos, portanto, apenas *un tour d’horizon*. Vejamos.

As ações afirmativas suscitam, em primeiro lugar, o debate crucial acerca da destinação dos recursos públicos. Recursos, frise-se, escassos por definição. O Estado Moderno, como se sabe, resulta do imperativo iluminista de que o conjunto dos recursos da Nação deve ser convertido em prol do interesse de todos, do bem-estar geral da coletividade (“*The Welfare of the Nation*”, “*Der Wohlstand*”). A História e o Direito Comparado aí estão para nos fornecer algumas pistas e nos alertar contra o perigo da inércia nesse domínio. Com efeito, é até enfadonho lembrar que a ruptura brutal com o *ancien régime* se materializou precisamente na abolição dos privilégios que, por lei, eram atribuídos a certas classes de cidadãos. A Democracia que se seguiu, sobretudo na concepção ulterior que deu margem ao surgimento do Estado de bem-estar social, tem como um dos seus pilares a tentativa de distribuição equânime e generalizada dos recursos originários do labor coletivo.

Por outro lado, não se deve perder de vista que a amoldagem do atual Estado promovedor (uma realidade quase universal) é em grande parte tributária desse rigoroso zelo que as verdadeiras democracias têm para com o correto manuseio de recursos públicos. De fato, questões-chave do constitucionalismo moderno derivam dessa matriz: qual seria o “propósito legítimo” do dispêndio de recursos nacionais? Em que medida se pode questionar a constitucionalidade de certos programas governamentais à luz da exata relação deles extraível entre

dispêndio de recursos públicos e incremento do bem-estar coletivo? Até que ponto pode o órgão representante da Nação compelir atores públicos e privados beneficiários desses recursos a se conformarem às regras de equidade ínsitas a toda e qualquer democracia? Das múltiplas respostas a essas questões, como se sabe, emergiu o Estado interventivo e regulador e o seu corolário – o Estado de Bem-Estar Social.

Ora, o País que ignora essas noções básicas e reserva a uma pequena minoria os instrumentos de aprimoramento humano aptos a abrir as portas à prosperidade e ao bem-estar individual e coletivo, e, além disso (e também em consequência disso), adota, ainda que informalmente, uma política de emprego impregnada de visível e insuportável hierarquização social, pratica nada mais nada menos do que uma nova forma de tirania.

Sim, é disso que se trata. Uma “tirania legal”, eis que formalmente ancorada em normas emanadas dos órgãos legislativos e executada por órgãos que supostamente encarnam a soberania popular. No caso brasileiro, não é preciso muito esforço para se convencer disso. Vejamos. No estado atual das coisas, a exclusão social de que os negros são as principais vítimas no Brasil deriva de alguns fatores, entre os quais figura o esquema perverso de distribuição de recursos públicos em matéria de educação. A Educação é a mais importante entre as diversas prestações que o indivíduo recebe ou tem legítima expectativa de receber do Estado. Trata-se, como se sabe, de um bem escasso. O Estado alega não poder fornecê-lo a todos na forma tida como ideal, isto é, em caráter universal e gratuito. No entanto, esse mesmo Estado que se diz impossibilitado de fornecer a todos esse bem indispensável institucionaliza mecanismos sutis por meio dos quais proporciona às classes privilegiadas aquilo que alega não poder oferecer à generalidade dos cidadãos. Com efeito, o Estado *financia*, com recursos que deveriam ser canalizados a instituições públicas de

acesso universal, a educação dos filhos das classes de maior poder aquisitivo, por meio de diversos mecanismos. Isso se dá principalmente por meio da *renúncia fiscal* de que são beneficiárias as escolas privadas altamente seletivas e excludentes. Certo, não seria justo negar às elites (supostas ou verdadeiras) o direito de matricular os seus filhos em escolas seletivas, onde eles se sentem “chez eux”, longe da “populace”. O direito de escolher uma educação “diferenciada” para os filhos constitui, a nosso sentir, uma liberdade fundamental a ser garantida pelo Estado. O que é questionável é o compartilhamento do custo desse “luxo” com toda a coletividade: por meio dos tributos de que essas escolas são isentas, das subvenções diversas que lhes são passadas pelos Governos das três esferas políticas, pelo abatimento das respectivas despesas no montante devido a título de imposto de renda! Esses são alguns dos elementos que compõem a formidável “machine à exclure” que tem nos negros as suas vítimas preferenciais. Essa forma de “exclusão orquestrada e disciplinada pela lei” produz o extraordinário efeito de contrapor, de um lado, a escola pública, republicana, aberta a todos, que deveria oferecer ensino de boa qualidade a pobres e ricos, a uma escola privada, elitista, discriminatória e... *largamente financiada com recursos que deveriam beneficiar a todos*. Esse é o primeiro aspecto da exclusão.

O segundo aspecto ocorre na seleção ao ensino superior. Aí todos já sabem: os papéis se invertem. O ensino superior de qualidade no Brasil está quase inteiramente nas mãos do Estado. E o que faz o Estado nesse domínio? Institui um mecanismo de seleção que vai justamente propiciar a exclusividade do acesso, sobretudo aos cursos de maior prestígio e aptos a assegurar um bom futuro profissional, àqueles que se beneficiaram do processo de exclusão acima mencionado, isto é, os financeiramente bem aquinhoados. O vestibular, esse mecanismo intrinsecamente inútil sob a ótica do aprendizado, não tem outro objetivo que não o de

“excluir”. Mais precisamente, o de excluir os socialmente fragilizados, de sorte a permitir que os recursos públicos destinados à educação (canalizados tanto para as instituições públicas quanto para as de caráter comercial, como já vimos) sejam gastos não em prol de todos, mas para benefício de poucos. Em suma, trata-se de uma subversão total de um dos princípios informadores do Estado moderno, sintetizado de forma lapidar em feliz expressão cunhada pela Corte Suprema dos EUA: “*the power of Congress to authorize expenditure of public moneys for public purposes*”.

Essa é, pois, a chave para se entender por que existem tão poucos negros nas universidades públicas brasileiras, e quase nenhum nos cursos de maior prestígio e demanda: os recursos públicos são canalizados preponderantemente para as classes mais afluentes,^{14, 15} restando aos pobres (que são majoritariamente negros) “as migalhas” do sistema.

Esse o aspecto perverso do sistema educacional brasileiro. Os negros são suas principais vítimas. E esse é, sem dúvida, um problema constitucional de primeira grandeza, pois nos remete à noção primitiva de democracia, a saber: em que, por quem e em benefício de quem são despendidos os recursos financeiros da Nação.

Agir “afirmativamente” significa ter consciência desses problemas e tomar decisões coerentes com o imperativo indeclinável de remediá-los. Além da vontade política, que é fundamental, é preciso colocar de lado o formalismo típico da nossa praxis jurídico-institucional e entender que a questão é de vital importância para a legítima aspiração de todos de que um dia o País se subtraia ao opróbrio internacional a que sempre esteve confinado, e ocupe o espaço, a posição e o respeito que a sua história, o seu povo, suas realizações e o seu peso político e econômico recomendam.

No plano estritamente jurídico (que se subordina, a nosso sentir, à tomada de consciência assinalada nas linhas anteriores), o

Direito Constitucional vigente no Brasil é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional.

A questão se coloca, é claro, no terreno do princípio constitucional da igualdade. Esse princípio, porém, comporta várias vertentes.

*Igualdade formal ou procedimental x
igualdade de resultados ou material*

O cerne da questão reside em saber se na implementação do princípio constitucional da igualdade o Estado deve assegurar apenas uma certa “neutralidade processual” (*procedural due process of law*) ou, ao contrário, se sua ação deve-se encaminhar de preferência para a realização de uma “igualdade de resultados” ou igualdade material. A teoria constitucional clássica, herdeira do pensamento de Locke, Rousseau e Montesquieu, é responsável pelo florescimento de uma concepção meramente formal de igualdade – a chamada igualdade perante a lei. Trata-se em realidade de uma igualdade meramente “processual” (*process-regarding equality*). As notórias insuficiências dessa concepção de igualdade conduziram paulatinamente à adoção de uma nova postura, calcada não mais nos meios que se outorgam aos indivíduos num mercado competitivo, mas nos resultados efetivos que eles podem alcançar. Resumindo singelamente a questão, diríamos que as nações que historicamente se apegaram ao conceito de igualdade formal são aquelas onde se verificam os mais gritantes índices de injustiça social, eis que, em última análise, fundamentar toda e qualquer política governamental de combate à desigualdade social na garantia de que todos terão acesso aos mesmos “instrumentos” de combate corresponde, na prática, a assegurar a perpetuação da desigualdade. Isso porque essa “opção processual” não leva em conta aspectos importantes que antecedem à entrada dos indivíduos no mercado competitivo.

Já a chamada “igualdade de resultados” tem como nota característica exatamente a preocupação com os fatores “externos” à luta competitiva – tais como classe ou origem social, natureza da educação recebida –, que têm inegável impacto sobre o seu resultado¹⁶.

Vários dispositivos da Constituição brasileira de 1988 revelam o repúdio do constituinte pela igualdade “processual” e sua opção pela concepção de igualdade dita “material” ou “de resultados”.

Assim, por exemplo, os artigos 3º, 7º-XX, 37-VIII e 170 dispõem:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, *justa e solidária*;

(...)

III – *erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais*”.

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da *justiça social*, observados os seguintes princípios:

(...)

VII – *redução das desigualdades regionais e sociais*(...)

IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”¹⁷.

“Art. 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XX – Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;”

“Art. 37 (...)

VIII – A lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”.

É patente, pois, a maior preocupação do legislador constituinte originário com os direitos e garantias fundamentais, bem como com a questão da igualdade, especialmente a implementação da igualdade substancial. Flávia Piovesan assinala como símbolo dessa preocupação “(a) a ‘topografia’ de destaque que recebe este grupo de direitos (fundamentais) e deveres em relação às Constituições anteriores; (b) a elevação, à ‘cláusula pétrea’, dos direitos e garantias individuais (art. 60, § 4º, IV); (c) o aumento dos bens merecedores de tutela e da titularidade de novos sujeitos de direito (‘coletivo’), tudo comparativamente às Cartas antecedentes”¹⁸. Some-se a isso a previsão expressa, em sede constitucional, da igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I) e, em alguns casos, da permissão expressa para utilização das ações afirmativas, com o intuito de implementar a igualdade, tais como o artigo 37, VIII (reserva de cargos e empregos públicos para pessoas portadoras de deficiência), e art. 7º, XX (“proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”).

Vê-se, portanto, que a Constituição Brasileira de 1988 não se limita a proibir a discriminação, afirmando a igualdade, mas permite, também, a utilização de medidas que efetivamente implementem a igualdade material. E mais: tais normas propiciadoras da implementação do princípio da igualdade se acham precisamente no Título I da Constituição, o que trata dos Princípios Fundamentais da nossa República, isto é, cuida-se de normas que informam todo o sistema constitucional, comandando a correta interpretação de outros dispositivos constitucionais. Como bem sustentou a ilustre Professora de Direito Constitucional da PUC de Minas Gerais, Carmen Lúcia Antunes Rocha, “a Constituição Brasileira de 1988 tem, no seu preâmbulo, uma declaração que apresenta um momento novo no constitucionalismo pátrio: a idéia de que não se tem a democracia social, a justiça social, mas que o Direito foi ali elaborado para que se che-

gue a tê-las (...) O princípio da igualdade resplandece sobre quase todos os outros acolhidos como pilstras do edifício normativo fundamental alicerçado. É guia não apenas de regras, mas de quase todos os outros princípios que informam e conformam o modelo constitucional positivado, sendo guiado apenas por um, ao qual se dá a servir: o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da Constituição da República)¹⁹. E prossegue a ilustre jurista, fazendo alusão expressa aos dispositivos constitucionais acima transcritos: “Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – *construir, erradicar, reduzir, promover* – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional. E todos os objetivos contidos, especialmente, nos três incisos acima transcritos do art. 3º, da Lei Fundamental da República, traduzem exatamente mudança para se chegar à igualdade. Em outro dizer, a expressão normativa constitucional significa que a Constituição determina uma mudança do que se tem em termos de condições sociais, políticas, econômicas e regionais, exatamente para se alcançar a realização do valor supremo a fundamentar o Estado Democrático de Direito constituído. Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos. Pois daqui para a frente, nas novas leis e comportamentos regulados pelo Direito, apenas seriam impedidas manifestações de preconceitos ou cometimentos discriminatórios. Mas como mudar, então, tudo o que se tem e se sedimentou na história política, social e econômica nacional? Somente a *ação afirmativa*, vale dizer, a atuação transformadora, igualadora pelo e se-

gundo o Direito possibilita a verdade do princípio da igualdade, para se chegar à igualdade que a Constituição Brasileira garante como direito fundamental de todos. O art. 3º traz uma declaração, uma afirmação e uma determinação em seus dizeres. Declara-se, ali, implícita, mas claramente, que a República Federativa do Brasil não é livre, porque não se organiza segundo a universalidade desse pressuposto fundamental para o exercício dos direitos, pelo que, não dispondo todos de condições para o exercício de sua liberdade, não pode ser justa. Não é justa porque plena de desigualdades anti-jurídicas e deploráveis para abrigar o mínimo de condições dignas para todos. E não é solidária porque fundada em preconceitos de toda sorte (...) O inciso IV, do mesmo art. 3º, é mais claro e afinado, até mesmo no verbo utilizado, com a ação afirmativa. Por ele se tem ser um dos objetivos fundamentais *promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*. Verifica-se, então, que não se repetiu apenas o mesmo modelo principiológico que adotaram constituintes anteriormente atuantes no país. Aqui se determina agora uma *ação afirmativa*: aquela pela qual se promova o bem de todos, *sem preconceitos (de) quaisquer...formas de discriminação*. Significa que se universaliza a igualdade e promove-se a igualação: somente com uma conduta ativa, positiva, afirmativa, é que se pode ter a transformação social buscada como objetivo fundamental da República. Se fosse apenas para manter o que se tem, sem figurar o passado ou atentar à história, teria sido suficiente, mais ainda, teria sido necessário, tecnicamente, que apenas se estabelecesse ser objetivo manter a igualdade sem preconceitos etc. Não foi o que pretendeu a Constituição de 1988. Por ela se buscou a mudança do conceito, do conteúdo, da essência e da aplicação do princípio da igualdade jurídica, com relevo dado à sua imprescindibilidade para a transformação da sociedade, a fim de se chegar a seu modelo livre, justa e solidária. Com pro-

moção de mudanças, com a adoção de condutas ativas, com a construção de novo figurino sócio-político é que se movimenta no sentido de se recuperar o que de equivocados antes se fez (ROCHA, op. cit. p. 93).

Essa, portanto, é a concepção moderna e dinâmica do princípio constitucional da igualdade, a que conclama o Estado a deixar de lado a passividade, a renunciar à sua suposta neutralidade e a adotar um comportamento ativo, positivo, afirmativo, quase militante, na busca da concretização da igualdade substancial.

Note-se, mais uma vez, que esse tipo de comportamento estatal não é estranho ao Direito brasileiro pós-Constituição de 1988. Ao contrário, a imprescindibilidade de medidas corretivas e redistributivas visando a mitigar a agudeza da nossa “questão social” já foi reconhecida em sede normativa, por meio de leis vocacionadas a combater os efeitos nefastos de certas formas de discriminação. Nesse sentido, é importante frisar, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa. Não obstante tratar-se de experiências ainda tímidas quanto ao seu alcance e amplitude, o importante a ser destacado é o fato da acolhida desse instituto jurídico em nosso Direito.

4. Ação afirmativa e relações de gênero

A discriminação de gênero, fruto de uma longa tradição patriarcal que não conhece limites geográficos tampouco culturais, é do conhecimento de todos os brasileiros. Entre nós, o *status* de inferioridade da mulher em relação ao homem foi por muito tempo considerado como algo *qui va de soi*, normal, decorrente da própria “natureza das coisas”. A tal ponto que essa inferioridade era materializada expressamente na nossa legislação civil.

A Constituição de 1988 (art. 5º, I) não apenas aboliu essa discriminação chancelada pelas leis, mas também, por meio dos diversos dispositivos antidiscriminatórios já mencionados, permitiu que se buscassem

mecanismos aptos a promover a igualdade entre homens e mulheres. Assim, com vistas a minimizar essa flagrante desigualdade existente em detrimento das mulheres, nasceu, entre nós, a modalidade de ação afirmativa hoje corporificada nas leis 9.100/95 e 9.504/97, que estabeleceram cotas mínimas de candidatas mulheres para as eleições²⁰.

As mencionadas leis representam, em primeiro lugar, o reconhecimento pelo Estado de um fato inegável: a existência de discriminação contra as brasileiras, cujo resultado mais visível é a exasperante sub-representação feminina em um dos setores-chave da vida nacional – o processo político. Com efeito, o legislador ordinário, consciente de que em toda a história política do país foi sempre desprezível a participação feminina, resolveu remediar a situação por meio de um corretivo que nada mais é do que uma das muitas técnicas por meio das quais, em direito comparado, são concebidas e implementadas as ações afirmativas: o mecanismo das cotas.

As Leis 9.100/95 e 9.504/97 tiveram a virtude de lançar o debate em torno das ações afirmativas e, sobretudo, de tornar evidente a necessidade premente de se implementar de maneira efetiva a isonomia em matéria de gênero em nosso país. As cotas de candidaturas femininas constituem apenas o primeiro passo nesse sentido. Se é certo que é preciso tempo para se fazer avaliações mais seguras acerca da sua eficácia como medida de transformação social, não há dúvida de que já se anunciam alguns resultados alvissareiros, como o incremento significativo, em termos globais, da participação feminina nas instâncias de poder²¹.

Assim, as mencionadas leis consagram a recepção definitiva pelo Direito brasileiro do princípio da ação afirmativa. Ainda que limitada a uma forma específica de discriminação, o fato é que essa política social ingressou nos “*moeurs politiques*” da Nação, uma vez que foi aplicada sem contestação em dois pleitos eleitorais.

5. Ação afirmativa e portadores de deficiência

O mesmo princípio também vem sendo adotado pela legislação que visa a proteger os direitos das pessoas portadoras de deficiência física.

Com efeito, a Constituição Brasileira, em seu artigo 37, VIII, prevê expressamente a reserva de vagas para deficientes físicos na administração pública. Nesse caso, a permissão constitucional para adoção de ações afirmativas em relação aos portadores de deficiência física é expressa. Daí a iniciativa do legislador ordinário, materializada nas leis 7.835/89 e 8.112/90, que regulamentaram o mencionado dispositivo constitucional. De fato, a Lei 8.112/90 (Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis da União) estabelece em seu art. 5º, § 2º, que “às pessoas portadoras de deficiência é assegurado o direito de se inscrever em concurso público para provimento de cargo cujas atribuições sejam compatíveis com a deficiência de que são portadoras; para tais pessoas serão reservadas até 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas no concurso”.

Comentando o dispositivo transcrito, Mônica de Melo, com muita propriedade, afirma:

“Desta forma, qualquer concurso público que se destine a preenchimento de vagas para o serviço público federal deverá conter em seu edital a previsão das vagas reservadas para os portadores de deficiência. Note-se que o artigo fala em até 20% (vinte por cento) das vagas, o que possibilita uma reserva menor e o outro requisito legal é que as atribuições a serem desempenhadas sejam compatíveis com a deficiência apresentada. Há entendimentos no sentido de que 10% (dez por cento) das vagas seriam um percentual razoável, à medida que no Brasil haveria 10% de pessoas portadoras de deficiência, segundo

dados da Organização Mundial de Saúde”(1998).

Essa outra modalidade de “discriminação positiva” tem recebido o beneplácito do Poder Judiciário. Com efeito, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça já tiveram oportunidade de se manifestar favoravelmente sobre o tema, *verbis*:

“Emenda

Sendo o art. 37, VII, da CF, norma de eficácia contida, surgiu o art. 5º, § 2º, do novel Estatuto dos Servidores Públicos Federais, a toda evidência, para regulamentar o citado dispositivo constitucional, a fim de lhe proporcionar a plenitude eficaz. Verificasse, com toda a facilidade, que o dispositivo da lei ordinária definiu os contornos do comando constitucional, assegurando o direito aos portadores de deficiência de se inscreverem em concurso público, ditando que os cargos providos tenham atribuições compatíveis com a deficiência de que são portadores e, finalmente, estabelecendo um percentual máximo de vagas a serem a eles reservadas. Dentro desses parâmetros, fica o administrador com plena liberdade para regular o acesso dos deficientes aprovados no concurso para provimento de cargos públicos, não cabendo prevalecer diante da garantia constitucional, o alijamento do deficiente por não ter logrado classificação, muito menos por recusar o decisum afrontado que não tenha a norma constitucional sido regulamentada pelo dispositivo da lei ordinária, tão-só, por considerar não ter ela definido critérios suficientes. Recurso provido com a concessão da segurança, a fim de que seja oferecida à recorrente vaga, dentro do percentual que for fixado para os deficientes, obedecida, entre os deficientes aprovados, a ordem de classificação se for o caso”. (RMS 3.113-6/DF, 6ª T., 06.12.1994, cujo Relator foi o Min. Pedro Acioli)

“Concurso Público e Vaga para Deficientes

Por ofensa ao art. 37, VIII, da CF (“a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão”), o Tribunal deu provimento a recurso extraordinário para reformar acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que negara a portadora de deficiência o direito de ter assegurada uma vaga em concurso público ante a impossibilidade aritmética de se destinar, dentre as 8 vagas existentes, a reserva de 5% aos portadores de deficiência física (LC 9/92 do Município de Divinópolis). O Tribunal entendeu que, na hipótese de a divisão resultar em número fracionado — não importando que a fração seja inferior a meio —, impõe-se o arredondamento para cima.

RE 227.299-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 14.6.2000. (RE-227299)”

Como se vê, a destinação de um percentual de vagas no serviço público aos deficientes físicos não viola o princípio da isonomia. Em primeiro lugar, porque a deficiência física de que essas pessoas são portadoras traduz-se em uma situação de nítida desvantagem em seu detrimento, fato esse que deve ser devidamente levado em conta pelo Estado, no cumprimento do seu dever de implementar a igualdade material. Em segundo, porque os deficientes físicos se submetem aos concursos públicos, devendo necessariamente lograr aprovação. A reserva de vagas, portanto, representa uma entre as diversas técnicas de implementação da igualdade material, consagração do princípio bíblico segundo o qual deve-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Pois bem. Se esse princípio é plenamente aceitável (inclusive na esfera jurisdicional, como vimos) como mecanismo de combate a uma das múltiplas formas de discriminação, da mesma forma ele haverá de ser

aceito para combater aquela que é a mais arraigada forma de discriminação entre nós, a que tem maior impacto social, econômico e cultural – a discriminação de cunho racial. Isso porque os princípios constitucionais mencionados anteriormente são vocacionados a combater toda e qualquer disfunção social originária dos preconceitos e discriminações incrustados no imaginário coletivo, vale dizer, os preconceitos e discriminação de fundo histórico e cultural. Não se trata de princípios de aplicação seletiva, bons para curar certos males, mas inadaptados a remediar outros.

6. Ação afirmativa e Direito Internacional dos Direitos Humanos

O problema aqui tratado, como se sabe, transcende o Direito interno brasileiro e envolve o Direito Internacional, especialmente o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ele traduz à perfeição o fenômeno que Hélène Tourard com muita propriedade classificou como “*l’internationalisation des constitutions*”²².

Com efeito, não obstante as divergências doutrinárias e jurisprudenciais que pairam sobre o assunto, não podemos deixar de consignar a contribuição trazida à matéria por uma avançada inteligência do artigo 5º da Constituição de 1988, que em seus parágrafos 1º e 2º traz disposições importantíssimas para a efetiva implementação dos direitos e garantias fundamentais. Com efeito, o parágrafo 1º estabelece que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata no país. Já o parágrafo 2º dispõe que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como resultado da conjugação do § 1º com o § 2º do artigo 5º do texto constitucional, uma interpretação sistemática da Cons-

tuição nos conduz à constatação de que estamos diante de normas da mais alta relevância para a proteção dos direitos humanos (e, conseqüentemente, dos direitos das minorias) no Brasil, quais sejam: os tratados internacionais de direitos humanos, que, segundo o dispositivo citado, têm aplicação imediata no território brasileiro, necessitando apenas de ratificação.

Com efeito, esse é o ensinamento que colhemos em dois dos nossos mais eruditos *scholars*, especialistas na matéria, os Professores Antônio Augusto Cançado Trindade²³ e Celso de Albuquerque Mello, *verbis*:

“O disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Brasileira de 1988 se insere na nova tendência de Constituições latino-americanas recentes de conceder um tratamento especial ou diferenciado também no plano do direito interno aos direitos e garantias individuais internacionalmente consagrados. A especificidade e o caráter especial dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos encontram-se, com efeito, reconhecidos e sancionados pela Constituição Brasileira de 1988: se, para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar a suas disposições vigência ou obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte os direitos fundamentais neles garantidos passam, consoante os artigos 5º, § 2º e 5º, § 1º, da Constituição Brasileira de 1988, a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno” (TRINDADE, 1996).

“A Constituição de 1988 no § 2º do art. 5º constitucionalizou as normas de direitos humanos consagra-

das nos tratados. Significando isto que as referidas normas são normas constitucionais, como diz Flávia Piovesan citada acima. Considero esta posição já como um grande avanço. Contudo sou ainda mais radical no sentido de que a norma internacional prevalece sobre a norma constitucional, mesmo naquele caso em que uma norma constitucional posterior tente revogar uma norma internacional constitucionalizada. A nossa posição é a que está consagrada na jurisprudência e tratado internacional europeu de que se deve aplicar a norma mais benéfica ao ser humano, seja ela interna ou internacional. A tese de Flávia Piovesan tem a grande vantagem de evitar que o Supremo Tribunal Federal venha a julgar a constitucionalidade dos tratados internacionais”(MELLO, 1999. Ver também PIOVESAN, 1996).

Assim, à luz dessa respeitável doutrina, pode-se concluir que o Direito Constitucional brasileiro abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa a que já fizemos alusão, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país. Com efeito, o Brasil é signatário dos principais instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, os quais permitem expressamente a utilização das medidas positivas tendentes a mitigar os efeitos da discriminação.

De fato, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1968), ratificada pelo Brasil em 27 de março de 1968, dispõe em seu artigo 1º, nº 4, *verbis*:

“Art. 1º – 4. Não serão consideradas discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso adequa-

do de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos ou indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contanto que tais medidas não conduzam, em conseqüência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos”.

Dispositivo de igual teor também figura no artigo 4º da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), ratificada pelo Brasil em 1984, com reservas na área de direito de família, reservas essas que foram retiradas em 1994, *verbis*:

“Artigo 4º - 1. A adoção pelos Estados-partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como conseqüência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados”.

É, portanto, amplo e diversificado o respaldo jurídico às medidas afirmativas que o Estado brasileiro resolva empreender no sentido de resolver esse que talvez seja o mais grave de todos os nossos problemas sociais – o alijamento e a marginalização do negro na sociedade brasileira. A questão se situa, primeiramente, na esfera da Alta Política. Ou seja, trata-se de optar por um “*modèle de société, um choix politique*”, como diriam os juristas da escola francesa. No plano jurídico, não há dúvidas quanto à sua viabilidade, como se tentou demonstrar. Resta, tão somente, escolher os critérios, as modalidades e as técnicas adaptáveis à nossa realidade, cercando-as das devidas cautelas e salvaguardas.

7. Critérios, modalidades e limites das ações afirmativas

Ao debruçar-se sobre o tema, o Professor Joaquim Falcão sustentou que “se, por um lado, é tranqüila a constatação de que o princípio da igualdade formal é relativo e convive com diferenciações, nem todas as diferenciações são aceitas. A dificuldade é determinar os critérios a partir dos quais uma diferenciação é aceita como constitucional”²⁴. O autor apresenta solução ao problema, afirmando que a justificação²⁵ do estabelecimento da diferença seria uma condição *sine qua non* para a constitucionalidade da diferenciação, a fim de evitar a arbitrariedade. Essa justificação deve ter um conteúdo, baseado na razoabilidade, ou seja, num fundamento razoável para a diferenciação; na racionalidade, no sentido de que a motivação deve ser objetiva, racional e suficiente; e na proporcionalidade, isto é, que a diferenciação seja um reajuste de situações desiguais. Aliado a isso, a legislação infraconstitucional deve respeitar três critérios concomitantes para que atenda ao princípio da igualdade material: a diferenciação deve (a) decorrer de um comando-dever constitucional, no sentido de que deve obediência a uma norma programática que determina a redução das desigualdades sociais; (b) ser específica, estabelecendo claramente aquelas situações ou indivíduos que serão “beneficiados” com a diferenciação; e (c) ser eficiente, ou seja, é necessária a existência de um nexo causal entre a prioridade legal concedida e a igualdade socioeconômica pretendida²⁶. Entendimento semelhante é esposado por B. Renauld no artigo já mencionado: “*Trois éléments nous permettent de donner un contenu à la notion de discrimination positive telle qu’elle sera utilisée par la suite. Pour identifier une discrimination positive, il faut que l’on soit en présence d’un groupe d’individus suffisamment défini, d’une discrimination structurelle dont les membres de ce groupe sont victimes, et enfin d’un plan établissant des objectifs et définissant des moyens à mettre*

en oeuvre visant à corriger la discrimination envisagée. Selon les cas, le plan est adopté, voire imposé par une autorité publique ou est le fruit d'une initiative privée".

Sem dúvida, os critérios acima estabelecidos são um ótimo ponto de partida para o estabelecimento de ações afirmativas no Brasil. Porém, falta ao Direito brasileiro um maior conhecimento das modalidades e das técnicas que podem ser utilizadas na implementação de ações afirmativas. Entre nós, fala-se quase exclusivamente do sistema de cotas, mas esse é um sistema que, a não ser que venha amarrado a um outro critério inquestionavelmente objetivo²⁷, deve ser objeto de uma utilização marcadamente marginal.

Com efeito, o essencial é que o Estado reconheça oficialmente a existência da discriminação racial, dos seus efeitos e das suas vítimas, e tome a decisão política de enfrentá-la, transformando esse combate em uma política de Estado. Uma tal atitude teria o saudável efeito de subtrair o Estado brasileiro da ambigüidade que o caracteriza na matéria: a de admitir que existe um problema racial no país e ao mesmo tempo furtar-se a tomar medidas sérias no sentido de minorar os efeitos sociais dele decorrentes.

Em segundo lugar, é preciso ter clara a idéia de que a solução ao problema racial não deve vir unicamente do Estado. Certo, cabe ao Estado o importante papel de impulsão, mas ele não deve ser o único ator nessa matéria. Cabe-lhe traçar as diretrizes gerais, o quadro jurídico à luz do qual os atores sociais poderão agir. Incumbe-lhe remover os fatores de discriminação de ordem estrutural, isto é, aqueles cancelados pelas próprias normas legais vigentes no país, como ficou demonstrado acima. Mas as políticas afirmativas não devem limitar-se à esfera pública. Ao contrário, devem envolver as universidades, públicas e privadas, as empresas, os governos estaduais, as municipalidades, as organizações governamentais, o Poder Judiciário etc.

No que pertine às técnicas de implementação das ações afirmativas, podem ser uti-

lizados, além do sistema de cotas, o método do estabelecimento de preferências, o sistema de bônus e os incentivos fiscais (como instrumento de motivação do setor privado). De crucial importância é o uso do poder fiscal, não como mecanismo de aprofundamento da exclusão, como é da nossa tradição, mas como instrumento de dissuasão da discriminação e de emulação de comportamentos (públicos e privados) voltados à erradicação dos efeitos da discriminação de cunho histórico.

Noutras palavras, ação afirmativa não se confunde nem se limita às cotas. Confira-se, sobre o tema, as judiciosas considerações feitas por Wania Sant'Anna e Marcello Paixão, no interessante trabalho intitulado "Muito Além da Senzala: Ação Afirmativa no Brasil", *verbis*:

"Segundo Huntley, 'ação afirmativa é um conceito que inclui diferentes tipos de estratégias e práticas. Todas essas estratégias e práticas estão destinadas a atender problemas históricos e atuais que se constata nos Estados Unidos em relação às mulheres, aos afro-americanos e a outros grupos que têm sido alvo de discriminação e, conseqüentemente, aos quais se tem negado a oportunidade de desenvolver plenamente o seu talento, de participar em todas as esferas da sociedade americana. (...) Ação afirmativa é um conceito que, usualmente, requer o que nós chamamos metas e cronogramas. Metas são um padrão desejado pelo qual se mede o progresso e não se confunde com cotas. Opositores da ação afirmativa nos Estados Unidos freqüentemente caracterizam metas como sendo cotas, sugerindo que elas são inflexíveis, absolutas, que as pessoas são obrigadas a atingi-las'.

A política de ação afirmativa não exige, necessariamente, o estabelecimento de um percentual de vagas a ser preenchido por um dado grupo da

população. Entre as estratégias previstas, incluem-se mecanismos que estimulem as empresas a buscarem pessoas de outro gênero e de grupos étnicos e raciais específicos, seja para compor seus quadros, seja para fins de promoção ou qualificação profissional. Busca-se, também, a adequação do elenco de profissionais às realidades verificadas na região de operação da empresa. Essas medidas estimulam as unidades empresariais a demonstrar sua preocupação com a diversidade humana de seus quadros.

Isto não significa que uma dada empresa deva ter um percentual fixo de empregados negros, por exemplo, mas, sim, que esta empresa está demonstrando a preocupação em criar formas de acesso ao emprego e ascensão profissional para as pessoas não ligadas aos grupos tradicionalmente hegemônicos em determinadas funções (as mais qualificadas e remuneradas) e cargos (os hierarquicamente superiores). A ação afirmativa parte do reconhecimento de que a competência para exercer funções de responsabilidade não é exclusiva de um determinado grupo étnico, racial ou de gênero. Também considera que os fatores que impedem a ascensão social de determinados grupos estão imbricados numa complexa rede de motivações, explícita ou implicitamente, preconceituosas²⁸.

Por fim, no que diz respeito às cautelas a serem observadas, valho-me mais uma vez dos ensinamentos da Prof. Carmem Lúcia Antunes Rocha²⁹, *verbis*:

“É importante salientar que não se quer verem produzidas novas discriminações com a ação afirmativa, agora em desfavor das maiorias, que, sem serem marginalizadas historicamente, perdem espaços que antes detinham face aos membros dos grupos afirmados pelo princípio igualador no

Direito. Para se evitar que o extremo oposto sobreviesse é que os planos e programas de ação afirmativa adotados nos Estados Unidos e em outros Estados primaram sempre pela fixação de percentuais mínimos garantidores da presença das minorias que por eles se buscavam igualar, com o objetivo de se romperem preconceitos contra elas ou pelo menos propiciarem-se condições para a sua superação em face da convivência juridicamente obrigada. Por ela, a maioria teria que se acostumar a trabalhar, a estudar, a se divertir etc. com os negros, as mulheres, os judeus, os orientais, os velhos etc., habituando-se a vê-los produzir, viver, sem inferioridade genética determinada pelas suas características pessoais resultantes do grupo a que pertencessem. Os planos e programas das entidades públicas e particulares de ação afirmativa deixam sempre à disputa livre da maioria a maior parcela de vagas em escolas, empregos, em locais de lazer etc., como forma de garantia democrática do exercício da liberdade pessoal e da realização do princípio da não discriminação (contido no princípio constitucional da igualdade jurídica) pela própria sociedade”.

Notas

¹ Veja-se a bem elaborada e exaustiva monografia de Guilherme Machado Dray (1999).

² V. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 15/85, p. 86.

³ V. especialmente a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial (1965); a Convenção da ONU sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966).

⁴ Ainda que timidamente, as elites dirigentes brasileiras começam a se expressar publicamente a respeito da urgente necessidade de se enfrentar com responsabilidade e consequência o problema racial brasileiro. Cogita-se, veladamente, nos círculos governamentais, da introdução de uma ou outra forma de ação afirmativa. Num brilhante artigo recentemente publicado, ninguém menos do que o Vice-Presidente da República, Marco Maciel, abordou de maneira corajosa e apropriada a questão. Disse S. Exa: “As formas ostensivas e disfarçadas de racismo que permeiam nossa sociedade há séculos sob a complacência geral e a indiferença de quase todos são parte dessa obra inacabada, inconclusa, de cujos efeitos somos responsáveis. A riqueza da diversidade cultural brasileira não serviu, em termos sociais, senão para deleite intelectual de alguns e demonstração de ufanismo de muitos. Terminamos escravos do preconceito, da marginalização, da exclusão social e da discriminação que caracterizam o dualismo social e econômico do Brasil. É chegada a hora de resgatarmos esse terrível débito que não se inscreve apenas no passivo da discriminação étnica, mas sobretudo no da quimérica igualdade de oportunidades virtualmente asseguradas por nossas constituições aos brasileiros e aos estrangeiros que vivem em nosso território (...). O Brasil terá de convencer-se de que os negros e seus descendentes deixarão de ser minoria no próximo século, pois já representam maioria em três das cinco regiões brasileiras (...). Vencer o preconceito que se generalizou e tornar evidente o débito de sucessivas gerações de brasileiros para com a herança da escravidão que se transformou em discriminação são apenas parte do desafio. Se vamos consegui-lo com o sistema de quotas compulsórias no mercado de trabalho e na universidade, como nos Estados Unidos, ou se vamos estabelecê-las também em relação à política, como acaba de fazer a lei eleitoral, com referência às mulheres, é uma incógnita que de antemão ninguém ousará responder. Não tenho dúvida de que se não tivesse havido discriminação econômica, não teria havido exclusão social. Sem uma e a outra a discriminação racial não teria encontrado o campo em que plantou raízes. O caminho da ascensão social, da igualdade jurídica, da participação política, terá de ser cimentado pela igualdade econômica que, em nosso caso, implica o fim da discriminação dos salários, maiores oportunidades de emprego e participação na vida pública (...)” (*Folha de São Paulo*, p. A-3, 18 nov. 2000).

⁵ A esse respeito, confira-se a definição de discriminação extraída da decisão “Andrews”, proferida pela Corte Suprema do Canadá: *discrimination est “une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles*

d’un individu ou d’un groupe d’individus, qui a pour effet d’imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres membres de la société”. (Corte Suprema do Canadá, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 2-2-89, RCS, p. 143, *Dominion Law Reports*, 56, 4d, p. 1).

⁶ Ver Bergman (1996), Caplan (1997), Rosenfeld (1991), Urofsky (1991), Bowen (1998), Gunther (1997), Tribe (1988), Lockhart (1995), O’Brien (1997), Carter (1991), Crenshaw (1995), Harris (1994), Hellman (1998), Higginbotham Junior (1996), Issacharoff ([19- -]), Kostka (1996), Liu (1998), Reskin (1998), Abraham (1999), Strum (1996), Stephanopoulos (1995), Mishkin ([19- -]), Beaud (1984), Shmidt (1987).

⁷ V. Bernardette Renaud (1997).

⁸ Para um tratamento da questão de minorias na perspectiva do Direito Internacional, veja-se Gabi Wucher (1999).

⁹ V. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica. *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 15/96; veja-se igualmente, numa perspectiva mais ampla, o excelente *paper*. A constituição aberta e atualidades dos direitos fundamentais do homem”, de Carlos Roberto de Siqueira Castro, tese de concurso público de titularidade na Faculdade de Direito da UERJ, Rio de Janeiro, 1995, ainda não publicado; Wania Sant’Anna e Marcello Paixão, Muito além da senzala: ação afirmativa no Brasil.

¹⁰ V. ROCHA Carmen Lúcia Antunes., Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 15/85.

¹¹ V. American Apartheid - Massey & Denton, 1993; America Unequal - Danziger & Gottschalk, 1995.

¹² Nos primeiros dias de novembro de 2000, precisamente no momento em que concluíamos a elaboração deste *paper*, o Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso anunciou, em atitude inédita na nossa história jurídico-política, uma medida que se enquadra perfeitamente nessa modalidade de ação afirmativa: a nomeação da juíza Ellen Gracie Northfleet para o cargo de Ministra do Supremo Tribunal Federal, uma decisão tardia e que seguramente jamais se teria concretizado sem o esforço “afirmativo” do Chefe de Estado e de alguns dos seus colaboradores e interlocutores do meio jurídico, ou seja, pessoas que, a par da formação jurídica clássica, são dotadas de uma “longue vue” e perceberam que seria insustentável, a médio prazo, a discriminação “oficiosa” de que ainda são vítimas as mulheres no aparelho judiciário.

rio brasileiro: não obstante constituírem quase a metade do contingente total de juizes do país, elas exercem suas funções majoritariamente em primeira instância, umas poucas em segunda instância e há até bem pouco nenhuma nos Tribunais Superiores. Portanto, a nomeação da Juíza Northfleet pode vir a simbolizar o fim dessa “hierarquização oficial”, que é, como sabemos, uma clara submanifestação da discriminação. V. nota seguinte.

¹³ “Glass Ceiling” é a expressão utilizada pelos norte-americanos para designar as barreiras artificiais e invisíveis que obstaculizam o acesso de negros e mulheres qualificados a posições de poder e prestígio, limitando-lhes o crescimento e o progresso individual. O reconhecimento oficial da existência desses obstáculos artificiais se deu por ocasião da promulgação pelo Congresso do *Civil Rights Act* de 1991, que criou a “*Glass Ceiling Commission*”, um órgão consultivo de natureza colegiada, composto por 21 membros nomeados pelo Presidente da República e por líderes do Congresso, com a incumbência de identificar as barreiras invisíveis e propor medidas hábeis a criar oportunidades de acesso de minorias a posições de mando e prestígio na órbita econômica privada. A referida Comissão constatou que, apesar dos avanços obtidos graças ao movimento dos direitos civis, no ano de 1995, 97% dos cargos executivos superiores das 1000 maiores empresas relacionadas pela revista *Fortune* eram ocupados por pessoas brancas e do sexo masculino. Vale dizer, um índice injustificável sob qualquer critério, haja vista que 57% da força de trabalho americana compõe-se de representantes do sexo feminino ou de minorias, ou de ambos. V. Rosana Heringer, op. cit.

¹⁴ Confira-se, a esse respeito, a chocante declaração de um eminente professor da Faculdade de Direito da USP: “A Constituição dispõe que o ensino será ministrado com base no princípio da “igualdade de condições” para acesso e permanência na escola; no entanto, dando aulas há 28 anos na Faculdade de Direito da USP, para, em média, 250 alunos por ano, e tendo tido aproximadamente 7.000 alunos, *dou meu testemunho de que nem cinco eram negros!*” (Professor Antonio Junqueira de Azevedo. *Folha de São Paulo* de 15 nov. 1996, sp. 2-3).

¹⁵ Na linha da afirmação do ilustre Professor da USP (v. nota anterior), permitam-nos os leitores deste ensaio o acréscimo de uma imprópria observação de cunho pessoal: em vinte e cinco anos de contato ininterrupto com a ciência jurídica, onze deles em bancos de faculdades de Direito espalhadas por mais de um Continente, começando pela saudosa e querida UnB (1975-1982), tivemos oportunidade de constatar, em análise comparativa, a gravidade da situação brasileira. Nossas faculdades de Direito, notadamente as públicas, de boa

qualidade, são reduto exclusivo da elite branca. Raramente nelas se encontram negros nos quadros docente e discente. O estudante ou o “scholar” em busca de comportamentos e pontos de vista diversificados nelas não encontrarão um terreno fértil. Daí a indagação: não seria essa, no fundo, uma das explicações para a enorme distância existente entre o Direito ensinado nas nossas Universidades e o Direito que prevalece na realidade concreta? Não estaríamos criando, graças a essa clivagem social que tanto nos marca, aquilo que os franceses denominam “un Droit à deux vitesses”? Não seria o Direito ensinado em nossas faculdades vocacionado à perpetuação do “pensamento único”, já que é ministrado em ambiente infenso à pluralidade de pontos de vista tão inerente à própria idéia de “universidade”? Para efeito de análise comparativa, v. em nosso “Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade (2001) o anexo contendo tradução da decisão proferida pela Corte Suprema dos EUA no caso “*Regents of the University of California v. Bakke*”, bem como nossos comentários sobre essa seminal decisão.

¹⁶ Interessante sob o prisma da reflexão jurídica de natureza comparativa é a inteligência dada pela Corte Suprema do Canadá ao art. 15 da Carta de Direitos e Liberdades, de 1982, assim vazado: “La loi ne fait acception de personne et s’applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l’origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l’âge ou les déficiences mentales ou physiques”. No artigo supracitado, Bernadette Renauld nos dá conta do modo como a Corte Suprema do Canadá interpreta o princípio geral da igualdade, corporificado no artigo da Carta aqui transcrito, *verbis*: “Il ressort de l’arrêt *Andrews* que les droits garantis à l’article 15 de la Charte existent exclusivement au profit des groupes qui sont susceptibles d’être ou qui sont effectivement victimes de discrimination au sein de la société canadienne. Par là, la Cour interprète cette disposition non pas comme un droit général à l’égalité, mais bien comme une protection spécifique contre la discrimination au profit des groupes minorisés ou plus faibles. *Est discriminatoire une mesure qui aggrave la situation de groupes au détriment desquels existe dans la société une discrimination historique, sociétair ou systémique*”. Bernadette Renauld, op. cit. p. 456 (s/grifos).

¹⁷ Eis aí uma modalidade explícita de ação afirmativa, tendo como beneficiário não um indivíduo ou um grupo social, mas uma determinada categoria de empresa.

¹⁸ CUNHA, Elke Mendes e FRISONI, Vera Bolcioni Igualdade: extensão constitucional. *Cadernos*

de *Direito Constitucional e Ciência Política*. Ano 4, n. 16, p. 248-267, jul./set. 1996. (Citando as três importantes observações acerca da declaração de direitos da Constituição de 1988, feitas pela ilustre prof. Flávia Piovesan, em aula por esta proferida para o Concurso para Assistente-Mestre, cadeira de Direito Constitucional, Graduação Direito, PUC/SP, em dezembro de 1994).

¹⁹ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Ação afirmativa: o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica, *Revista Trimestral de Direito Público*. n. 15/96, p. 85.

²⁰ A Lei 9.100/95 expressamente instituiu o percentual mínimo de 20% de mulheres candidatas às eleições municipais do ano de 1996, com o objetivo de aumentar a representação das mulheres nas instâncias de poder. Posteriormente a Lei 9.504/97 aumentou o percentual para 30% (ficando definido um mínimo de 25%, transitariamente, em 1998), estendendo a medida às outras entidades componentes da Federação, e também ampliando em 50% o número das vagas em disputa.

²¹ Por exemplo, na esfera municipal, após as eleições de 1996, verificou-se um aumento de 111% das vereadoras eleitas em relação às eleições municipais anteriores. Assim, tomando-se como referência o ano de 1982, porque coincide com o início da abertura política no país, verifica-se que o percentual de vereadoras correspondia a 3,5% do total; em 1992, o índice situava-se na faixa dos 8%; e nas eleições de 1996, esse percentual passa a corresponder a 11% do total de representantes nas Câmaras Municipais.

²² V. TOURARD (2000), Steiner (2000), Trindade (1997), Mello (1994), Castro (1995), Piovesan (1996), sarlet (2000).

²³ Note-se, porém, que nesse ponto doutrina e jurisprudência divergem, eis que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm-se posicionado no sentido de que os tratados internacionais possuem, no nosso ordenamento jurídico, *status* de lei ordinária.

²⁴ FALCÃO, Joaquim de Arruda. Op. Cit. p. 302-310.

²⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, em “Desequiparações Proibidas, Desequiparações Permitidas”, afirma que “o que se tem que indagar para concluir se uma norma desatende a igualdade ou se convive bem com ela é o seguinte: *se o tratamento diverso outorgado a uns for justificável, por existir uma correlação lógica entre o fator de discrimen tomado em conta e o regramento que se lhe deu, a norma ou a conduta são compatíveis com o princípio da igualdade; se pelo contrário, inexistir esta relação de congruência lógica ou – o que ainda seria mais flagrante – se nem ao menos houvesse um fator de discrimen identificável, a norma ou a conduta serão incompatíveis com o princípio da igualdade*”.

²⁶ FALCÃO, Joaquim de Arruda. Op. Cit. p. 302-310.

²⁷ Cite-se, à guisa de exemplo, alguns planos de ação afirmativa que vêm sendo formulados na esfera dos Estados, instituindo cotas nas universidades estatais para alunos egressos das escolas públicas. Nesses casos, coexistem lado a lado: a) um critério objetivo (aluno de escola pública); b) a cota; c) um fator oculto: o fator racial. O fator oculto representa a maneira evasiva, fugidia, envergonhada, bem brasileira, de tratar da questão racial. Mas ninguém tem dúvida: a maioria esmagadora dos negros brasileiros estudam em escolas públicas. Portanto, eles serão os maiores beneficiários desses projetos. Daí a reação dos que tradicionalmente se beneficiaram da exclusão...

²⁸ Disponível em: www.ibase.org.br/paginas/wania.html

²⁹ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Op. Cit. p. 88.

Bibliografia

ABRAMAM, Morris B. affirmative action: fair shakers and social engineers. *Havard Law Review*. 99/1312.

BEAUD, Olivier. L' affirmative action aux États – Unis: une discrimination à rebours. *Revue Internationale de Droit Comparé*. n. 3, p. 503, 1984.

BERGMANN, Barbara. *Defense of affirmative action*. New York: Basic Books, 1996.

BOWER, Willian G.; Bok, Derek. *The shape of the river – long – tern consequences of considering race in college and university admissions*. Prince ton University, 1998.

CAPLAN, Lincoln. *Up against the law: affirmative action and the supreme court*. New York: the Twentieth Century Fund , 1997.

CARTER, Stephen. *Reflections of affirmative action baby*. New York: Basic Books, 1991.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *A constituição aberta e atualidades dos direitos do homem*. [S.L.: s.n.], 1995.

CRENSHAW, Kimberle et al. *Critical race theory: the Key writings that formed the moviment*. 1995.

DRAY, Guiherme Machado. *O princípio da igualdade no direito do trabalho*. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

- FREEMAN. Legitimizing racial discrimination through antidiscrimination law: a critical review of supreme court doctrine. *62 Minnesota Law Review* 1049, 1978.
- GLAZER, Nathan. Racial quotas. In: _____. *Racial preference and racial justice*. Washington: Ethics and public policy center, 1991.
- GUNTER, Gerald; SULLIVAN, Kathleen M. *Constitutional law*. The Foundation Press, 1988.
- HARRIS; Lucke; Narayan, Uma. Affirmative action and the myth of preferential treatment: a transformative critique of the terms of the affirmative action debate. *Havard Blackletter law Journal*, 1, 1994.
- HELLMAN, Deborah. Two types of discrimination: the familiar and the forgotten. *86 California law Review*, 311, 1998.
- HIGGINBOTHAM JÚNIOR, Leon. *Shades of freedom: racial politics and presumption of the american legal process*, 1996.
- ISSACHAROFF, Samuel. Backke in the admissions office and the courts: can affirmative actions be defended? *59 Ohio St. Louis Journal*, 669.
- KOSTKA, Ken. Higher Education, hopwod and homogeneity: preserving affirmative action and diversity in a scrertinizing society. *74 Denver University Law Review*. 256, 1996.
- LIU, Goodwin. Affirmative action in higher education. The diversity rationale and the compelling interestest. *33 Havard Civil Right-Civil liberties Review*, 381, 1998.
- LOCKART et al. *Constitutional law*. West Publishing. 1995.
- MELO, Mônica. O princípio da igualdade à luz das ações afirmativas: o enfoque da discriminação positiva. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciências Política*, ano 6, n. 25, out./dez. 1998.
- MELLO, Celso Antonio Albuquerque. *Direito constitucional internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- _____. O § 2º do art. 5º da constituição federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MISHKIN, Paul J. The uses of ambivalence: reflections on the supreme court and the constitutionality of affirmative action. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 131.
- O'Brien, David M. *Constitutional law and politics*. New York: W. W. Norton & Company, 1997. v. 2.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- _____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- RENAULD, Bernadette. Les discriminations positives. *Revue Trimestrielle des Droits de l'homme*, 1997.
- RESKIN, Barbara. Affirmative action in employment. Washington: American Sociological Association, 1997. Unpublished paper. Apud HERINGER, Rosana. *Addressing race inequalities in Brazil: lessons from the US*. Working Paper Series. n. 237. Washington: Latin American Program, 1999.
- ROSENFELD, Michel. *Affirmative action and justice*. New York: Oxford University, 1991.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.
- SHMIDT, Joana. La notion d'égalité dans la jurisprudence de la cour suprême des États-Unis d'Amérique. *Revue Internationale de Droit Comparé*, n. 1/43, 1987.
- STEINER, Henry J.; ALSTON, Philip. *International human rights in context*. Oxford: Oxford University, 2000.
- STEPHANOPOULOS, Georges; EDLY JUNIOR, Cristopher. *Affirmative action review: report to the president*. 1995.
- STRUM, Susan; GUINIER, Lani. Race – based remedies: rethinking the process of classification and evaluation: the future of affirmative action: the reclaiming the innovative ideal. *84 California Law Review*, 953, 1996.
- TOURAD, Hélène. *L'internationalisation des constitutions nationales*. Paris: LGDJ, 2000.
- TRINDADE, Antônio A. Cançado. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado, 1996.
- _____. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.
- VROFSKY, Melvin. *A conflict of rights: the supreme court and affirmative action*. New York: Scribners, 1991.
- WUCHER, Gabi. *Minorias: proteção internacional em prol da democracia*. São Paulo: Juarrez de Oliveira, 1999.

O ordenador de despesas e a Lei de Responsabilidade Fiscal

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

Sumário

1. A função de ordenar despesas. 2. Princípio da legalidade e a ordem ilegal. 3. Despesa Pública. 4. Nota de empenho. 5. Empenho e ato de contrair obrigação. 6. Empenho e dotação orçamentária. 7. Declaração do ordenador de despesa. 8. Adequação financeira. 9. Compatibilidade com o plano plurianual e com a LDO. 10. Dispensa da declaração do ordenador de despesa. 11. Omissão do ordenador de despesas em declarar. 12. Pagamento. 13. Pagamento antecipado. 14. Atos equivalentes a ordenar despesas. 14.1. Restos a pagar. 14.2. Atos equivalentes a operação de crédito. 14.3. Atos equivalentes a contrair obrigação. 14.4. Despesas decorrentes de operações de crédito. 14.5. Outros atos que geram aumentos na despesa. 15. Ordenador de despesas e atos do subordinado. 16. Excludente de responsabilidade do ordenador de despesas. 16.1. Ausência de alerta pelos tribunais de Contas. 16.2. Falha estrutural e a inexigibilidade de outra conduta. 16.3. Ausência de dolo. 16.4. Recursos de convênio ou de transferências. 16.5. No caso particular de Municípios. 17. Conclusões sobre ordenador de despesas.

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF –, o ordenador de despesas foi extremamente valorizado no aspecto da responsabilidade: exige a norma, como condição de validade de determinados atos, não só que ordene a despesa, mas que proceda previamente a análise dos fatores que ensejam ou não a sua regularidade e avalie ainda a compatibilidade do ato com o orçamento, com a lei de diretrizes orçamentárias

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes é Procurador do Ministério Público junto ao TCDF.

e com o plano plurianual. A LRF promove o ordenador de despesas de especialista em sistemas de pagamentos públicos em verdadeiro analista de finanças públicas.

Por esse motivo, investir na valorização e na formação desses profissionais passou a ser uma garantia para a boa imagem da própria entidade.

É consabido que o ordenador de despesas deve pautar seus atos tendo em conta três preceitos fundamentais do controle da despesa pública: legalidade, fidelidade funcional e cumprimento do programa de trabalho. Sob essa tríplice percepção, será abordada a aplicação da Lei de Responsabilidade Fiscal¹.

1. A função de ordenar despesa

Ordenador de despesas é o servidor público investido de autoridade e competência para emitir empenho e autorizar pagamentos².

A rigor não é o título de um cargo, pois pode ser exercido por um Diretor-Geral, Secretário-Geral, Diretor-Executivo, Presidente de órgão ou entidade. Contudo, pela natureza da função, é inscrito com esse título junto aos órgãos que gerem o sistema financeiro da entidade e também junto aos Tribunais de Contas, no chamado rol de responsáveis.

O ordenador de despesas deve sempre ser um servidor público, ocupante de cargo público – titular de cargo de confiança com ou sem vínculo efetivo – ou empregado público. Aliás, é importante notar que constituem aberrações administrativas nomear agente político – integrante da magistratura, do Ministério Público ou do parlamento – para exercer cargo de confiança administrativo ou, mais grave ainda, ser ordenador de despesas. O Direito não pode dar garantias de vitaliciedade e inamovibilidade, no caso de juízes e promotores, e depois nulificar essas garantias apenas pela ambição de maior remuneração desses agentes. Cargo de confiança é para ser exercido por servidor público que fica sujeito ao estatuto pró-

prio desses servidores e nunca a LOMAN ou LONMP. Quanto ao desempenho dessa função por parlamentar, vereador ou deputado, o fato também é irregular, porque inexistente regulamentação que permita apurar a responsabilidade desses agentes. Diante desse quadro, a proposta tem sido no sentido de responsabilizar quem procedeu a nomeação irregular.

Como regra, o ordenador de despesas e o agente responsável pelo recebimento, verificação, guarda ou aplicação de dinheiros, valores e outros bens públicos respondem pelos prejuízos que acarretam à Fazenda³.

Por esse motivo, compete-lhes zelar pela boa e regular aplicação de recursos públicos, tanto nos atos que praticam como naqueles que ocorrem no âmbito das repartições públicas.

2. Princípio da legalidade e a ordem ilegal

Antes de ordenar a despesa, deve o agente verificar se há norma legal que a autorize⁴. Recomenda-se que seja agregada na rotina, especialmente para os que não trabalham em sistemas informatizados como o SICAF, da esfera federal, ou sistema similar, a instituição de formulários com campo próprio para registrar o amparo legal da despesa.

Estando o ordenador de despesas inserido na estrutura administrativa do órgão e, portanto, sujeito a hierarquia superior, poderá ocorrer de receber determinação de legalidade duvidosa. Juridicamente, como servidor, o ordenador de despesas só pode recusar-se ao cumprimento de ordem *manifestamente ilegal*⁵. Desse modo, diante da dúvida, deve o ordenador de despesas dar cumprimento à ordem; o Direito só autoriza a descumpri-la quando a ilegalidade for manifesta, evidente, de percepção elementar.

Nada obstante, em tais hipóteses, como em outras, também é dever do ordenador de despesas registrar que pratica o ato em acatamento a ordem superior – se possível obtendo a determinação também escrita, não

sendo recomendável o simples *de ordem* – e alertar a autoridade para a possível, no caso de dúvida, ou manifesta ilegalidade.

Quando houver registro da ordem escrita, em que a ilegalidade não for manifesta, e tendo o ordenador de despesas informado à autoridade superior a respeito dessa circunstância, não se lhe pode imputar responsabilidade. Devem os órgãos de controle dirigir-se ao superior hierárquico e citá-lo para que se consolide o acatamento dos princípios da ampla defesa e do contraditório e, diante das razões, então, sim, imputar a responsabilidade.

Em se tratando de acatamento de ordem manifestamente ilegal, provado que o subordinado procedeu em acatamento à ordem, impõe-se a responsabilidade solidária na reparação da lesão, se houver. Independentemente do dever solidário na reparação do dano⁶, caso venha a ser imputada multa pelo Tribunal de Contas, também serão solidários chefe e subordinado na obrigação de pagá-la. Sob o aspecto criminal, as noções de partícipe, co-autor e concurso de pessoas já estão há muito assentadas na doutrina e na jurisprudência, permitindo que também sejam utilizadas para a responsabilização do ordenador de despesas e seu superior hierárquico.

3. Despesa pública

Quando a Administração Pública assume um compromisso que implique realização de despesas, como regra, deve proceder a reserva de recursos previstos no orçamento para cumpri-lo. Aqui se evidencia a aplicação prática dos princípios da fidelidade funcional e do cumprimento do programa de trabalho.

A fidelidade funcional é sintetizada por Afonso Gomes Aguiar como o dever que tem aquele que arrecada ou utiliza dinheiro público, ou que tenha sob sua guarda e responsabilidade valores ou bens públicos no sentido de que submeta os atos de gestão financeira e patrimonial à verificação da probidade, zelo e conservação dos bens sub-

metidos à sua guarda e responsabilidade. Entende o autor que desse preceito se originou o princípio da exação.

Quanto ao cumprimento do programa de trabalho, é justamente no momento em que autoriza a despesa que o ordenador dá efetividade a esse preceito.

Desse modo, todas as obrigações ficam documentadas⁷ e quantificadas monetariamente por meio de uma operação denominada empenho. Nos termos da lei⁸, o “empenho de despesa é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente de implemento de condição”.

Para assegurar a harmonia entre o orçamento e as regras jurídicas que criam a obrigação, foi vedada, como regra, a realização de despesa sem prévio empenho⁹. Mais do que isso, cada empenho deve corresponder exatamente ao valor a ser pago, de uma só vez.

Foram estabelecidas apenas três exceções, em que o valor empenhado pode não coincidir exatamente com o valor devido da obrigação, sintetizadas nos seguintes casos:

- empenho por estimativa, feito desse modo porque o valor exato não pode ser previamente determinado;
- empenho global, que ocorre para atender as despesas contratuais e outras, sujeitas a parcelamento;
- outros casos especiais, previstos na legislação específica, em que for dispensada a emissão da nota de empenho¹⁰.

O uso do empenho por estimativa tem sido objeto de preocupações por parte dos órgãos de controle. Na prática, algumas autoridades, com dificuldade de definir o objeto, promovem licitação e contrato estimando o consumo de bens ou serviços. Por lei, como regra, o procedimento é vedado¹¹.

Alguns tipos de contrato, em especial os de telefonia, água, luz, combustível, bilhetes de viagem, ou com valores pós-definidos, podem ser enquadrados como empenho por estimativa. Por se tratar de regra que abre exceção, há de ter interpretação restritiva¹². Ha-

4. Nota de empenho

vendo diferença entre o valor que foi empenhado e o valor devido, portanto diferença a pagar, poderá ser feito o empenho complementar; sobrando valores empenhados, a diferença correspondente reverte para a mesma dotação (Cf. MACHADO, 1991, p. 104).

Como segunda exceção à regra, foi prevista a hipótese em que a Administração assina um contrato a ser executado em parcelas ou prestações mensais. Nesse caso, diferentemente da hipótese anterior, é previamente conhecido o valor total – que se convencionou denominar global – da obrigação. Portanto, não haverá diferença entre o valor empenhado e o que vier a ser pago, mas pequenas diferenças entre as próprias parcelas.

Como exemplo, pode ser estabelecido o valor de uma obra, cujo cronograma físico-financeiro sofrerá alterações de acordo com o desenvolvimento da mesma, mas que no final será cumprido na totalidade.

Afonso Gomes de Aguiar exemplifica com o contrato de locação destinado à instalação e funcionamento de serviços públicos, em que o valor total é conhecido, mas a parcela é abatida mensalmente do valor global e no valor correspondente a ser pago (1999, p. 201).

A terceira hipótese em que se constitui a obrigação sem prévio empenho foi deixada ao prudente arbítrio do legislador. Por construção interpretativa, passou-se a considerar nessas hipóteses todos os casos em que a Lei constituiu a obrigação, ao invés de entender-se que as exceções seriam definidas em Lei. Desse modo, é o fato gerador, constitutivo da obrigação, que foi excepcionado do empenho.

Nesse caso, o ordenador de despesas não atua pela própria vontade, mas em cumprimento à determinação legal, à qual está vinculada toda a Administração Pública. Comungando desse entendimento, obtempera Afonso Gomes Aguiar: “a norma admitiu que casos especiais previstos na legislação específica possam ser processados independentemente não apenas da previdência, mas da inexistência do próprio ato de empenho da despesa” (p. 199).

Neste passo, é bom lembrar que o ato administrativo, *interna corporis*, do ordenador de despesas que separa recursos orçamentários no momento em que a obrigação é constituída é o empenho, mas este pode ou não ser formalizado com a emissão de um documento – nota de empenho. Em casos expressamente previstos em lei, pode a nota de empenho até ter valor jurídico equivalente ao contrato e ser objeto inclusive de demanda judicial¹³.

Como a nota de empenho materializa o empenho, por vezes questionam se a mesma deve preceder o compromisso ou ser dele decorrente. A resposta é que em princípio o empenho é o próprio compromisso na área financeira e o seu momento deveria, em tese, preceder a formalização externa pelos atos jurídicos pertinentes. Contudo, desde que ocorra no procedimento administrativo, não há irregularidade.

O que se não admite é seja firmado um compromisso sem o prévio empenho, mas, se o mesmo no âmbito interno é concomitante ou alguns dias a posterior com dotação suficiente e adequada, não há problemas maiores em flexibilizar a norma às rotinas da organização. Em algumas entidades, as minutas de contrato são examinadas pelo órgão jurídico, encaminhadas ao setor financeiro para verificar a existência de recursos, assinadas pelos contratantes, devolvidas ao setor financeiro para empenho, elaborado extrato e encaminhado à publicação. O mais correto seria que logo na primeira passagem pelo setor financeiro fosse feito o empenho e, não consumada a obrigação, anulado, com reversão à dotação. Ocorre que, em função das realidades locais e do volume de omissões na assinatura do contrato, as ocorrências de anulações podem justificar o procedimento descrito.

O que não se deve admitir é que o contrato tenha eficácia, isto é, efeitos no mundo concreto – como por exemplo, início da obra ou do fornecimento –, sem que tenha ocorri-

do o empenho prévio. Além dessa providência, também precede à eficácia a publicação, quando exigível¹⁴.

5. Empenho e ato de contrair obrigação

Ressalvadas as hipóteses expressamente excepcionadas pela Lei, não podem os agentes públicos contrair obrigação sem prévio empenho.

Para assegurar-se do fiel cumprimento desse comando, a Lei que criminalizou as condutas pertinentes à responsabilidade fiscal tipificou como crime ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei¹⁵.

Com o mesmo objetivo, foi equiparado a contrair operações de crédito e também vedada a “assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de título de crédito, não se aplicando esta vedação a empresas estatais dependentes”. Foi ainda coibida a praxe ilegal que se vinha desenvolvendo no sentido de assumir obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores de bens e serviços, para pagamento *a posteriori*¹⁶.

6. Empenho e dotação orçamentária

Casos há, porém, que esse compromisso, formalizado mediante a reserva de recursos orçamentários, pode não ser atendido com o volume de recursos financeiros existentes.

Para não permitir que fosse alegado erro ou negligência, visando a exclusão da tipicidade penal, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabeleceu que, no ato de empenho, compete ao ordenador de despesas verificar a adequação entre o valor empenhado e o orçamento.

Nesse ponto, a própria Lei de Responsabilidade Fiscal definiu que se considera

“adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício”.

Esse dispositivo legal apresentou novos termos, como despesas de *mesma espécie*, e uma forma de apuração especial, merecendo exame mais atento.

Preliminarmente, insta notar que para o ordenador de despesas a compreensão do orçamento exige o conhecimento da classificação das contas públicas que são utilizadas para facilitar e padronizar as informações que se deseja obter.

Tendo por referência a União federal, classificam-se as dotações no orçamento para evidenciar a política econômico-financeira e o programa de trabalho do governo, sob critérios: institucional, funcional-programática, econômico e por fonte de recursos.

No Brasil, há uma certa uniformidade na classificação das contas, em razão das regras impostas originariamente pela Lei nº 4.320, de 17 de março 1964, que determinou o uso da classificação funcional-programática. Por meio desse sistema de classificação, obteve-se a vinculação das dotações orçamentárias a objetivos de governo e à fácil análise do desenvolvimento dos programas.

Na atualidade, a classificação funcional-programática é composta de 17 dígitos com a seguinte configuração e significado:

XX (função)

XXX (programa)

XXXX (subprograma)

XXXX (projeto, iniciando por unidade ímpar; ou atividade, iniciando por unidade par)

XXXX (subprojeto ou subatividade).

A Lei de Responsabilidade Fiscal exigiu que a verificação da adequação da despesa a ser empenhada com o orçamento tivesse dotação específica e suficiente. Quando não houvesse esse nível de detalhamento no or-

çamento, poderia estar abrangida por crédito genérico.

Crédito genérico, embora não conceituado na lei, deve ser entendido como aquele discriminado na classificação funcional-programática em função e programa. Aí se compreende a recomendação feita pela norma para definir se há adequação orçamentária ou não: somar todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, para verificar se não são ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício.

Importa notar que no inciso I do art. 16 foi previsto que, além da manifestação do ordenador de despesa em forma de declaração, o processo deve ser instruído com a estimativa de impacto orçamentário-financeiro da despesa, no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes. Certamente essa estimativa, em homenagem ao princípio da segregação das funções¹⁷, não deve ser feita pelo ordenador de despesas, mas por outro órgão ou agente a fim de que se efetive o controle sobre essa função.

Não é possível empenhar uma despesa sem que exista dotação orçamentária, porque não existe saldo de dotação a descoberto. Quando uma despesa está autorizada no orçamento, significa que o parlamento aprovou um determinado objetivo a ser realizado pela Administração Pública e um montante definido em moeda nacional que autoriza seja gasto nesse objetivo. A dotação orçamentária não significa a disponibilidade dos recursos financeiros para pagamento, assim como o empenho não é, como regra, documento jurídico suficiente para o credor exigir o crédito.

No cotidiano, especialmente nas unidades em que os sistemas informatizados não possuem chaves de controle, é possível empenhar despesas cujo somatório no exercício ultrapasse a dotação. Essa irregular prática deve ser severamente coibida, pois implica assumir obrigação sem qualquer possibilidade de efetuar o pagamento.

Muitas vezes, a unidade desenvolve essa prática contando com dotações adicionais

a serem liberadas futuramente. Mesmo nesses casos, ser condescendente implica admitir que a vontade do administrador é superior à vontade do povo, expressa pelos seus legítimos representantes, materializada na Lei; no mínimo, é um descaso com o princípio da legalidade¹⁸.

Poderá ocorrer, no entanto, que a Administração Pública assuma um compromisso sem possuir dotação orçamentária para honrá-lo. Embora as normas sejam silentes sobre o tema, é fato que freqüenta o cotidiano de muitas repartições públicas. Tenha-se presente o caso de um Município que firma um convênio com órgão federal para a execução de uma obra, por exemplo: licita o objeto e acaba até assinando o contrato se, de acordo com o cronograma físico-financeiro, puder honrá-lo nos termos do repasse de recursos previstos nos termos do convênio. O mais correto seria, sem dúvidas, contabilizar a previsão dos ingressos dos valores do convênio no orçamento e só depois efetuar a licitação, empenhar o valor, assinar o contrato. Ocorre que procedendo desse modo dificilmente seria exequível o cronograma físico-financeiro. Por isso, é comum que se licite na expectativa dos recursos ou se proceda à pré-qualificação dos licitantes aguardando a chegada dos recursos para assinar o contrato imediatamente após o ingresso do financeiro. Essa prática vem sendo admitida não como ofensa à norma, mas como reconhecimento de que há uma lacuna na legislação que regula o tema, especialmente no caso particular. As hipóteses particulares, como é sabido, não são reguladas pela lei, que é propositadamente genérica.

7. Declaração do ordenador de despesa

A Lei de Responsabilidade Fiscal, no seu esforço de tornar transparente as finanças públicas e definir responsabilidade, passou a obrigar que o ordenador de despesa declare que a despesa tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária

anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

É preciso verificar em que casos essa declaração é obrigatória.

Nada obstante o esforço do legislador na tentativa de comunicar com clareza os comandos dispostos, é comum encontrar-se norma que admita dubiedade de interpretações.

Nesses casos, é preciso desenvolver o esforço no sentido de levantar todas as exegeses possíveis e, a partir dos princípios jurídicos, acolmar as lacunas – processo conhecido como integração da norma, – ou, se não existirem lacunas, mas apenas possibilidade de mais de uma interpretação, escolher aquela que melhor atenda à finalidade da norma.

Firmada essa diretriz, cabe obter temperar que a regra do art. 16 da LRF, no que pertine à declaração, admite duas interpretações:

- pela primeira, a declaração exigida no inciso II do *caput* do art. 16 é restrita aos casos descritos no próprio *caput*, ou seja, somente nos casos de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa é que será exigida a declaração. Nos demais casos, no cotidiano da Administração Pública, a atuação do ordenador de despesas também deve observar as regras próprias para a regularidade do empenho, mas a declaração de adequação é dispensável.

Nessa linha de interpretação, a regra do § 4º do art. 16 teria a finalidade de definir o tempo em que se realizaria esse ato administrativo. Assim, quando esse parágrafo dispõe que “as normas do *caput* constituem condição prévia” para “empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras” e “para a desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição”, apenas está explicitando o momento em que a declaração deve ser firmada, no caso, previamente;

- pela segunda, a regra do § 4º do art. 16 tem natureza extensiva do comando do *caput* desse artigo. Adotada essa interpretação, seria necessária a declaração nos casos

de criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa, bem como constituiria condição prévia para o empenho e a licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras e, ainda, para a desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

Bem de ver que ambas exegeses são admissíveis à luz da interpretação meramente literal ou gramatical. Impõe-se, desse modo, a necessidade do uso de outros recursos da hermenêutica para firmar a melhor interpretação.

No caso, parece possível assentar as seguintes premissas:

- as duas teses são juridicamente razoáveis, cabendo aos órgãos de controle cautela ao pretender impor a exegese de sua escolha. Como ensina Recanes Sichês, todas as interpretações são provisórias; definitiva é aquela dada à luz do caso concreto pelo juiz – ou melhor dizendo, dada pelo órgão que tem o poder de interpretar definitivamente a norma;

- no tema responsabilidade fiscal, na esfera federal, três órgãos podem dar interpretação definitiva à norma: a Advocacia-Geral da União, o Tribunal de Contas da União e o Poder Judiciário¹⁹. O conselho de gestão fiscal, previsto no art. 67 da Lei de Responsabilidade Fiscal, tem competência para orientar os órgãos da Administração Pública, mas não para definir interpretação de Lei. À vista do exposto, é recomendável, até que se firme entendimento, tolerar as interpretações pretéritas; a atuação com o objetivo de definir a melhor interpretação deve sempre visar, salvo má-fé, procedimentos futuros; caracterizada a má-fé, a conduta deve ser severamente punida.

A interpretação mais compatível com o escopo da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, sem dúvida é a segunda, pois:

- a) as normas devem ser interpretadas segundo os princípios específicos que adotam.

No caso, a LRF adota, entre outros, a prevenção de déficits imoderados e reitera-

dos, o equilíbrio entre aspirações da sociedade e os recursos que esta coloca à disposição do governo, e a limitação da dívida pública em nível prudente, compatível com receita e patrimônio público. Todos esses princípios podem ser violados se adotada a primeira interpretação, pois o ordenador de despesas, mesmo sem estar criando, expandindo ou aperfeiçoando a ação governamental, poderá criar forte desequilíbrio entre a receita e a despesa e gerar déficits absurdos. Basta exemplificar com a amortização da dívida do Brasil no período de 1995 a 2000, que saltou de 95 bilhões de reais para 709 bilhões, em período de moeda razoavelmente constante, embora tenha iniciado linha decrescente no ano 2001, para cerca de 594 bilhões. Assim, seja para rolagem de dívida – fator que como se sabe está fora do alcance da Lei de Responsabilidade Fiscal – ou mesmo a despesa com a simples manutenção de uma onerosa máquina administrativa podem ferir os princípios da gestão fiscal responsável. Logo, a interpretação a adotar deve buscar resguardar ao máximo os princípios vetoriais buscando incentivar a conduta que melhor avance as pretensões da norma.

b) a legislação que operacionalizou o comando do art. 16 revela a consagração da segunda exegese, no sentido de estender a exigência da declaração a todos os casos de empenho e licitação²⁰.

Por esses motivos, o ordenador de despesas deve fazer a declaração em todos os casos de empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras. Nos casos em que tiver feito a declaração na fase da licitação, a declaração no ato de empenho pode ser apenas ratificando a declaração anterior, se inalterados os fatos que ensejaram a primeira declaração.

8. Adequação financeira

O mesmo art. 16, inciso II, exige que, ao empenhar a despesa ou a licitação, o ordenador de despesa declare a compatibilidade financeira com a lei orçamentária anual.

No momento do empenho, o ordenador de despesas tem necessariamente de ter a dotação orçamentária, necessária e suficiente para o caso, mas muitas vezes não tem ainda disponível os recursos financeiros para cumprir a obrigação. A adequação financeira não exige a existência de recursos disponíveis, bastando que seja adequada com a programação financeira.

Com o procedimento compulsoriamente definido no art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal, agora será possível, inclusive, saber em que momento poderá ser pago. Esse fator, bem desenvolvido, poderá até implicar redução de custos para a Administração Pública, na medida em que viabiliza não só o cumprimento dos prazos de pagamento definidos em Lei²¹, como a certeza da pontualidade do pagamento.

Com pequeno esforço, em termos práticos, poderá ser organizado, nos casos regidos pela lei de licitações e contratos, o cronograma dos pagamentos de acordo com a ordem definida nessa própria norma, alcançando então a tão desejada transparência na gestão pública.

9. Compatibilidade com o plano plurianual e com a LDO

Ainda exige a Lei de Responsabilidade Fiscal que a declaração do ordenador de despesas afirme a compatibilidade com o plano plurianual.

O § 1º, inciso II, do próprio art. 16 esclarece que se considera compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstas nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

A norma deve ser entendida com o acréscimo: com o plano plurianual no que couber. Isso porque, como regra, as metas no PPA são muito abrangentes e de difícil contraste no dia a dia da realização da despesa; ao contrário da lei de diretrizes orçamentárias, que contém sempre uma série de restrições.

Tomando como exemplo algumas das restrições inseridas na Lei nº 9.995, de 25 de julho de 2000, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2001 e está sendo repetida há vários anos:

Art. 26. Não poderão ser destinados recursos para atender a despesas com:

III – aquisições de automóveis de representação, ressalvadas aquelas referentes a automóveis de uso:

a) do Presidente, Vice-Presidente e ex-Presidentes da República;

b) dos Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e dos Membros das Mesas Diretoras da Câmara dos Deputados e do Senado Federal;

c) Presidentes dos Tribunais Superiores;

d) dos Ministros de Estado e do Supremo Tribunal Federal;

e) do Procurador-Geral da República;

f) do Advogado-Geral da União e dos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;

IV – celebração, renovação e prorrogação de contratos de locação e arrendamento de quaisquer veículos para representação pessoal;

VI – ações que não sejam de competência exclusiva da União, comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, ou com ações em que a Constituição não estabeleça a obrigação da União em cooperar técnica e financeiramente;

VII – clubes e associações de servidores ou quaisquer outras entidades congêneres, excetuadas creches e escolas para o atendimento pré-escolar;

VIII – pagamento, a qualquer título, a servidor da administração pública ou empregado de empresa pública ou de sociedade de economia mista, por serviços de consultoria ou assistência técnica, inclusive custeados com recursos provenientes de convênios, acordos, ajustes ou instrumentos congêneres, firmados com órgãos ou entidades de direito público ou privado, nacionais ou internacionais; e

§ 1ª Desde que as despesas sejam especificamente identificadas na lei orçamentária, excluem-se da vedação prevista:

III – no inciso VI do caput deste artigo, as despesas para atender à assistência técnica aos Tribunais de Contas estaduais, com vistas ao cumprimento das atribuições estipuladas na Lei Complementar nº 101, de 2000, e para ações de segurança pública nos termos do caput do art. 144 da Constituição.

§ 2ª Os serviços de consultoria somente serão contratados para execução de atividades que comprovadamente não possam ser desempenhadas por servidores ou empregados da Administração Federal, publicando-se no Diário Oficial da União, além do extrato do contrato, a justificativa e a autorização da contratação, no qual constará, necessariamente, quantitativo médio de consultores, custo total dos serviços, especificação dos serviços e prazo de conclusão.

No âmbito do serviço público, vinha-se tornando comum a violação dessas normas, não faltando exemplos do desacato, simplesmente porque a despesa podia ser enquadrada na lei orçamentária anual. Assim, mesmo quando estava comprando um veículo com destinação vedada, ou alugando um veículo de representação, contratando consultorias dos próprios servidores, o órgão o fazia porque somente com verificação *in loco*, como regra, seria possível levantar a irregularidade, oportunidade em que muitas vezes a responsabilidade já estava diluída pelo decurso do tempo.

Agora, expressamente cabe ao ordenador de despesas declarar a compatibilidade, motivo pelo qual ficará sujeito a responsabilização. Essa penalização, contudo, não ocorrerá no âmbito da Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, mas de outros diplomas legais em especial a Lei da improbidade²² e, na esfera federal, da Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União²³.

Ao ensejo, cabe assinalar que, no orçamento do ano 2000, o governo envidou es-

forços no sentido de modificar diversas classificações com o objetivo de desenvolver o aspecto gerencial do orçamento. Um dos mais importantes pontos foi interligar e harmonizar o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual. Para cada programa criado foi instituído um gerente responsável pelas metas e resultados e comunicação à sociedade²⁴. Como as metas estão associadas também a Estados, Distrito Federal e Municípios, é de todo conveniente a integração dos sistemas respectivos.

10. Dispensa da declaração do ordenador de despesa

Observado o que foi dito em relação à necessidade da declaração – de adequação orçamentária e financeira e de compatibilidade com a lei de diretrizes orçamentárias e plano plurianual –, cabe registrar que a própria Lei de Responsabilidade Fiscal expressamente definiu a possibilidade de dispensar a declaração quando se tratar de despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

A primeira lei de diretrizes orçamentárias federal, promulgada após a Lei de Responsabilidade Fiscal, associou esse valor da despesa irrelevante ao limite de valor da dispensa de licitação, previsto no art. 24, incisos I e II²⁵.

A iniciativa de associar essas normas foi muito feliz, pois os valores definidos na Lei nº 8.666/93 pretendem definir o limite da economicidade justificável para obrigar o procedimento licitatório.

No entanto, algumas dúvidas têm sido suscitadas, merecendo que sejam expandidas algumas considerações:

a) o limite definido no art. 24, para fins de aplicação no âmbito da própria Lei nº 8.666/93, é apurado no exercício financeiro, sob pena de caracterizar o fracionamento da despesa, punível nos termos da Lei²⁶. No caso de aplicação de dispensa de declaração, porém, o limite pode ser apurado a cada empenho ou licitação. A razão da dife-

rença de entendimento é que no caso do empenho já existe um sistema natural de controle, pois ao utilizá-lo a Administração Pública tem conhecimento dos compromissos e das dotações de que dispõe; no caso da licitação, como não há uma contabilização dos valores despendidos por elemento de despesa, o gestor poderia deixar de licitar aplicando sempre o fracionamento da despesa;

b) o parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.666/93 estabelece que os percentuais referidos nos incisos I e II desse artigo serão de 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por sociedade de economia mista e empresa pública, bem assim por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas²⁷. Essa particularidade não é extensível à dispensa de declaração do ordenador de despesa, vez que não há motivo suficiente para aplicar analogia no caso. Desse modo, mesmo para as entidades referidas no parágrafo único do art. 24 da Lei nº 8.666/93, só é dispensável a declaração nos mesmos casos em que o é para as demais entidades.

Nas demais esferas de governo, a regra da Lei de diretrizes orçamentárias da União só pode ser aplicada se houver lacuna na lei de diretrizes orçamentárias da respectiva unidade da federação, em regular a dispensa de declaração para despesas irrelevantes.

11. Omissão do ordenador de despesas em declarar

A Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, que criminalizou as infrações à Lei de Responsabilidade Fiscal, não tipificou a omissão da declaração como crime. Pode ser considerada, no entanto, como improbidade administrativa²⁸ ou grave infração legal²⁹ dependendo das circunstâncias em que a omissão ocorreu.

12. Pagamento

É consabido que o ordenador deve ter sempre presente, quando vai efetuar um

pagamento, que essa última etapa da realização de despesa, empenho e liquidação já se encontra definida em termos de classificação de contas.

Inovação importante decorrente da Lei de Responsabilidade Fiscal é que, além de já estarem classificadas no momento do pagamento, as despesas virão, como regra, acrescidas da declaração de adequação orçamentária e compatibilidade com a lei de diretrizes orçamentárias e com o plano plurianual.

Antes de efetuar o pagamento das despesas, o ordenador deve verificar se foram liquidadas. A liquidação corresponde aproximadamente ao sentido como é empregado na legislação processual³⁰ e consiste em um procedimento administrativo interno do órgão com a finalidade de aferir o efetivo cumprimento da obrigação e determinar com precisão o valor devido, tendo por base os documentos comprobatórios³¹.

Caberá ao ordenador, após liquidar a despesa, proceder ao pagamento, exarando o despacho para a expedição da ordem bancária³².

A Lei de Responsabilidade Fiscal não disciplinou o pagamento das obrigações, exigindo que nas etapas precedentes – autorização e empenho – a adequação orçamentária fosse rigorosamente verificada.

Nada obstante, ainda existem fatores adversos que podem obviar a possibilidade de efetivar o pagamento já empenhado, como, por exemplo, na sistemática prevista na própria Lei de Responsabilidade Fiscal, com a chamada *limitação de empenho*, se, a critério do administrador, vier a incidir sobre obrigação cuja contratação está em curso.

13. Pagamento antecipado

A praxe do pagamento antecipado não é admitida. A Lei nº 8.666/93 não a prevê e deveria então estar vedado, posto que a Administração Pública se assujeita ao princípio da legalidade, só podendo fazer o que a lei autoriza.

Contudo, há decisões do Tribunal de Contas da União³³ admitindo restritivamente a regularidade do pagamento antecipado em dois particulares casos:

a) quando for a forma de contratação praticada pela iniciativa privada, como assinatura de jornais, seguro, etc., tendo por base a regra construída por via interpretativa ampliada do art. 15, III, da Lei nº 8.666/93;

b) com extrema cautela, também nos casos assinalados no art. 38 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional³⁴. Embora essa norma seja de âmbito federal e mais voltada para a Administração Direta, tem-se admitido o seu emprego por analogia, como forma de integrar a lacuna, quando as normas da entidade não prevêm a necessidade de pagamento antecipado.

Em quaisquer outras hipóteses, é vedado o pagamento antecipado. A ocorrência pode ser considerada falta grave, sujeitando o ordenador de despesa à multa e, em não havendo o cumprimento da obrigação, à instauração de tomada de contas especial com vistas ao ressarcimento do erário (Cf. FERNANDES, 1998).

14. Atos equivalentes a ordenar despesas

Alguns atos são equivalentes a ordenar despesas e muitas vezes estão a cargo de quem exerce essa função; outras vezes tramitam apenas pelo órgão de contabilidade, não havendo participação no processo decisório do ordenador de despesas. Impõe-se um breve registro sobre alguns deles.

14.1. Restos a pagar

Durante o exercício financeiro, o ordenador de despesas procede ao empenho e determina os respectivos pagamentos. No final do exercício, pode ocorrer que nem todas as despesas empenhadas tenham completado o ciclo – liquidação e pagamento –,

ficando, assim, pendentes. Surge aí um problema para a contabilidade pública, pois a despesa foi empenhada no orçamento de um exercício, mas não foi paga, ou porque nem chegou a ser liquidada – chamados empenhos não processados – ou porque, embora liquidada, não houve tempo suficiente entre a liquidação e o término do exercício para ordenar o pagamento – chamados empenhos processados, mas não pagos. Podem ocorrer, no entanto, problemas supervenientes – referentes ao decréscimo da arrecadação, por exemplo – que impliquem não haver recursos financeiros para pagar determinadas despesas regularmente empenhadas.

Essas despesas constituirão os chamados *restos a pagar*, que necessitam ser contabilizados e apropriados, segundo regras próprias há muito tempo definidas na Lei nº 4.320, de 17 de março 1964.

Restos a pagar, portanto, representam os valores das despesas empenhadas não pagas até o final do exercício em que ocorreu o empenho.

Inscrever em restos a pagar implica manter, no exercício, uma dívida com efeitos no exercício seguinte.

A Lei de Responsabilidade Fiscal foi promulgada em ano de eleições municipais e à época teve no dispositivo que pretendeu coibir as inscrições em restos a pagar uma das mais emblemáticas restrições ao aumento do déficit público³⁵.

Em escólio ao art. 41, Cerdônio Quadros e Marcelo Palmieri assinalam: “Procura coibir as condutas (que, por certo, desde sempre revelaram uma afronta ao princípio da moralidade pública) daqueles que, ao final do mandato, venham a onerar os cofres públicos transferindo aos seus sucessores a responsabilidade pelo adimplemento de obrigações assumidas em nome do Poder Público” (2000).

A sistemática da inscrição em restos a pagar permanece inalterada, como regra. O advento da Lei de Responsabilidade Fiscal³⁶ trouxe uma restrição temporal, assim definida:

- tempo: nos dois quadrimestres que antecedem o final do mandato do titular de poder ou órgão, entendido como tal Legislativo, aí incluído o Tribunal de Contas, Poder Judiciário e Poder Executivo, bem como o Ministério Público;

- ato vedado: contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro do exercício financeiro do mandato do titular. Para tanto, avalia-se a programação financeira, definida no art. 8º da Lei de Responsabilidade Fiscal;

- exceção à vedação: pode ser constituída obrigação de despesa a ser cumprida em outro exercício financeiro quando houver suficiente disponibilidade de caixa para esse efeito.

Com muita propriedade observa Afonso Gomes de Aguiar (1999), sobre o ato de inscrição em restos a pagar, que o Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986³⁷, estabeleceu a rotina do registro por exercício e por credor e que a inscrição se faz automaticamente na data do encerramento do exercício financeiro da emissão da nota de empenho. Essa inscrição perdurará até o término do exercício subsequente quando então deverá ser cancelada. No curso do prazo prescricional da dívida, se for ela reclamada, a Administração Pública poderá reinscrevê-la como despesa de exercícios anteriores, na forma do art. 69 desse mesmo Decreto³⁸.

14.2. Atos equivalentes a operações de crédito³⁹

O art. 37 da Lei de Responsabilidade Fiscal vedou a prática de quatro tipos de atos que tornou, sob o aspecto legal, equivalente a operação de crédito. São as seguintes:

I - captação de recursos a título de antecipação de receita de tributo ou contribuição cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido, sem prejuízo do disposto no § 7º do art. 150 da Constituição;

II - recebimento antecipado de valores de empresa em que o Poder Público detenha, direta ou indiretamente, a maioria do capital social com direito a voto, salvo

lucros e dividendos, na forma da legislação;

III - assunção direta de compromisso, confissão de dívida ou operação assemelhada, com fornecedor de bens, mercadorias ou serviços, mediante emissão, aceite ou aval de título de crédito, não se aplicando esta vedação a empresas estatais dependentes;

IV - assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, com fornecedores para pagamento a posteriori de bens e serviços.

Por terem sido equívocos por lei a operações de crédito e estarem expressamente vedados, implicam despesas não autorizadas e podem ser coibidos e punidos, tanto realizar despesa não autorizada⁴⁰, como contrair operação de crédito⁴¹. Em qualquer caso, o ato praticado é considerado grave infração à lei, para fins de penalização pelos Tribunais de Contas.

14.3. Atos equivalentes a contrair obrigação

É importante lembrar que alguns atos estão a cargo do ordenador de despesas e podem ser considerados como equivalentes a contrair obrigação, pois, em verdade, formalmente reconhecem ou confirmam dívida existente.

Enquadra-se nessa categoria a inscrição em despesa de exercícios encerrados, anteriormente conhecida como “despesas de exercícios findos” que não havia sido arrolada em restos a pagar.

A lei autoriza genericamente a inscrição⁴², em três hipóteses:

- despesas de exercícios encerrados, para as quais o orçamento respectivo consignava crédito próprio, com saldo suficiente para atendê-las, que não se tenham processado na época própria;
- restos a pagar com prescrição interrompida;
- compromissos reconhecidos após o encerramento do exercício correspondente.

Estabelece a Lei nº 4.320, de 17 de março 1964, no art. 37, que essas despesas poderão ser pagas à conta de dotação específica

consignada no orçamento, devendo ser obedida, sempre que possível, a ordem cronológica.

Em escólio ao dispositivo da Lei nº 4.320/64, Afonso Gomes Aguiar assinala que com esse artigo desejou o legislador dar solução a um antigo problema. Antes dessa norma, as despesas de exercícios encerrados só poderiam ser processadas após a autorização legislativa e conseqüente abertura de crédito especial, em que se indicava nominalmente cada caso. Com essa mudança, tornou-se possível a criação de dotação orçamentária específica para o atendimento das chamadas despesas de exercícios anteriores (1999, p. 155).

14.4. Despesas decorrentes de operações de crédito

Como regra, a contratação de operações de crédito não fica sob a responsabilidade do ordenador de despesas, pois imprescindível autorização legislativa. Contudo, regulando o ato de pagamento há norma que diz respeito diretamente ao ordenador de despesas. Efetivamente dispõe a Lei de Responsabilidade Fiscal⁴³ que não será autorizada a operação de crédito por antecipação de receita se forem cobrados outros encargos que não a taxa de juros da operação, obrigatoriamente prefixada ou indexada à taxa básica financeira, ou à que vier a esta substituir. Ora, esse fato deve ser verificado no ato da contratação da operação de crédito e no momento do pagamento, atribuição essa a cargo do ordenador de despesa.

Essa autoridade deve ainda providenciar e privilegiar a liquidação da despesa decorrente da operação de crédito por antecipação de receita, com juros e outros encargos incidentes, até o dia dez de dezembro de cada ano. A norma não se refere a pagamento no mesmo prazo, tendo utilizado expressamente o termo liquidação, que como se sabe corresponde a etapa anterior ao pagamento e consiste na verificação dos pressupostos do fato gerador da sua ocorrência e na definição precisa do valor devido.

14.5. Outros atos que geram aumento de despesa

Existem ainda outros atos que geram aumento de despesa e podem ser agrupados do seguinte modo:

- despesas obrigatórias de caráter contínuo, previstas no art. 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal. É uma nova denominação introduzida por esse diploma legal e sobre elas o ordenador não pode ser responsabilizado, posto que age em estrita conformidade com a Lei ou ato com força normativa. Compete-lhe apenas verificar a conformidade do comando com os valores que estão sendo pagos;
- despesas decorrentes de vantagens ou benefícios de pessoal. Como regra, também o ordenador não institui despesas de pessoal, nas modalidades previstas no art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal. Contudo, é possível que seja transferida ao ordenador a responsabilidade pela execução de despesa, prevista genericamente. Também nesse caso, a responsabilidade limitar-se-á a verificação, no caso particular, da ocorrência dos pressupostos da norma que instituiu ou determinou o pagamento da vantagem genericamente.

15. Ordenador de despesas e atos do subordinado

Com a valorização do ordenador de despesas, pela Lei de Responsabilidade Fiscal, espera-se agora que só venham a ser nomeados para desempenhar a função profissionais qualificados, com vocação para o interesse público, conscientes de suas responsabilidades e das penalidades que poderão advir de sua conduta.

Há um relevante aspecto que não deve ser olvidado. Por mais competente que seja, esse agente deverá buscar qualificar igualmente seus subordinados. No mínimo, deverá motivar esse objetivo o fato de que, em determinadas circunstâncias, responderá pelos atos do subordinado. O limite dessa

responsabilização foi traduzido pelo Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967⁴⁴, e é freqüentemente repetido em decisões dos órgãos de controle.

Lembre-se a propósito o teor do art. 80 do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967:

“Art. 80 - Os órgãos de contabilidade inscreverão como responsável todo o ordenador de despesa, o qual só poderá ser exonerado de sua responsabilidade após julgadas regulares suas contas pelo Tribunal de Contas.

§ 1º - *omissis*.

§ 2º - O ordenador de despesas, salvo conivência, não é responsável por prejuízos causados à Fazenda Nacional decorrentes de atos praticados por agente subordinado que exorbitar das ordens recebidas”.

A norma apresenta os seguintes comandos:

- ordenador de despesas é inscrito no rol de responsáveis;
 - dirigente do órgão tem razoável liberdade para inscrever como ordenador de despesas qualquer servidor, mas é recomendável observar o que foi dito sobre a função de ordenar despesa;
 - normalmente, na prática, é ocupante de cargo de confiança e pode ser exonerado do cargo a critério da autoridade nomeante;
 - a exoneração do cargo em comissão não implica exoneração de responsabilidade pelas omissões e atos praticados, porque dependem do julgamento pelo Tribunal de Contas;
 - como regra, responde pelos atos praticados por subordinados, quando estiverem acatando suas ordens;
 - não responde pelos atos do subordinado que exorbitar, ultrapassar os limites das ordens recebidas;
 - responde quando o subordinado exorbita uma ordem, se por qualquer modo foi conivente. Nesse caso, a conivência pode advir da omissão em reprimir a conduta irregular ou em convalidar o ato praticado.
- Acerca da responsabilidade do subordinado, no desempenho de ordens recebidas,

o entendimento dominante foi lapidariamente sintetizado nesta seguinte ementa, relativa ao crime de prevaricação⁴⁵: “A ordem de superior hierárquico (isto é, emanada de autoridade pública, pressupondo-se uma relação de direito administrativo) só isenta de pena o executor se não é manifestamente ilegal. Outorga-se, assim, ao inferior, uma relativa faculdade de indagação da legalidade da ordem”⁴⁶.

16. Excludente de responsabilidade do ordenador de despesas

Evidentemente que as circunstâncias, os fatos do cotidiano poderão permitir a alegação de condutas que justifiquem a irregularidade ou impeçam a penalização do ordenador de despesas.

Além da questão do cumprimento de ordens não manifestamente ilegais, vista no item 2, é possível destacar algumas excludentes de conduta, colhidas ao correr da pena, conforme se vê nos subitens a seguir.

16.1. Ausência de alerta pelos Tribunais de Contas

A Lei de Responsabilidade Fiscal obriga os Tribunais de Contas em determinadas situações – sem prejuízo do poder que já possuem de sustar a execução de ato, requerer a sustação de contrato e aplicar penalidades – a alertar a autoridade que atingir determinados limites na execução de despesas de alguns atos⁴⁷.

Caso a irregularidade ou o crime estejam associados à ocorrência de motivos que exigem prévio alerta, pode a autoridade apontar a falta de alerta em sua defesa, como atenuante de responsabilidade.

16.2. Falha estrutural e a inexigibilidade de outra conduta

Permanecem válidas, mesmo na Lei de Responsabilidade Fiscal, na apuração de responsabilidade no âmbito administrativo, as alegações de defesa de falha estrutural⁴⁸ – quando a irregularidade decorre das con-

dições estruturais do órgão, comprovadamente invencível pela boa intenção do agente – e inexigibilidade de conduta diversa – quando pelas condições da ocorrência do ato não se poderia exigir que o agente tivesse outro comportamento.

16.3. Ausência de dolo

É regra geral do Direito Penal⁴⁹ que, salvo disposição legal em contrário, não se pune o crime praticado na modalidade culposa. Como a maioria das condutas criminalizadas pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, não prevêem a forma culposa, servem de defesa o cometimento do ato por negligência, imprudência e imperícia

Em alguns casos, porém, poderá ocorrer de a alegação de imperícia – falta de conhecimento teórico ou prático – agravar a situação da autoridade superior que procedeu com *culpa in eligendo*⁵⁰ à designação do ordenador de despesa. Impõe-se por esse motivo cautela na alegação.

16.4. Recursos de convênio ou de transferências

Em algumas oportunidades, a Lei de Responsabilidade Fiscal veda a realização de despesa sem a existência do correspondente recurso financeiro. Quando, porém, esse depender de repasse – seja por força de convênio ou outro instrumento –, é possível ao ordenador apontar como excludente da responsabilidade pela infração, a culpa de terceiro, que, estando sujeito ao dever do repasse, seja por força de lei ou de contrato, omitiu-se.

16.5. No caso particular de Municípios

A omissão da União na prestação de assistência técnica prevista no art. 64 da Lei de Responsabilidade Fiscal também pode ser alegada como atenuante da irregularidade.

17. Conclusões sobre ordenador de despesas

As novas perspectivas delineadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal revelam

que, ao ordenar a despesa, o gestor público estará dando fiel cumprimento à vontade do povo – cristalizada pelos seus legítimos representantes na Lei Orçamentária Anual, na Lei de Diretrizes Orçamentárias e no Plano Plurianual – e contribuindo de forma efetiva para a redução da dívida pública e a inserção do Brasil em plano mais elevado, rumo às grandes nações.

O ordenador de despesas foi valorizado, na medida em que maior nível de responsabilidade lhe foi atribuído.

É de se esperar que os dirigentes dos órgãos públicos tenham presente o fato de que a atuação dos ordenadores de despesas afetam diretamente a imagem do órgão e de todos os superiores hierárquicos.

Espera-se também que a percepção dessa mudança se faça acompanhar da disponibilização dos recursos materiais e humanos e da distinção remuneratória para que esses agentes possam efetivar com competência os comandos impostos como paradigma de ação e conduta pela nova norma.

Finalmente, espera-se que os ordenadores de despesas mantenham a motivação indispensável para administrar carências e busquem corresponder com profissionalismo e competência a mais essa ordem de desafios e encontrem, na satisfação do dever cumprido em prol da sociedade, ideário mais nobre da condição social do ser humano, a recompensa dessa árdua missão⁵¹.

Notas

¹ Art. 75 da Lei nº 4.320, de 17 de março 1964.

² No mesmo sentido conceitua: SANDROMI, Paulo. *Dicionário de Administração e Finanças*. São Paulo: Best Seller, 2000. p. 369.

³ Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, art. 90.

⁴ A Lei nº 4.320, de 17 de março 1964, estabelece: Art. 75. O controle da execução orçamentária compreenderá:

I - a legalidade dos atos de que resultem a arrecadação da receita ou a realização da despesa, o nascimento ou a extinção de direitos e obrigações;

II - a fidelidade funcional dos agentes da admi-

nistração, responsáveis por bens e valores públicos;

III - o cumprimento do programa de trabalho expresso em termos monetários e em termos de realização de obras e prestação de serviços.

⁵ As normas que regulam os deveres costumam dispor como a Lei nº 8.112/90, no art. 116. São deveres do servidor: ... IV - cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais.

⁶ Art. 159 e 1.518 do Código Civil Brasileiro.

⁷ Art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março 1964, dispõe sobre documentação para a liquidação de despesa. Expressamente dispõe a respeito o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967: “Art. 77. Todo ato de gestão financeira deve ser realizado por força do documento que comprove a operação e registrado na contabilidade, mediante classificação em conta adequada”. Acrescenta o § 5º: “Os documentos relativos à escrituração dos atos da receita e despesa ficarão arquivados no órgão de contabilidade analítica e à disposição das autoridades responsáveis pelo acompanhamento administrativo e fiscalização financeira e, bem assim, dos agentes incumbidos do controle externo, de competência do Tribunal de Contas”.

⁸ Art. 58 da Lei nº 4.320, de 17 de março 1964.

⁹ Art. 60 da Lei nº 4.320, de 17 de março 1964.

¹⁰ Exceções também admitidas no art. 60 da Lei nº 4.320, de 17 de março 1964.

¹¹ Q.cfr. o art. 7º, § 4º, e 15, § 7º, II, da Lei nº 8.666/93.

¹² *Exceptiones sunt strictissimae interpretationes*, ou em vernáculo, interpretam-se as exceções estritissimamente. MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988. p. 225.

¹³ Art. 62 da Lei nº 8.666/93.

¹⁴ Parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/93.

¹⁵ Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, alterando o Código Penal Brasileiro, dispôs: “Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos”.

¹⁶ Art. 37 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

¹⁷ Para maiores detalhes sobre esse princípio, consulte: *Tomada de contas especial*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. O Tribunal de Contas da União, em homenagem a esse princípio, também definiu que o executor do contrato (fiscal, art. 67, Lei nº 8.666/93) não pode ser encarregado de receber o objeto, acumulando a função de controle com o pagamento, em desobediência ao princípio da segregação das funções. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 006.338/94-1, Acórdão nº 020/96, Plenário, Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva, Brasília, DF, Diário Oficial

da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 18 de março de 1996, Seção 1, p. 4532-4535.

¹⁸ Cabe lembrar a Lei nº 9.995, de 25 de julho de 2000, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da lei orçamentária de 2001 e dá outras providências: Art. 78. São vedados quaisquer procedimentos pelos ordenadores de despesa que viabilizem a execução de despesas sem comprovada e suficiente disponibilidade de dotação orçamentária. Parágrafo único. A contabilidade registrará os atos e fatos relativos à gestão orçamentário-financeira efetivamente ocorridos, sem prejuízo das responsabilidades e providências derivadas da inobservância do *caput* deste artigo.

¹⁹ E nos Estados, Distrito Federal e Municípios, os correspondentes desses órgãos, na forma em que dispuser as respectivas Leis.

²⁰ A Lei nº 9.995, de 25 de julho de 2000, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2001 e dá outras providências, estabelece: Art. 73. Para os efeitos do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000: I – as especificações nele contidas integrarão o processo administrativo de que trata o art. 38 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, bem como os procedimentos de desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

²¹ Lei nº 8.666/93, art. 5º, *caput*, § 3º, combinado com art. 92, última parte.

²² Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992.

²³ Lei nº 8.443, de 16 de junho de 1992, publicada no DOU de 17.7.92.

²⁴ Decreto nº 2.829, de 29 de outubro de 1998, e as Portarias nº 117, de 12 de novembro de 1999, 51, de 16 de novembro de 1998, e 42, de 14 de abril de 1999, todas do Ministério do Planejamento e Orçamento.

²⁵ Lei nº 9.995, de 25 de julho de 2000, que dispõe sobre as diretrizes para a elaboração da Lei Orçamentária de 2001 e dá outras providências: Art. 73. Para os efeitos do art. 16 da Lei Complementar nº 101, de 2000: I - ... II – entende-se como despesas irrelevantes, para fins do § 3º, aquelas cujo valor não ultrapasse, para bens e serviços, os limites dos incisos I e II do art. 24 da Lei nº 8.666, de 1993.

²⁶ Nesse sentido, dispõe o art. 89 da Lei nº 8.666/93, havendo precedentes dos Tribunais de Contas confirmando que o fracionamento é apurado considerando as contratações em um exercício financeiro e a modalidade de licitação compatível, em especial: DOU de 28.4.98, seção 1, p. 101, Relator Ministro Lincoln Magalhães da Rocha. Para maiores detalhes, consulte *Contratação Direta sem licitação*. 5. ed. Brasília: Brasília Jurídica. p. 158. Ressalva-se desse entendimento os serviços contínuos, referidos no art. 57, inc. II, que devem ser licitados na modalidade adequada ao valor estimado do con-

trato e suas possíveis prorrogações.

²⁷ Redação dada pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

²⁸ Lei 8.429, de 2 de junho de 1992:

Art. 10 – Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, mal barateamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º, desta Lei, e notadamente:

IX – ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

XI – liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

Art. 11 – Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade as instituições, e notadamente:

II – retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

²⁹ Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União:

Art. 58. O Tribunal poderá aplicar multa de até Cr\$ 42.000.000,00 (quarenta e dois milhões de cruzeiros), ou valor equivalente em outra moeda que venha a ser adotada como moeda nacional, aos responsáveis por:

II - ato praticado com grave infração à norma legal ou regulamentar de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial;

§ 2º O valor estabelecido no *caput* deste artigo será atualizado, periodicamente, por portaria da Presidência do Tribunal, com base na variação acumulada, no período, pelo índice utilizado para atualização dos créditos tributários da União.

§ 3º O Regimento Interno disporá sobre a graduação da multa prevista no *caput* deste artigo, em função da gravidade da infração.

³⁰ Código de Processo Civil: Art. 603 – Procedese à liquidação quando a sentença não determinar o valor ou não individualar o objeto da condenação.

³¹ Art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março 1964.

³² Art. 64 da Lei nº 4.320, de 17 de março 1964.

³³ Extensíveis a Estados, Distrito Federal e Municípios por força da súmula nº 222 do Tribunal de Contas da União.

³⁴ Tem a seguinte redação a norma em comento: Art. 38. Não será permitido o pagamento antecipado de fornecimento de materiais, execução de obra, ou prestação de serviço, inclusive de utilidade pública, admitindo-se, todavia, mediante as indispensáveis cautelas ou garantias, o pagamento de parcela contratual na vigência do respectivo contrato, convênio, acordo ou ajuste, segundo a forma de pagamento nele estabelecida, prevista no edital de licitação ou nos instrumentos formais de adjudicação direta.

³⁵ Art. 42. É vedado ao titular de Poder ou órgão referido no art. 20, nos últimos dois quadrimestres do seu mandato, contrair obrigação de despesa que não possa ser cumprida integralmente dentro dele, ou que tenha parcelas a serem pagas no exercício seguinte sem que haja suficiente disponibilidade de caixa para este efeito.

Parágrafo único. Na determinação da disponibilidade de caixa serão considerados os encargos e despesas compromissadas a pagar até o final do exercício.

³⁶ Art. 42 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

³⁷ Dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente e dá outras providências.

³⁸ Arts. 67, 68 e 69 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986.

³⁹ Art. 37 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

⁴⁰ A Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, alterando o Código Penal Brasileiro, dispôs: “Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos”.

⁴¹ Consulte ainda a Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, na parte em que incluiu o “art. 359 A” e alterou o Código Penal Brasileiro.

⁴² Art. 37 da Lei nº 4.320, de 17 de março 1964.

⁴³ Art. 38, inc. III, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

⁴⁴ Publicado no suplemento do DOU de 27.2.67 e retificado no DOU de 8.3, 30.3 e 17.7.67.

⁴⁵ Art. 319 do Código Penal Brasileiro.

⁴⁶ TACRSP: RT 490/331, apud MIRABETE, Julio Fabbrini. *Código penal anotado*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 1727.

⁴⁷ Art. 59, § 1º, da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000.

⁴⁸ Para maiores detalhes, consulte *Tomada de contas especial*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 125 e 358-359.

⁴⁹ Art. 18 – Diz-se o crime: I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; II - culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único - Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.

⁵⁰ É a culpa do agente que escolhe mal o servidor para exercer determinada função ou encargo. Para maiores detalhes, consulte *Tomada de contas especial*. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 99.

⁵¹ “Cumprí vosso dever e deixai o resto aos deuses”. Corneille, *Horácio, Ato II, apud*. RÔNAL, Paulo. *Dicionário universal nova fronteira de citações*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. “Ele verá o fruto do trabalho da sua alma, e ficará satisfeito”. Bíblia Sagrada: Isaías, cap. 53, versículo 11.

Bibliografia

AGUIAR, Afonso Gomes. *A lei 4320 comentada ao alcance de todos*. Fortaleza: UFC, Casa de José de Alencar, 1999.

QUADROS, Cerdônio; PALMIERE, Marcelo Rodrigues. *Lei de responsabilidade fiscal: lei complementar n. 101, de 4/5/2000; lei n. 10.028, de 19/10/2000: crimes contra as finanças públicas*. São Paulo: NDJ, 2000.

MACHADO, J. Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A lei 4.320 comentada*. 24. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1991.

Seguro educacional e as diretrizes e bases da educação nacional

Frank Larrúbia Shih

Sumário

1. Intróito. 2. O Seguro educacional. 3. As diretrizes e bases da educação nacional (Lei nº 9.394/96). 4. Intervenção estatal por direção e indução e a livre iniciativa. 5. Conclusões.

1. Intróito

O naturalista americano Thomas Say já afirmava que a diferença entre o homem culto e o erudito é a mesma que há entre um livro e um índice de assuntos. Coincidência ou não, a nossa atual Carta Magna houve por bem aquilatar em nível constitucional um conjunto de normas que contempla referências culturais e disposições relativas à educação e à cultura, direcionadas à formação da chamada Constituição Cultural.

Não é nossa pretensão esgotar todo o assunto referente à Constituição Cultural, até porque tal tentativa acabaria por esgotar a paciência do leitor. Nosso enfoque está vocacionado à correlação entre a educação e o seguro educacional, com especial dedicação aos limites e normativos postos à disposição daquele direito, que tem como objeto o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, sendo dispensável relevar a importância e a expressão econômica que estão presentes no tema.

A escassez de estudos acerca de ponto tão específico do direito foi a mola propulsora de nosso exame mais acurado sobre o

Frank Larrúbia Shih é Procurador Federal (SUSEP), Ex-Professor da Faculdade Moraes Júnior/RJ e Professor na Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá/RJ.

seguro educacional, que se resume numa expressão de requinte em que, modernamente, modelam-se os seguros facultativos. Basicamente, a disciplina jurídica sobre contratos de seguros está afeta ao Código Civil, ao Código Comercial e ao Decreto-lei nº 73/66. Todavia, bem que nossa legislação interna merecia um Código de Seguros – a exemplo da Argentina – para pôr fim à extenuante fragmentação da legislação securitária, que apenas “dificulta o exame pelos interessados, gera conflitos de interpretação e não favorece à divulgação dos estudos da matéria nos meios universitários” (ALVIM, 1999, p. 46).

Seja como for, idealizar uma promissora unificação não é cogitável diante da central legislativa exigida pelo art. 192 da Constituição Federal, que carece de escarpada lei complementar para regular todo o sistema financeiro nacional, incluído nesse esperado, novel e vasto diploma legislativo o aperfeiçoamento da autorização e funcionamento dos estabelecimentos de seguros, resseguro, previdência, capitalização, bem como de órgão fiscalizador.

2. O seguro educacional

O objeto do seguro educacional é auxiliar o custeio das despesas com educação de seu beneficiário, à luz da ocorrência dos riscos segurados. É, na sua essência, um seguro de pessoa (vida e/ou acidentes pessoais), mas não é tarefa fácil exatificar a sua natureza jurídica, dada a quantidade de características que nos levam a uma forma *sui generis* de seguro. É que os seguros de pessoas partem do pressuposto da insuscetibilidade de se avaliar economicamente a vida ou as faculdades humanas, razão pela qual o capital segurado não está atrelado ao critério indenitário do art. 1.437 do Codex Civil. No entanto, na regulamentação do seguro educacional o capital segurado sofre acentuada vinculação ao princípio indenitário¹, como se seguro de dano fosse, ao ficar limitada a indenização a um critério tarifado de ciclos escolares (Circular SUSEP nº 47/98, arts. 5º e 6º)².

A título de se impedir o desvirtuamento do seu objeto, *não se qualificam* como seguro educacional os seguros de acidentes pessoais que visem, exclusivamente, à cobertura de acidentes dos educandos durante a permanência no estabelecimento de ensino ou em seu trajeto. É vedada, também, a utilização da terminologia “garantia de custeio educacional”, devendo as condições gerais explicitar, de forma clara, as restrições de coberturas decorrentes da possibilidade de diferenciação nos critérios de atualização das mensalidades escolares e dos valores indenizáveis³. Essa exigência normativa tem por objetivo proporcionar aos segurados – no contrato de adesão – a perfeita clareza e compreensão do que é contratado, obedecendo-se ao princípio da legibilidade e do destaque para as cláusulas limitativas de direito (GRINOVER, 1995, p. 384 - 385), *ex vi do* art. 54, §§ 3º e 4º do Código de Defesa do Consumidor.

O dirigismo contratual se faz intenso no seguro educacional, em especial quando se verifica que não pode ser objeto de cobertura todo e qualquer infortúnio. Ao contrário, a Circular SUSEP nº 47/98 delimita que os riscos seguráveis podem ser do responsável legal pelo pagamento das mensalidades escolares ou o próprio educando, quando for este o responsável. No primeiro caso, temos: a) morte por qualquer causa; b) invalidez permanente e/ou temporária, total e/ou parcial; c) perda de renda. Se for o próprio educando, por óbvio, somente a perda de renda, ou a exceção de invalidez prevista no art. 4, § 2º, da referida circular⁴.

O beneficiário dessa modalidade de seguro será *sempre o educando*, ainda que representado ou assistido, na forma da lei.

Relativo ao capital segurado, tem-se que sua destinação é específica e direcionada ao pagamento das mensalidades escolares, podendo, contudo, ajustar-se de forma opcional ou cumulativa, ou ambas, para outras despesas de natureza escolar.

O que não se justifica, atualmente, é a vinculação do capital segurado para o au-

xílio do pagamento das mensalidades compreendido pelo menos um ciclo escolar. Como veremos adiante, a Lei nº 9.394/96 informa um amplo Plano Nacional de Educação, abrangendo a livre iniciativa privada, universalizando o ensino em múltiplas formas e meios que não se esgotam nos estreitos limites da Circular SUSEP nº 47/98. Não obstante a restrição injustificada, permite-se ao menos a cobertura para períodos intermediários, ou seja, pré-escolar, alfabetização, pré-vestibular e/ou eventuais repetências, cujo quantitativo deve ser estabelecido em suas condições gerais ou especiais. Admite-se, ainda, convencionar-se um *plus incentive*⁵, a ser pago ao final do terceiro ou quarto ciclo, como apoio e incentivo à iniciação profissional.

O pagamento da indenização pode ser contratado de forma mensal, bimestral, trimestral, quadrimestral, semestral ou anual⁶. Todavia, é vedada a indenização sob forma de pagamento único⁷, excepcionando-se as seguintes hipóteses: (I) quando o capital segurado se restrinja ao último período contratado; (II) quando o pagamento da indenização/capital segurado se refira: a) à invalidez do educando; b) à concessão de um “dote” ao final do período de formação; c) às despesas escolares do ano de referência.

Desde que haja previsão contratual e caracterizado o evento coberto, pode ser suspenso o pagamento da indenização em razão da descontinuidade (voluntária ou não) dos estudos sem que tal fato implique a perda dos valores indenizáveis e sua respectiva atualização monetária.

A rigor, o pagamento periódico da indenização é feito diretamente ao responsável ou ao educando, conforme o caso. Todavia, quando referente exclusivamente às mensalidades escolares, o pagamento pode ser realizado diretamente ao estabelecimento de ensino, desde que haja prévia anuência daqueles. Nessa hipótese, a periodicidade tanto do pagamento quanto da anuência não pode ultrapassar a escala semestral.

3. As diretrizes e bases da educação nacional (Lei nº 9.394/96).

“O princípio mais profundo da natureza humana é o desejo ardente de ser estimado”⁸.

A educação é um atributo da pessoa humana, comum a todos. Na ordem constitucional, a educação é direito de todos e dever do Estado e da família (CF, art. 205). Mas educação não se confunde com a mera instrução, pois o conceito daquela é mais compreensivo e abrangente, na medida em que desenvolve potencialidades, aptidões e a personalidade do educando. Por essa razão, a atual Constituição consagra o processo educacional com os seguintes objetivos: (I) pleno desenvolvimento da pessoa; (II) preparo para o exercício da cidadania; (III) qualificação para o trabalho.

No plano constitucional, verifica-se uma contínua tendência de fortificação da educação no país, tal como a valorização dos profissionais do ensino⁹, a admissão de professores estrangeiros em universidades, ensino fundamental obrigatório e gratuito, progressiva universalização do ensino médio gratuito e, mais recente, a obrigatoriedade de aplicação de receita mínima resultante de impostos estaduais e municipais na manutenção e desenvolvimento do ensino, cujo descumprimento dessa aplicação pode ensejar até mesmo a medida excepcional da intervenção¹⁰, por violação a princípio sensível da Lei Fundamental.

O seguro educacional cumpre a sua função no campo da iniciativa privada, uma vez que impera o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais. Não obstante, o ensino é livre à iniciativa privada desde que atendidas as seguintes condições: a) cumprimento das normas gerais de educação nacional e do respectivo sistema de ensino; b) autorização de funcionamento e a avaliação de qualidade pelo Poder Público; c) capacidade de autofinanciamento, ressalvado o previsto no art. 213 da Constituição Federal.

Ao regime da Lei nº 9.394/96, o sistema de ensino no país afigura-se tripartido, ou seja, sistema federal, estadual e municipal, sendo que em todos eles estão inseridas também as instituições de educação pela iniciativa privada, que obedecem à composição dos níveis escolares em educação básica (infantil, fundamental e médio) e educação superior.

Todavia, atenta ao princípio da universalização do ensino, a própria lei não se satisfaz com os seus níveis tradicionais e avança ao permitir que os sistemas mantenham *cursos e exames supletivos*, que compreenderão a base nacional comum do currículo, habilitando ao prosseguimento de estudos em caráter regular (art. 38 da lei cit.), permitindo àqueles que não tiveram acesso ou continuidade de estudos no ensino fundamental e médio na idade própria.

Na qualificação do trabalho, a lei contempla a *educação profissional* por meio de escolas técnicas e profissionais, que oferecerão cursos regulares e especiais, abertos à comunidade, condicionada a matrícula à capacidade de aproveitamento e não necessariamente ao nível de escolaridade.

Como uma rosa dos ventos, a lei segue ainda facilitando ao máximo a expansão do ensino, permitindo para a educação básica se organizar em séries anuais, períodos semestrais, ciclos¹¹, alternância regular de períodos de estudos, grupos não-seriados, ou por outra forma de organização, sempre que o interesse do processo de aprendizagem assim o recomendar. Fixa garantias aos educandos, com necessidades especiais, para a terminalidade específica dos que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências e aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para superdotados. Até mesmo o *ensino à distância*, em todos os níveis e modalidades, passou a contar com o incentivo do Poder Público no seu desenvolvimento e na veiculação de programas.

Na educação superior, continua franqueada uma multiplicidade de cursos e programas, tais como cursos seqüenciais, de graduação, de pós-graduação (mestrado, doutorado, especialização, aperfeiçoamento e outros) e extensão.

Esta é – *in tribus verbis* – a nova dimensão jurídica da educação no país, que, embora estruturada no veio de normas de acentuado conteúdo programático, denota um expressivo avanço em direção à *ampliação e modernização* do ensino nacional. Resta saber, neste momento, qual o papel do seguro educacional dentro do panorama instituído pela *Década da Educação*¹².

4. *Intervenção estatal por direção e indução e a livre iniciativa*

O seguro educacional é regulado pela Circular SUSEP n.º 47, de 22 de junho de 1998, mas seu conteúdo está na contramão da nova ordem jurídica dada pela Lei da Educação Nacional. Com efeito, na dicção daquela está a permissão para se contratar o seguro educacional em período não inferior a um ciclo¹³, fundada em níveis escolares tradicionais, mediante um critério tarifado de ciclos. Com exceção dos períodos intermediários¹⁴, nada mais se contempla na referida circular, *tollitur quaestio*.

Não se permite extrair nenhuma espécie diferenciada de ensino, não se observa a existência de outras formas de organização opcionais, além de se desconhecer a multiplicidade de cursos e exames expressamente previstos na Lei nº 9.394/96. Essa miserabilidade de conteúdo é o que causa o seu desserviço diante da nova realidade presente, porquanto impede as seguradoras de contratar além dos míopes limites exigidos no ato regulador.

A despeito da referida circular ser posterior à lei comentada, observa-se que o ato normativo tem um intenso caráter reducionista, incompatível com os propósitos de ampliação e dinamização do ensino, não havendo razoabilidade alguma em se res-

tringir as formas de securitização no seguro educacional quando – por outro lado – são ampliadas abertamente múltiplas formas e espécies de ensino no país.

A denominada *intervenção por direção*, no respeitado magistério de Eros Roberto Grau (1991, p. 163), preconiza a atuação do Poder Público de modo a interferir – impositivo – no comportamento dos agentes que atuam na atividade econômica em sentido estrito (restrições de fazer ou não fazer). A carga de cogência, porém, não deve ser dessarrazoada ao ponto de sacrificar a própria atividade econômica, tal qual se verifica na Circular SUSEP nº 47/98¹⁵. Melhor seria, é verdade, que um novo ato normativo de intervenção por indução (incentivo e estímulos da atividade econômica) regulasse o seguro educacional, passando à condição de expoente em utilidade na prevenção dos riscos que podem impedir a concretização e integridade do ensino.

Nessa linha de entendimento, manifestei-me favorável à hipótese de edição de novo ato normativo para se estender o seguro educacional ao curso supletivo, em processo de consulta na SUSEP (Processo Administrativo nº 10.000752/01-14), por entender que,

“A securitização ampliada para outras alternativas educacionais atende ao propósito da lei, uma vez que garantirá ao beneficiário concluir – apesar do sinistro – a modalidade de ensino que melhor se adequa às suas necessidades e características, não havendo razoabilidade em se restringir a securitização apenas aos ciclos, o que em última análise malferia a universalização e os instrumentos de garantia do ensino de que trata o art. 205, da Carta Magna”.

Por óbvio, não só o curso supletivo, mas todas as modalidades de ensino previstas e praticáveis pela iniciativa privada podem ser objeto do seguro educacional. Neste momento, entram no cenário a *livre iniciativa e as regras de mercado* para ditarem a con-

veniência ou não para se contratar o seguro educacional em favor desta ou daquela espécie de ensino, atendidas as características de cada uma. À toda evidência, cursos e exames de curta duração não deverão suscitar qualquer interesse das seguradoras e dos próprios educandos. Sensível perceber que será o *interesse* a pedra de toque que movimentará o seguro educacional ao rumo de cumprir a sua magna função de prevenção dos riscos contra a tão almejada expansão e modernização do ensino nacional, sem o que não se construirá uma nação digna do novo milênio^{16, 17}.

5. Conclusões

A educação é direito de todos e a sua concretização não se limita à noção de mera instrução, mas sim uma dimensão muito ampliada e vocacionada para o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho.

A Lei da Educação Nacional funda-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, em sintonia com a Declaração Mundial sobre Educação para Todos, definindo instrumentos e múltiplas modalidades de ensino, variáveis no tempo e no espaço, de modo a consagrar uma expressiva gestão democrática no ensino nacional.

A atual regulamentação do seguro educacional – Circular SUSEP nº 47/98 – é precária a não poder mais, em desserviço aos elevados objetivos previstos na Lei nº 9.394/96, veiculando uma intervenção estatal impositiva e reducionista, quando se pretende justamente o contrário, ou seja, adequação e incentivo na ampliação e modernização do ensino e, conseqüentemente, nas suas formas de securitização (intervenção por indução).

É necessário, e sem demora, uma *nova regulamentação* do seguro educacional capaz de prevenir os riscos nas despesas com a educação dentro da iniciativa privada, considerada toda a amplitude dada pela Lei da Educação Nacional.

Notas

¹ À propósito do tema, Marcelo da Fonseca Guerreiro lembra que, “se for segurada a coisa por mais do que ela vale, em razão de um erro material de cálculo, tendo o segurador agido com boa-fé, não há que se falar em nulidade do seguro. O seguro deve ser reduzido até o seu justo valor” (2000, p. 6).

² Dispõe a referida Circular que para seus efeitos os ciclos escolares correspondem: I – Primeiro Ciclo: 1ª a 4ª série; II – Segundo Ciclo: 5ª a 8ª séries; III – Terceiro Ciclo: 2º Grau; IV – Quarto Ciclo: 3º Grau (graduação superior).

³ A prática no mercado é a aplicação de um percentual sobre o valor da mensalidade escolar vigente. Como consequência, o valor do prêmio pode sofrer influência de litígio envolvendo reajuste de mensalidade escolar cobrada por estabelecimento particular de ensino. A propósito da competência, ver Súmula 34, do STJ.

⁴ Circular SUSEP, art.4º, §2º: “Facultativamente, pode-se incluir como risco segurável a invalidez permanente total e/ou parcial do educando, em função das limitações profissionais futuras decorrentes da sua situação de invalidez.

⁵ A Circular SUSEP nº 47/48 usa a expressão “dote”, trazendo à lembrança o conjunto de bens incomunicáveis que a mulher transferia ao marido como negócio jurídico complementar do casamento. É desconhecida a origem da péssima redação.

⁶ Exagero de redação, pois bastava fixar o prazo máximo de um ano como limite para o pagamento da indenização. V. art. 6º da circular citada.

⁷ A proliferação indiscriminada de escolas particulares sem garantia de solvabilidade fundamenta essa limitação. Além disso, a eventual descontinuidade dos estudos pelo beneficiário implicaria dificuldade de repetição do valor pago sob forma única, em franco prejuízo ao mesmo.

⁸ Willian Jones, jurista inglês (1746-1794).

⁹ V. art. 206, V, CF (com redação determinada pela Emenda Constitucional nº 19/98). A valorização do profissional de ensino sempre foi objeto de idealização na história da humanidade: “um professor não educa indivíduos. Ele educa uma espécie (Georg C. Lichtenberg, físico alemão, 1742-1799). “Um professor sempre afeta a eternidade. Ele nunca saberá onde sua influência termina”(Henry Adams, historiador americano, 1838-1918).

¹⁰ V. art. 34, VII, alínea “e”, e 35, III, ambos da CF. A Emenda Constitucional nº 29/2000 incluiu na alínea “e” as ações e serviços públicos de saúde.

¹¹ É facultativo aos sistemas de ensino desdobrar o ensino fundamental em ciclos (art. 32, §1º, da lei cit.)

¹² Lei nº 9.394/96, art. 87: “É instituída a *Década da Educação*, a iniciar-se um ano a partir da publicação desta lei”.

¹³ V. nota 2.

¹⁴ São períodos intermediários: pré-escolar, alfabetização, pré-vestibular e/ou eventuais repetências (Circular SUSEP nº 47/98, art. 5º, §3º).

¹⁵ O emérito Voltaire Marensi, parafraseando Pontes de Miranda, lembra que “quanto menos se regulamenta melhor. Tem-se visto prurido de regulamentar ir à vesânia de se reproduzirem, nos regulamentos, artigos e mais artigos de lei, sobrepondo-lhes, aqui e ali, frases que os interpretem, restritiva e ampliativamente. Tudo isso é inútil e é perigoso” (1994, p. 75).

¹⁶ Diga-se, aliás, que “quando existe avanço tecnológico sem avanço social surge, quase automaticamente, um aumento da miséria humana” (Michael Harrington, sociólogo americano, 1928-1989).

¹⁷ Observe-se o exemplo do Japão, citado por David S. Landes: “os japoneses empreenderam a modernização com característica intensidade e método. Estavam preparados para isso – em virtude de uma tradição (recordação) de governo eficiente, *de seus altos níveis de instrução*, da sólida estrutura familiar, da ética de trabalho e autodisciplina, do senso de identidade nacional e superioridade inerente” (grifos nossos) (1998, p. 419).

Bibliografia

ALVIM, Pedro. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1998: interpretação e crítica*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

GUERREIRO, Marcelo Fonseca. *Legislação de seguros: anotada e explicada*. Rio de Janeiro: Idéia Jurídica, 2000.

LANDES, David S. *Riqueza e pobreza das nações: por que algumas são tão ricas e outras tão pobres*. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

MARENSI, Voltaire. *O seguro no direito brasileiro*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1994.

A participação do indivíduo no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos

Mônica Teresa Costa Sousa

Sumário

1. Introdução. 2. Breve análise sobre a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. 3. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – funcionamento e a participação do indivíduo. 4. A Corte Interamericana de Direitos Humanos. 5. Considerações finais.

“Mas só será possível falar legitimamente de tutela internacional dos direitos do homem quando uma jurisdição internacional conseguir impor-se e sobrepor-se às jurisdições nacionais, e quando se realizar a passagem da garantia dentro do Estado – que é ainda a característica predominante da atual fase – para a garantia contra o Estado.”

Norberto Bobbio

1. Introdução

Os direitos naturais já foram os únicos direitos do homem. Contra a violação dos mesmos pelo Estado só havia o direito de resistência. Mas, com o passar dos tempos e com a evolução das estruturas do Estado, chegou-se à proteção jurídica de alguns desses direitos, e o direito de resistência jurisdicionalizou-se, passando o indivíduo a promover ação judicial contra o Estado que lhe violasse um direito (BOBBIO, 1999, p. 31). Dentro da perspectiva atual, *de globalidade das idéias, padrões e valores sócio-culturais*, como esclarece Ianni (1999, p. 119), essa promoção não deve subsistir apenas em cará-

Mônica Teresa Costa Sousa é especialista em Direito Público pela Universidade de Fortaleza. Mestranda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Professora de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado na Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

ter interno, dentro do próprio Estado violador de direitos. A possibilidade de o indivíduo requerer reparação por atos de Estado lesivos a seus direitos foi estendida à jurisdição internacional de maneira discreta porém significativa.

O sistema interamericano e o sistema adotado pela União Européia para a proteção aos direitos humanos são gratas propostas na efetivação desses direitos, e essa proteção é decorrente de uma fundamentação que outra não é senão a Declaração Universal dos Direitos do Homem. A Declaração, surgida no período pós-Segunda Guerra Mundial, *é algo mais que um sistema doutrinário, porém algo menos que um sistema de normas jurídicas* (BOBBIO, 1992, p. 31). Embora não tenha força normativa, ou seja, não tenha o caráter de impor obrigações aos Estados, é dela que decorrem outras dezenas de Pactos, Declarações, Cartas, entre alguns dos instrumentos que se relacionam com a proteção dos direitos humanos na comunidade internacional. Além disso, a Declaração Universal dos Direitos do Homem congrega valores comuns a toda a humanidade (p. 28).

As organizações internacionais, e entre essas elencamos a Organização dos Estados Americanos – OEA, podem operar na proteção dos direitos humanos de várias formas, seja pela via de controle, pela de promoção e, ainda, a de garantia. Alvarenga, ao fazer remissão a Bobbio, esclarece como são desempenhados esses papéis pelas organizações internacionais, restando-nos esclarecer que os órgãos da OEA dedicados aos direitos humanos – a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – exercem fundamentalmente o papel de *garantidores* desses direitos, na medida em que são órgãos de jurisdição internacional no continente americano em matéria de violações de direitos humanos¹.

Este trabalho tem por escopo a análise dos citados órgãos da OEA como promotores de ações de efetivação dos direitos hu-

manos, ressaltando ainda a participação do indivíduo na apreciação de seus requerimentos, o que não deixa de ser inovador dentro de uma organização internacional regional de natureza política (SEITENFUS, 2000, p. 36-42), que congrega apenas Estados e que não estende de forma tão efetiva a participação da sociedade civil em matéria outra que não seja a violação de direitos humanos.

2. Breve análise sobre a evolução do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos

O movimento integracionista na América é antigo. Remonta aos tempos de Simón Bolívar, “El Libertador”², e passa por várias fases, até uma atual etapa de organização institucional (SEITENFUS, 2000, p. 190). A OEA surgiu na esteira desse movimento de integração, não voltada aos interesses econômicos, como se deu com a União Européia, que tem nas relações financeiras o seu nascedouro, mas sim dentro de uma concepção política de integração.

Em 1948, em Bogotá, Colômbia, realizou-se a Nona Conferência Internacional Americana, quando foi criada a OEA, por meio da Carta de Bogotá, e onde se adotou a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (p. 194). Iniciou-se o sistema de promoção e proteção dos direitos fundamentais, no sistema interamericano, com essa Declaração.

A Carta de Bogotá, instrumento normativo organizacional da OEA, em muito se assemelha à Carta das Nações Unidas, que por sua vez é o alicerce da Organização das Nações Unidas. Essa semelhança tem uma explicação: ambas as organizações – ONU e OEA – são organizações internacionais estatais de natureza política que têm como princípio fundamental a manutenção da paz e segurança na comunidade internacional. Uma outra semelhança, esta mais interessante a este trabalho, é a preocupação que as duas organizações têm com a causa

dos direitos humanos, tanto é que possuem órgãos específicos para a apreciação desta matéria³.

Mister ressaltar que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem define os direitos protegidos e os deveres correlativos, e estabelece que *os direitos essenciais do homem não derivam do fato de ser ele cidadão de determinado Estado, mas sim do fato dos direitos terem como base os atributos da pessoa humana*⁴.

O sistema interamericano de promoção e proteção dos direitos fundamentais *tem como principal instrumento a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, que estabelece a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana*⁵.

Tanto a Corte como a Comissão foram criadas para proteger os direitos do homem, pois se acreditava, de forma correta, que a garantia desses direitos deveria ser feita por algum órgão jurídico, já que não pode haver direito garantido sem que haja um tribunal competente para tanto. Indo além, a OEA alertava que, como se tratavam de direitos internacionalmente reconhecidos, a proteção jurídica deveria emanar de um órgão internacional, até mesmo porque *a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana não se esgota na atuação do Estado, admitindo-se, mesmo, uma expansão da jurisdição internacional, passando os indivíduos a exercer os chamados “droits des gens”. Os tratados podem atribuir direitos diretamente aos indivíduos, consequência do reconhecimento à sua capacidade processual, havendo que se provar – no caso de petições – a relação entre o reclamante e a violação dos direitos humanos que denuncia* (ALVARENGA, 1998, p. 55).

O papel desempenhado pela Comissão e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em muito contribui para a efetivação dos direitos fundamentais, já que dá ao indivíduo, num ambiente antes tomado apenas pelos Estados – a comunidade internacional –, a possibilidade de apresentar diretamente seus requerimentos quanto à matéria, o que significa um avanço e uma inova-

ção. A análise do funcionamento da Comissão e da Corte, e de como o indivíduo participa desse sistema é fundamental para que se saiba como se efetiva essa participação.

3. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – funcionamento e a participação do indivíduo

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, estabelecida pela Convenção Americana de Direitos Humanos, é hoje dos mais importantes órgãos da OEA. A competência da comissão se estende a todos os Estados-partes na Convenção Americana e vai além, alcançando ainda os outros Estados-membros da OEA quanto aos direitos fundamentais consagrados na declaração Americana.

A Comissão é formada por sete membros de alta autoridade moral e reconhecido saber em matéria de direitos humanos, que podem ser naturais de qualquer Estado-membro da Organização dos Estados Americanos. Os membros da Comissão são eleitos, a título pessoal, pela Assembleia Geral por um período de quatro anos, podendo ser reeleitos apenas uma vez (PIOVESAN, 2000, p. 213).

A Comissão tem por objetivo principal a proteção e observância dos direitos humanos no continente americano. É certo que a Comissão precisa de meios para garantir o exercício de suas funções, que podem ser detalhadas nas recomendações feitas aos Estados-membros, para que estes adotem medidas de proteção aos direitos humanos⁶, realização de estudos e elaboração de relatórios, requerer dos governos dados relativos à aplicação da Convenção e submissão à apreciação da Assembleia Geral da OEA, anualmente, de um relatório de atividades.

O mais destacado e importante papel da Comissão entretanto, numa proposta de efetivação dos direitos humanos, é a apreciação das comunicações (petições) enviadas pelos diversos segmentos da sociedade civil que tratem de denúncias de violações de direitos humanos⁷.

A petição é encaminhada à Comissão, que avaliará primeiramente as condições de admissibilidade, dispostas no art. 46 da Convenção⁸. O que pode, à primeira vista, parecer questionável, nos critérios de admissibilidade, é a exigência de esgotamento dos recursos judiciais internos. Parece que apenas após uma longa batalha judicial interna o indivíduo terá direito à prestação jurisdicional no sistema interamericano, e sobre esta possibilidade, esclarece Cançado Trindade, citado por Piovesan:

“Com efeito, é precisamente porque os tratados de direitos humanos impõem aos Estados-partes o dever de assegurar às supostas vítimas recursos eficazes perante as instâncias nacionais contra violações de seus direitos reconhecidos (nos tratados ou no direito interno) que, reversamente, requerem de todo reclamante o esgotamento prévio dos recursos de direito interno como condição de admissibilidade de suas petições em nível internacional (2000, p. 216).

Embora Cançado Trindade veja com bons olhos essa exigência, não nos parece que esse requisito de admissibilidade seja viável, já que conhecemos a morosidade de alguns sistemas judiciários, notadamente o brasileiro, em que qualquer ação mais simples na Justiça pode levar anos, ainda mais quando se trata de litígio contra o Estado, parte que conta com algumas benesses processuais, como o aumento dos prazos.

Recebendo uma petição e esta sendo admitida, a Comissão solicita informações ao Governo denunciado. Após o recebimento ou não dessas informações, a Comissão investigará os fatos narrados na petição. Prossequindo a reclamação, será oferecida pela Comissão uma solução pacífica para o litígio, e caso essa solução não seja efetivada, é dever da Comissão redigir um relatório com a narração dos fatos e as conclusões relativas ao mesmo. Deve ainda a Comissão fazer recomendações ao Estado denunciado, que deve cumpri-las num prazo de três meses.

Nesse período, ressaltamos que o caso poderá ser resolvido entre as partes (Estado denunciado e denunciante) ou encaminhado à Corte Interamericana de Direitos Humanos⁹.

Embora tenha de ser percorrido um longo caminho até que se chegue à Comissão, não podemos esquecer que o acesso direto do indivíduo a um sistema internacional de proteção aos direitos humanos é uma proposta inovadora e sem sombra de dúvidas essencial para a garantia dos direitos fundamentais.

4. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

A Corte Interamericana de Direitos Humanos também é formada por sete juízes, porém não eleitos pela Assembléia Geral da OEA, mas pelos Estados-partes na Convenção, e embora seja um órgão eminentemente jurisdicional, já que se refere principalmente à solução de controvérsias em matéria de direitos humanos, também possui competência consultiva, quando interpreta as disposições da Convenção Americana e ainda as disposições de tratados que tratem de direitos humanos, e essa função pode ser requerida por qualquer Estado parte da OEA, mesmo que não tenha reconhecido a Convenção Americana. Ao contrário da Comissão, apenas os Estados-partes e a Comissão Interamericana têm acesso à Corte, já que infelizmente não está prevista a participação do indivíduo.

Desde sua efetivação como Tribunal Internacional, a Corte já analisou trinta e cinco casos (PIOVENSAN, 2000, p. 233). O que se discute de forma mais efetiva atualmente, principalmente na voz de Cançado Trindade (1999, p. 18-23), é a participação do indivíduo também na Corte, o que não deixa de ser conseqüência lógica e até mesmo necessária, após a participação do mesmo junto à Comissão, pois, de acordo com o sistema vigente, o indivíduo submete a análise de seu caso junto à Comissão, que percorre todo o caminho já explicitado no item ante-

rior deste trabalho e, em não se obtendo uma solução para o litígio, o caso é levado pela Comissão à Corte e, quando da apreciação do caso pela Corte Interamericana, o indivíduo é substituído pelos delegados da Comissão. Muitos problemas podem advir dessa não-participação, como por exemplo a discordância entre os argumentos da Comissão, e os do representante legal do indivíduo. Se ambos, indivíduo ou representante e Comissão, fossem admitidos na Corte, essas divergências não mais seriam obstáculos a uma decisão mais objetiva e conseqüentemente a uma reparação mais eficaz, afinal, como explica Cançado Trindade, *o direito de livre expressão das supostas vítimas é elemento integrante do próprio devido processo legal, nos planos tanto nacional como internacional* (1999, p. 19).

5. Considerações finais

Muito se fala em proteção internacional dos direitos humanos, mas medidas de garantia poucas vezes são realmente satisfatórias. Juntamente com o sistema europeu, que também prevê um tribunal específico para ajuizamento de caso de violação de direitos humanos – a Corte Européia de Direitos Humanos, onde também é permitida a participação do indivíduo –, o sistema interamericano se mostra eficaz nas ações da Comissão, e de certa forma deficitário em outras, como a não-legitimação do indivíduo junto à Corte.

É certo que algumas dificuldades são encontradas, nos dois sistemas, que ainda não são o que se pode chamar de ideal, mas é certo também que a proteção dos direitos humanos encontra nesses sistemas, e nessa possibilidade de conhecimento de problemas por parte da comunidade internacional, uma importante ferramenta na construção de um sistema senão ideal, pelo menos mais acessível àquele que teve um de seus direitos fundamentais violados, restando-nos então concluir nas palavras de Piovesan, para quem *o sistema interamericano está*

se consolidando como importante e eficaz estratégia de proteção dos direitos humanos, quando as instituições nacionais se mostram omissas ou falhas (2000, p. 228).

Notas

¹ “A *promoção*, cuja prática visa não só a induzir os estados a introduzir uma disciplina específica de tutela, como também aos que já a têm, a aperfeiçoá-la. O *controle*, que, a rigor, é um conjunto de medidas cuja finalidade é verificar se as recomendações e convenções vêm sendo acolhidas e respeitadas, respectivamente. As técnicas e os métodos de controle de supervisão compreendem as reclamações ou petições, relatórios periódicos e investigações. A *garantia*, que, na verdade, é uma tutela jurisdicional internacional em substituição à nacional, quando deficiente ou inexistente” (ALVARENGA, 1998, p. 54).

² “Eu desejo, mais do que qualquer outro, ver formar-se na América a maior nação do mundo, menos por sua extensão e riqueza do que pela sua liberdade e glória”. - Carta da Jamaica (SANTOS, 1998, p. 19).

³ Como já citado, a OEA possui a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Já a ONU, além de diversos subgrupos de trabalho relativos à matéria e ligados ao Conselho Econômico e Social, possui o Alto Comissariado para Direitos Humanos.

⁴ Declaração Americana dos Direitos do Homem. (Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969). Preâmbulo. Disponível em: <http://www.oas.org>.

⁵ A Convenção Interamericana de Direitos Humanos também é conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Entrou em vigor em julho de 1978, quando o 11º instrumento de ratificação foi depositado (PIOVESAN, 2000, p. 206, 210).

⁶ Não basta que os Estados assinem tratados de proteção aos direitos humanos: é preciso que a promoção, garantia e proteção desses direitos em âmbito interno seja uma realidade construída por ações concretas. A mera aquiescência de normas internacionais de proteção dos direitos fundamentais não obriga os Estados-partes a segui-las, já que, como esclarecido, nem mesmo a mais abrangente norma de proteção dos direitos humanos – a Declaração Universal dos Direitos do Homem – tem força impositiva. Um outro problema enfrentado em âmbito interno para a execução de normas internacionais de proteção aos direitos humanos é o modo pelo qual essas normas são integradas ao ordenamento jurídico de cada Estado. Destacamos

o caso do Brasil, em que “há um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e um outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § § 1º e 2º – apresentam hierarquia de norma constitucional e são incorporados automaticamente, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional, não sendo incorporados de forma automática pelo ordenamento jurídico brasileiro”(PIOVESAN, 1998, p. 73).

⁷ “Artigo 44. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte”. Convenção Americana sobre Direitos Humanos

⁸ “Artigo 46. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os arts. 44 e 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional e, d) que, no caso do art. 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição”.

⁹ “Cabe observar, contudo, que a questão só poderá ser submetida à Corte se o Estado-parte reconhecer, mediante declaração expressa e específica, a competência da Corte no tocante à interpe-

tação e aplicação da Convenção – embora qualquer Estado-parte possa aceitar a jurisdição da Corte para um determinado caso”. (PIOVESAN, 2000, p. 218-219).

Bibliografia

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas de. *Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. *Mercosul e arbitragem comercial internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Memorial em prol de uma nova mentalidade quanto à proteção dos direitos humanos nos planos internacional e nacional. In: BOUCALT, Carlos Eduardo de Abreu; ARAÚJO, Nadia de (Org.). *Os Direitos humanos e o direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

Aspectos jurídicos enredados na implantação do programa de inspeção veicular

Floriano de Azevedo Marques Neto

Há mais de uma década, discute-se entre nós os contornos e a implementação de um programa de Inspeção Técnica Veicular. Pode-se dizer que o Brasil está bastante atrasado nessa seara, sendo um dos últimos países com frota relevante que ainda não possui programa efetivo de controle de segurança veicular e de emissão de poluentes. Mais sério que o atraso hoje verificado será a insuficiência ou a inconsistência da modelagem jurídica que venha a ser adotada na implementação do programa de que ora se cogita.

Nesse sentido, o presente texto se presta a enfatizar, sob o prisma jurídico, algumas premissas e preocupações regulatórias, consignando nossa opinião acerca dos principais pontos enredados na modelagem a ser implementada.

A primeira e talvez principal questão se refere à distribuição de competências federativas para implementar o programa. Chegou-se a um consenso no meio jurídico que, do ponto de vista constitucional, teríamos: i) a competência legislativa (posto tratar-se de matéria afeta a trânsito e transporte) é exclusiva da União, à luz do artigo 22, XI da CF; ii) já a competência material (implementar o programa, tomando as medidas concretas para operar, direta ou indiretamente, as inspeções) seria concorrente entre União, Estados e Municípios.

Frisamos desde logo nossa posição no sentido de que, em se tratando de matéria

Floriano de Azevedo Marques Neto é advogado, doutor em direito público pela Universidade de São Paulo, professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

regulatória, essa divisão teórica de competências não se põe muito adequada. Com efeito, em sede de direito constitucional econômico, a atividade do poder público, como agente normativo e regulador de atividade econômica, impede que se dissocie a competência, para editar normas gerais (lei), daquela necessária à edição de outros instrumentos regulatórios que preenchem as pautas legais (regulamentos, instrumentos de outorga, etc.).

Dito de outro modo, como já sustentou o Supremo Tribunal Federal, a competência privativa da União, para legislar sobre trânsito e transporte, interdita que outros entes da federação editem normas sobre o tema, mesmo que na perspectiva de complementar ou regulamentar as normas gerais editadas pela União. Note-se que a competência privativa prevista no inciso XI do artigo 22 é um tanto diversa daquela prescrita nos incisos XXI e XXVII do mesmo artigo. Enquanto nestes dispositivos preservou-se para a União a competência para editar normas gerais (reservando a Estados e Municípios competência complementar para legislar sobre normas específicas), naquele a regra vem de forma peremptória e exclusiva: somente a União pode legislar sobre trânsito e transporte. Se é só o poder legislativo federal quem pode normatizar o tema, somente os órgãos do poder executivo federal poderão regulamentar (regular) aquela legislação.

Destaco isso porque, em que pese existirem posições jurídicas em sentido contrário (inclusive de doutrinadores por quem nutrimos amizade e admiração), não nos parece consentâneo, com o moderno direito constitucional econômico, apartar a competência de legislar sobre a criação e a normatização de uma utilidade pública da competência de efetivar a outorga dessa dada atividade. Lembremos que o instrumento de outorga (por exemplo, um contrato de concessão) caracteriza normas específicas para a regência da outorga e a prestação daquela atividade, tendo um caráter nitidamente regulatório (ver a esse respeito toda a teoria

das cláusulas regulamentares do contrato de concessão).

Dessarte, embora na teoria se possa separar competência legislativa e material, tal apartação só é viável academicamente. Quando estamos diante da atividade regulatória estatal (artigo 174 da CF), atribuições normativas e implementadoras se misturam. A base legal da prestação de um serviço público é indissociável da outorga da exploração do mesmo a terceiros, assim como é inseparável de competências materiais como a fixação de tarifas, definição de metas de universalização, etc. A teoria da distinção de competências levaria a uma aporia, a um impasse jurídico no qual restariam divorciadas a base legal do arcabouço regulatório, violentando as premissas da intervenção estatal no domínio econômico.

Fixamos assim uma primeira nota, no sentido de que não parece ser juridicamente plausível dissociar a competência legislativa (que é incontroverso ser privativa da União) da competência material de implementar o programa. Se compete à União legislar exclusivamente sobre trânsito e transporte, deve competir-lhe também adotar as medidas consistentes em regulamentar (editar normas infra-legais, outorgar, planejar, fixar metas e tarifas bem como fiscalizar a execução do programa, podendo, em alguns casos, delegar atividades aos Estados e Municípios).

De outro lado, tampouco podemos aderir à tese de que o artigo 22, III, do Código de Trânsito Brasileiro estaria a estabelecer de forma incontroversa ser de competência dos órgãos ou entidades executivos de trânsito nos Estados e Distrito Federal “vistoriar e inspecionar os veículos no tocante à inspeção veicular”. Essa linha de interpretação sustentaria que a exigência de delegação por parte do órgão federal competente cuidaria apenas da atividade de expedição do Certificado de Registro e o Licenciamento Anual. Tal tese (também ressalvado o respeito àqueles que a sustentam) parece-nos desarrazoada.

De fato, não é possível entender que a atividade conseqüente (expedir o certifica-

do e o licenciamento) permaneça na competência federal enquanto a atividade causal seja desde logo transferida ao ente federado. Note-se que somente terá sentido a expedição de registro e o licenciamento se, realizada a vistoria e a inspeção, o veículo estiver conforme com a regulamentação. Ora, embora possível, a União poderia negar-se a delegar tal competência. Nessa situação, poderíamos ter duas hipóteses: i) o Estado vistoriaria e inspecionaria o veículo, aprovando-o, mas a União não anuiria com tal aprovação e se recusaria a expedir o certificado e a licenciar o veículo; ii) teríamos de entender que, uma vez realizada a inspeção e a vistoria, estaria o órgão federal obrigado a expedir o certificado e a licenciar o veículo.

Ambas as alternativas põem-se esdrúxulas. Na primeira, restaria inviabilizada a inspeção e a vistoria. Na segunda, estaria violado o princípio federativo, pois que a União seria transformada em apêndice departamental dos Estados. Segue daí nosso entendimento no sentido de que todas as competências previstas no inciso III do artigo 22 são seqüenciais, posto que integrantes de um ato complexo de certificação e licenciamento. Tratam-se, portanto, de atividades indissociáveis que poderão ser delegadas (todas elas) pela União aos Estados.

Reconhecemos, porém, que a interpretação do artigo 22, III, do CTB é polêmica. Tal dispositivo está a merecer melhor tratamento legislativo, já existindo no Congresso projetos em tramitação com esse objetivo. O que nos cumpre por agora destacar, como uma segunda nota, é que não é pacífica a interpretação já alhures ventilada segundo a qual o CTB teria assegurado aos Estados a “competência material” para implementar as inspeções e vistorias de segurança veicular.

Ainda no tocante à polêmica entre estadualização e federalização da ITV, parecemos haver argumentos às baldas a recomendar a segunda e desaconselhar a primeira.

Deveras. Não foi sem motivo que o constituinte reservou à competência privativa da

União legislar sobre a matéria de trânsito e transporte. Tais assuntos são, por essência, dependentes de um regramento uniforme em todo território nacional. Veículos, como o próprio nome predica, circulam, movem-se, transitam. Por definição, o que transita não pode ser objeto de tratamento diversificado de uma para outra unidade da federação. O que se aplica para a legislação também vale para matéria regulatória.

Tal raciocínio vale como vetor para identificar todos aqueles serviços públicos que são eleitos como de competência da União. Desnecessário lembrar que (à exceção do transporte coletivo de passageiros intramunicipal, cuja circunscrição local está patente já no próprio nome) todos os serviços públicos que envolvem transporte (deslocamento espacial de bem, sinal, pessoas ou coisas) são titularizados pela União. Não é gratuito, portanto, que transporte rodoviário interestadual (artigo 21, XII, *e*), navegação aérea (artigo 21, XII, *c*), transporte ferroviário (artigo 21, XII, *d*) e mesmo aquaviário (artigo 21, XII, *d*), entre outros, são atribuídos pela Constituição à União (competência material). É porque o tratamento regulatório (do qual a outorga é parte essencial) não pode ser fragmentado, pulverizado, sob pena de comprometimento do princípio federativo.

Ora, se a competência legislativa para trânsito e transporte é exclusiva da União e se a tal competência material para implementar todos os serviços públicos correlacionados a esses temas, quando de âmbito nacional, foi reservada à União (artigo 21 da CF), não seria razoável que uma atividade não referida na Constituição (ITV) recebesse tratamento legal distinto e fosse remetida à competência Estadual.

A impossibilidade de transferência da competência material relativa à ITV para ser exercida de forma autônoma (ou seja, sem delegação nem parametrização pela União) pelos Estados e Municípios advém da própria natureza de tais serviços. Aceitar que cada Estado vá implantar a Inspeção Técnica Veicular de forma autônoma e indepen-

dente (é dizer, a partir dos seus próprios critérios de outorga e consoante modelagem isolada) seria admitir, *a priori*, que haja no país algumas dezenas de programas diferentes. Sejam-nos permitidos dois exemplos.

Imaginemos consagrada a tese da estadualização. É de se supor – como de resto seria de se esperar da autonomia estadual – que não haveria uma uniformização tarifária. Poderia, cada Estado, fixar o valor a ser cobrado dos proprietários de automóveis para realização das inspeções anuais, definindo até mesmo se tal valor será preestabelecido no edital ou entrará como fator de julgamento na licitação. Ora, se aberta essa possibilidade, emergiria fatalmente uma nova “guerra fiscal”. Sim, pois é plausível supor que os Estados menos desenvolvidos passariam a oferecer vantagens tarifárias aos proprietários de veículos para, com isso, ampliar a frota de seus Estados, elevando a arrecadação de IPVA.

Outro exemplo. Estadualizada a implantação, cada unidade federada promoveria – cada qual ao seu jeito – a necessária licitação para a outorga da exploração da ITV. Cada Estado poderia estabelecer critérios diferenciados de julgamento, predicando inclusive padrões de qualificação e de capacitação técnica distintos para os interessados. Nesse caso, um licitante poderia ser desqualificado num Estado de exigências mais rigorosas e, inobstante, amealhar uma outorga em Estado com regras mais lassas. Pois bem. Um veículo inspecionado pelo agente privado menos capacitado (que poderia até agir com menos rigor por interesses escusos) circularia por todo o território nacional (já que é indeclinável o direito de ir e vir de seu proprietário ou condutor) e iria certamente trafegar por ruas e rodovias do Estado mais rigoroso podendo lá emitir poluentes e causar acidentes. Em uma palavra, no exemplo em tela, a falta de uniformidade regulatória levaria, no curto prazo, à inviabilização de todo o programa. Sim, pois seria insustentável (até por critério de isonomia) obrigar o cidadão domiciliado num

Estado mais rigoroso a uma inspeção séria, firme e incontornável enquanto outros estariam liberados desse rigor.

Note-se que a federalização se põe imperativa até por força do critério de isonomia acima referido. Com efeito, é regra constitucional que todos devem ser tratados de modo uniforme pela lei, sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º da CF). Não é possível que os efeitos decorrentes de uma competência legislativa privativa da União sejam efetivados (ou seja, afetem concretamente os indivíduos) de forma diferenciada conforme o Estado da federação em que estejam domiciliados. Nunca é demais lembrar que a Constituição preconiza princípios gerais da Administração Pública (em todas as esferas da federação), entre os quais a isonomia.

A necessidade de uniformização de critérios, pautas, metas e regras em todo o território nacional parece-nos imprescindível para a viabilidade e para a consistência jurídica do programa. Lembremos que esse princípio encontra eco na Constituição (artigo 175); ao prever a carta que serviços públicos podem ter sua prestação delegada a particulares, definiu que haveria uma lei (geral e no caso em apreço, lei necessariamente federal) que previsse entre outros aspectos i) a política tarifária; ii) os direitos dos usuários e iii) os parâmetros do que se defina como serviço adequado (cf. artigo 175, parágrafo único, incisos II, III e IV da CF). Se assim determinou o Constituinte é porque se apercebeu dos riscos da fragmentação regulatória, dos perigos da ausência de regras uniformes para todo o território nacional quando tratarmos de utilidades públicas de abrangência transestadual.

Talvez o ponto regulatório mais sensível da necessidade de uma uniformização em âmbito nacional seja a política tarifária. Pensando nisso é que deverá estar prevista uma política tarifária uniforme que atrás foi mencionada.

Agregue-se apenas mais um elemento fático a demonstrar a inconveniência da delegação da competência material aos Estados.

O DNER houve por bem transferir a alguns Estados a atribuição de implementar, nas rodovias federais, o programa de concessão de rodovias. Fê-lo pela delegação (mediante convênios) de competências para licitar, gerenciar, monitorar e fiscalizar as concessões, até mesmo fixando tarifas. Assim ocorreu com os Estados do Paraná, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. A experiência revelou-se catastrófica.

No primeiro Estado, o Governador, premido pela rinha eleitora, decidiu unilateral e desatinadamente pela redução das tarifas de rodágio à metade, praticamente inviabilizando o programa no Estado e afetando profundamente todos os demais programas de concessão pelo país.

Já nas outras duas unidades da federação foram eleitos governadores ideologicamente contrários à concessão e que, após a posse, ou paralisaram ou fizeram refluir os programas gerando graves problemas jurídicos e um considerável passivo para o DNER.

Vê-se, portanto, o quão inadequado e desaconselhável se mostrou (sob o prisma jurídico, operacional e histórico) a transferência aos Estados da tal “competência material” de implementar o programa.

É por essas e por outras que não vemos nem necessidade nem conveniência em se transferir aos Estados a incumbência de implementar o Programa de Inspeção Técnica Veicular. É por isso que a modelagem proposta deve prever que a competência para implementação do Programa será da União, a quem competiria não só editar todo o arcabouço regulatório, como também promover as licitações necessárias às outorgas do direito de exploração da ITV quando conveniente o concurso da iniciativa privada. Só assim, parece-nos, poderia ser viabilizado, à luz das premissas acima divisadas, o Programa.

A concentração de competência material pela União não significa, porém, excluir a participação dos Estados e Municípios do Programa. Pode-se cogitar de um modelo

que se aproximaria daquele hoje existente no âmbito da ANEEL. Como é sabido, a titularidade dos serviços públicos de energia elétrica é da União. O órgão regulador do setor (que concentra todas as competências materiais referentes ao assunto) é a Agência Nacional de Energia Elétrica. É a esse órgão que compete editar normas, expedir outorgas, assinar contratos de concessão, expedir autorizações, aplicar sanções aos prestadores dos serviços, fiscalizar e monitorar os concessionários, etc. Algumas dessas competências, porém, são delegadas a órgãos reguladores estaduais, preservando-se com a ANEEL a competência para editar e atualizar o arcabouço regulatório, incluindo aí as outorgas, atividade de todo indelegável.

De outro lado, a concentração da competência material com a União não obsta que os Estados e Municípios participem i) do valor a ser pago pelos particulares que receberem outorgas para explorar os serviços; e ii) da receita a ser auferida com as ITVs. Assim como os Estados recebem *royalties* pela extração de petróleo em seu território e assim como, se aprovada a Lei das Águas, os municípios integrantes de uma bacia receberão pelo uso de seus recursos hídricos, a modelagem por nós proposta preveria a distribuição dessas receitas de modo a homenagear o princípio federativo.

De outro lado, a modelagem cogitada envolveria que a União, por intermédio do DENATRAN (juntamente com outros órgãos envolvidos), estudasse o mercado brasileiro e em especial a concentração da frota automotora e, com base nesses dados, elaborasse algo como um Plano Geral de Outorgas (a aproximação com o setor de telecomunicações é inescapável). Nesse documento viriam definidos os parâmetros para distribuição das outorgas da exploração do ITV em todo o país, agregando Estados mais e menos viáveis a partir de critérios técnicos. Ainda nesse instrumento, pode-se cogitar de introduzir critérios e parâmetros que interditem a concentração de muitas outorgas em um mesmo grupo econômico. Já nesse

sentido, deve-se prever disposição impedidora de concentração do mercado de ITV superior a 10% da frota inspecionável.

Outra questão relevante na modelagem se refere à expansão do serviço no sentido de incorporar no programa os veículos que não estejam situados em localidades cuja concentração de frota torne viável a exploração econômica do serviço. Cuida-se aqui de uma verdadeira “meta de universalização” do programa de ITV. Diante desse ponto, proporíamos que, assumida a competência da União para regular o ITV, fosse editado um Plano de Metas de Universalização (novamente aproximação com as telecomunicações) do qual constassem os ônus que seriam imputados às exploradoras da ITV em face da necessidade de oferecimento do serviço em localidades mais distantes.

Outro ponto regulatório importante se refere à necessidade de unificar as inspeções de segurança veicular e ambiental (emissão de ruídos e de poluentes). Tal unificação poderia ser efetivada prevenindo-se que o DENATRAN e o CONAMA entabularão convênio para que as inspeções sejam feitas em um só lugar.

As razões para tal unificação são patentes. Seria de todo irrazoável que se obrigasse alguém a se dirigir a dois lugares distintos visando a obter autorização para licenciar seu veículo. Se ambas as inspeções têm o mesmo objeto, ainda que com finalidades distintas, tanto melhor que se unifiquem os serviços. Para tanto, seria recomendável o ajuste entre os órgãos de trânsito e ambiental para que a outorga da ITV seja uma, inobstante basear-se em regulamentação própria a cada órgão. É certo, contudo, que esse ajuste dependerá de tratativas políticas e institucionais entre os dois órgãos, o que, imaginamos, não será de todo impossível.

Diante dessa unificação de inspeções e considerando a necessária participação de Estados e Municípios na receita advinda da parcela da tarifa correspondente aos serviços de inspeção ambiental, dever-se-ia prever que o órgão ambiental de âmbito nacio-

nal (CONAMA) definiria, por resolução, como se daria a repartição das receitas advindas da parcela ambiental da inspeção.

Outro ponto, que merece alguma atenção, refere-se ao prazo para vigência da outorga da exploração da ITV aos particulares. Efetivamente, muito se discute acerca de qual seria o prazo ideal para a exploração em tela. Considerando i) o montante dos investimentos necessários; ii) os custos financeiros para captação destes recursos; iii) os custos operacionais; iv) a receita estimada, considerando a taxa de evasão, a parcela da frota absolutamente marginal à inspeção (dada a pauperização dos seus proprietários); v) os riscos ensejados no negócio e vi) as taxas internas de retorno tradicionalmente praticadas em negócios semelhantes, chega-se à conclusão que o prazo de dez anos é o mínimo possível para a) tornar viável o programa; e b) permitir o atingimento do princípio da modicidade tarifária constante do artigo 6º, § 1º, da Lei Federal nº 8.987/95 (Lei Nacional de Concessões).

Reduzir tal prazo levaria à necessidade de se fixar tarifas mais altas ou então de se flexibilizar parâmetros tecnológicos a serem empregados, medidas que de todo modo se põem írritas ao interesse público e às próprias premissas do Programa.

De mais a mais, o regime de caducidade, previsto na legislação de concessões, impede que o poder público tenha de se resignar com um prestador que não esteja a prestar adequadamente o serviço.

Além disso, sabemos que o financiamento de projetos como o ora em apreço se dá hoje mediante *projects finance*, modalidades de financiamento em que a garantia se efetiva pela própria receita gerada com o negócio. Nesse caso, quanto maior for o prazo, maior margem de auferição de receitas e menor o risco do negócio. Isso traz uma redução dos custos financeiros, contribuindo para reduzir a tarifa a ser cobrada dos usuários. Ao revés, formatando-se um pequeno prazo de exploração, pode-se estar a inviabilizar a modelagem financeira do projeto.

Por fim, consignamos que, estando a se prever que a outorga será onerosa (ou seja, o interessado deverá oferecer o pagamento de um ônus para ter direito à outorga), temos que o prazo de dez anos permite potencializar economicamente a receita a ser arrecadada pelo poder público no processo de outorgas, gerando caixa, até mesmo para robustecer a participação de Estados e Municípios no proveito econômico das outorgas.

É por essa razão que imaginamos o prazo mínimo de 10 anos e desaconselhamos a redução deste pautada em mera operação aritmética de receita *versus* investimento bruto, que não considere a financialidade do projeto, o expurgo das quebras de arrecadação e inadimplência e a margem de retorno razoável em padrões internacionais.

Um último ponto é, ao nosso ver, de consideração vital. Trata-se da necessidade de que, em algum momento antes do início de implementação do programa, seja editada lei específica definindo os parâmetros da modelagem do programa. Certo é que já existem projetos nesse sentido tramitando pelo Congresso. Há, porém, a necessidade de um esforço conjugado com o legislativo no sentido de que seja aprovado, se possível brevemente, um texto que contemple alguns vetores essenciais. Mencionamos alguns.

O primeiro ponto a ser superado se refere à já explanada indefinição de competências para implementar o programa. Seria recomendável que a lei viesse a alterar o artigo 22, III, do CTB, deixando claro competir à União tal “competência material” e prevenindo a possibilidade de delegação de algumas atividades (por exemplo a fiscalização das estações de inspeção) para os Estados, como já ocorre com a ANEEL. Também seria conveniente que a lei definisse a repartição das receitas, advindas do programa, entre os entes federados, definindo critérios para tanto.

Outra questão que convém à lei tratar diz respeito à própria outorga da ITV. Toda a modelagem até hoje cogitada tem considerado que se estaria a dar a exploração do serviço em concessão. Porém, como define o artigo 2º da Lei Federal nº 9.074/95, “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão ou permissão de serviço público sem lei que lhes autorize e fixe seus termos...”. Não existe norma legal que tenha autorizado a concessão do ITV nem que tenha previsto os seus contornos. Ademais, não há sequer previsão legal definindo o ITV como um serviço público. Dessarte, é vital, para evitar questionamentos futuros e conferir segurança aos investidores interessados, que a lei venha a atender essas prescrições.

Em terceiro lugar, é importante que a lei i) defina a competência do DENATRAN como órgão regulador específico; ii) preveja os documentos regulatórios a serem editados; iii) dê conformidade a algumas premissas da modelagem, como por exemplo a agregação de Estados para fins de outorga; iv) estabeleça cronograma de implementação do programa.

Por fim, é recomendável que venha a lei a aclarar que as inspeções de segurança e ambiental serão feitas em conjunto, de preferência dando as linhas vetoriais para o convênio a ser assinado entre CONTRAN e CONAMA.

Em suma, não recomendaríamos que o programa de inspeção veicular fosse implementado (até com o início das outorgas) sem que houvesse lei dando-lhe bases e parâmetros.

Certo deve estar, contudo, a fragilidade jurídica de mais se avançar sem que tenhamos superado os óbices aqui apontados.

A alíquota no Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores

Gladston Mamede e Eduarda Cotta
Mamede

Sumário

1. Estabelecimento de alíquotas. 2. Progressividade de alíquotas. 3. Capacidade contributiva. 4. Seletividade de alíquotas. 5. Diferenciação quanto à origem.

1. Estabelecimento de alíquotas

Vige uma verdadeira balbúrdia entre as Unidades da Federação no que diz respeito à definição de cotas para a cobrança do IPVA – imposto sobre a propriedade de veículos automotores. Para o ano de 2000, encontraram-se alíquotas que variavam de 0,5% (“para aeronaves de qualquer tipo”, segundo art. 5º, V, da Lei 7.543/88, de Santa Catarina) a 6% (“para automóveis de passeios movidos a *diesel*”, de acordo com o art. 7º, VI, da Lei 6.606/89, de São Paulo).

Mais do que isso, há um completo disparate entre os percentuais das alíquotas em relação ao tipo de veículo. Considerando, mais uma vez, a legislação vigente para 2000, um veículo de passeio, movido a gasolina, poderia ser tributado em 2% em Santa Catarina (art. 5º, I, da Lei 7.543/88), na Bahia (art. 6º, I, da Lei 6.348/91) e em Tocantins (para motores até 100 HP; art. 88, II, a, da Lei 888/96); 2,5% no Rio Grande do Norte (art. 4º, I, Lei 6.967/96); 3% no Rio Grande do Sul (art. 9º, II, da Lei 8.115/85), em Tocantins (para motores acima de 100 HP; art. 88, II, a, da Lei 888/96), no Paraná (art. 4º, I, da Lei 11.280/95)¹ e no Distrito Federal (art. 3º, III, da Lei 7.431/85)²; 4% em Minas Gerais

Gladston Mamede é Doutor em Filosofia do Direito e Professor do Unicentro Newton Paiva e do Centro Universitário da FUMEC.

Eduarda Cotta Mamede é Advogada de Empresas.

(art. 10, I, da Lei 12.735/97)³, no Rio de Janeiro (art. 10, II, da Lei 2.877/97)⁴, em São Paulo (art. 7º, I, da Lei 6.606/89)⁵.

Para as motocicletas e ciclomotores, foi prevista uma alíquota de 1% na Bahia (art. 6º, II, da Lei 6.348/91), em Minas Gerais (até 150 cilindradas; art. 10, V, a, da Lei 12.735/97) e em Santa Catarina (art. 5º, II, da Lei 7.543/88); 1,5% em Minas Gerais (com motor superior a 150 cilindradas; art. 10, V, b, da Lei 12.735/97); de 2% no Distrito Federal (art. 3º, II, da Lei 7.431/85), no Rio de Janeiro (art. 10, IV, da Lei 2.877/97), no Rio Grande do Sul (art. 9º, III, da Lei 8.115/85), em Tocantins (para máquinas de até 180 m³, art. 88, II, b, da Lei 888/96), em São Paulo (art. 7º, IV, da Lei nº 6.606/89); e 3% em Tocantins (para máquinas que superem 180 m³, art. 88, II, b, da Lei 888/96).

No que diz respeito aos caminhões, bem como outros veículos que são destinados ao transporte de cargas pesadas, há uma harmonia impressionante; com efeito, as legislações tendem a estipular um percentual de 1% sobre o seu valor; nesse sentido Rio Grande do Norte (art. 4º, I, Lei 6.967/96), Paraná (art. 4º, I, da Lei 11.280/95), Minas Gerais (art. 10, IV, da Lei 12.735/97), Tocantins (art. 88, I, da Lei 888/96), Santa Catarina (art. 5º, III, da Lei 7.543/88), Rio de Janeiro (para veículos com carga superior a uma tonelada, segundo o art. 10, V, da Lei 2.877/97)⁶, Rio Grande do Sul (art. 9º, IV, da Lei 8.115/85), Bahia (art. 6º, II, da Lei 6.348/91) e Distrito Federal (art. 3º, I, da Lei 7.431/85).

Já os veículos destinados ao transporte coletivo em maior escala, notadamente ônibus e microônibus, a harmonia persiste, mas não como entre os veículos de carga. Com efeito, 1% sobre o seu valor é tributado no Paraná (art. 4º, I, da Lei 11.280/95), em Santa Catarina (art. 5º, III, da Lei 7.543/88), em Minas Gerais (art. 10, IV, da Lei 12.735/97), no Distrito Federal (art. 3º, I, da Lei 7.431/85), na Bahia (art. 6º, II, da Lei 6.348/91), em Tocantins (art. 88, I, a, da Lei 888/96), no Rio Grande do Norte (Art. 4º, I, Lei 6.967/96) e no Rio Grande do Sul (art. 9º, IV, da Lei

8.115/85). Mas são 2% sobre o valor no Rio de Janeiro (art. 10, IV, da Lei 2.877/97)⁷.

No que toca às aeronaves, seus proprietários pagaram IPVA de 0,5% sobre o seu valor em Santa Catarina (art. 5º, V, da Lei 7.543/88); 1% em Minas Gerais (art. 10, IV, da Lei 12.735/97), Tocantins (art. 88, I, b, da Lei 888/96) e no Distrito Federal (art. 3º, I, da Lei 7.431/85); 1,5% na Bahia (art. 6º, III, da Lei 6.348/91); 2,5% no Rio Grande do Norte (art. 4º, I, Lei 6.967/96) e no Paraná (art. 4º, III, da Lei 11.280/95)⁸; 3% no Rio Grande do Sul (art. 9º, I, da Lei 8.115/85)⁹; 5% no Rio de Janeiro (art. 10, I, da Lei 2.877/97) e em São Paulo (art. 7º, I, da Lei 6.606/89).

Para as embarcações, previu-se uma alíquota de 1% em Tocantins (art. 88, I, c, da Lei 888/96), no Rio Grande do Norte (art. 4º, I, Lei 6.967/96), em Santa Catarina (art. 5º, IV, da Lei 7.543/88) e no Distrito Federal (art. 3º, I, da Lei 7.431/85); 1,5% na Bahia (art. 6º, III, da Lei 6.348/91); 2,5% no Paraná (art. 4º, III, da Lei 11.280/95)¹⁰; 3% em Minas Gerais (art. 10, VI, da Lei 12.735/97) e no Rio Grande do Sul (art. 9º, I, da Lei 8.115/85)¹¹; 5% no Rio de Janeiro (art. 10, I, da Lei 2.877/97) e em São Paulo (art. 7º, I, da Lei 6.606/89).

2. *Progressividade de alíquotas*

Uma das questões que merece ser analisada aqui diz respeito à adoção de alíquotas progressivas para a cobrança do IPVA.

Como ensina Raimundo Falcão,

“a tributação inicialmente foi vista apenas como um instrumento para prover o erário público dos recursos necessários aos gastos indispensáveis – ou, às vezes, de gastos dispensáveis. Essa era a tributação de objetivos fiscais, portanto” (1981, p. 43).

Porém, a evolução da técnica jurídica (concomitantemente com as técnicas de Administração Pública) conduziu os agentes políticos à percepção da utilidade de se usar “o instrumental financeiro – mais especifi-

camente, o tributário [...] – a fim de que se obtenham deliberados resultados econômicos e políticos, como reprimir a inflação, evitar desemprego e a recessão, desaquecer a atividade econômica, proteger a indústria nacional, nivelar fortunas, atuar sobre a densidade demográfica ou a distribuição espacial da população, entre outros fins” (p. 46).

Coerente com tais técnicas de gerenciamento social, o legislador constitucional brasileiro institui um Sistema Tributário em que se anotam algumas especificidades para diversos tributos. É o que se observa, por exemplo, em relação ao Imposto de Renda, cuja exigência deve-se informar pelos critérios da generalidade, da universalidade e da progressividade (art. 153, § 2º, da CF). Também se previu que o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) deveria obedecer a um critério de seletividade, levando-se em conta a essencialidade do produto (art. 153, § 3º, I, da CF). Rememore-se, por fim, Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), cuja cobrança, segundo a previsão constitucional, poderá ser progressiva, considerado o valor do imóvel; mais: poderá ter alíquotas diferentes de acordo com a localização e o uso do imóvel (art. 156, § 1º, I e II, da CF, redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 13/set./00).

Tanto para o imposto de renda, quanto no imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana, viu-se a progressividade tributária. Seu contorno foi definido pelo art. 145, § 1º, da Constituição da República, disciplinando que,

“sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitadas os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.”

Sobre tal disposição, lê-se Hugo de Brito Machado dissertar que

“o tema da tributação progressiva tem sido fonte de duradouras e fundas divergências. Parece-nos, todavia, que o tributo progressivo na verdade é o que mais adequadamente alcança a capacidade econômica das pessoas. Por isto, em atenção ao princípio da isonomia, diremos que o melhor critério discriminador, em se tratando de estabelecer normas de tributação, é o da capacidade econômica.”

Prossegue, adiante, o autor (1991, p. 46-47): “ainda que não seja possível adaptar-se com exatidão o dever fiscal individual à capacidade contributiva de cada contribuinte, a alíquota progressiva cumpre melhor que a proporcional o princípio da capacidade contributiva”¹².

Na jurisprudência, o tema mereceu abordagem do Supremo Tribunal Federal que, no Recurso Extraordinário 167.974-3/SP, relatado pelo Ministro Neri da Silveira, referindo-se, inclusive, à existência de precedente, asseverou que “o implemento de política fiscal e econômica, pelo Estado, tendo em vista determinado interesse social [...] Não configura ofensa ao princípio de isonomia”¹³.

A juridicidade da progressividade, todavia, não equaciona, por si só, o problema aqui examinado. Isso porque é necessário verificar se a Constituição permite ao legislador ordinário utilizar-se da técnica da progressividade no imposto sobre a propriedade de veículos automotores, sem o que sua previsão excederia os limites licenciados, tornando-se inconstitucional.

Mas eis que, ao volvermos nosso olhar percuciente sobre o tratamento dado ao IPVA pela Constituição Federal, verificamos não se cuidar de hipótese tributária à qual permitiu-se a aplicação da técnica progressiva. Com efeito, a Lei Maior limita-se a afirmar sua existência, limitando, portanto, a criatividade legislativa ordinária. Em outras palavras, a falta de previsão na Constituição

da República da possibilidade de progressividade nas alíquotas do IPVA impede a sua instituição.

Algumas dificuldades podem explicar o comportamento do legislador constituinte. Como visto anteriormente, o IPVA é imposto incidente sobre o patrimônio; destarte, é costume rotulá-lo como imposto de natureza real, no que se enfrenta a crítica de Sacha Coêlho (1999, p. 350): “em primeiro lugar, a diferença entre imposto real e pessoal não é *jurídica*. Em segundo lugar, quem paga o imposto é a pessoa e não a coisa”¹⁴. Trata-se, portanto, de um imposto que incide sobre a existência de um direito de propriedade, não considerando as especificidades do contribuinte, mas unicamente o valor do bem sobre o qual incidirá o tributo.

Vale citar o Wether Botelho Spagnol:

“os impostos pessoais são aqueles exigidos tendo em vista uma atuação ou situação específica do sujeito passivo. Os impostos reais gravam, por outro lado, a posse, o consumo ou a circulação de determinada riqueza, independentemente de uma definição do sujeito passivo da obrigação tributária. No primeiro caso, o legislador leva em consideração características específicas do destinatário da norma, e, no segundo, descreve o fato gerador abstraindo os dados pessoais do contribuinte” (1994, p. 75-76).

Os impostos que consideram a pessoa do contribuinte, insofismavelmente, são mais afetos à progressividade, pois, ao considerar o sujeito passivo da obrigação, podem, com maior precisão, aferir a sua capacidade contributiva. Já os impostos que incidem sobre direitos reais oferecem uma dificuldade imediata: ao considerar o valor da coisa, não se estabelece uma relação direta com a capacidade de contribuir de seu proprietário. Um taxista com baixa capacidade de contribuir pode comprar um veículo de luxo, importado, para ocupar-se de uma determinada clientela; um motorista que alugue carros para conduzir noivas à igre-

ja, por igual; e inúmeras outras situações análogas poderiam ser pensadas para exemplificá-lo.

Essa dificuldade já fora sentida em relação a dois outros impostos que incidem sobre o valor do bem que é objeto da relação jurídica tributada. Referimo-nos ao do imposto sobre transmissão *inter vivos* de bens imóveis – ITBI e ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana – IPTU (antes da vigência da emenda constitucional nº 29/2000).

Para o ITBI *inter vivos*, o Supremo Tribunal Federal, analisando a Lei 11.154/91, do Município de São Paulo, asseverou que “a Constituição Federal não autoriza a progressividade das alíquotas, realizando-se o princípio da capacidade contributiva proporcionalmente ao preço da venda”¹⁵. Na mesma direção, antes da emenda constitucional nº 29/2000, encontramos a discussão sobre a adequação da estipulação de alíquotas progressivas no IPTU. Para o Supremo Tribunal Federal, o IPTU é

“imposto de natureza real em que não se pode levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte. Logo, a progressividade da alíquota da exação, com base no valor venal do imóvel, somente é admissível para o fim extrafiscal de assegurar o cumprimento da função social da propriedade, obedecidos os requisitos previstos nos §§ 2º e 4º do art. 182 da Constituição Federal”¹⁶.

A mesma Corte, ao debruçar-se sobre a Lei 5.641/89 do Município de Belo Horizonte¹⁷, disse que,

“no sistema tributário nacional é o IPTU inequivocamente um imposto real. Sob o império da atual Constituição, não é admitida a progressividade fiscal do IPTU, quer com base exclusivamente no seu artigo 145, § 1º, porque esse imposto tem caráter real que é incompatível com a progressividade decorrente da capacidade econômica do contribuinte, quer com ar-

rimo na conjugação desse dispositivo constitucional (genérico) com o artigo 156, § 1º (específico).”

O acórdão destacou, ademais, que “a interpretação sistemática da Constituição conduz inequivocamente à conclusão de que o IPTU com finalidade extrafiscal a que alude o inciso II do § 4º do artigo 182 é a explicitação especificada, inclusive com limitação temporal, do IPTU com finalidade extrafiscal aludido no artigo 156, I, § 1º.”

Dessa forma, “é inconstitucional qualquer progressividade, em se tratando de IPTU, que não atenda exclusivamente ao disposto no artigo 156, § 1º, aplicado com as limitações expressamente constantes dos §§ 2º e 4º do artigo 182, ambos da Constituição Federal”¹⁸.

Nesse julgado, o Ministro Moreira Alves dissertou sobre o art. 145, § 1º, da Constituição, argumentando que,

“desse dispositivo decorre que a Constituição, adotando a distinção clássica segundo a qual os impostos podem ter caráter pessoal ou caráter real (é a classificação que distingue os impostos em pessoais e reais), visa a que os impostos, sempre que isso seja possível, tenham caráter pessoal, caso em que serão graduados – e um dos critérios da graduação poderá ser a progressividade – segundo a capacidade econômica do contribuinte.”

Prossegue:

“por outro lado, em face desse dispositivo, não se pode pretender que a expressão ‘sempre que possível’ se refira apenas ao caráter pessoal do imposto, e que, por isso, o princípio da capacidade contributiva seja aplicável a todos os impostos ainda quando não tenham caráter pessoal, como sustentam Américo Lacombe e José Maurício Conti, citados no voto do eminente relator. De feito, a parte final do dispositivo em causa repele essa conclusão, porque a Constituição atri-

bui à administração tributária a faculdade de identificar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, ou seja, ao objetivo de que os impostos, se possível, tenham caráter pessoal e ao de que esses impostos com caráter pessoal sejam graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, certo como é que essa faculdade de identificação só tem sentido quando se trata de impostos de caráter pessoal, ou seja – na definição de GIANINI (1974, p. 159) – ‘aqueles que alcançam o conjunto de rendimentos ou de bens do contribuinte, ou também uma parte destes, mas enquanto dizem respeito a uma dada pessoa, levando em conta, em medida mais ou menos ampla, as suas condições’. O mesmo não ocorre evidentemente, com os impostos de caráter real que também na definição de Gianini são os que alcançam bens singulares ou também grupos de bens ou de rendimentos, considerados na sua objetividade, sem levar em conta a condição pessoal do sujeito passivo do imposto. Por isso mesmo, Victor Uckmar (1976, § 12, p. 82), tratando do princípio constitucional da igualdade tributária no tocante à capacidade contributiva, se refere ao evidente absurdo de alíquotas progressivas para os impostos reais [...]. Essa também é a posição de Berliri (1967, p. 268-269), ao advertir: Um outro elemento que caracteriza a capacidade contributiva é a sua relação com a pessoa do contribuinte. A capacidade contributiva, propriamente enquanto capacidade, é alguma coisa de subjetivo e não de objetivo: a mesma quantidade de renda ou de patrimônio exprime uma diversa possibilidade de contribuir para as despesas públicas se possuída por Tício, pai de 12 filhos ou por Gaio,

solteiro; por Semprônio, jovem pleno vigor das forças, ou por Mévio, velho paralítico e necessitado de contínua assistência médica”¹⁹.

Assim embasado, Moreira afirma que um imposto real, em seu fato gerador e em sua base de cálculo, “não leva em conta as condições da pessoa do sujeito passivo”; mais: como em tais hipóteses, os créditos tributários sub-rogam-se na pessoa dos respectivos adquirentes, salvo quando conste do título a prova de sua quitação (art. 130 do CTN),

“o que importa concluir que essa obrigação tributária, nesse caso, de certa forma, se aproxima da obrigação *ob* ou *propter rem*, também denominada obrigação ambulatoria, porque o devedor não é necessariamente o proprietário, titular do domínio ou possuidor ao tempo em que ocorreu o fato gerador e nasceu a obrigação tributária, mas pode ser o que estiver numa dessas posições quando da exigibilidade do crédito tributário, circunstância esta que mostra, claramente, que nesses impostos não se leva em consideração a capacidade contributiva do sujeito passivo, até porque, no momento, da ocorrência do fato gerador anterior à transmissão, o futuro adquirente não se inferir, por presunção, que ele tivesse capacidade contributiva, que obviamente tem de ser aferida quando do fato gerador e não posteriormente a ele”²⁰.

Tais considerações, por certo, aplicam-se também ao IPVA, em face da similaridade das hipóteses de incidência tributária. Aliás, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais já examinou esse problema, em plena consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Segundo o Desembargador Pinheiro Lago,

“a adoção de alíquotas diferenciadas para o imposto sobre propriedade de veículo automotor, segundo o tipo ou finalidade do veículo, não encontra

amparo na Constituição Federal, porque a progressividade a que se refere o art. 145, §1º [...] apenas alcança os impostos de natureza pessoal. Conquanto dissente parte da doutrina, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, quanto ao imposto sobre propriedade territorial urbana e ao imposto sobre transmissão *inter vivos* de bens imóveis, com natureza semelhante ao IPVA.”

Arremata:

“nos três impostos evidencia-se o caráter real, na medida em que tão-somente as características da propriedade sobre a qual incidem interessam à ocorrência do fato gerador, pouco importando, para a sua configuração, dados relativos à pessoa do proprietário, daí que, em se tratando de imóveis com igual perfil econômico, pagarão os proprietários o mesmo valor de tributo, ainda que um seja solteiro, em oposição ao outro, com grande prole, constituída por dez filhos pequenos, ou que os dois vivam em momentos financeiros absolutamente distintos”²¹.

3. Capacidade contributiva

Há um exercício de análise jurídica ao qual não podemos nos furtar nesta obra. Viuse acima o risco implícito na busca de aferição da capacidade contributiva a partir da consideração do bem que é objeto da relação jurídica tributada; basta lembrar que uma pessoa (física ou jurídica) com elevada capacidade de contribuir pode comprar um veículo de padrão *popular*. Mas não se pode desconhecer o fato de o legislador constituinte possuir um poder político de desprezar a realidade para apegar-se à aparência, preferindo a eficácia da generalização do que a justiça da particularização (da avaliação caso a caso).

Fala-se, nestes sítios, de um ato político que rompe com a segurança jurídica para

perseguir determinados resultados sociais. Luiz de Lima Stefanini é adequado – e erudito – ao ponderar, usando “uma velha linguagem tomista”, que

“a atividade política é uma potência, uma dinâmica, que visa proporcionar uma vida comunitária – nacional – mais justa, próspera, feliz, dentre outros valores. O exercício do Poder, em si, por governantes, ao contrário, tem como objeto a *res publica*, ou seja, as coisas e funções do Estado. Certamente o Governo não se envolve com preocupação de matiz filosófico do que seja justo, benéfico ou feliz para a sociedade como uma meta identificável. A dinâmica do governar se exaure em si mesma. O Estado cuida, ou presume-se cuidar, do que lhe compete: administrar – governar – interesses. Elucubrações e descurtínios de teleologia social ficam como germinais para os entes da sociedade e suas dialéticas internas” (1996, p. 5).

A lição é adequada à situação: o legislador constitucional, agente político que é (eleito tanto para representar parcelas da população, na Câmara dos Deputados, quanto os Estados da Federação, no Senado da República), desapega-se das angústias manifestadas pelos juristas, preocupados com a incoerência no manejo de certos instrumentais jurídicos, simplesmente porque almeja determinados resultados que considera satisfatórios.

Foi por tal via que nasceu a emenda constitucional nº 29/2000, por meio da qual a Constituição desprezou a impossibilidade de uma relação segura entre o valor do imóvel, sua localização e uso, e a capacidade contributiva de seu proprietário, foreiro ou possuidor. Seu ato orientou-se por valores extrafiscais, desejando implantar uma “tributação mudancista”, nas palavras de Raimundo Falcão, aludindo a uma “atuação mudancista da tributação”, idéia que é, “consciente ou inconscientemente, não muito recente, tendo experimentado uma longa

e lenta elaboração doutrinária, referta de posições favoráveis ou contrárias, de crenças e descrenças.” Mais: que não teria sido “criação isolada deste ou daquele departamento científico. Pelo contrário, envolveu economistas, cientistas políticos, juristas e filósofos, num complexo de idéias e teorias que, amalgamadas, terminaram por debuxar a configuração e o embasamento da tributação mudancista, bem como de outros conceitos mais amplos, como o de finanças ordinatórias e o de intervencionismo estatal” (1981, p. 324-326, *passim*).

Para o IPVA, poder-se-ia considerar a possibilidade de um ato político do Congresso Nacional, concretizando, por meio de emenda à Carta Política, uma autorização normativa para que a capacidade contributiva dos sujeitos passivos do imposto fosse avaliada a partir de elementos objetivos (isto é, do objeto: o bem, o veículo) e não subjetivos (ou seja, do sujeito: o contribuinte); por essa perigosa via²², seriam considerados como sujeitos com maior capacidade contributiva aqueles que possuíssem veículos automotores com determinadas características objetivas, como seu padrão de luxo, seu modelo (a exemplo dos carros esportivos), o valor em relação ao tipo de veículo (por exemplo, veículos de passeio que superem R\$ 100 mil ou mais), sua potência ou cilindrada em relação com o tipo de veículo ou finalidade (exemplificando-o motocicletas de alta cilindrada, carros com muitos cavalos de força ou cilindrada), entre outras características. A presunção que alicerçaria tal estratégia política seria a de que para possuir veículos com tais características seria necessário poder dispor de finanças confortáveis, com uma economia pessoal (e familiar) representada por valores altos; chegar-se-ia, por tal via, à indicação *fic-ta* de uma maior capacidade contributiva. Uma presunção, frise-se.

Mesmo assim, servindo-se de referências objetivas para aferir um caráter subjeti-

vo, inevitável seria concluir que os legisladores estaduais demonstram uma assustadora incapacidade de atender ao princípio da capacidade contributiva. Em outras palavras: não há qualquer lógica na eleição das alíquotas pelos legisladores, o que implica desconsideração total do princípio da

capacidade contributiva, a tornar ilícitas as exigências tributárias nos patamares em que são atualmente apresentadas à sociedade²³.

Nesse sentido, será esclarecedor observar o que se passa em Minas Gerais, analisando a tabela expedida pela Fazenda Estadual para a incidência do IPVA:

Veículo	Ano	Valor – Tabela	Alíquota	Valor IPVA
Pálio ED/EX	2000	R\$ 14.230,00	4%	R\$ 569,19
Caminhonete Dodge Dakota Sport 3.9	2000	R\$ 36.780,00	2%	R\$ 735,00
Fiesta GL	2000	R\$ 15.450,00	4%	R\$ 618,00
Motocicleta acima de 1.000 cc	2000	R\$ 15.072,00	1,5%	R\$ 226,08

Do quadro acima, percebe-se a incidência de alíquotas mais favoráveis (2% e 1,5%) em relação a veículos notoriamente esportivos, como é o caso da caminhonete (*pick-up*) Dodge Dakota e de uma motocicleta que tenha potência acima de 1.000 cc. Vale dizer, quem pode dispor de R\$ 36.780,00 para adquirir uma caminhonete de luxo, muito apreciada entre jovens das classes “A” e “B”, é tributado em 2%; quem compra um Fiesta, carro sem maiores luxos e de uma categoria de veículos utilizada pela maioria da população, mormente na classe média, é tributada em 4%. Absurdo maior, quem adquirir uma Kawasaki de 1.000 cc, motocicleta para poucos (aqui e em qualquer lugar do mundo), é tributado em modestos 1,5%.

Como se só não bastasse, causa espécie verificar que pessoas (físicas ou jurídicas) que possam dispor de uma aeronave para uso próprio, como *jetinhos* de luxo ou helicópteros, são tributados em 1% pela lei mineira, ao passo que o proprietário de um Uno de 1.000 cc, carro sabidamente popular, pagará 4%, sobre os quais incide um desconto de 10% (art. 10, I, da Lei 12.735/97), chegando-se a 3,6%.

Ecoam aqui as palavras do Desembargador Pinheiro Lago, do Tribunal de Justiça Mineiro, destacando que,

“ainda que se pudesse admitir a adoção de alíquotas progressivas para o IPVA, o fenômeno da capacidade contributiva não foi, na hipótese, decisi-

vo para sua fixação, haja vista que para os carros de passeio estipulou-se uma alíquota de quatro por cento, enquanto para as aeronaves de uso particular foi estabelecida alíquota de um por cento”²⁴.

4. Seletividade de alíquotas

Por certo, a impossibilidade jurídica de adoção de alíquotas progressivas não impede o Poder Público de adotar alíquotas diversas para situações diversas, selecionando percentuais próprios para cada situação. Nessa toada, afirmou o Ministro Ilmar Galvão que “diversidade de alíquotas em razão da natureza do combustível (álcool e gasolina), por contemplar coisas distintas, não ofende o princípio da isonomia, nem configura tributo progressivo”²⁵. Porém, não se pode olvidar que, também aqui, o legislador ordinário, que faz a seleção de alíquotas, está obrigado a respeitar os princípios jurídicos maiores, sejam aqueles que orientam todo o Direito, sejam os que estão inscritos na Constituição.

Carlos Victor Muzzi Filho, defendendo a legislação mineira²⁶, faz questão de diferenciar progressividade de alíquotas (onde as alíquotas aumentam conforme aumente a base de cálculo, diz) e variação de alíquotas, onde há “tratamento diferente para situações tributárias diferentes, isto é, o legislador, com muita prudência, instituiu alí-

quotas diferentes para espécies de veículos diferentes.” Prossegue:

“esta técnica – alíquotas diferentes para espécies diferentes de veículos – não se confunde com a progressividade, porque as variações existentes não dependem do valor da base de cálculo. Assinale-se que a Lei Estadual 12.735/97 deu tratamento diferenciado aos veículos presumivelmente destinados à atividade econômica (alíquota de 2%, na forma do art. 10, II, e III, que se referem a ‘caminhonete de carga’, ‘furgão’, ‘veículos destinados exclusivamente à locação’, etc). Também privilegiou os veículos destinados ao transporte coletivo (alíquota de 1%, art. 10, IV, relativo a ‘ônibus’, ‘microônibus’, etc); já os ‘veículos de uso misto’, não incluídos em nenhuma das situações específicas, foram tributados à razão de 4% (art. 10, I).”

Dessa forma, entende, dar-se-ia “aplicação à exigência de isonomia”; “e a isonomia, na clássica lição de Rui Barbosa, consiste em tratar igualmente os iguais, e desigualmente os desiguais”.

As notas são preciosas e refletem, em parte, o Direito aplicável à espécie. Porém, esforçam-se para desconhecer o absurdo dos números que foram acima exibidos: cobram-se 4% sobre o valor venal da propriedade de um veículo popular; 2% sobre o valor venal da propriedade de uma caminhonete de luxo²⁷ (que não é utilizada, sabem-no todos, como *utilitário*) e 1% sobre o valor venal da propriedade de uma aeronave (por exemplo, um jato Falcon 900 EX, utilizado por executivos, avaliado em R\$ 30 milhões).

A simples leitura desses números deixa claro o equívoco de pretender-se dar amplos espaços à seletividade de alíquotas, como se fosse um critério absoluto, e não uma das regras tributárias, às quais outras se somam (algumas com maior influência, em face da sua primazia). E entre todas as referências, bem o sabemos, os princípios constitucionais possuem a primazia da norma funda-

mental. Como pondera Raquel Discacciatti Bello, “os princípios, assim como as regras, integram o ordenamento jurídico. Mas, como idéias primordiais e nucleares de um sistema, estão em posição hierárquica superior a elas”²⁸. Some-se Dantas, para quem os

“princípios são categoria lógica e, tanto quanto possível, universal, muito embora não possamos esquecer que, antes de tudo, quando incorporados a um sistema jurídico-constitucional-positivo, refletem a própria estrutura ideológica do Estado, como tal, representativa dos valores consagrados por uma determinada sociedade” (1995, p. 59).

Para o caso que estudamos, indispensável será concluir que a seleção de alíquotas não pode – sob pena de um dos maiores entre os vícios jurídicos²⁹: a inconstitucionalidade – desconsiderar por completo o princípio da isonomia tributária e o princípio da capacidade contributiva.

Principiemos pela capacidade contributiva, inscrita no art. 145, § 1º, da Constituição da República, como visto acima. Segundo Machado, já em 1955, Baleeiro disse que “a justiça do imposto confunde-se com a adequação deste ao princípio da capacidade contributiva”; para Manoel Lourenço Santos, trata-se de “regra comum de justiça: o Estado deve repartir a carga tributária de acordo com as possibilidades econômicas de seus habitantes, de modo geral, e, de modo específico, conforme a capacidade econômica de cada indivíduo”; e o próprio Machado (1991, p. 61-62) emenda: “hoje, então, é indiscutível a presença do princípio da capacidade contributiva, como norma realizadora da Justiça Fiscal, nas constituições de um grande número de países”³⁰.

A fortuna³¹, todos o sabemos, beneficia mais alguns do que a outros; alguns têm até mesmo para o luxo, o supérfluo; outros não têm sequer para as necessidades primeiras. Percebendo-o, o legislador constitucional erigiu o princípio da capacidade contributiva, exigindo mais de quem mais tem. Há quem pense que a própria incidência per-

centual do tributo satisfaz ao princípio da capacidade contributiva, já que o percentual, incidindo sobre valores maiores, determina recolhimentos maiores. Lembra-me Cícero: “*Fortuna caeca est, sed eos etiam plerumque efficit caecos quos complexa est*”³². Afinal, tal proposta simplesmente desconsidera o princípio da capacidade contributiva por completo, vez que sua função está além da mera incidência; aliás, a mera incidência do percentual em nada precisa do princípio da capacidade contributiva. O que se pretende é que a incidência se faça não de forma linear, igualando desiguais, mas que para o erário contribua mais quem mais pode, sem que, por óbvio, sobre eles sejam jogados todos os ônus da existência social.

A referência à capacidade de contribuir estende-se também à estipulação e seleção de alíquotas para hipóteses distintas, não sendo lícito ao legislador pretender que uma caminhonete de luxo seja tributada em percentual maior do que um carro popular ou de padrão médio. Nem que carros sejam tributados por valores maiores que aeronaves para o transporte particular. Se o legislador pretende criar alíquotas seletivas, deve, obrigatoriamente, fazê-lo respeitando a capacidade de contribuir revelada por cada tipo de propriedade. Assim, não poderá, nunca, pretender que um jato particular contribua proporcionalmente menos do que um carro. Ademais, tal comportamento subverte por completo o princípio da isonomia, já que trata de forma desigual os iguais (cobrando 2% sobre uma caminhonete de luxo e 4% sobre um *sedan* de luxo) e, ainda, de forma igual os desiguais, em desproveito dos *humiliores* (por exemplo, quando cobra 1% sobre o valor de um jato particular de alto luxo e 4% sobre um veículo popular).

Há quem entenda que tais defeitos não possuem uma correção possível no âmbito judiciário, já que não pode esse Poder definir alíquotas; acrescente-se o argumento de que a vantagem dada a uns não pode ser estendida judiciariamente a outros. Assim, o benefício de uma alíquota de 1% sobre o

valor venal da aeronave não daria direito a uma alíquota de igual percentual para o carro popular.

Tal posição não apenas está desprovida de razão jurídica, como também constitui um vício hermenêutico grave, em muito responsável pelas constantes agressões que o Estado Democrático de Direito sofre por parte de nossos administradores públicos. É fundamental, nos alvares desse novo século, que ao novo tempo corresponda uma nova atuação judiciária, mais comprometida com o texto constitucional e a sua efetivação, certo que a timidez dos tribunais deixa órfã toda a nação. Menelick de Carvalho Netto produz uma interessante análise que será de todo útil nessa investigação. Partindo do conceito filosófico de *praxis*, ele chama atenção para uma “prática discursiva”; essa prática, embora se pretenda científica, “universal e atemporal”, é, na verdade, “histórica e datada” (1992, p. 24). Vale dizer, pretende-se um discurso científico, limpo de qualquer influência, mas tem-se textos marcados por valores não confessados, inseridos em um determinado tempo histórico concreto. O autor, então, coloca o problema da necessidade de uma “opção metodológica” pelo “constituir-se do Estado Democrático de Direito, bem como o seu caráter essencialmente político,” em que o Direito deveria “apresentar-se como instrumento e técnica de sua viabilização jurídica, capaz de assegurar limites seguros e precisos para as virtuais leituras hermenêuticas”, entre as quais deveremos separar as que tornam possível e viável o cenário proposto de um Estado Democrático de Direito das que “não podem sustentar, sem que, na prática, se efetive a negação jurisprudencial ou doutrinária de preceitos normativos válidos, estabelecidos através dos institutos de representação política semidireta ou indireta, em nome da Nação, para serem observados eficazmente” (p. 224).

Eis por que o jurista diz ser

“necessário que não se admitam interpretações que isolem dispositivos

constitucionais, legais ou regimentais, com o fim de negar, na prática, vigência e eficácia a preceitos basilares, colariamente positivados, e que, portanto, deveriam orientar a interpretação normativo-sistêmica, mas que, em nome de um imediatismo pragmático politicamente orientado, termina por conformar a feição predominantemente casuística da jurisprudência atual, pelo menos no que se refere ao Direito Constitucional em geral, e ao procedimento legislativo, de forma específica, no Brasil” (p. 224).

Nesse contexto, parece-me inequívoco que, se o legislador ordinário estabelece uma seleção de alíquotas que não respeita os princípios constitucionais da capacidade contributiva e da isonomia, engendrando um tratamento diferenciado que beneficia injustificadamente situações que revelam maior possibilidade de contribuição, em desprovelo de outras, como no exemplo da legislação mineira, solução judiciária outra não há que nivelar as situações, reestabelecendo o equilíbrio jurídico das situações.

O avanço, ainda que tímido, na atuação do Supremo Tribunal Federal, após a Constituição de 1988, deixa patente que tais posturas fortes do Judiciário em nada prejudicam a Administração do Estado. Pelo contrário: após o reconhecimento do desrespeito aos princípios jurídicos, o legislador ordinário, não-raro estimulado pelo Poder Executivo, apressa-se em refazer a legislação; nesses refazimentos, o Estado Democrático de Direito tem uma oportunidade efetiva de estabelecer-se entre nós. Ecoam aqui as palavras do Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, destacando que

“lenta e com retrocessos tem sido a evolução do Judiciário. E a história da humanidade não lhe tem dedicado significativo destaque. Se as Sagradas Escrituras, e outros textos do passado, assinalam a atuação de juizes na solução de conflitos, é de notar-se que não se vinha registrando uma partici-

pação decisiva desse segmento na condução dos povos e no aperfeiçoamento do processo civilizatório. Disso é eloqüente o exemplo dos continentes mais antigos, onde, apesar do desenvolvimento cultural, social e político, nunca se deu relevo maior à atuação jurisdicional, a ponto de qualificar-se a atividade do Judiciário ainda hoje, em diversos países, como de mera ‘autoridade judicial’. Uma extraordinária mudança nesse panorama, no entanto, tem-se presenciado nos últimos tempos. E por múltiplas razões, a começar pelas transformações que ocorrem na sociedade dos nossos dias, impulsionada por uma revolução tecnológica no vértice da qual se colocam os meios de comunicação [...]”³³. Nesta moldura, os conflitos sociais ganham nova dimensão, reclamando novos equacionamentos, soluções mais efetivas, um processo mais ágil e eficaz e um Judiciário mais eficiente, dinâmico e participativo na preservação dos valores culturais, na defesa de um patrimônio que é de todos e que transcende os próprios interesses individuais e de grupos para situar-se no plano dos direitos fundamentais do homem”³⁴.

Nestes contextos,

“os direitos fundamentais clássicos cedem lugar, em vários aspectos, a esses novos direitos fundamentais, que repudiam a inatividade do Estado e sua omissão, reclamando atuação positiva. São direitos à prestação ou à participação (*Leistungsrechte oder Teilhaberechte*). Daí a ilação de que o Judiciário, como Poder ou atividade estatal, não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante dos destinos das nações também responsável pelo bem comum, especialmente em temas como dignidade humana, redução das desigualdades soci-

ais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa. Co-partícipe, em suma, da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e fraterna” (1997).

A recolocação do Judiciário no *status* pleno de Poder da República é vital neste momento da vida brasileira. Obviamente, esse *status* pleno não se confunde com usurpação de suas funções; não se pede que o Judiciário despreste a vontade dos representantes eleitos para o Poder Legislativo. Porém, o respeito aos representantes legislativos da República não implica – e não pode implicar – dar-lhes mais poder do que o Direito lhes deu. Eis o grande espaço a ser ocupado pelo Judiciário: uma corajosa defesa do Direito, principalmente de seus princípios gerais e constitucionais.

5. Diferenciação quanto à origem

Não são raras as legislações estaduais que estabelecem alíquotas maiores para produtos de origem estrangeira, em casos excepcionados os que tenham origem no Mercosul. O legislador, em circunstâncias tais, pensa que a origem do veículo é um sinal confiável da capacidade de contribuir, no que acaba por cometer o erro grave de tomar a aparência pela essência: sim! veículos importados de luxo ou esportivos podem assinalá-lo, mas não só desses se fazem as importações. Também expressa a lei um nacionalismo e um protecionismo comercial da produção automotiva da terra, fincando uma bandeira de resistência às hordas impiedosas da *mundialização* econômica na legislação do IPVA.

A disposição é, contudo, inconstitucional. Afinal, como disse o Superior Tribunal de Justiça, “a Constituição Federal, artigos 150 e 152, proíbe os Estados de estabelecer alíquotas diferenciadas do IPVA para carros importados”³⁵. Na dicção da Desembargadora Mariana Pereira Nunes, do Judiciário Fluminense,

“a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da isonomia jurídica em termos amplos, estabelecendo que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º), e estabelece, no campo da tributação, norma vedando à União, aos Estados, ao DF e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrarem em situação equivalente”.

É esta a disposição do art. 150, II, da Constituição, sendo que

“o art. 152 da Constituição Federal, repetindo a Constituição pretérita, torna impossível a distinção entre contribuintes, pela prestação de serviços ou fornecimento de bens de qualquer natureza, em razão da sua procedência ou destino. [...] Assim sendo, é inegável que o artigo 152 da Constituição Federal proíbe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino”³⁶.

Esses entendimentos não estão isolados, harmonizando-se com a análise dos doutos. Seixas Filho é uma das vozes que asseveram não poder “os Estados distinguir um produto nacional de um produto de procedência estrangeira fixando alíquota diferente, seja em matéria de ICMS, seja no âmbito do IPVA, proibição esta já tradicional no direito constitucional brasileiro” (1998, p. 22). Aqui também tem razão Fonseca quando diz saltar aos olhos “que o legislador original determinou que a procedência e o destino são referências que o legislador infraconstitucional não pode utilizar para estabelecer diferença tributária, como geralmente encontramos disposto nas leis estaduais que instituem o IPVA” (p. 25).

Mas os fundamentos da recusa ao procedimento de diferenciar alíquotas em função da origem do veículo não estão reclusos à Constituição.

“Além da expressa proibição constitucional, existem tratados internacionais, tanto de abrangência regional, o do Mercosul, como um multilateral, o do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio), hoje abrangido pela Organização Mundial do Comércio, dos quais o Brasil é signatário, que não permitem a discriminação entre mercadorias e produtos de procedência estrangeira e seus similares de origem nacional”³⁷.

Nessa senda,

“a principal regra aceita pelos países participantes do GATT-OMC e que é fundamental para atingir as finalidades propostas é que o único entrave ou discriminação que pode sofrer uma mercadoria exportada de um país participante para outro país participante é o gravame, de natureza tributária, denominado imposto de importação” (p. 23).

Como se fosse pouco, demonstra o autor que “a discriminação tributária entre um bem ou mercadoria de origem estrangeira e um de origem nacional afeta diretamente a competência exclusiva da União para legislar sobre comércio exterior e de se relacionar com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais, como também afeta a competência tributária da União para legislar sobre o imposto de importação de produtos estrangeiros” (p. 25).

Afastada, portanto, a possibilidade de diferenciação dos veículos de origem estrangeira, aplica-se, de imediato a regra geral, não havendo falar em ausência de previsão, certo que a discriminação quanto a origem constituía mera exceção à disposição genérica de alíquotas para os veículos, que pasará a atingir nacionais e estrangeiros.

Notas

¹ Destinando-se o veículo à locação, de propriedade de empresas locadoras ou cuja posse dete-

nam, mediante contrato de arrendamento mercantil, a alíquota é de 1% de acordo com o inciso II do art. 4º da Lei 11.280/95.

² Desde veículo de fabricação nacional. Veículos de fabricação estrangeira estavam tributados em 4% (art. 3º, IV, da Lei 7.431/85).

³ Segundo o mesmo dispositivo, concede-se um desconto de 10% sobre o valor apurado para veículos populares, com até 1.000 cc (mil cilindradas).

⁴ Há alíquotas especiais de 2% para veículos movidos a álcool e 1% para veículos movidos a gás natural e energia elétrica.

⁵ 6% se o veículo for movido a *diesel* (art. 7º, VI, da Lei 6.606/89); 5% se automóveis esporte ou destinados a corridas (art. 7º, I, da Lei 6.606/89); se movidos a álcool, gás natural ou eletricidade, a alíquota é de 3%, sejam veículos de passeio, veículos esporte ou destinados a corridas (art. 7º, III, da Lei 6.606/89).

⁶ Veículos com capacidade de carga inferior a 1 tonelada são tributados como utilitários, aos quais se atribuiu uma alíquota de 3% (art. 10, III, da Lei 2.877/97).

⁷ Quando se tratar de ônibus usado (o ônibus é considerado usado no exercício seguinte ao do primeiro registro de sua propriedade no órgão de trânsito competente), a alíquota a que se refere o inciso IV será reduzida nos anos 2000 a 2004 de forma a corresponder aos seguintes percentuais: 1,0% (um por cento) para o ano de 2000; 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) para o ano de 2001; 1,4% (um inteiro e quatro décimos por cento) para o ano de 2002; 1,6% (um inteiro e seis décimos por cento) para o ano de 2003; 1,8% (um inteiro e oito décimos por cento) para o ano de 2004; 2,0 (dois por cento) para o ano de 2005. (art. 10, §§ 4º e 5º, da Lei 2.877/97 do Rio de Janeiro).

⁸ Entrando na categoria “demais veículos”, portanto.

⁹ Se não estão destinadas a lazer, esporte ou turismo, são tributadas em 2% (art. 9º, III, da Lei 8.115/85).

¹⁰ Entrando na categoria “demais veículos”, portanto.

¹¹ Se não estão destinadas a lazer, esporte ou turismo, são tributadas em 2% (art. 9º, III, da Lei 8.115/85).

¹² Na passagem, o autor cita: NEUMARK, Fritz. *Problemas economicos y financieros del Estado intervencionista*, trad. de José Maria Martin Oviedo. Madrid: Derecho Financiero. 1963. p. 436.

¹³ DJU de 14.jun.96, p. 21.093.

¹⁴ Na seqüência, o autor prossegue impiedoso: “É notável, no particular, como tratadistas de renome, tirantes os leguleios, continuam a proclamar que o IPTU é um *imposto real*, denunciando com isso: a) a má assimilação de lição da Ciência das Finanças; e b) insuficiente acuidade de análise jurí-

dica, decorrente de repetição, sem espírito crítico, de avelhantadas afirmações.” De nossa parte, ainda que concordando com as premissas do tributarista baiano (a quem as Alterosas acolheram com terno carinho), parece-nos que a expressão “imposto real” ou “imposto de natureza real” esconde uma nítida elipse, ou seja, uma “omissão, espontânea ou voluntária, de um termo que o contexto ou a situação permitem facilmente suprir” (CUNHA, 1986, p. 575); assim “imposto [sobre direito] real” ou “imposto [sobre direito] de natureza real”. E, como adverte o gramático Celso Ferreira da Cunha, “a elipse é responsável por numerosos casos de derivação imprópria, nos quais o termo expresso absorve o conteúdo significativo do termo omitido”, como no exemplo “um [navio a] vapor” (1986, p. 575).

¹⁵ Rex 234.105/SP, rel.: min. Carlos Velloso; DJU de 8.abr.99.

¹⁶ Rex 196.337/SP, rel.: min. Maurício Correa; DJU de 14.ago.98.

¹⁷ Mais especificamente, o sub-item 2.2.3 do setor II da Tabela III da referida lei.

¹⁸ Rex 153.771/MG, rel.: min. Moreira Alves; DJU de 5.set.97.

¹⁹ Rex 153.771/MG, rel.: min. Moreira Alves; DJU de 5.set.97. Outra referência doutrinária é Martinez, a diferenciar tributos objetivos e subjetivos; “os primeiros visam a tributação de bens econômicos, de riqueza, em termos objetivos, sem que nessa tributação se vão refletir as condições pessoais do contribuinte. Os outros, pelo contrário, procuram atingir certos bens por pertencerem, ou respeitarem, a determinadas pessoas, cuja capacidade contributiva, e outras circunstâncias pessoais, são tidas em conta, através de alguns aspectos da tributação” (1998, p. 52, Adiante, emenda: “tem de reconhecer-se que, com bastante frequência, a preocupação do legislador de tributar certos bens objetivamente ou, pelo contrário, em função das condições que concorrem nos seus possuidores, se reflete na estrutura jurídica dos impostos” (1998, p. 53).

²⁰ Rex 153.771/MG, rel.: min. Moreira Alves; DJU de 5.set.97.

²¹ Ap. Cív. 161.965-9, julg. Em 3.out.00.

²² Plena de armadilhas para atos injustos.

²³ Não se esqueça Celso Antônio Bandeira de Mello quando adverte para o fato de que “violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (1995, p. 538).

²⁴ Ap. Cív. 161.965-9, julg. em 3.out.00.

²⁵ Rex 236.931-8/SP; DJU de 29.out.99, p. 22.

²⁶ Informações no Mandado de Segurança 024.01.005.715-6, 1ª Vara de Execuções Fiscais de Belo Horizonte.

²⁷ É o caso de uma Land Rover 110 CSW, fabricada em 2000, cujo valor venal seria R\$ 59 mil.

²⁸ (1996, p. 314). A autora cita Sundfeld, para quem o princípio jurídico “determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daqueles para estas”. Mais adiante, afirma que “aquele que só conhece as regras ignora a parcela mais importante do direito - justamente a que faz delas um todo coerente, lógico e ordenado. Logo, aplica o direito pela metade”.

²⁹ Não negaremos que, a princípio, foi escrito “o maior dos vícios jurídicos”. Mas a consciência nos pesou: a inconstitucionalidade é um vício maior que a injustiça (e nesta, a injustiça cruel, que oprime e tortura)?

³⁰ O autor cita Portugal, Nicarágua, Espanha, Itália, Venezuela, Chile, Argentina, México e Grécia.

³¹ No sentido de “a sorte”, mas, também, de “destino”.

³² “Na verdade não só a fortuna é cega como também, na maioria das vezes, torna cegos aqueles que abraça” (Apud TOSI, 2000, p. 396).

³³ Esclarece: “Com a formidável transformação nos mais variados setores, muda o próprio perfil da sociedade e seu comportamento. A exemplo das mudanças impostas pelas grandes descobertas do final do século XV, do advento do constitucionalismo resultante das transformações políticas do século XVIII e da revolução industrial do século XIX, a revolução tecnológica deste século convive com uma sociedade marcadamente de massa, na qual, ao lado da explosão demográfica, do acesso da mulher aos postos de comando e do apelo ao consumo, ascendem cada vez mais os interesses coletivos e difusos no confronto com os interesses meramente individuais” (1997).

³⁴ O autor cita Fernando Mathias: “a humanidade está em plena fase da chamada terceira geração dos direitos do homem, vale dizer, dos assim designados direitos de solidariedade, como o direito ao desenvolvimento, o direito ao patrimônio comum da humanidade e o direito ao meio ambiente”.

³⁵ ROMS 10.906/RJ, rel.: Ministro Garcia Vieira; DJU de 5.jun.00, p. 120. Há um precedente do Superior Tribunal de Justiça que merece atenção. Em ação ordinária visando a declaração de que os contribuintes “não estavam obrigados a pagar o IPVA relativo a seus carros importados, com alíquota de 5%, tendo direito de fazê-lo com a mesma tributação incidente sobre os carros nacionais (3%)”, foi

pleiteada tutela antecipada. Para aquela Alta Corte, “a tutela antecipada contra a Fazenda Pública só é admissível quando se tratar de dívida alimentícia necessária à sobrevivência do necessitado e, com base em precedentes jurisprudenciais, quando, no campo tributário, há entendimento pacífico nos tribunais sobre a relação jurídica em debate” (Resp 174.582/RJ, rel.: Ministro Garcia Vieira; DJU de 13.out.98, p. 44).

³⁶ TJRJ – MS 242/96; *Revista dialética de direito tributário*. São Paulo, n. 29, p. 123-125, fev. 1998. O aresto cita Aliomar Baleeiro: “Pela mesma razão é defeso ao Estado, Distrito Federal e aos Municípios discriminar seus impostos quando as mercadorias se destinem ao estrangeiro ou dele provenham.”

³⁷ Seixas Filho (1998, p. 23). Lembra o autor que “o acordo do GATT foi aprovado pelo Congresso Nacional, através da Lei nº 313, de 30.07.1948, publicada pelo Diário Oficial da União de 3 de agosto de 1948”; em seu art. 3º, lê-se: “os produtos de qualquer parte contratante importados do território de outra parte contratante serão isentos de tributos e outras imposições internas de qualquer natureza que excedam os aplicados direta ou indiretamente a produtos similares de origem nacional.”

Bibliografia

BELLO, Raquel Discacciatti. O princípio da igualdade no concurso público. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 131, jul./set. 1996.

BERLIRI. *Principi di diritto tributario I*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1967.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *A sanção no procedimento legislativo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CUNHA, Celso Ferreira da. *Gramática da língua portuguesa*. 11. ed. Rio de Janeiro: FAE, 1986.

DANTAS, Ivo. *Princípios constitucionais e interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1995.

FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Tributação e mudança social*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FONSECA, Carlos Henrique da. Imposto sobre a propriedade de veículos automotores e a problemática das alíquotas diferenciadas quanto à procedência. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 30, p. 21-29, mar. 1998.

GIANINI. *Instituzioni di diritto tributario*. 9. ed. Milano: Dott A Giuffrè, 1974.

MACHADO, Hugo de Brito. *Os princípios jurídicos da tributação na constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MARTÍNEZ, Pedro Mário Soares. *Direito fiscal*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SEIXAS FILHO, Aurélio Pitanga. Imposto sobre a propriedade de veículos automotores: proibição de discriminar produtos estrangeiros: critérios de sua progressividade. *Revista dialética de direito tributário*, São Paulo, n. 39, p. 22-26, dez. 1998.

SPAGNOL, Wether Botelho. *Da tributação e sua destinação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

STEFANINI, Luis de Lima. Crime político. *Revista Jurídica Lex – Julgados do Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, v. 206.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. O Judiciário em um mundo em transformação. *Correio Braziliense*, Brasília, 14 out. 1997. Caderno Direito & Justiça.

TOSI, Renzo. *Dicionário de sentenças latinas e gregas*. Trad. Ivone Castilho Benedetti. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

UCKMAR, Victor. *Princípios comuns de direito constitucional tributário*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: RT, 1976.

Direito Urbanístico, meio ambiente e patrimônio cultural

Maria Coeli Simões Pires

Sumário

1. Gestão urbanístico-ambiental como desafio contemporâneo. 2. Direito Urbanístico – uma visão ampliada de seu objeto. 3. Direito Urbanístico e gestão do patrimônio cultural. 3.1. Da interface dos aspectos social e urbanístico. 4. Cidade e cultura – recíprocas interferências e representações – O direito da cidade e o direito à cidade. 5. Cidade e cultura: recíproca destruição – a contradição das forças de formação e deformação da cidade. 5.1. A força do Estado. 5.2. A força do mercado. 5.3. A força da sociedade. 6. A política urbano-cultural e as estratégias de gestão. 7. A função social da propriedade urbana como princípio orientador da atuação urbanística. 7.1. Direito à propriedade e direito de construir. 7.1.1. Direito de construir e direito de configuração da cidade. 7.2. Propriedade do bem cultural. 8. A emergência de edição do Estatuto da Cidade para consolidação das políticas locais. 9. Comentário sobre a versão provisória do Estatuto da Cidade. 9.1. Plano Diretor. 9.2. Instrumentos sancionatórios. 9.3. Consórcio imobiliário. 9.4. Usucapião especial de imóvel urbano. 9.5. Concessão de uso especial para fins de moradia. 9.6. Direito de superfície. 9.7. Preempção. 9.8. Outorga onerosa do direito de construir. 9.9. Transferência do direito de construir. 9.10. Outorga onerosa de alteração de uso. 9.11. Operação urbana consorciada. 9.12. Estudo de impacto de vizinhança. 10. Instrumentos urbanísticos aplicáveis para fins de preservação. 10.1. Tombamento. 10.2. Direito de superfície. 10.3. Edificação compulsória e IPTU progressivo. 10.4. Preempção urbanística. 10.5. Operação interligada. 10.6. Urbanização consorciada. 10.7. Solo criado. 10.8. Transferência do direito de construir. 10.9. Usucapião. 11. A tutela judicial da preservação do patrimônio cultural. 12. Conclusão.

Maria Coeli Simões Pires é Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Minas Gerais, doutoranda na mesma área de concentração daquela instituição e Professora Assistente da disciplina na Graduação.

1. Gestão urbanístico-ambiental como desafio contemporâneo

Um dos grandes desafios da pós-modernidade é a gestão da cidade sob a perspectiva urbanístico-ambiental.

Tal desafio, justificado pelas demandas de uma sociedade de massas, pelos impactos da tecnologia crescente e da ordem global, é tanto maior quando se têm em vista as megacidades, as capitais em processo de expansão desordenada, as regiões metropolitanas e os aglomerados urbanos, em que, resguardados apenas os espaços elitizados por muralhas de defesa e segregação, prevalece a pressão do “progresso” e de suas mazelas sobre o patrimônio natural e cultural. Qualitativamente, é o mesmo problema que se apresenta no âmbito de pequenos núcleos urbanos ameaçados por múltiplos fatores de desequilíbrio ambiental, sejam os agenciamentos espaciais transgressores, sejam as práticas sociais e econômicas impactantes das condições de sustentabilidade.

O enfrentamento desse quadro invoca a transdisciplinariedade da matéria urbanística, suscitando, no campo jurídico, a associação direta entre Direito Urbanístico e Direito Ambiental, sem prejuízo de outras relações daquele com outros ramos, como o Municipal, o Administrativo e o Social, este referenciado às políticas públicas e à cidadania. Sob o signo da unidade do Direito, as diferentes regras e princípios desses ramos devem ganhar na aplicação ao mesmo objeto, a chamada “coesão dinâmica”, no sentido da convergência finalística.

2. Direito Urbanístico – uma visão ampliativa de seu objeto

O Direito Urbanístico, referido expressamente no art. 24, I, da Constituição da República Federativa do Brasil, trilhando o caminho de sua autonomização como ramo multidisciplinar do Direito e voltando-se para o seu objeto central – a cidade, tomada não apenas na perspectiva de sua ordena-

ção territorial, mas também na de sua dimensão social, na sua multifária constituição como espaço de vivência coletiva e lugar de todos e, por força de sua redenção ética, como bem de fruição por habitantes – , vem consolidando um núcleo de normas cada vez mais complexas e demandando a especialização de métodos e princípios e a releitura de institutos tradicionais. Desse modo, o ramo evolui da compreensão de imposições urbanísticas do velho direito luso-brasileiro, passando pela de noções de ordem e estética, pela regulação das relações de acesso ao espaço urbano e de apropriação deste, até chegar ao campo de cogitações de sustentabilidade social, econômica e ambiental da cidade sob inspiração democrática. Nesse mister, alcança um importante campo de incidência – o da política urbana vocacionada para a ordenação do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, informadas essas pelos interesses difusos que alimentam a cadeia de conflitos urbanos e que mais se adensam, conforme seja a pressão das necessidades impostas pelas desigualdades sociais históricas, das demandas da ordem global e dos avanços tecnológicos. O Direito Urbanístico sai, portanto, da esfera do positivismo imobilizador e enquadra-se no processo político-social.

Em face dessa latitude do objeto do Direito Urbanístico, registram-se sob seu foco, direta ou indiretamente, as múltiplas dimensões da cidade:

- *a física* – como expressão de sua ordenação territorial, envolvendo o seu traçado, os arruamentos, a ocupação, a sua configuração – retratada pelo desenho de sua relação direta com a terra e com a natureza sob o prisma da horizontalidade, e, pois, pelos registros de seus cheios e vazios, e da verticalidade, que recorta o céu;

- *a dinâmica* – como trama urbana na sua lógica de mobilidade funcional, estimulada pela cadeia de bens, serviços e rendas, isto é, essencialmente como palco de produção econômica;

• *a sociológica* – como espaço de representação da conformação ou estratificação social, de expressão das relações sociais de produção e dos correspondentes graus de cidadania;

• *a simbólica* – como dado de cultura e valor transcendente da materialidade, como base para fruição de valores diversos por meio do espírito e dos sentidos, que captam e interpretam os símbolos, e como elemento de construção da memória: a cidade como espaço de evocação “que integra culturalmente, dá identidade coletiva a seus habitantes e tem um valor de marca e de dinâmica com relação ao exterior”, na expressão de Borja e Castells (1977).

Esses planos da cidade, conquanto distintos pela natureza que os informa, são apreendidos pelo Direito Urbanístico a partir de tessitura única, de modo que a eventual percepção de um dos estratos terá os demais em posição subjacente, eis que indissociáveis como unidade. Não obstante a indissociabilidade das diversas dimensões, as regulações são específicas, o que impõe a necessidade de harmonização dessa disciplina fragmentária no campo de aplicação.

Ora, sendo objeto do Direito Urbanístico a cidade multifacetada, tem-se que a esse ramo incumbe papel superlativo: desde a interferência na configuração do espaço pela definição de índices, escalas, coeficientes, volumetrias, gabaritos, altimetrias, entre outros, passando pela aplicação de mecanismos de intervenção voltados para a conformação de usos, a distribuição de mobiliários urbanos e a garantia de infraestrutura, tudo referenciado à cidade dinâmica, e pelo enfrentamento da relação de exclusão e inclusão de cidadania, com a potencialidade de conformação da geografia social da cidade, até a regulação das formas de proteção dos elementos urbanos que sustentam a memória e projetam a cidade simbólica.

A cidade simbólica é exatamente a que inspira o esforço do Direito Urbanístico

como núcleo da regulação da preservação do patrimônio urbano de valor cultural – a cidade como expressão poética de suas formas; a supracidade edificada na memória de seus viventes; a cidade intuída ou revelada por seus marcos referenciais e pela interpretação de sua linguagem; a cidade das utopias representadas por múltiplos ícones.

Se não há aqui abertura para a evocação da cidade simbólica na concepção poética, haja vista a filosofia deste estudo, longe estarão *A poética do espaço*, de Bachelard (1978), *As cidades invisíveis*, de Calvino (1990), e outras, tantas vezes capturadas pela cadência da palavra, enquanto, muito próxima, sob as lentes da perplexidade, a visível cidade caótica da realidade brasileira, de cuja trama ainda será possível extrair-se a teia da memória coletiva.

3. *Direito Urbanístico e gestão do patrimônio cultural*

O tema invoca, assim, em primeiro plano, a relação cidade física e cidade simbólica, mas suscita o tratamento daquelas dimensões – dinâmica e sociológica. Além disso, mais especialmente, o patrimônio cultural há de ser tratado indissociadamente do natural, uma vez que são ambas expressões do patrimônio ambiental, em consonância com a tendência mais recente do direito contemporâneo, que, numa visão alargada, apreende o fenômeno ambiental em sua globalidade.

A proteção ambiental tem sido paulatinamente consolidada, desde as proclamações da Convenção da ONU, realizada em Estocolmo, em junho de 1973, passando pelo tratamento da Lei nº 6.938, de 1981, pela constitucionalização da disciplina no capítulo específico da Carta de 1988, ao que se seguiu a Convenção da ONU de 1992 – ECO 92 –, realizada no Brasil, no Rio de Janeiro, e, especialmente redirecionada pela Agenda Habitat de 1996, que definiu a orientação de integração das agendas urbana e ambiental. Mais recentemente, a Lei nº 9.605,

de 12 de fevereiro de 1998, prescreve maior rigor relativamente à tutela do meio ambiente natural e cultural, impondo variadas sanções às pessoas físicas e às jurídicas causadoras de dano a esse patrimônio. Isso para ater-se aos principais pontos de demarcação da linha evolutiva da disciplina.

A proteção ao patrimônio cultural, à sua vez, esteve sustentada no Decreto-Lei nº 25, de 1937, recebendo interferência de convenções internacionais, notadamente a de Estocolmo, e de diplomas internos e vindo também a ser constitucionalizada em capítulo específico da Carta de 1988. A despeito da autonomia de tratamento no texto constitucional, a proteção ao patrimônio cultural perseguiu o caminho da integração com a política de meio ambiente natural na legislação ordinária, consoante evidencia a Lei nº 9.605, de 1998.

Assim é que, nos dias atuais, discutir gestão das espécies patrimônio cultural, ambiência urbana, cidade simbólica e equipamentos e espaços de produção e fruição de cultura é, ao mesmo tempo, lidar com conceitos e estruturas do gênero meio ambiente, posto ser o dado cultural integrante da noção matriz daquele. Daí a densidade da idéia de sustentabilidade da cidade como espaço de dupla fruição que inspira o moderno urbanismo: cidade material e cidade simbólica, fruíveis pelos múltiplos sentidos do homem nos planos biológico, espiritual e social.

Contudo, por razões metodológicas deste estudo, o interesse volta-se para o patrimônio cultural, no âmbito da política de cultura na interface com a gestão urbanística.

Não se desenvolverá aqui, todavia, a análise de resultados de experiências pontuais ou sistemáticas de política de patrimônio no Brasil nem se estará a oferecer alternativa metodológica de formulação e implementação de políticas nessa seara – de reabilitação de centros históricos, de regulação e acompanhamento de zonas especiais de proteção, de tombamento de conjun-

tos urbanos especiais e implementação das respectivas diretrizes urbanísticas de proteção, de integração de núcleos históricos estagnados a outros de maior potencialidade revitalizadora e de sustentabilidade e outras.

Procurar-se-á alinhar considerações anteriores a essas questões, quiçá decorrentes, ou, ainda, simplesmente, discutir possibilidades, que abrem caminhos, ou anteparos, que impedem os avanços no campo urbanístico, com natural repercussão sobre a tutela do patrimônio cultural.

3.1. Da interface dos aspectos social e urbanístico

Não se pretende, com a associação cultura e urbanismo, sustentar que a política de cultura, cuja espinha dorsal é o art. 216 da Constituição da República, sede da norma de reconhecimento da pluralidade de valores referenciais da identidade, deva migrar-se da ordem social para a seara urbanística, mas buscar o necessário campo de intersecção desses domínios, tendo em vista as recíprocas interferências de cidade e cultura. A ênfase ao dado cultural como elemento de gestão urbanística dá-se, portanto, sem superação do caráter social da cultura, como objeto de interesse dos diversos agentes da sociedade, compreendida esta em sua base ampla e plural, como sua produtora e destinatária.

A Constituição da República, definindo as bases de organização das funções estatais, entre elas inclui a de promoção e defesa do patrimônio histórico, no Título VIII, “Da Ordem Social”, no Capítulo III, “Da Educação, da Cultura e do Desporto”, relacionando, na Seção II, “Da Cultura” (art. 216), os lineamentos específicos.

Tal enquadramento, seguido pelos Estados e pelos municípios, vincula as políticas de memória e patrimônio cultural ao órgão responsável pela área de cultura, prática destacada em ordenamentos locais de referência como Florianópolis, Salvador, Curitiba, Santa Catarina, São José dos Campos,

entre outros, embora se verifique, em alguns casos, o atrelamento da gestão do patrimônio edificado ao núcleo de Política Urbana, o que, de resto, mostra a necessária interface da política de proteção desse patrimônio urbano de valor social com a atuação urbanística que lhe deve emprestar a especificidade de seus instrumentos.

De outro lado, não se pode desconhecer a moderna função social do Direito Urbanístico como núcleo de proteção dos excluídos por meio de mecanismos de legalização fundiária e regularização urbanística em relação a áreas urbanas deprimidas e de promoção da participação democrática da comunidade na governança da cidade. Não obstante isso, a mera intersecção de política cultural e política urbana é suficiente, não se justificando a migração completa, ou seja, o abandono das especificidades de cada qual.

4. Cidade e cultura – recíprocas interferências e representações – o direito da cidade e o direito à cidade

Neste estreito campo, o binômio cidade e cultura ganha relevância e há de ser conotado segundo as recíprocas interferências.

A cidade, como produção do homem, materializa a cultura, expressa na forma de apropriação do espaço urbano, no traçado de suas vias, na construção de seus padrões tipológicos e estéticos, na formação de seus marcos referenciais, e configurada pelas suas variadas representações de segregação espacial, sob a pressuposta lógica de sua funcionalidade e hierarquia, e pelas formas de relação com a natureza. E mais, a cultura revela-se nitidamente na trama das tantas cidades que se erguem, harmônica ou conflituosamente, a partir de uma ou mais centralidades que projetam a unidade da urbe na sua composição plural, ou que impõem sucessivas exclusões de núcleos urbanos, desenhando a cidade marginal.

Fruto do agenciamento humano coleti-

vo, a cidade é representação dos valores e da estrutura da sociedade, com a sua força de hierarquia ou equalização, de inclusão ou marginalização. É, assim, a dimensão primária da cultura espacializada e a reprodução dos modos de vivência e de relacionamentos.

Outros relevantes desdobramentos podem ser deduzidos do mesmo binômio cidade e cultura, além do constituído pela dimensão de representação, como os decorrentes do impacto que a atividade cultural impõe àquela em termos sociais, econômicos e urbanísticos.

Não há, pois, negar as recíprocas interferências: a cultura produz a cidade pela materialização de seus valores e pelas práticas de sua produção e consumo que repercutem no espaço urbano, e é aquela mesma que permite o mais generoso contato dos habitantes com a alma da cidade em seus diversos significados. De outro lado, a cidade, além de ser, em si, dado cultural, gera e consome cultura a partir de seus espaços, suas ambiências e vias de acesso à fruição de valores culturais.

A propósito, lembra a economista Dra. Júnia Santa Rosa (Fundação João Pinheiro) que a cidade mantém uma complexa cadeia de produção de bens e serviços, de consumo desses, de relações e de interesses, da qual participa uma diversidade de agentes, sendo certo que a cultura alimenta essa cadeia, de forma mais ou menos substantiva, de acordo com o grau de importância a ela atribuído pela sociedade e pelo Estado, da articulação intersetorial, do compartilhamento entre o público e o privado e da adequação e da integração dos instrumentos de gestão.

Essa é a razão por que a cultura, quer tratada como elemento ideológico conformador da cidade física, quer sob a perspectiva da produção e da fruição que potencializam aqueles reflexos, há de ser componente indispensável e estratégico no sistema de gestão urbanística, sem que implique a opção o acolhimento da idéia da cidade empresa

projetada sob a égide das cadeias produtivas mundiais ou das que nelas se inspiraram.

A cidade, fruto da construção coletiva, em perspectiva harmônica ou caótica, traduz a aplicação de um conjunto normativo, à sua vez, informado pela concepção política que o edita, pela visão paradigmática que amolda o arcabouço normativo e o comunica à dinâmica processual de constituição da cidade e à esfera contenciosa sob a responsabilidade do Juiz, que lhe deve fixar a definitiva exegese. Nesse sentido, a cidade não é só objeto do Direito, mas representação deste, seja como elaboração, seja como atualização na esfera pública ou privada, seja como interpretação.

Desse modo, ao binômio cidade e cultura, em cujos elementos, verificam-se dicotomias, soma-se o direito com sua força segregadora ou integradora, tendencialmente à primeira, diante da carência de legitimidade social. É que, nesse trinômio, conquanto, em princípio, tenha-se no direito a potencialidade da força de amálgama para a formação da unidade positiva, pode, às vezes, projetar-se o papel do direito como elemento de desagregação das forças da cidade e da cultura.

Demais disso, o Direito, como núcleo conformador, circunstanciado por tempo e espaço, põe-se, naturalmente sob a tensão da permanência e da mutação, de resto, presentes na sua dialética.

Registra-se que, conforme seja o objeto de tutela jurídica, as forças tensionais em relação ao Direito variam: se se tem em conta a tutela do patrimônio ambiental natural, as forças presentes são, de um lado, a de preservação e, do outro, a representada pelas atividades de exploração dos recursos naturais ou de produção e a do núcleo de necessidades dos excluídos. No campo de proteção ao patrimônio cultural, vislumbra-se, de um lado, a força da preservação, e, de outro, especialmente, o investidor do mercado imobiliário, conquanto se tenha também a presença das necessidades, nota-

damente retratadas pelos cortiços em centros históricos degradados.

Em ambos os casos, o segmento da tutela pretende contrapor ao exagero do proprietário a força simbólica do Direito no sentido da alteração do conteúdo de poder dominial, ou seja, da atenuação da relação de poder do proprietário. O segmento de resistência à tutela, por sua vez, pretende a valorização da propriedade como moeda de troca, ou como base de sustentação de produção de riqueza, ou simplesmente o acesso à terra pelo impulso da necessidade. Os segmentos de tutela devem, assim, ter olhar diferenciado para o problema, conforme seja o ponto tensional de seu contraste, para o emprego de mecanismos e estratégias adequadas a cada caso, sabido que o Direito deve encontrar formas de socorro às necessidades e de neutralização do egoísmo que escraviza o coletivo. O Direito há também de ser suficientemente razoável de modo a permitir que se identifiquem, mesmo em seara de conflituosidade, convergências para a garantia de superação do egoísmo e os antagonismos, explícitos ou sob máscaras de consensualidade, que ameaçam subjugar o coletivo. É da seara do Direito, especialmente tomado em sua versão democrática, instrumentalizar a provisão de necessidades e aquela neutralização, sem embargo de ser a solução objeto de outras ciências. É dizer: não é preciso afastar-se do Direito para a solução que prestigie os valores que ele mesmo sustenta e que lhe inspiram a concepção.

Assinale-se que a integração social pelos campos do Direito a partir da exploração *de potencialidade criativa, interativa e dialógica da pessoa humana no sentido de ampliar a sua inserção autônoma no contexto como meio de minimização das privações* é o tema desenvolvido com profundidade por Gustin (1999) em obra de leitura obrigatória para compreensão de metodologias inclusivas, que podem subsidiar a aplicação do Direito, com ênfase na seara das regulações urbanísticas.

5. *Cidade e cultura: recíproca destruição – a contradição das forças de formação e deformação da cidade*

À relação da recíproca constitutividade da cultura e da cidade opõe-se a da recíproca destruição.

Paradoxalmente, são os processos construtivos da cidade que, também, ameaçam e destroem a cidade cultural, as referências da memória coletiva, as representações de mundo, o patrimônio arquitetônico, estético, histórico, as ambiências e os cenários importantes da vida da comunidade, com repercussão direta ou indireta na geração e no consumo de bens e serviços culturais. De outra parte, é a própria cultura que investe contra a cidade física, impondo a substituição de espaços de sociabilidade, sepultando, pelo inconsciente coletivo, formas e escalas e formando novos mapas de geografia cultural que levam à deterioração espaços consolidados e à emergência de novas centralidades pela relação funcional cultura e espaço, ou seja, pela consagração de novos *locus* de reforço à identidade. Mostras de destruição por essa via são a degradação de centralidades pela perda de função cultural; a ocupação predatória de espaços inadequados para fruição da cultura de massa; a pressão sobre os núcleos urbanos tombados, constituída pelo artificialismo da “indústria cultural”, entre outras.

Enfatizando a lógica construção–destruição, que ora se projeta sobreposta ao binômio cidade–cultura, Edésio Fernandes, em recente palestra para Grupo de Estudo de Direito Urbanístico da Faculdade de Direito da UFMG, em Belo Horizonte, lembra fatores importantes, como os processos especulativos, que, pelos caminhos da legalidade, legitimam-se pelas previsões casuísticas; os processos que, infringindo a lei, são tolerados pela conivência ou pela inoperância das instâncias sociais e formais de controle da cidade legal; e, enfim, pelos absolutamente marginais, por se desenvolverem fora do próprio âmbito da cidade legal, sem que

sobre eles se volvam os olhos do Direito ou da Administração, para planejá-los ou contê-los por meio de mecanismos de inclusão.

Conquanto não se possa dizer de uma sintonia das diversas forças potenciais e efetivas de formação da cidade e da cultura e de contraditória destruição daqueles objetos nas diversificadas manifestações, é possível registrar, na dúplici relação, com graus diferenciados de poder, a presença de atores governamentais, econômicos e sociais que se projetam a partir de três esferas: o Estado, o mercado e a sociedade.

5.1. *A força do Estado*

Prioritariamente no âmbito do Estado, localizam-se a política, o Direito e o aparelho de gestão.

De fato, o Poder Público, especialmente pela definição de regras urbanísticas, pelo planejamento e oferta de infra-estrutura e serviços, é um figurante importante entre as forças que constroem a cidade.

Sabe-se, porém, que, em grande margem, o caos urbano revela postura tímida do Estado, que impede mudanças mais profundas e estruturais. Na contramão de avanços significativos, no plano político, a formulação normativa dos institutos enovela-se em contradições decorrentes das posições ideológicas conflitantes, incapazes de formar o consenso sobre bases coerentes. Ainda no plano do Direito, mostra-se o Estado anacrônico e impotente para a construção da cidade ideal, na medida em que se aquilata sua pouca ousadia no plano da aplicação administrativa ou contenciosa daquele e a persistência de cultura jurídica resistente à reformulação conceitual.

É verdade que o preceito, aplicado com preconceito, esclerosou-se. Só a inspiração principiológica o rejuvenesce porque o princípio é pregnante e ideológico.

Sob esse ângulo, cabe ao Juiz o desafio de operar a permanente adaptabilidade do preceito às situações concretas, sob a luz dos princípios que protegem a regra contra a decadência da emanção nela contida e da

proposta teórica que inspira o sistema normativo. Contudo, não têm as normas principiologicamente conseguidas transmitir a força vivificante às regras para a alteração do *status quo* da ordem social em linha sucessiva de produção de novos consensos, sem radicais rupturas. Fraqueja o Direito quando não apreende, por exemplo, a dinâmica do processo de pressão sobre o patrimônio, e, em consequência, fragiliza-se a proteção: em resposta à ordem jurídica impotente, criam-se práticas de contraste, as quais, sem as mais sólidas bases de neutralização, levam a um quadro de conflito solucionado pelo próprio Direito tradicional, orientado por paradigma que resiste a novas matrizes de compreensão e visão.

De qualquer modo, o Direito exerce papel fundamental na construção do espaço urbano e na preservação da cidade cultural, papel de construção do caos ou da cidade harmonizada. Daí a necessidade de que, sem se abandonar o processo histórico da lei, busque-se a perspectiva espacial de seus efeitos e que, por isso mesmo, tome-se, no mister de sua elaboração, a racionalidade territorial.

De outra parte, o equívoco e as disfunções do planejamento urbanístico, em muitos casos, ainda considerado como mera ação regulatória estatal, e a ausência de coordenação das relações intragovernamentais e intergovernamentais são fatores de ineficácia da política urbanística, em especial no tocante ao patrimônio cultural. A situação está a invocar uma aprofundada discussão, seja sob a tônica federativa, seja sob o ângulo da gerencialidade interna.

Na mesma linha, as rejeições recíprocas de Câmara Municipal e arenas de consenso social – duelo permanente entre democracia representativa e instâncias sociais diretas – são empecilhos a políticas mais progressistas.

5.2. A força do mercado

O mercado, por sua vez, é forte agente de construção da cidade, em razão principal-

mente do domínio no que diz respeito ao acesso à terra. Tendo ele a hegemonia do espaço urbano, impõe a conformação da cidade segundo as regras do capital e a categorização da cidadania cliente. De fato, o poder econômico, se não tangido a seguir rigorosas pautas, preordenadas pelo Estado e pela sociedade, esta por meio das instâncias de que participa, tende a arvorar-se titular da conformação da cidade e até da sua desfiguração ou destruição, do que decorre virtual ameaça ao patrimônio cultural pela predominância da ordem do mercado da terra e dos interesses econômicos. Acostumado com a garantia de sua prevalência, reage o mercado diante de posições que buscam o reequilíbrio de forças entre os demais atores de construção da cidade. Faz parte da reação do mercado, por exemplo, a sua malfazeja interferência no plano de produção da norma, quebrando a vocação da lei para o relacionamento com a comunidade, imprimindo-lhe papel tático e projetando sua relação intrusa com a sociedade.

5.3. A força da sociedade

A sociedade, agente ativo potencialmente mais relevante da construção do espaço urbano e sua principal destinatária, é também a instância que diretamente mais sofre os impactos da construção plural no âmbito dela própria, construção operada sob a necessária influência daquelas outras forças.

Por isso mesmo, é necessário intensificar a inclusão efetiva e conseqüente do cidadão e da comunidade no processo político de cidade, essencialmente o de edição do direito, para que a lei deixe de ser imposição e ganhe o sentido de consenso, e o de tomada de decisões, especialmente no tocante à aplicação dos recursos e ao reconhecimento de seus valores culturais. Em outras palavras, a sociedade há de sair da posição prevalecente de sujeito passivo da construção da cidade para ser agente de mudança pela contribuição individual e coletiva de seus membros.

A propósito, é preciso fazer logo a advertência de que, se a sociedade se mostra inapta como agente de construção e controle da cidade ou confusa em relação à realidade urbana que deseja, o mercado, de lógica invariável, estará cada vez mais apto a capitalizar as fragilidades da sociedade e do Estado (Legislativo, Judiciário e Executivo) e de outras esferas discursivas, como a imprensa e a academia.

6. A política urbano-cultural e as estratégias de gestão

Vistas as recíprocas interferências de cultura e cidade, impensável uma adequada política de gestão urbana que não acolha a dimensão cultural do espaço em posição estratégica e, do mesmo modo, afasta-se a política cultural divorciada da urbanística.

São os instrumentos do direito urbanístico que, especialmente, podem ser invocados numa política urbano-cultural, isto é, para proteção, valorização e gestão do patrimônio cultural no seio do espaço urbano.

Na prática, algumas administrações vêm tentando, em meio a ácidas críticas, a conjugação dos tradicionais institutos com outros mais progressistas como possibilidade de solução para a complexidade do setor, circunstanciado pela intensa conflituosidade dos interesses envolvidos, não faltando atitudes de apologização de determinados instrumentos urbanísticos em detrimento de outros.

De tudo resulta que os instrumentos mais ousados, seja pela resistência de proprietários de imóveis urbanos, seja pelo desconhecimento da filosofia dos institutos, não foram ainda amplamente assimilados na prática urbanística, de modo que possam ser avaliados sob o enfoque dos resultados sociais e dos impactos no mercado imobiliário, razão pela qual a sua adoção e sua aplicação devem ser precedidas de aprofundados estudos e discussões que permitam consenso em torno de idéias que lhes servem de pressuposto.

Contudo, é preciso deixar claro que nenhum instrumento é, em si, solução e que a maior potencialidade se tem do conjunto deles. Eles não podem ser vistos com preconceito: o mais ingênuo pode-se perverter e o mais questionável pode-se converter, conforme a ideologia que o maneje e o controle que o garanta.

Demais disso, não se há de ter pudor no desnudamento da inspiração de determinados institutos. Ao contrário, as equações que os estruturam devem ser colocadas às expensas, sob pena de incoerência e contradições e de artificialização de consensos que, por isso mesmo, não se sustentam.

Igualmente, não deve a atuação urbanística local ser temerária, projetando soluções que extrapolem o âmbito da competência municipal ou, por outra via, desconsiderando lacunas legislativas da órbita federal insuperáveis pelo poder autônomo do Município.

Não se há, no entanto, de desconhecer a consistente competência legislativa do Município em matéria urbanística, a qual se deduz da combinação dos arts. 30, I, II e VIII, e 182 da Constituição da República, ressaltando-se, especialmente, a referente aos instrumentos que se relacionem com o direito de construir e com a definição do conteúdo da função social da propriedade urbana. Essa compreensão tem garantido a alguns municípios a possibilidade de políticas urbanísticas arrojadas, com a ousadia capaz de demarcar espaço real do poder local no concerto federativo, valendo o registro de Porto Alegre como a mais enfática revelação da afirmação da luta pela municipalidade, no campo das políticas públicas participativas, tendente à construção de nova ordem político-social.

7. A função social da propriedade urbana como princípio orientador da atuação urbanística

Nesse sentido, o desenvolvimento de uma política urbano-cultural desafia, em

primeiro lugar, a revisão do modelo tradicional de propriedade, que persiste no imaginário de grande parte da sociedade brasileira, e da conformação espacial e temporalmente compreendida do correspondente direito, conquanto não se afastem outros fatores impeditivos ou facilitadores de sua viabilidade.

A Constituição de 1988, superando o paradigma da Constituição de 1934, no tocante à propriedade, além de acatar no espectro desta muito mais que o objeto material, prescreve tratamento diferenciado para as diversas espécies e opera mudança conceptual profunda, cujo ponto nuclear é a integração da função social à esfera interna da propriedade como componente qualificador dessa, mais ou menos determinante de sua configuração, conforme seja o seu objeto (SILVA, 1995).

Barreira referenda essa verdadeira conjugação das noções:

“Estão, pois, os conceitos de propriedade e de função social agora amalgamados, não se concebendo um sem o outro. A função social não age (...) como elemento restritivo ou condicionador do livre exercício dos três elementos que compõem a propriedade, quais sejam, uso, gozo e disposição (Código Civil Brasileiro, art. 524); incide, sim, sobre sua própria estrutura, qualificando-a, dando-lhe uma nova natureza intimamente vinculada ao Direito Público (...)” (1998, p. 22).

Depreende-se do novo ordenamento, pois, que nenhuma propriedade pode prevalecer na versão exclusiva de poder de seu titular senão na de poder-dever. De fato, é preciso compreender que a Constituição de 1988 altera fundamentalmente o teor da relação dominial, impondo ao proprietário a obrigação de abrir a intimidade do domínio para nela introjetar a prática da função social que a propriedade potencializa.

A propriedade não é assim valor em si nem a potencialidade do querer privado aprioristicamente legitimado. É poder vin-

culado a formas públicas de expressão do correspondente encargo funcional.

Ora, se qualquer coisa, em si, já deve ter uma função transcendente a si mesma, o que dizer da propriedade informada pela função social? Como propriedade privada pura, já tem uma função a cumprir que ultrapassa o seu conteúdo estático, como categoria explicitamente funcionalizada em favor do coletivo, mais perde o seu valor apriorístico, para projetar, de forma vinculada, sua conformação e dinâmica específicas.

Essa funcionalidade compreendida na dinâmica interna do domínio comunica, portanto, ao indivíduo a condição de provedor direto da prestação positiva de sua propriedade em favor do coletivo e à sociedade, o papel difuso de provisão, seja pela força de sua representação, seja de sua interferência nos processos comunicativos, seja ainda pela de sua atuação direta, especialmente no controle.

O Estado deixa, assim, de ser provedor exclusivo da função social da propriedade, condição que sustentava a antiga lógica de restrição ao correspondente direito e a posição hegemônica do Poder Público no campo social. Sem prejuízo de suas prestações positivas nessa seara e da atuação interventiva direta no campo dominial, maior destaque se deve dar à necessária aplicação pelo Estado de instrumentos que assegurem a inversão da socialização dos ônus da riqueza ou da privatização dos bônus dos investimentos públicos, reservando-se-lhe a tutela enfaticamente orientadora e sancionatória, objetivando o cumprimento da função social da propriedade pelo seu titular.

A propriedade urbana recebe tratamento mais arrojado na nova ordem. Nesse sentido, a política da cidade, engalanada em roupagem constitucional, traduz preocupação fundamental com a ocupação democrática do espaço urbano, o que desafia o Direito Urbanístico como inegável campo de regulação da função social da cidade a incorporar tal princípio à base de sua racionalidade.

dade, como pedra angular de toda sua construção.

Por outro lado, fazendo intersecção em capítulos específicos, como os de meio ambiente e de política cultural, a política urbana ganha perspectiva difusa, informada pela intensa conflituosidade subjacente e pela cidadania ativa.

Assim, a função social, como princípio de inclusão da cidadania, como atributo do domínio e como nota de transcendência da noção de propriedade das esferas egoísticas para os sucessivos planos metaindividuais, é também o parâmetro de relativização da conformação do direito em si. Os atributos internos do direito à propriedade – exclusividade, absolutividade e perpetuidade, conotados como prerrogativas –, conquanto mantidos em essência, ao rivalizarem espaço interno com a função social, devem ser ressemantizados a partir da nova visão paradigmática do Estado Democrático de Direito.

Tal relativização, sem desconsiderar a prefiguração da propriedade pela presença dos atributos elementares ampliados, afasta necessariamente o seu reconhecimento *a priori* em uma tal densidade uniforme e invariável, independentemente do objeto do domínio. Um grande desafio é, portanto, o de superar essa noção apriorística.

Isso se explica pelo fato de que “seu contorno, seu aspecto interno, seu conteúdo econômico, sua senhoria, a extensão de suas faculdades ou direitos elementares ficam na dependência da natureza do bem que lhe serve de objeto” (LIMA, 1998).

Ocorre que, a despeito da ruptura conceptual que pretendeu o Constituinte operar no tocante à propriedade, e da relativização imposta ao seu conteúdo, a lógica de racionalidade social, de base estrutural desigual, jurídica e urbanisticamente, pouco se alterou, mantendo-se a compreensão retrógrada da função social como elemento de defesa da propriedade histórica e não como fator de sua mudança, com naturais reações de grupos mais progressistas.

Aliás, é elementar a constatação de que é a propriedade urbana histórica que se coloca como mecanismo de proteção do *status quo* e vinga, na prática, como propriedade integral, de modo que o paradoxo continua explícito – espaço urbano limitado e propriedade privada ilimitada, com o quadro social decorrente.

Segundo Maricato, há um consenso que precisa ser desmanchado:

“...pois se trata de um ponto cego recorrente e funcional –, o futuro quase nenhum de nossas cidades continua atrelado à cláusula pétrea do pacto histórico entre as classes dominantes brasileiras, esse o consenso de todos os consensos, o caráter intocável da propriedade do solo desde a famigerada Lei de Terras de 1850” (2000, p. 9).

O certo é que, em larga medida, o direito infraconstitucional continua com seu traço segregador e promete não romper facilmente a cadeia de exclusão social.

De resto, tem prevalecido o contraste – a propriedade, singular, intocável, única, *versus* sociedade, binária, literalmente plural porque duas: a de excluídos e a de privilegiados.

No campo da preservação, o duelo é evidenciado pela presença, de um lado, das forças progressistas que pugnam pela conservação como forma de garantia da identidade e como resposta à massificação da cultura decorrente da imposição de padrões artificiais e à mercantilização da cidade e, de outro, das forças transformadoras da cidade e, paradoxalmente, de manutenção do seu *status quo* consistente na estruturação econômica centrada na propriedade privada do solo urbano protegido pelo liberalismo jurídico clássico.

Assim, a prática constitucional ainda não se garantiu, de modo que as matrizes do liberalismo econômico continuam forjando, com prevalência, os padrões de aplicação do instituto e a orientação dos desdobramentos do Direito em linha individual

lista, que esclerosa o sistema quanto mais o impede de incorporar os avanços demandados pela complexidade da era pós-moderna.

Não obstante esse nítido império do individualismo, muitas municipalidades têm investido na efetividade constitucional, especialmente no tocante à função social da propriedade, elemento orientador do Direito Urbanístico, e na invocação do paradigma democrático como informador do sistema, o que, na prática, tem levado à conflituosidade desses paradigmas – óptica do Judiciário *versus* visão de administrações municipais progressistas – que se sobrepõem relativamente a um mesmo objeto de foco.

7.1. Direito à propriedade e direito de construir

Uma questão importante diz respeito à relação direito à propriedade e direito de construir. Seria este ínsito àquele? Integraria o direito de construir o conteúdo do domínio? Grande avanço seria a definição clara de autonomia desses direitos, o que poderia sustentar a adoção de um modelo de política urbana capaz de interferir com mais radicalidade no quadro de exclusão.

A questão posta, contudo, é complexa e encontra soluções variadas nos ordenamentos jurídicos.

Em alguns sistemas, não se reconhece a edificabilidade como faculdade do proprietário, sendo o direito de construir tratado como concessão do Poder Público, que o constitui em favor daquele. Este é o tratamento adotado, por exemplo, pela reforma italiana – Lei nº 10, de 28 de janeiro de 1977 – e pelo direito português.

Outras legislações tratam a edificabilidade como faculdade inerente à propriedade, vingando, como essência mesma desta, casos em que cabe ao legislador prescrever as condições para o exercício daquela faculdade, o que se insere no regime do licenciamento consistente na atuação declaratória do Poder Público relativamente ao atendimento daquelas prescrições para a valia

do direito preexistente, concepção que, de resto, concilia-se com antiga prática urbanística interna.

Por fim, há ordenamentos nos quais, a despeito da configuração inequívoca de uma propriedade privada robusta, acolhe-se maior espaço de abrangência de um ônus dominial, justificando solução intermediária nesse particular.

A leitura dos dispositivos constitucionais remete para o plano infraconstitucional o efetivo delineamento do conteúdo interno da propriedade urbana, ao condicioná-la ao cumprimento da função social nos termos explicitados no Plano Diretor.

Há nisso indubitado propósito de se amoldar a propriedade a um modelo de dupla face de domínio, a do bem considerado em sua funcionalidade social que, em última análise, a publiciza; e a do bem patrimonial, que se há de conciliar, mesmo no campo de sua intimidade, com aquela, e que, por tal razão, sem se afastar da esfera do titular, migra também para o campo do direito público, sujeitando-se às regras desse.

No Brasil, a partir de 1988, vislumbra-se, como já dito, no tangente ao espaço urbano, o gizamento de uma propriedade *sui generis*.

Desse modo, parece revelar-se mais consentâneo com o modelo de propriedade atual o tratamento normativo do direito de construir segundo uma concepção intermediária, que o tome como inerência ao de propriedade num patamar geral, único, que poderia corresponder, por exemplo, ao plano do terreno, figurando o excesso desse coeficiente como direito do Poder Público, a ser objeto de concessão.

7.1.1. Direito de construir e direito de configuração da cidade

De qualquer que seja o ângulo de análise, seja partindo da imanência do direito de construir, seja do caráter autônomo deste, seja da perspectiva conciliadora de uma faculdade a ser reconhecida em relação ao patamar comum, com a titularidade do Po-

der Público considerada no tocante ao restante potencial, tem-se que a compreensão não pode interferir na da titularidade do direito de configuração da cidade. A eventual titularidade privada do direito de construir não privatiza o direito de configuração da cidade nem de fruição desta como espaço coletivo.

Cabe à coletividade e ao Poder Público projetar a configuração da cidade por meio das leis oriundas de processos democráticos de produção de consenso, do planejamento e da gestão da política urbana, garantida a integração intra-institucional e interinstitucional e o compartilhamento com as múltiplas instâncias sociais e econômicas.

Essa mesma titularidade deve sustentar a esfera do controle, seja pelo governo, seja pelas instâncias democráticas, na busca da efetivação da função social da cidade.

7.2. Propriedade do bem cultural

No campo da preservação, um desafio importante é o que diz respeito à definição da propriedade do bem cultural. Sustenta Giannini (Apud ÁVILA, 1994, p. 666-) a dupla conotação da coisa de valor cultural: como entidade imaterial, é bem público, e como bem patrimonial, liga-se ao seu proprietário. Adverte que esses bens, inconfundíveis pela natureza, que assim convivem, devem ser apreendidos, contudo, em profunda conexão, tendo em vista a unicidade de seu suporte material. O titular do bem patrimonial não é sujeito ativo de poder em relação ao bem cultural correspondente, bem de fruição pública. É sujeito passivo de dever, de obrigação, de encargos que, em última análise, limitam o conteúdo do seu poder ativo incidente sobre a patrimonialidade. Essa a grande construção elaborada pelo doutrinador italiano.

Explica o autor que ao particular interessa a integridade patrimonial; ao Poder Público, a integridade física que sustenta o testemunho, a figuração, o valor e garante a fruição deste.

Desenvolvendo essa concepção, pode-se afirmar que o bem material que suporta um bem cultural de interesse social não se coloca como objeto de uma propriedade aprioristicamente concebida como um conteúdo potencial à mercê do querer privado, mas de uma propriedade limitada à sua patrimonialidade realizada. Só poderá ser objeto de uma propriedade potencial se esta for compatível com a funcionalidade cultural.

Dessa compreensão decorrem conseqüências diferentes da aplicação de institutos urbanísticos de proteção. Vale dizer, por exemplo: se o regime de tombamento for incompatível com a garantia patrimonial do bem já efetiva no momento de sua incidência, cabe ao Poder Público promover a desapropriação competente, o que se admite como exceção. A desapropriação, importando na ampliação da propriedade pública, deve ser assumida como encargo de todos, mediante indenização sustentada pelo princípio da solidariedade social. Se a situação for de restrição a direito com afetação significativa do equilíbrio dominial, a eventual compensação ao proprietário por perda efetiva parcial decorrente de gravame direto do conteúdo patrimonial, conquanto hoje enquadrável no sistema de indenização geral, haverá de ser pensada como ônus do conjunto das propriedades, e não dos contribuintes em geral, afastando-se a antiga e falsa noção de que a todos eles cabe assumir os encargos. Ora, nem todos são proprietários. Por outro lado, não se estará, como visto, em face de situação de ampliação da propriedade pública, a justificar a chamada geral, mas de redefinição da densidade do conteúdo dominial específico, que deverá ser equalizada no campo dos proprietários. Nesse sentido, viável seria a previsão de uma espécie tributária que incluísse em sua sistemática a lógica desse financiamento como encargo do conjunto delas, o que poderia ser viabilizado mediante o direcionamento para um fundo de equalização da propriedade privada para fins de cumprimento da função social, em cujo bojo se en-

quadra a cultural. Isso, para efeito de compensações parciais, consoante já explicitado.

Por outro lado, se o regime de tombamento for incompatível com a situação futura do bem, estar-se-á tão-somente diante de um encargo potencializado pela própria propriedade e que haverá de ser suportado por seu titular.

Outros defendem simplesmente a propriedade privada do bem cultural imaterial quando o bem patrimonial que lhe dá suporte se encontra na esfera privada.

Não se coaduna com a idéia de função social a escravização do bem imaterial à esfera privada. Dada a inseparabilidade, a que já se aludiu, o titular do bem patrimonial há de ser considerado como um curador daquele, sujeitando-se, enfaticamente, a regime público consubstanciador da proteção.

8. A emergência de edição do Estatuto da Cidade para consolidação das políticas locais

Não raras vezes, as ambigüidades escusamente reconhecidas no tocante à matriz constitucional de definição de competências – diga-se: apesar do traço nítido de maior generosidade do Constituinte com os municípios – têm socorrido interesses conservadores que tentam erguer muralhas de proteção da propriedade para mantê-la confinada na seara do Direito Civil. Em outras situações, esquemas de neutralização do poder local, por meio da postergação da eficácia constitucional engendrada pelos artifícios da inoperância do legislador federal, têm detido os propósitos de alteração do *status quo*.

Não se vislumbrando a transferência do espaço urbano para a esfera do Poder Público como alternativa para a superação da ordem de exclusão, há de se desafiar não só a lei como a sensibilidade intelectual, social e política para a necessidade de novas soluções, como: dissociação dos direitos de troca dos de uso, do direito de propriedade do de construir; do direito de propriedade do de superfície e, por que não dizer, criação

de novos instrumentos urbanísticos tributários que pressuponham equações compensatórias capazes de levar em conta, por exemplo, base territorial e densidade urbana, como forma de efetivação do direito de todos à cidade, e outras ao alcance do arrojo dos tributaristas.

Em face dessa realidade, é urgente a edição do Estatuto da Cidade (arts. 24, I, 21, XX, e 182, § 4º da Constituição da República) para a definição dos pontos, que, guardando relação direta com o direito de propriedade, têm-se constituído em nós górdios do sistema, especialmente pelas interpretações mais conservadoras: transferência do direito de construir, natureza pública do bem cultural, autonomia e concessão do direito de superfície e outros que se colocam na base de alguns institutos urbanísticos, incluídos os sancionatórios, enfim, as normas gerais de “desenvolvimento interurbano” e o “delineamento para o desenvolvimento intra-urbano”, no dizer de Silva (1981, p. 58).

Uma adequada base normativa, contudo, haverá de ser conjugada com outras condições de sustentabilidade de uma política urbana inclusiva: a intensificação dos processos discursivos, a sinergia dos movimentos sociais, o investimento em pesquisas para suporte de alternativas de intervenção no quadro de realidade, inversão de prioridades no campo dos investimentos públicos e integração dos diversos atores envolvidos na dinâmica urbana por meio de canais legítimos e equalização das forças em contraste, como forma de garantir a formação de consensos em plano de equilíbrio.

9. Comentário sobre a versão provisória do Estatuto da Cidade

O projeto de lei que visa à regulamentação dos arts. 182 e 183 da Constituição da República e estabelece as diretrizes da Política Urbana – as por ele intituladas de normas de ordem pública e de interesse social do uso da propriedade urbana – encontra-se em fase

final de tramitação no Congresso Nacional, na versão da Emenda Substitutiva, de 28 de novembro de 2000, ao Substitutivo da Comissão de Desenvolvimento Urbano e Interior.

A proposição estrutura-se em cinco capítulos, a saber: I – Diretrizes Gerais; II – Dos Instrumentos da Política Urbana; III – Do Plano Diretor; IV – Da Gestão Democrática da Cidade; V – Disposições Gerais.

Do ponto de vista do seu conteúdo, apresenta-se como um conjunto de normas disciplinadoras de instrumentos urbanísticos, só assumindo a linha relativamente discursiva e ideologizada no capítulo das “Diretrizes Gerais”, não obstante se defina como Estatuto da Cidade.

O Capítulo I, fiel ao objeto central da Política Urbana definida na Constituição – ordenação do pleno desenvolvimento das funções da cidade e da propriedade urbana –, reprisa-o, ao fixar as múltiplas diretrizes que orientarão aquela política. Tais diretrizes são: garantia do direito a cidades sustentáveis; gestão democrática; cooperação entre Estado, mercado e sociedade civil; planejamento do desenvolvimento, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município; oferta de equipamentos urbanos e comunitários e de serviços públicos; ordenação e controle do solo; integração e complementariedade entre atividades urbanas e rurais; adoção de padrões de produção e consumo e de expansão urbana compatíveis com a sustentabilidade global do Município; distribuição de benefícios e ônus da urbanização; adequação de instrumentos de política e de gastos públicos aos objetivos do desenvolvimento urbano; recuperação de investimentos urbanos; proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído; audiência do poder público e da população interessada quanto à implantação de empreendimentos ou atividades potencialmente negativos; regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda; simplificação da legislação urbanística e isonomia de condições para agentes públi-

cos e privados em empreendimentos e atividades de urbanização.

Ao dispor sobre “gestão democrática da cidade”, o projeto revela-se bastante tímido, limitando-se a mencionar os instrumentos mais comuns, encontrando em experiências exitosas de administrações municipais, como orçamento participativo e assemelhados, sem grandes inovações.

No rol dos instrumentos gerais e específicos de Política Urbana que restringem ou limitam o exercício do direito de propriedade urbana, o projeto relaciona os planos nacionais, regionais, estaduais, metropolitanos, microrregionais e municipais, entre estes valendo enfatizar o Plano Diretor e o orçamento participativo; os institutos tributários e financeiros; o estudo prévio de impacto ambiental e o estudo prévio de impacto de vizinhança, além de outros institutos jurídicos e políticos, que, com maior ou menor interesse para este estudo, são aqui invocados: desapropriação; servidão administrativa; limitações administrativas; tombamento; unidades de conservação; zonas especiais de interesse social; concessão de direito real de uso; usucapião especial de imóvel urbano; direito de superfície; direito de preempção; outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso; transferência do direito de construir; operações urbanas consorciadas; regularização fundiária; assistência técnico-jurídica gratuita; referendo popular e plebiscito.

Uma breve leitura das disposições sugere ter o legislador federal assimilado importantes proposições dos movimentos sociais, não sendo possível, no entanto, vislumbrar-se a partir delas solução de maior radicalidade para o caos urbano.

De outra parte, o projeto parece invocar papel mais ativo das municipalidades, seja pela generalidade dos comandos, seja pela ênfase à importância da instância, sobre cuja competência não parece avançar.

9.1. Plano Diretor

Prestigiando o planejamento urbanístico, o legislador ordinário enfatiza a impor-

tância do plano diretor e estende a obrigatoriedade de sua elaboração para as cidades integrantes de regiões metropolitanas e de aglomerações urbanas, ou inseridas em áreas de especial interesse turístico ou de influência de empreendimentos ou atividades de impacto ambiental mais abrangente, além de explicitar a necessidade de sua elaboração como pressuposto da aplicação dos instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição da República.

Por outro lado, a proposição sugere maior dinâmica na aplicação do instrumento, estabelecendo a obrigatoriedade de sua revisão a cada 10 anos e de adoção de mecanismos de compartilhamento da população na sua elaboração e na fiscalização da implementação das diretrizes nele previstas.

9.2. Instrumentos sancionatórios

O projeto trata de modo especial, pela necessidade da disciplina em nível federal, dos instrumentos definidos no art. 182, § 4º, da Constituição da República, que se disponibilizam no âmbito da política urbana como sanções pelo não-uso do solo urbano, não mais uma legítima manifestação de domínio, mas conduta passível de repressão. São as sanções: *parcelamento, edificação ou utilização compulsórios*, determinando-se os critérios de aferição de subutilização, a obrigação de notificação ao proprietário para o cumprimento da obrigação, além dos prazos mínimos a que este se sujeitará; *IPTU progressivo* no tempo como medida sucessiva, definindo-se alíquota máxima e prazo de aplicação da medida sob pena de desapropriação; *a desapropriação com pagamentos em títulos*, prevendo-se critério de apuração da indenização, obrigação de aproveitamento do imóvel pelo Poder Público em prazo determinado.

9.3. Consórcio imobiliário

O substitutivo apresenta, ainda, como mecanismo de viabilização de aproveitamento de imóvel atingido pela obrigação a que se refere o art. 182, § 4º, da Constituição

da República, o *consórcio imobiliário* consistente na transferência do imóvel ao Poder Público para futura compensação ao proprietário por meio de unidades imobiliárias urbanizadas ou edificadas, em valor correspondente ao do imóvel antes da edificação das obras. A disciplina guarda a inspiração da requisição urbanística, não tratada na proposição, conquanto se preveja aplicação mais restrita do consórcio imobiliário. A requisição urbanística pode incidir sobre várias propriedades e viabiliza-se por ajuste entre o Poder Público e os proprietários visando à implementação, por aquele, de projeto urbanístico, que será ressarcido mediante incorporação de parte dos terrenos ao seu patrimônio, para revenda.

9.4. Usucapião especial de imóvel urbano

A proposição cuida ainda destacadamente da *usucapião especial de imóvel urbano* de até 250 m², de propriedade particular, prevendo-se a possibilidade de áreas urbanas com mais de 250 m² serem usucapidas coletivamente, hipótese em que o Juiz, na sentença, atribuirá igual fração ideal de terreno a cada possuidor, salvo acordo escrito entre os condôminos. O condomínio assim constituído é indivisível, não sendo passível de extinção, ressalvada hipótese prevista.

Dá-se à ação o rito sumário e faz-se ampliação da legitimidade ativa: possuidor, isoladamente ou em litisconsórcio originário ou superveniente; possuidores em estado de composesse, e associação de moradores, quando autorizada pelos representados para atuar como substituto processual.

A proposição trata da alteração da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, sobre registros públicos, para dispensar a regularidade do parcelamento do solo ou da edificação como condição para o registro da sentença declaratória da usucapião.

9.5. Concessão de uso especial para fins de moradia

Trata-se de polêmico instituto envolvendo imóvel público cujo uso poderá ser con-

ferido ao possuidor individualmente considerado ou a uma coletividade, mediante título administrativo ou sentença judicial, caso ocorra omissão ou recusa por parte da Administração Pública.

Prevê-se que, em caso de ocupação de área de risco, o Poder Público garantirá uso especial em outro local. Ao instituto comunicam-se a filosofia da usucapião e algumas de suas regras, assentando-se os dois na segurança da posse e na idéia da função social desta, conquanto não se confundam. A usucapião é forma de aquisição do domínio de bens privados, e a concessão de uso especial, de outorga de uso de bem público, não obstante se tenha sustentado a concessão de direito real de uso não apenas para facilitar o uso do solo público, mas também de terrenos particulares como se fora um instituto análogo ao direito de superfície, conforme lembra Weigand (Apud FERNANDES, 2000, p. 304).

O título ou a sentença são documentos suficientes para as anotações no Cartório de Registro de Imóveis, que independem da regularidade do parcelamento do solo ou da edificação.

Relativamente aos contratos de concessão de direito real de uso no âmbito de programas e projetos habitacionais de interesse social desenvolvidos pela Administração Pública, comunica-lhes a proposição o caráter de escritura pública e de título de garantia de contratos de financiamentos habitacionais, de aceitação obrigatória.

Por fim, prescreve-se a extinção da concessão como sanção em caso de desvio de destinação do bem e de remembramento dos imóveis pelos concessionários, devendo ser a medida objeto de averbação no Cartório de Registro, conforme proposta de alteração da Lei de Registros.

9.6. Direito de superfície

O projeto prevê a inclusão no ordenamento jurídico pátrio do *direito de superfície* como fruto do desmembramento do direito de construir do de propriedade do terreno,

mantendo-o, contudo, na esfera do proprietário, que poderá concedê-lo, gratuita ou onerosamente, ao superficiário por via contratual e mediante escritura pública, reservando-se a este direito sobre a construção durante o prazo ajustado. Sustentam alguns que seu arremedo foi tratado no Decreto-Lei nº 271, de 28 de fevereiro de 67, com a concessão de direito real de uso, que é o

“contrato pelo qual se transfere, a título real, a fruição temporária, por prazo certo ou indeterminado, de terreno público ou particular, remuneradamente ou não, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social” (LIMA, 1998).

O professor da UERJ, contudo, critica a confusão entre os institutos, apontando elemento básico de distinção:

“É que no direito de superfície ocorre a suspensão ou interrupção dos efeitos da acessão (tudo aquilo que acede permanentemente ao solo passa a ser da propriedade do dono do solo, por mais valioso que seja o incremento, o que significa dizer que o incremento é propriedade do superficiário, sendo, portanto, hipotecável. Tal não acontece na concessão do direito real de uso”.

Ocorre, porém, que o tratamento dado pelo direito positivo aos institutos acaba por comunicar-lhe quase identidade, especialmente em face da ampliação das garantias da concessão de direito real de uso.

De acordo com o projeto, a concessão do direito de superfície transfere ao superficiário o direito de utilizar o solo, o subsolo ou o espaço aéreo relativo ao terreno de conformidade com a legislação urbanística, sendo vinculante a destinação convencionada.

A concessão do direito de superfície é passível de transmissão *intervivos* ou *causa mortis*, submetendo-se à condição resolutiva do desvio de finalidade.

Segundo o regime previsto no projeto, o superficiário responde pelos encargos e tri-

butos incidentes sobre a propriedade superficiária e pela eventual parcela devida pela ocupação efetiva do terreno, salvo convenção em contrário.

Extinta a concessão ordinariamente ou extraordinariamente, o proprietário do terreno recuperará seu pleno domínio bem como das acessões e benfeitorias, que, até então, colocavam-se na esfera de propriedade do superficiário, exceto se se convenção ou outra solução.

Em caso de alienação do terreno ou do direito de superfície, assegura-se preferência ao superficiário ou ao concedente, respectivamente.

Retomando-se as considerações acerca da concessão de direito real de uso e as pertinentes ao direito de superfície, observa-se distinção entre os institutos: o primeiro tem aplicação mais restrita e institui a garantia de fruição, enquanto o direito de superfície, assentado sobre a idéia básica da separação negocial do direito de construir do direito de propriedade do solo, está vocacionado à ampla dinamização daquele mediante a garantia da titularidade do objeto de seu exercício.

9.7. Preempção

Cuida-se do direito de *preempção ou preferência*, instituto que tem incidência sobre o atributo da livre disposição do bem. O instrumento jurídico, usual na França, assegura ao Poder Público preferência para aquisição de imóveis urbanos incluídos em áreas definidas na Lei de Uso que, postos em transação como objeto de alienação onerosa entre particulares, poderão ser comprados pelo preço arbitrado judicialmente.

Trata a proposição de vinculá-lo, concomitantemente, à exigência de delimitação de áreas de sua incidência no Plano Diretor, com o que se enfatiza o seu atrelamento ao planejamento urbanístico, e ao cumprimento de uma das seguintes finalidades: regularização fundiária ou constituição de reserva de terrenos, ordenamento e direcionamento da expansão urbana de modo a

permitir ao Poder Público maior facilidade de intervenção no espaço da cidade, desenvolvimento de programas e projetos habitacionais de interesse social, proteção do meio ambiente natural e cultural, implantação de equipamentos urbanos e comunitários e espaços de lazer, e outras metas públicas ou sociais definidas no Plano Diretor.

O projeto cuida do procedimento, que envolve ações do proprietário e do Poder Público, desde a notificação a cargo daquele, acompanhada da proposta de compra, passando pelo edital do Poder Público contendo o aviso da notificação, até a operação decorrente do exercício da preferência ou, em caso de liberação do proprietário para a alienação a terceiros nas condições da proposta e de efetiva venda, até a apresentação do instrumento público correspondente.

9.8. Outorga onerosa do direito de construir

O projeto, respeitando a competência municipal para a fixação de coeficiente de aproveitamento básico único ou diferenciado dentro da zona urbana, prescreve que este seja definido no Plano Diretor, o qual poderá prever áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente básico, até o limite previsto. Dissociando do direito de propriedade o direito de construir além do coeficiente básico, reconhece a titularidade do excedente ao Poder Público, que poderá outorgá-lo onerosamente ao beneficiário, de acordo com lei municipal disciplinadora, vinculando-se os recursos auferidos às mesmas finalidades que sustentam o direito de preempção. Desse modo, mantém-se sob regime de licenciamento o direito de construir no limite do coeficiente básico, a pressupor a imanência deste ao de propriedade, transferindo-se para o regime de concessão o direito de construir em patamar excedente.

9.9. Transferência do direito de construir

Cuida o projeto de matéria correlata, qual seja, a de *transferência do direito de construir*. Em princípio alçada à competência da

União, a disciplina é delegada à lei municipal, que cuidará não só de autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local o direito de construir inviabilizado, como também a aliená-lo, mediante escritura pública. A transferência é, assim, uma operação entre o titular do direito e o adquirente, previamente autorizada pelo Poder Público municipal mediante lei.

9.10. Outorga onerosa de alteração de uso

Segundo o Projeto, o Plano Diretor pode fixar ainda áreas passíveis de alteração de uso a ser concedida mediante contrapartida do beneficiário, sendo a outorga tratada em lei municipal específica que, como se viu, disciplinará também a relativa ao direito de construir.

9.11. Operação urbana consorciada

Em outra vertente, cuida-se da *operação urbana consorciada*, instrumento de gestão emparceirada, aplicável em áreas pré-determinadas pela legislação municipal, à sua vez, baseada no Plano Diretor.

Na proposição, define-se operação urbana consorciada como o conjunto de intervenções e medidas coordenadas pelo Poder Público municipal, com a participação dos proprietários, moradores, usuários permanentes e investidores privados, objetivando alcançar, em área determinada, transformações urbanísticas estruturais, melhorias sociais e valorização ambiental.

O que se coloca como motivação ao segmento privado relativamente ao instrumento é a filosofia de flexibilização dos requisitos gerais da legislação urbanística e a possibilidade de regularização de situações desconformes com o direito.

A operação deve ser aprovada em lei específica, a qual conterà o seu plano, que incluirá, entre outras previsões, as relativas à contrapartida e à forma de controle da operação, necessariamente compartilhado com a sociedade civil.

Prevê-se a possibilidade de emissão pelo

Município, nos termos da lei específica da operação urbana, de certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados no pagamento das obras necessárias à operação. Serão, contudo, conversíveis em direito de construir exclusivamente na área da operação, para superação de padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite flexibilizado pela lei da operação.

9.12. Estudo de impacto de vizinhança

Por fim, cogita o projeto do *estudo de impacto de vizinhança*, medida altamente positiva de controle *a priori* de empreendimentos e atividades potencialmente impactantes da vizinhança, os quais serão especificados em lei municipal.

O EIV, que não substitui o *estudo prévio de impacto ambiental* quando exigido, deve abranger a análise de questões como geração de tráfego, demanda por transporte público, reflexos na paisagem urbana, relação com o patrimônio natural e cultural, entre outros, e assegurar, em sua elaboração, a audiência da comunidade afetada.

10. Instrumentos urbanísticos aplicáveis para fins de preservação

10.1. Tombamento

Entre os instrumentos urbanísticos que podem ser cogitados no contexto de uma política urbana voltada para a preservação do patrimônio cultural, destaca-se naturalmente o tombamento. Este, porém, deve estar associado a outros mecanismos, como as zonas de proteção, preempção, transferência de direito de construir, desapropriação, inventário e outras formas de acautelamento e gestão urbanística do patrimônio.

Sabe-se que o arrojo das construções jurídico-urbanísticas não conseguiu superar o instituto do tombamento como alternativa mais eficaz para a proteção do patrimônio cultural, podendo-se atribuir, não só no plano interno, mas, também, no internacional,

à engenhosidade do instrumento a preservação da herança das gerações passadas. É o tombamento, consagrado sob diversos rótulos, que se coloca como o último anteparo a deter a força destruidora do “progresso”. Contudo, se não se pode desprezar a potencialidade e mesmo a efetividade do tombamento, é verdade também que ele há de ser defendido contra o esclerosamento natural dos institutos que não se aprimoram em face da realidade, mais dinâmica e mais complexificada. Por isso, ele deve ser revisto e inserido no conjunto de instrumentos urbanísticos, para ganhar a sinergia desses e romper com a perspectiva mais estática. Essa mesma sinergia entre os instrumentos há de ser também considerada como indicativa da necessidade de relação dialógica dos bens sob proteção com os de seu entorno e da área mais abrangente de sua influência, segundo diretrizes apropriadas.

Entre nós, o instituto, permanecendo inalterado em sua trajetória de cerca de 63 anos, é, ainda, aplicado tendo em vista matrizes paradigmáticas já ultrapassadas, embora tenha sido a sua formulação, ao seu tempo, marco de avanço no tocante ao poder do Estado no campo dominial privado.

Não obstante as profundas transformações conceituais acerca da propriedade, o impacto da economia e cultura globalizadas, com ameaça da identidade e imposição de modelo de desenvolvimento predatório, e o paradigma democrático a impor novas relações de poder e gestão, o tombamento não foi submetido a um grande debate e continua tratado e resistido pela lógica do liberalismo econômico. Assim é que se impõe uma ampla discussão, que se volte menos para os aspectos de sua construção, de seus efeitos, de suas espécies, de seu objeto, mais para as questões que envolvem sua interface com a propriedade.

Este, porém, não é o espaço para a apologia do tombamento nem tampouco para a polemização de teses que se colocam na centralidade dos estudos dedicados ao tema. É propósito, tão-só, buscar aqui a sinalização

desses pontos e a convergência dos diversos institutos como mecanismos de gestão urbanística.

Veja-se, à vôo de pássaro, a possibilidade de tal convergência, isto é, a aplicabilidade de alguns deles ao objetivo comum da preservação do patrimônio cultural no seio da política urbanística, sem prejuízo dos tradicionalmente adotados e conhecidos.

10.2. Direito de superfície

O instrumento pode ter cabida no campo da preservação, especialmente para a composição de ambiências, para garantir a ocupação adequada de lotes vagos em conjuntos urbanos especiais cujos proprietários não disponham de recurso para edificar e para reconstruir imóveis demolidos.

10.3. Edificação compulsória e IPTU progressivo

Enquanto o parcelamento compulsório se presta mais ao propósito de induzir a densificação urbana, o IPTU progressivo e a edificação compulsória, instrumentos urbanísticos de caráter sancionatório, poderão ter aplicação em relação a conjuntos urbanos de interesse cultural, como alternativa para recomposição de ambiência.

10.4. Preempção urbanística

O Decreto-Lei nº 25/37 já prevê a aplicação de instrumento semelhante a bens tombados, assegurando ao Poder Público a preferência para aquisição de imóveis assim reconhecidos que se disponibilizam no mercado. Pode ser conjugado esse direito de preferência para fins de preservação previsto no Decreto-Lei nº 25/37 com a preempção urbanística, esta especificamente voltada para a finalidade de constituição de reserva de terrenos públicos, de modo a garantir, em última análise, maior poder de interferência do Poder Público no espaço urbano. Vale dizer, preempção em relação ao bem tombado e, por força da legislação urbanística, em relação a terrenos de entorno.

10.5. A operação interligada

Podendo ser tomada como variação das *Operações urbanas*, a operação interligada constitui a possibilidade de alteração de determinados parâmetros urbanísticos definidos em lei nos limites e na forma por ela também previstos, mediante contrapartida dos interessados. O instituto é compatível com a valorização do patrimônio cultural, cabendo à lei instituí-la especificamente para esse fim, estabelecendo as condições de sua implementação.

Segundo Lima (1988), a contrapartida nas operações interligadas pode assumir a forma de: a) recursos para fundo municipal de desenvolvimento; b) obras de infra-estrutura urbana; c) terrenos e habitações destinados a populações de baixa renda; d) recuperação do meio ambiente ou de patrimônio cultural.

Entre nós, as rotuladas negociações urbanas, conquanto não estejam suficientemente disciplinadas no plano legal, são um arremedo de operação interligada, sendo idêntico o arranjo subjacente a esses institutos.

Trata-se de mecanismo de flexibilização de regras urbanísticas mediante compensação para a coletividade, na forma de contratualização.

O grande desafio é a adequada regulação do instituto, que tem ao centro a questão do próprio direito de construir.

10.6. Urbanização consorciada

Trata-se de instrumento apoiado na lógica de parceria entre a iniciativa privada e o Poder Público, para, sob a coordenação deste, viabilizar a implementação de projetos urbanísticos, podendo ser adotada para fins urbanístico-culturais, especialmente para viabilizar projetos mais complexos de revitalização, por exemplo.

10.7. Solo criado

Define-se objetivamente como tal “a área adicional de piso artificial, não apropriada

diretamente sobre o solo natural” (LIMA, 1998).

Do ponto de vista prático, constitui-se em mecanismo de controle do adensamento urbano, a par de propiciar a ampliação das áreas públicas por essa forma de incorporação e de deter a pressão para assunção social dos ônus dos investimentos privados.

Pressupondo a adoção de coeficiente único de aproveitamento do solo – que garante tratamento isonômico aos proprietários –, equivale ao excesso de construção, superior ao limite estabelecido pela aplicação daquele coeficiente e dentro do teto legal, pelo qual cabe ao beneficiário compensar a comunidade mediante contraprestação pelo impacto gerado pelos novos pisos sobre a estrutura urbana. Solo criado é, portanto, a superação do coeficiente único dentro do limite legal. O direito de construir relativo a essa diferença pode ser adquirido do Poder Público pelo proprietário ou de outro particular. A contraprestação na versão urbanística do solo criado deverá ser, preferencialmente, a cessão de terreno comunitariamente útil correspondente ao excesso, sendo, na versão financeira, representada por um valor pago à municipalidade. Pode, em sua versão urbanística, relativamente a conjuntos tombados, voltar-se para a compensação mediante investimento na estrutura cultural.

Sustentam, com razão, estudiosos do Direito Urbanístico que a definição do coeficiente único, como limitação urbanística, pode ser feita por meio de lei municipal. Contudo, há os que entendem que tal definição caberia à União.

A discussão ficará resolvida com o Estatuto da Cidade, que expressamente deixa aos municípios a fixação de coeficiente básico, único ou diferenciado.

10.8. Transferência do direito de construir

O instituto guarda relação com a concepção acerca do próprio direito de construir. Se inerente este ao direito de propriedade, o potencial construtivo aferido em face

do máximo demarcado pela lei é direito do proprietário, comportando teoricamente a aplicação do instituto, se autônomo ao direito de propriedade, só a concessão do Poder Público poderá constituir o direito de construir, o que afasta o instituto da esfera do proprietário, pelo menos em caráter originário.

Esse direito, se considerado originariamente integrado à esfera do proprietário do imóvel, seria um consectário da imanência deste ao de propriedade, tendo por objeto o solo potencial de impossível utilização em razão de alguma imposição urbanística especial como o tombamento, ou, de acordo com o modelo legal, o potencial voluntariamente não utilizado, para outro imóvel em condições de recebê-lo.

Considerada, no entanto, a dupla face da propriedade, pública e privada, esta informada pelos atributos elementares cuja densidade à lei cabe definir, deve-se ter como fator de equalização da função social do solo urbano a definição de um coeficiente único, no limite do qual o direito de construir integra o de propriedade e a partir do qual todo acréscimo correrá à conta da face pública da propriedade. Falar de transferência de direito de construir na ausência de coeficiente único é admitir um superdireito de propriedade.

10.9. Usucapião

Como instrumento da política urbanística temos a usucapião especial urbana, que assegura ao possuidor de terreno urbano de extensão enquadrada no limite legal, por determinado prazo, ininterruptamente e sem oposição, para sua moradia ou de sua família, o direito de adquirir-lhe o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel.

O processo judicial para obtenção de declaração de domínio, tal como hoje disciplinado, revela-se pouco eficaz como forma de regularização fundiária, pela complexibilidade que apresenta, demandando atenção do legislador no sentido de simplificar e

agilizar as soluções e adequá-lo ao plano de exercício de legitimação coletiva.

Conquanto o instituto não aproveite os fins da preservação, pode-se no plano da ideação e, portanto, meramente propositivo, dele cogitar-se para aquele desiderato.

Sabe-se que o Estado, apesar de não poder ser sujeito passivo em ações de usucapião, tendo em vista a imprescritibilidade de seus bens, pode incorporar bens ao seu patrimônio por meio da prescrição aquisitiva.

Sob esse aspecto, vale aqui acenar para a possibilidade de alteração das normas fundamentais, com o objetivo de dar à usucapião um novo fôlego para aquisição, por exemplo, de imóveis tombados abandonados que deveriam colocar-se, de fato, e de direito, sob a imediata gestão pública. Tal medida poderia conter a saga do abandono deliberado de bens culturais.

11. A tutela judicial da preservação do patrimônio cultural

Por fim, invoca-se a Lei nº 7.347, de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública, forte mecanismo judicial de tutela dos bens culturais e de outros direitos difusos, alertando para o fato de que o Poder Público, legitimado para propô-la, tem em mãos, juntamente com o Ministério Público, um instrumento bastante eficaz que é o termo de ajustamento de conduta com força executiva extrajudicial.

Há de se ressaltar, também, a tutela penal ao lado da civil e da administrativa. Com função sancionatória em matéria de lesão ao patrimônio cultural, comparece o Direito Penal como última *ratio*, com seu papel represivo, intimidativo, para afastar lesões ou ameaças intoleráveis e socialmente reprováveis.

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, constitui um avanço no tratamento da matéria, apesar de não ter previsto instrumentos de tutela dos bens imateriais incluídos no rol constitucional dos valores protegidos.

Assim, cuidou dos crimes contra o orde-

namento urbano, o patrimônio cultural e o ambiental e, admitindo a modalidade culposa de dano, parece indicar o eixo da tutela penal para o patrimônio cultural.

Contudo, a lei deve ser aperfeiçoada para dar suporte a intervenções rápidas, precisas e severas para garantia da preservação e da censurabilidade das condutas.

O projeto do Estatuto da Cidade, por sua vez, reforça o controle sobre os agentes públicos, especialmente tendo em vista os aspectos de gestão da cidade. Assim, trata com rigor a responsabilidade desses agentes, em especial, a do Prefeito Municipal, a quem prescreve sanções por desvios em matéria urbanística, resultantes de ações ou omissões, enumerando diversas situações de caracterização de improbidade administrativa.

No mesmo diapasão, a proposição amplia o objeto de tutela por via da Ação Civil Pública, especialmente para admitir a defesa da ordem urbanística, categorizada esta como interesse difuso, cuja ameaça ou lesão pode justificar a invocação da proteção judicial cautelar ou corretiva por parte de um amplo espectro de legitimados.

12. Conclusão

De todo o exposto, é relevante assinalar, à guisa de conclusão, que o Direito Urbanístico, no movimento de expansão de seu foco, há de alcançar, em perspectiva transdisciplinar, as múltiplas dimensões da cidade, transcendendo a cidade física, para cumprir também lato papel social na busca da garantia plena de sustentabilidade do espaço urbano sob o aspecto dinâmico, sociológico e simbólico.

Que a cidade, mais que objeto do direito, é a própria representação deste, cabendo, pois, despertar a ordem jurídica para o papel de transformação do *status quo* – de exclusão e precariedade –, o que passa necessariamente pela revisão de conceitos e práticas e pela incorporação do componente democrático aos processos de formulação, aplicação e controle das normas.

Nesse sentido, mais que o destrinçamento dos instrumentos urbanísticos ou das metodologias de gestão de patrimônio cultural, é urgente a superação de questões anteriores e enfaticamente persistentes: o conceito e o conteúdo da propriedade privada urbana, a função social da propriedade, o *locus* de sua ordenação, a escassez do solo urbano e a pressão para o acesso, o papel do direito, a nova ordem de sustentabilidade, entre outras.

Que a potencialidade dos instrumentos só se realizará na prática quando se romper com a matriz liberal público *versus* privado e se conceber o Direito Urbanístico como o ramo ordenador do direito à cidade na óptica social, isto é, quando se romper com a lógica de neutralidade do Direito diante do quadro de exclusão social e segregação espacial das cidades.

Finalmente, registrando passagem – carinhosamente selecionada por um grupo de alunos – que vem a calhar no momento presente de revisão de conceitos e práticas, traz-se aqui um alerta a todos que testemunham as mazelas da sociedade binária e a cada um que, mesmo solitário, faz combate à dualidade urbana de privilégios e exclusão.

Simão Brayer, estudioso na área de administração, conta a história:

“Quando houve um grande incêndio na floresta, todos os animais começaram a fugir.

Só um pardal enchia seu bico no riacho e voava de volta, despejando a água nas labaredas.

Um elefante, que corria, perguntou:

— Ô pardal, tá maluco? Você acha que vai apagar o incêndio?

— Não, respondeu o bichinho. Tô só fazendo a minha parte.”

No fechamento dessas reflexões, vem em socorro uma metáfora bem familiar ao mundo rural – o tição aceso encoberto de cinzas, que atravessa a noite para acender o fogão de lenha no dia seguinte – e com ela o alerta: a exclusão é o braseiro ardente que o sistema pretende encobrir de cinzas. As cinzas

fazem a latência das chamas que, nas mazelas e molambos da injustiça social, podem encontrar o elemento de combustão para devorar em convulsão o próprio sistema.

E haverá um alento: muitos terão sido pardais na empreitada do combate a esse pior desastre ecológico há 500 anos potencializado.

Bibliografia

ARANTES, Otília; VAINER, Carlos; MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único*. Petrópolis: Vozes, 2000.

ÁVILA, Juan Manuel Alegre. *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*. Madrid: Ministério da Cultura, 1994.

BACHELARD, Gaston. *A poética do espaço*. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

BARREIRA, Maurício Balesdent. *Direito urbanístico e o município*. In: FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CALVINO, Ítalo. *As cidades invisíveis*. São Paulo: Cia das Letras, 1990.

CASTELLS, Manuel; BORJA, Jordi. *Local y global*. Madrid: Taurus, 1997.

FERNANDES, Edésio (Org.). *Direito urbanístico e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

GUSTIN, Miracy B. S. *Das necessidades humanas aos direitos: ensaios da sociologia e filosofia do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. São Paulo: RT. 1995.

Jurisdição, tópica e razoabilidade

João Paulo Allain Teixeira

Sumário

1. Estado e jurisdição. 1.1. Racionalidade e direito. 1.2. A caracterização da função jurisdicional. 2. A neutralização do judiciário e a segurança jurídica. 3. A obrigatoriedade da decisão e o impedimento ao *non liquet*. 4. A sentença e a fundamentação da decisão. 4.1. A dinâmica do sistema jurídico. 4.2. A aplicação do direito como processo subsuntivo. 4.3. A perspectiva da hermenêutica kelseniana. 5. A relevância da *ars inveniendi*. 6. Por um *logos* do razoável.

1. Estado e jurisdição

1.1. Racionalidade e direito

A concepção de dogmática jurídica com os seus caracteres essenciais, do *non liquet* à inegabilidade dos pontos de partida, deve sua difusão em grande parte à necessidade de construir um sistema jurídico que seja sobretudo uma ordenação racional e objetiva da dinâmica social.

Acompanha esse processo a formação do Estado com os chamados elementos constitutivos, de uma tal sorte que progressivamente vão-se identificando direito e Estado. Isso significa que a norma desde que posta pelo Estado adquire uma aura de legitimidade inquestionável, por ser presumivelmente a expressão de uma vontade coletiva.

Com efeito, o direito moderno é a expressão da necessidade de redução da crescente complexificação social. Com o advento da modernidade e o desaparecimento de uma moral globalizante, é superada a visão que

João Paulo Allain Teixeira é Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Mestrando em Direito pela Universidad Internacional de Andalucía (Espanha), Professor da Faculdade de Direito de Olinda e da Universidade Católica de Pernambuco.

admite a explicação social de acordo com padrões de diferenciação segmentária hierárquica até então dominantes.

Superada a concepção social hierárquico-segmentária, perceberemos uma crescente contingencialização do vivenciar humano aliada ao desaparecimento de “crenças em comum” ou de “fronteiras externas da sociedade como um todo” (LUHMANN, 1983, p. 225-). Passa-se a lidar, então, com vários sistemas parciais em relacionamento recíproco multiplicando-se ao infinito as possibilidades de ação. Daí justifica-se a necessidade do recurso a “processos de seleção consciente” das diversas expectativas comportamentais (Cf. LUHMANN, 1983, p. 226).

A Teoria dos Sistemas luhmanniana apanha a sociedade moderna composta por múltiplos sistemas, cada um destinado à solução de problemas específicos. Tal hipercomplexificação da sociedade provoca o nascimento de sistemas sociais parciais, destinados à solução de problemas específicos. A sociedade passa a ser enxergada como um grupo de sistemas (Cf. LUHMANN, 1983, p. 225), horizontalmente relacionados, cada qual correspondendo a um âmbito de atuação do indivíduo.

Teremos dessa maneira em uma mesma sociedade tantos sistemas quantas sejam as relações estabelecidas entre os homens. Seriam assim um sistema relativo ao amor, um sistema contemplando as relações de amizade, um sistema dedicado à política, um outro relativo à economia, um outro voltado ao direito, outro ainda dizendo respeito à religião, mais outro contemplando as relações de poder, etc¹.

Nesse sentido, o direito moderno representa um eficiente mecanismo para a redução da complexidade da vida moderna. Estruturado a partir de expectativas normativas², o direito será progressivamente institucionalizado, posto por uma decisão que não se identifica com a vontade individual de ninguém, representando de acordo com o ideal contratualista, a vontade *a priori* da maioria.

Quando falamos de positivação, queremos aludir à situação típica do Direito a partir do século XIX. Como explica Ferraz Jr.,

“os modernos pensadores não indagam mais, como os antigos, das relações morais do bem na vida, mas sim das suas condições efetivas e racionais de sobrevivência. Tais necessidades práticas de uma sociedade tornada mais complexa exigem soluções técnicas que estão na base do desenvolvimento das doutrinas jurídicas. Assim, se o problema antigo era o de uma adequação à ordem natural, o moderno será, antes, como dominar tecnicamente a natureza ameaçadora. É nesse momento que surge o temor que irá obrigar o pensador a indagar como proteger a vida contra a agressão dos outros, o que entreabre a exigência de uma organização racional da ordem social. Daí, conseqüentemente o desenvolvimento de um pensamento jurídico capaz de certa neutralidade, como exigem as questões técnicas, conduzindo a uma racionalização e formalização do direito” (1989, p. 65).

Esses acontecimentos caminharão paulatinamente no sentido do delineamento definitivo dos traços fundamentais da dogmática jurídica. Daí a centralização da organização da legislação, com o aparecimento de conceitos tais como a proibição da decisão *contra legem*, a distinção entre fontes formais e materiais, a oposição entre direito objetivo e direito subjetivo, a distinção entre governo e administração etc. Tanto a centralização como o surgimento das figuras dogmáticas encontram ponto de apoio no fenômeno da positivação.

Usualmente tem sido contraposta ao direito positivo a idéia de direito natural. Nesse sentido, o pensamento jurídico ocidental tem sido dominado desde a Idade Média pela distinção entre “direito positivo” e “direito natural”, não obstante o conteúdo con-

ceitual dessa distinção remonte à antiguidade clássica (BOBBIO, 1999, p. 15).

De certo modo, o debate entre o “positivo” e o “natural” encerram o conflito entre aquilo que é por natureza (dado) e aquilo que é por convenção (construído). Caracteriza-se o direito positivo por ser posto pelos homens, diferentemente do direito natural, que é posto por algo que está além dos homens.

É que as estruturas do antigo regime permitiam o arbítrio nas decisões judiciais favorecendo uma grande insegurança social. Daí a crítica das escolas iluministas, configurando-se a necessidade de uma sistematização do direito bem como da valorização do direito sob a forma de lei, mais tarde levada ao extremo pela escola da exegese.

A respeito disso, Ferraz Jr. considera que “a tarefa do jurista, que se torna então tipicamente dogmática, a partir daí circunscreve-se cada vez mais à teorização e sistematização da experiência jurídica, em termos de uma unificação construtiva dos juízos normativos e do esclarecimento de seus fundamentos, descambando por fim, já ao final do século XIX, para o positivismo legal, com uma autodelimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estatalidade do direito. Esse desenvolvimento redundava na configuração de um modo típico de pensar o direito e que se transformou naquilo que ainda hoje conhecemos como dogmática jurídica” (1989, p. 80)

Explica Ferraz Jr. que, a partir desse momento, a noção de positivização passa a ser termo correlato de decisão: “...direito positivo é não só aquele que é posto por decisão, mas além disso, aquele cujas premissas de decisão que o põem também são postas por decisão” (1989, p. 79).

A origem da passagem da concepção jusnaturalista à positivista, que dominou todo o século passado e que domina em grande parte até agora, está ligada à formação do

Estado moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval:

“a sociedade medieval era uma sociedade pluralista, posto ser constituída por uma pluralidade de agrupamentos sociais cada um dos quais dispoñdo de um ordenamento jurídico próprio: o direito aí se apresentava como um fenômeno social, produzido não pelo Estado, mas pela sociedade civil. Com a formação do Estado moderno, ao contrário, a sociedade assume uma estrutura monista, no sentido de que o Estado concentra em si todos os poderes, em primeiro lugar aquele de criar o direito: não se contenta em concorrer para esta criação, mas quer ser o único a estabelecer o direito, ou diretamente através da lei, ou indiretamente através do reconhecimento e controle das normas de formação consuetudinária. Assiste-se, assim, àquilo que em outro curso chamamos de processo de monopolização da produção jurídica por parte do Estado” (BOBBIO, 1999, p. 26-27).

O positivismo jurídico considera o direito como um fato e não como um valor, devendo o jurista estudar o direito da mesma forma que o cientista estuda a realidade natural, necessariamente abstendo-se de formular juízos de valor. Sendo avalorativo, é indiferente para o positivismo jurídico que o direito seja bom ou mau, justo ou injusto.

Tudo é possível graças à formalização do direito, que consiste em retirar o seu conteúdo em favor da estrutura formal traduzida pelo conceito de validade (Cf. BOBBIO, 1999, p. 131).

Assim, o positivismo jurídico sustenta a teoria da interpretação mecanicista, que funda a atividade do jurista em elementos predominantemente declarativos em detrimento de elementos criativos. Isso possibilita a redução do papel do intérprete no momento da aplicação do direito, assemelhando-o a um robô, um autômato programado para decidir de acordo com a letra da lei.

1.2. A caracterização da função jurisdicional

Concebida em uma época em que se fazia imperiosa a limitação do poder então absoluto, a teoria da separação de poderes representa hoje um dos pilares mais evidentes do constitucionalismo moderno. Com efeito, a separação de poderes atendia inicialmente à classe burguesa que se opunha ao *ancien régime*³ estabelecendo a limitação do poder pelo próprio poder.

Nos grupos primitivos, a ordem interna era mantida por um chefe, dotado de qualidades que o destacavam diante do grupo, tocando a ele, entre outras prerrogativas, o julgamento de dissídios e imposição de penalidades.

A progressiva complexificação social, além do aumento populacional e territorial, obrigava a delegação de certas atribuições a pessoas da confiança do chefe ou príncipe, que cada vez mais se encontrava impossibilitado de atender pessoalmente a todas as demandas sociais. Permanecia a autoridade nele, mas o seu exercício tinha de ser dividido entre várias pessoas. Tal fato é um imperativo natural da especialização de funções⁴ e da divisão do trabalho (Cf. AZAMBUJA, 1951, p. 176-).

Apesar de podermos apontar alguns precursores da doutrina da separação de poderes antes mesmo da modernidade⁵, pode-se afirmar que o primeiro a elaborar uma teoria da divisão de poderes sistematizada foi John Locke. Inspirado na Constituição Inglesa, diz nos seus “ensaios” que é necessário que as funções do Estado sejam exercidas por órgãos diferentes. Executivo; Legislativo, Confederativo (Relações Internacionais) e Discrecional (atribuições extraordinárias que o governo exercia de acordo com as leis).

Mas o autor de grande penetração foi mesmo Montesquieu, havendo a sua teoria sido acolhida pelas Constituições escritas do fim do século XVIII. Tal formulação defendia a necessidade de harmonia entre os poderes, numa estrutura em que estivessem

reciprocamente limitados. São os “checks and balances” da experiência inglesa através do qual “le pouvoir arrête le pouvoir”, no dizer de Montesquieu⁶.

O pensamento atual não consagra a separação de poderes absoluta como quiseram os revolucionários de 89. Hoje fala-se de separação de órgãos, especialização de funções e, sobretudo, cooperação entre órgãos, para que o poder limite o poder. Então, quando se fala de “separação de poderes”, não se cogita de exclusividade, mas preponderância de funções, como num sistema de vasos comunicantes, pois o poder do Estado é uno e indivisível⁷.

No momento em que o Estado arvora-se na condição de único produtor do direito, encontra-se na condição de não apenas estabelecer as regras gerais, mas também dirimir conflitos porventura existentes quando da aplicação do direito.

Com efeito, o advento do Estado moderno traz a organização do poder social sob a forma de Estado, sendo abolidas as formas de justiça privada. Cabe então ao Estado a distribuição da Justiça. Isso importa dizer que é ao Estado que incumbe pronunciar-se sobre o direito aplicável a cada caso concreto nas hipóteses de conflito.

Sendo ilimitadas as pretensões humanas e limitados os bens para satisfazê-las, inevitável é o conflito, situação em que surge a insatisfação. Com isso, a existência de uma ordem reguladora, como o é o direito, é insuficiente ante a possibilidade do seu descumprimento. Mas a insatisfação é fator anti-social por excelência, provocando a desagregação e a instabilidade social. Por isso, é necessário a criação de mecanismos destinados a tornar suportáveis os conflitos sociais (Cf. CINTRA; GRINNOVER; DINAMARCO, 1994, p. 20).

No direito primitivo, esses mecanismos eram a autocomposição e a autodefesa. No nosso moderno Direito, jogam papel bastante relevante a defesa de terceiro, a mediação e o processo⁸. Daí o papel da jurisdição, função do Estado moderno.

2. A neutralização do judiciário e a segurança jurídica

Uma das peças importantes quanto ao aparecimento da dogmática como teoria autônoma consiste na neutralização política do Judiciário (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 77). A idéia é atribuir ao Juiz a possibilidade de pairar sobre as partes sem com elas se envolver, proporcionando uma decisão tanto mais imparcial quanto seja possível.

Nesse sentido, a teoria da divisão de poderes vai

“garantir...uma progressiva separação entre política e direito, regulando a legitimidade da influência política na administração, que se torna totalmente aceitável no Legislativo, parcialmente aceita no Executivo e é fortemente neutralizada no Judiciário, dentro dos quadros ideológicos do Estado de Direito” (FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 77).

O esforço da teoria jurídica vai no sentido da difusão da crença na racionalidade objetiva do direito. Para tanto, atribui-se ao direito a condição de mecanismo estabilizador das expectativas sociais. Isso significa que o direito moderno depende em grande medida da construção de um sistema normativo que proporcione não apenas a segurança sobre a existência de normas que qualifiquem as condutas de acordo com o binômio licitude/ilicitude, mas sobretudo a certeza de que existem mecanismos capazes de garantir os indivíduos contra o acaso.

A segurança é representada pelo limite dentro do qual as relações jurídicas deverão se dar de modo socialmente suportável. Enfim, um horizonte de previsibilidade capaz de estabelecer de antemão as conseqüências dos atos jurídicos garantindo-se as expectativas ante desilusões que porventura aconteçam⁹. Como anota Recaséns Siches, o direito não nasce na vida humana como forma de render homenagens à idéia de justiça, senão para garantir uma ineludível urgência de segurança e certeza na vida social (RECASÉNS SICHES, 1981, p. 220).

Ilustra tal situação conhecida passagem do “Mercador de Veneza”, quando Antonio torna-se fiador de Bassânio por dívida contraída com o judeu Shylock¹⁰. A garantia do pagamento seria a faculdade de cortar uma libra de carne do corpo de Antonio, que tinha esperança de que pudesse pagar a dívida com o lucro decorrente da venda do carregamento dos seus navios, antes do prazo dado por Shylock. Antonio não contava com o pior: o naufrágio de um de seus navios impossibilitando o pagamento da dívida no prazo acertado e ensejando o cumprimento do acertado no contrato, apesar das súplicas em contrário de Antonio¹¹ e de seus amigos. De fato, o direito já estava pré-estabelecido e uma eventual decisão fora do convencional seria uma ofensa à própria ordem jurídica estabelecida¹². Seria necessário buscar uma alternativa dentro do próprio acerto efetuado por Antonio e Shylock. Muito sagazmente, a corte decide pelo cumprimento do contrato nos seus exatos termos: Shylock teria direito a cortar uma libra do peito de Antonio, nem mais, nem menos. Qualquer diferença, por mínima que fosse, descaracterizaria o pagamento da dívida nos termos do contrato e tornaria Shylock incurso em crime de lesão corporal¹³.

Tal exemplo é trazido por Recaséns Siches para estabelecer a diferença singular entre “irregularidade caprichosa” característica da arbitrariedade e “regularidade inviolável” típica do direito. Assim, haverá arbitrariedade sempre que o poder público, por meio de um mero ato de força, estabeleça normas ou critérios vigentes para um caso concreto sem obedecer a quaisquer regras de caráter geral e sem criar nova regra de caráter geral que a substitua. De outra sorte, o direito tem por característica a fundamentação em normas ou critérios objetivos de maneira regular, sendo válido para todos os casos que se apresentem (Cf. RECASÉNS SICHES, 1981, p. 215-216).

Nesse sentido, a segurança é algo objetivo, reflexo da determinação do direito pelo Estado por meio da sua atividade legiferan-

te, demarcando os limites dentro dos quais serão suportadas as relações sociais. Coisa distinta é a certeza, fundada não na mera existência, mas no conhecimento das leis a partir de uma atitude valorativa do indivíduo sobre o seu conteúdo como sendo inestimável para a convivência social. Daí a consideração de Oñate em atribuir à certeza a condição de “específica eticidade do direito”.

Como se percebe, existe uma diferença fundamental entre os vocábulos segurança e certeza que a análise etimológica permite elucidar. Em primeiro lugar, registra-se que a palavra certeza comporta dois significados fundamentais, sendo um verificado no plano objetivo e o segundo no plano subjetivo (SOUZA, 1996, p. 28).

Objetivamente a certeza existe enquanto garantia racional que o conhecimento oferece de sua verdade em função de uma evidência. Subjetivamente, existe certeza quando nos apropriamos de uma verdade, de um tal modo que a crença em algo dispense qualquer meio de prova, constituindo mesmo uma fé.

Os dois conceitos, segurança e certeza, não são contraditórios, antes sendo complementares: “A certeza do cidadão não pode se opor à segurança da ordem jurídica e vice-versa” (SOUZA, 1996, p. 28). Daí a afirmação segundo a qual a segurança é valor contido na lei ao passo que a certeza do direito é decorrente da atividade jurisdicional (Cf. SOUZA, 1996, p. 33-34). Dessa maneira, teríamos que a segurança seria uma certeza *a priori*, e a certeza, a segurança *a posteriori* (Cf. SOUZA, 1996, p. 26-27). Souza recorre à imagem de uma “estrada” onde a segurança seria algo objetivo, materialmente perceptível enquanto a certeza, na qualidade de faculdade, poderia ser concretizada ou não¹⁴.

Pode-se admitir que a certeza do direito refere-se ao seu caráter de norma objetivamente posta, destinada a regular condutas sociais de modo impessoal. Isso permite um certo grau de previsibilidade sobre o funci-

onamento social, tranquilizando o espírito humano sobre o sentido do seu agir em sociedade.

Nesse sentido, considera Flávio López de Oñate que “a ação humana tem necessidade para realizar-se de partir desde o início de uma fé na vida social, fé que só pode subsistir se a sociedade lhe corresponde com sua fé nessa mesma ação e lhe retribui o dom que ela faz a sociedade, conferindo-lhe a garantia que dá a certeza” (1953, p. 75). Por isso, “A lei faz saber a cada qual o que pode querer. Justamente nisso se realiza o benefício que vem a ser possível por sua certeza. A previsibilidade dos comportamentos, isto é, de sua valoração, é o motivo de que a lei não trate de coisas particulares e presentes, senão de coisas futuras e gerais” (1953, p. 76).

Diz ainda Oñate que a lei incerta trai a sua missão de lei, afirmando que deve-se lutar contra o arbítrio e que a ciência do direito tem como tarefa uma sistematização racional com o fim de conhecer a certeza do direito como regra indubitável da ação. Com isso, a sua tarefa principal é a de contribuir decisivamente para eliminar o inimigo natural do direito que é o arbítrio (1953, p. 80 e 148).

Percebemos com isso que a perspectiva liberal em certo sentido eleva a segurança jurídica a uma posição de destaque, identificando-a mesmo com o próprio conceito de justiça. Nesse sentido, a maior expressão de justiça é a própria segurança proporcionada pela lei.

Nesse sentido, a dogmática jurídica estabelece vários instrumentos no escopo de contemplar a segurança. Não é por outro motivo que são desenvolvidos os mecanismos de compatibilização horizontal e vertical, harmonizando as normas do ordenamento, dotando-o de uma sistematicidade¹⁵.

Também no campo do Direito Constitucional, encontramos a preocupação com a segurança por meio da inclusão de mecanismos estabilizadores de direitos subjetivos¹⁶. Não é por outro motivo que são postos a salvo de prejuízo legal o direito adqui-

rido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada¹⁷. É de se dizer que a preocupação com a segurança não aparece apenas no plano da validade das normas, mas também, como veremos, no campo da interpretação e aplicação do direito.

Como é de se notar, não existe possibilidade de justiça onde predomina o arbítrio, a ausência de *medida* (Cf. SALDANHA, 1997, p. 135), réguas, regras, balizas enfim.

Usualmente se tem colocado o problema da segurança em contraste com o da justiça de uma forma tal que o privilégio implique desprivilégio da outra (Cf. TEIXEIRA, 1997, p. 86 e SOUZA, 1996, p. 105). Pensamos que talvez seja interessante o desenvolvimento de uma concepção em que segurança e justiça possam conviver harmonicamente em uma dialética da complementaridade¹⁸.

A segurança jurídica é necessária no esquema do Estado de Direito, mas, como temos oportunidade de discutir, não constitui entretanto critério *a priori* integrado à textualidade da norma, antes sendo desvendada a partir do seu próprio processo de concretização.

3. A obrigatoriedade da decisão e o impedimento ao 'non liquet'

O direito dogmático possui como características, além da sua "emancipação" como espécie do gênero Ética, a pretensão de monopólio da sua própria produção e com isso o crescimento da importância atribuída às fontes jurídicas estatais (Cf. ADEODATO, 1997, p. 258-). João Maurício Adeodato demonstra que o preenchimento desses requisitos implica a construção de uma nova perspectiva da dogmática jurídica, com os princípios da inegabilidade dos pontos de partida e do *non liquet* (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1980, p. 95- e ADEODATO, 1997, p. 266-).

O primado das fontes estatais sobre as demais leva a um crescente formalismo em que o direito válido passa a ser aquele estabelecido ou reconhecido pelo Estado. Essa realidade nos permite discutir alguns aspectos

que caracterizam a doutrina liberal do direito dogmático.

Costuma-se usualmente estabelecer contraposição entre investigações de perfil dogmático e investigações de cunho zetético, de um modo tal que é possível claramente distinguir, no campo do direito, as duas espécies investigativas.

A preocupação central da dogmática é tornar possível a decidibilidade dos conflitos sociais. Seu único compromisso é então com a decisão. Esclarece Tércio Ferraz Jr. que, "em ambas [na dogmática e na zetética], alguma coisa tem de ser subtraída à dúvida, para que a questão se proceda. Enquanto, porém, a zetética deixa de questionar certos enunciados *porque* os admite como *verificáveis* e *comprováveis*, a dogmática não questiona suas premissas porque elas foram *estabelecidas* (por um arbítrio, por um ato de vontade ou de poder) como inquestionáveis" (1989, p. 44. Grifos do autor).

Importante perceber que tanto a filosofia do direito quanto a sociologia jurídica, integrantes dos "saberes jurídicos fundamentais", situam-se no campo das investigações zetéticas, abertas, portanto, ao amplo questionamento.

Na lição de Viehweg (*Apud* FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 40-), a dicotomia *dogmática/zetética* resolve-se conforme acentuássemos o aspecto *resposta* ou o aspecto *pergunta* respectivamente (p. 42).

Tais enfoques contudo, apesar de diferenciados, não devem ser vistos de forma isolada, mas antes integrados em unidade dialética. Aqui, a integração dialética entre os "saberes jurídicos fundamentais" dar-se-ia ao nível da combinação entre necessidade da decisão (dogmática) e aperfeiçoamento do sistema (zetéticas). Tércio Ferraz Jr. explica que,

"do ângulo zetético, o fenômeno comporta pesquisas de ordem sociológica, política, econômica, filosófica, histórica etc. Nesta perspectiva, o investigador preocupa-se em ampliar as

dimensões do fenômeno, estudando-o em profundidade, sem limitar-se aos problemas relativos à decisão dos conflitos sociais, políticos, econômicos. [...] sem preocupar-se em criar condições para a solução [...] dos conflitos máximos da comunidade. Esse descompromissamento com a solução de conflitos torna a investigação infinita, liberando-a para a especulação” (1989, p. 45).

É ainda Tércio Sampaio Ferraz Jr. que explica que,

“[...] embora o pensamento dogmático dependa de pontos de partida inegáveis, no fundo ele trabalha com *incertezas*, justamente aquelas incertezas que, na sociedade, foram aparentemente eliminadas pelos dogmas mas que a dogmática retoma de *modo controlado*, aumentando-as a um grau de suportabilidade social tendo em vista a decidibilidade dos conflitos” (1980, p. 97).

Assim, sendo provocado, não pode o magistrado eximir-se de decidir. Deve, portanto, lançando mão dos mecanismos que o pensamento dogmático lhe fornece, caminhar em busca da decisão aplicável ao caso concreto.

4. A sentença e a fundamentação da decisão

4.1. A dinâmica do sistema jurídico

A tendência formalista acaba encontrando em Kelsen um terreno propício para o seu desenvolvimento. Com efeito, a sistematicidade do ordenamento jurídico na teoria pura do direito passa pela consideração segundo a qual as normas jurídicas são dispostas em uma relação de hierarquia, tendo no ápice uma norma que fundamenta toda a unidade do sistema. Por isso, uma norma só pode ser considerada válida se houver uma norma a ela superior que estabeleça as suas condições de validade.

Em atenção a isso, Kelsen vai construir um sistema normativo escalonado que bem pode ser ilustrado pela clássica imagem da pirâmide. Com isso, todo dever-ser pode ser reconduzido a um dever-ser superior que lhe dá o fundamento de validade.

Dá-se dizer que todo sistema normativo pressupõe a existência de pelo menos duas normas: a primeira que encerra a prescrição de uma conduta e a segunda conferindo-lhe o fundamento de validade.

Para a perspectiva kelseniana, a relação de fundamentação normativa confere uma unidade na pluralidade, permitindo a caracterização do direito enquanto sistema. A derivação normativa pode acontecer de duas formas distintas a depender da relação de fundamentação proporcionada pela norma superior. Assim, a derivação normativa pode-se dar de forma estática ou dinâmica.

Na derivação normativa de tipo estático, as normas valem pelo seu conteúdo. A operação é a subsunção do conteúdo a partir do raciocínio do particular para o geral. Exemplificativamente: não mentir, não fraudar, respeitar os compromissos, não prestar falsos testemunhos estão subsumidos no princípio mais amplo da veracidade. Não fazer mal ao próximo, não matar, não prejudicar moral ou fisicamente são princípios que podem ser subsumidos no princípio mais amplo de amor ao próximo. Por sua vez, os princípios da veracidade e do amor ao próximo podem ser subsumidos em um princípio ainda mais amplo, qual seja o que prescreve viver em harmonia com o universo. Como se percebe, na fundamentação de tipo estático, a norma superior fornece não apenas o fundamento de validade, mas o próprio conteúdo da validade normativa.

Pelo princípio da derivação normativa dinâmica, toda a validade normativa só pode ser fundamentada pressupondo uma norma por força da qual nos devemos conduzir em harmonia com a autoridade que a estabelece. Por exemplo, o filho que recebe uma ordem do pai para dormir cedo. Tal

norma apenas fornece o fundamento de validade formal, não se referindo tal fundamento ao conteúdo da norma. Por isso, essa derivação é dita dinâmica. O conteúdo do ponto de partida (o filho deve dormir cedo) não pode ser deduzido da norma fundamental. Trata-se aqui de um ato de vontade. É um querer, não apenas um ato de conhecer. Por isso se diz que a norma fundamental delega uma autoridade legiferante, uma regra em conformidade da qual devem ser criadas as normas desse sistema (Cf. KELSEN, 1987, p. 207-).

A derivação normativa de tipo estático é típica dos sistemas morais, enquanto a derivação normativa de tipo dinâmico caracteriza os sistemas jurídicos. Não é por outro motivo que Kelsen vai admitir que qualquer conteúdo possa ser direito, desde que atenda às exigências da norma fundamental. Nesse sentido, “todo e qualquer conteúdo pode ser direito” (1987, p. 210). Não importa qual o conteúdo que o direito porventura tenha, mas unicamente a sua forma de elaboração. Não havendo a preocupação com o conteúdo da norma, a perspectiva da Teoria Pura do Direito permite a justificação formal de qualquer sistema jurídico positivo, de modo independente do seu conteúdo.

Resta contudo um problema a ser analisado, talvez tão polêmico quanto complexo, que é a teoria da norma fundamental (*Grundnorm*).

Parte Kelsen da idéia segundo a qual toda norma possui um fundamento de validade que é também uma norma a ela superior. Nesse sentido, uma sentença é uma norma, e como tal demanda um fundamento de validade, que pode ser uma Lei Ordinária, ou uma Lei Complementar, por exemplo. Por sua vez, essas normas precisam estar fundamentadas em outras normas a elas superiores, que pode ser a Lei Complementar no caso da Lei Ordinária ou a própria Constituição nos dois casos. Pois bem. Se a Constituição é uma norma, para que a Teoria Pura do Direito permaneça coerente, suficiente será encontrar o seu fundamento de valida-

de. Acontece que esse fundamento precisa ser encontrado em um dever-ser. Trata-se então precisamente de descobrir qual o dever-ser que fundamenta o dever-ser supremo do ápice da pirâmide do direito positivo.

É que, remontando de escalão a escalão, chegaremos em um ponto em que a Constituição, como norma posta, necessitará de uma norma que a fundamente. De fato, se Kelsen afirma que toda norma possui um fundamento de validade que é uma norma a ela superior, qual seria então o fundamento de validade da norma positiva suprema, a Constituição?

Com rara engenhosidade, Kelsen vai afirmar que na verdade a idéia de Constituição pode ser entendida em dois sentidos diversos: o primeiro em sentido jurídico-positivo, que seria a própria Constituição enquanto norma posta; e no segundo caso, a Constituição teria um sentido lógico-jurídico, que seria a condição de fechamento lógico do sistema (1987, p. 211-).

Estamos aqui diante da questionada teoria da norma fundamental (*Grundnorm*) afirmada por Kelsen como meramente presuposta. Tal se faz necessário, pois, a admitir que a *Grundnorm* seja posta, não resolveríamos o problema da fundamentação do direito, por impossível que se afigurasse imaginar uma autoridade superior à própria norma fundamental¹⁹.

Teríamos com isso a caracterização de que na pirâmide normativa todos os momentos corresponderiam simultaneamente à criação e aplicação do direito, com exceção de dois. Na extremidade inferior da base, teríamos os atos de mera execução que corresponderiam ao ponto em que já não cabe falar em criação do direito, mas numa mera aplicação. Por outro lado, no extremo ápice, teríamos um ponto em que não há espaço para a aplicação de nenhuma norma, em que reina uma mera criação do direito. Com exceção desses dois momentos extremos, qualquer outro momento será simultaneamente criação e aplicação do direito²⁰.

4.2. A aplicação do direito como processo subsuntivo

O advento do direito codificado, surgido como necessidade de racionalização do poder e busca de previsibilidade, traz as escolas que advogam a tese da busca da vontade do legislador. Assim, desde os tempos de Justiniano, a interpretação era prerrogativa única e exclusiva do imperador, sendo proibidos quaisquer comentários interpretativos, sob pena de o intérprete incorrer em crime de falso e haver suas obras sequestradas e destruídas.

No contexto do liberalismo francês, surge o *Code Napoleon*, o Código Civil Francês, que tem vigência ainda nos dias atuais, trazendo consigo a Escola de Exegese, que defendia também um elevado grau de subjetivismo.

Entende-se por Escola de Exegese o movimento hermenêutico dominante no século XIX que enxerga o direito como um corpo normativo sistemático. Nesse sentido, a interpretação consiste em uma dedução a partir da adequação dos fatos sob exame ao sistema normativo.

A Escola da Exegese sustentava que o Código Civil continha a solução para todos os conflitos sociais, bastando para tanto saber interpretar a lei. De acordo com os doutrinários da exegese, o intérprete deve limitar-se a pesquisar a “vontade do legislador” por meio de métodos específicos.

Tais métodos consistem fundamentalmente em uma análise literal-gramatical do texto, perquirindo-se o sentido exato das palavras que integram o texto normativo, bem como em uma análise lógico-sistemática, em que o significado de uma norma é determinado de acordo com o contexto normativo do sistema.

Assim, nos quadros da Escola da Exegese, a atuação do poder judiciário é bastante restrita, apegados que devem permanecer à letra da lei. Nesse sentido, “característico do impulso cientificista que prima pela certeza, a atividade do jurista deveria ser a mais

objetiva e neutra possível. Em nenhum momento o juiz deve colocar sua índole à mercê da interpretação da lei de forma a desfigurar a verdadeira ‘vontade do legislador’” (CAMARGO, 1999, p. 63).

A concepção clássica do direito entende que a aplicação do direito consiste em um processo de subsunção de fatos a normas, por meio de um raciocínio expresso por um silogismo em que a premissa maior é a norma, a premissa menor é o fato e a conclusão a adequação entre premissa maior e premissa menor. Desse modo, são obtidos por via dedutiva as proposições normativas aplicáveis aos casos concretos.

O silogismo subsuntivo representa a forma clássica de raciocínio jurídico. Trata-se de um procedimento destinado à obtenção de um dever-ser concreto a partir de um dever-ser abstrato. Isso é assim em virtude da necessidade de, no Estado de direito, todas as decisões estarem fundadas em última instância na lei. Daí ser impossível a punição de uma pessoa tão-somente com base no fato da apreciação subjetiva de que ele é uma pessoa de caráter duvidoso. É necessário que haja uma previsão normativa capaz de proporcionar o raciocínio subsuntivo por meio de um silogismo.

O silogismo ocorre quando a uma proposição imperativa pode subsumir-se uma proposição enunciativa e por esse meio obter-se uma nova proposição imperativa (Cf. ENGLISH, 1988, especialmente o cap. 3).

Assim, primeiro o magistrado verifica a existência da norma que prevê uma pena de 6 a 20 anos de reclusão para o caso de alguém matar outrem. Se é verificado que alguém praticou a conduta descrita na norma, advirá como conclusão que esse alguém deverá ser punido com uma pena de 6 a 20 anos de reclusão.

A tradição exegética da hermenêutica começa a perder espaço com a perspectiva histórica que começa a surgir lentamente no cenário europeu. A escola histórica busca sobretudo dar atualidade à “vontade do legislador” (Cf. CAMARGO, 1999, p. 76). Esse

desenvolvimento em muito se deve à experiência hermenêutica alemã, em que se desenvolve a corrente Pandectista. Por não existir na Alemanha até então um Código Civil (o Código Civil Alemão data de 1900), o direito alemão era inspirado em textos clássicos da tradição romana.

Tendo como base o Digesto, a hermenêutica alemã permitiu uma certa flexibilização do texto admitindo na adaptação a observância dos usos e costumes. Foi a partir dessa escola que surgiu o conceito de “intenção possível do legislador”, elaborado por Windscheid. Busca-se então não o que o legislador quis, mas o que ele quererá se vivo estivesse (Cf. MAXIMILIANO, 1965, p. 59).

Sob a inspiração de Savigny, a Escola da Interpretação Histórica abre outro caminho: a interpretação poderia ser desenvolvida de acordo com as vicissitudes sociais, mediante o estudo das fontes inspiradoras do legislador. Buscava-se o espírito do povo (*Volksgeist*) como critério orientador da interpretação. Para tanto, o costume desempenha relevante papel para a interpretação. O direito legislado tem como função reduzir as incertezas das manifestações costumeiras²¹.

A Escola Histórica, com nítida proposta atualizadora, admite que a lei sofre influências no transcurso do tempo e da realidade social em que se encontra. O processo histórico-evolutivo, fundamento do pensamento atualizador do direito, defende que a lei troca influências com o meio ambiente e por isso tem o seu significado modificado constantemente. Como se vê, tal movimento tem como escopo o equilíbrio entre as posições da Escola da Exegese e as necessidades do mundo contemporâneo.

É certo que o esforço da Escola da Exegese no sentido da construção de um sistema racional é de relevância indiscutível. Entretanto, a partir do final do século passado, com a elaboração de novas perspectivas hermenêuticas, muitos dos pressupostos da escolástica são definitivamente rejeitados.

O estudo das lacunas no direito tem importante papel a desempenhar nesse pro-

cesso. Isso ficou claro quando se verifica que com certa frequência o ordenamento jurídico não dispõe de uma norma capaz de permitir a regulação de um caso concreto.

No decorrer do século XIX, na Alemanha, Zitelmann, por meio de sua obra intitulada *As lacunas do direito*, afirmava que não existe legislação plena, dado que, por maior que fosse o esforço legislativo, sempre haveria lacunas por serem regulamentadas. Aconselhava então Zitelmann que se procurasse fora do texto da lei os meios adequados para o preenchimento das lacunas. Assim, reconhecia-se que o direito não era pleno e demandava, em alguns casos, integração.

Seria necessário então proceder à *libre recherche scientifique* para a solução da questão. Geny, um dos principais expoentes da livre investigação científica, dizia: *par le Code Civil, mais au delà du Code Civil*²². Significa isso admitir que, na falta de uma norma, o juiz está autorizado a construir a sua decisão a partir das bases sólidas dos elementos objetivos revelados por métodos científicos. Afirma Margarida Lacombe Camargo que,

“uma vez não obtida a resposta para determinado problema *no* sistema, o aplicador da lei poderia, por meio da atividade científica, encontrar a solução jurídica para o caso *fora* do âmbito restrito da lei positiva. As possibilidades para se resolverem casos de ausência de lei eram encontradas, dessa maneira, fora do texto legal, ainda que através do mesmo, uma vez que não caberia ao intérprete negar a ordem jurídica afastando-se dos seus princípios fundamentantes” (CAMARGO, 1999, p. 66).

4.3. A perspectiva da hermenêutica kelseniana

Para Kelsen, a atividade hermenêutica nada mais é que “...uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior” (1987, p. 363). Kelsen explica que a interpretação

quanto ao agente pode ser autêntica ou não-autêntica. Será autêntica se proveniente de órgãos investidos da competência para tal. Não-autêntica será aquela interpretação realizada por uma pessoa não vinculada à estrutura de competências estatal, como por exemplo uma interpretação doutrinária.

Sustenta o autor que há uma indeterminação quanto ao ato de aplicação do direito, podendo ser tal indeterminação relativa, intencional ou não-intencional. A indeterminação relativa é aquela que dá uma certa margem de criação por parte dos escalões inferiores quanto ao ato de execução do direito. A indeterminação será intencional quando está na intenção do órgão que estabelece a norma a ser aplicada. Pode ainda ser a indeterminação não-intencional quando o sentido da norma não é unívoco, fazendo com que o órgão aplicador encontre-se diante de várias significações possíveis. Tal indeterminação proporciona que o intérprete passe a lidar com um outro fator: a vontade.

Para Kelsen, vontade e conhecimento se unem para dar origem à interpretação. A interpretação do direito é então plurívoca, admitindo várias interpretações possíveis para cada caso, limitadas apenas pela larga tela do direito posto. O direito desempenha então o papel de uma moldura que, em presença da vontade do intérprete, aliada ao conhecimento, daria origem a um quadro, que representa o direito a ser aplicado.

Explica Kelsen que a função do intérprete do direito enquanto cientista, nada mais é do que determinar os limites do juridicamente possível, ou seja, os limites da moldura dentro da qual a interpretação é possível. Querer ir além disso significa abrir mão da cientificidade do direito em favor da política.

Insurgindo-se contra o sincretismo metodológico, a Teoria Pura do Direito despreocupa-se com qualquer fundamentação material, podendo servir de suporte teórico a experiências que não tenham necessariamente qualquer compromisso com a justiça.

Condicionalizada que esteja a uma norma fundamental, a discussão sobre a validade do direito não passa pela realização da justiça.

Nesse sentido, a resignação de Bobbio bem ilustra o debate: “O Direito, como ele é, é expressão dos mais fortes, não dos mais justos. Tanto melhor, então, se os mais fortes forem também os mais justos” (1995, p. 67).

Na verdade, Bobbio vai partir da clássica distinção entre ser e dever-ser para afirmar que

“aqueles que temem que com a norma fundamental, [...], se realize a redução do direito à força se preocupam não tanto com o Direito, mas com a justiça. A norma fundamental está na base do Direito como ele é (o Direito positivo), não do Direito como deveria ser (o Direito justo). Ela autoriza aqueles que detêm o poder a exercer a força, mas não diz que o uso da força seja justo só pelo fato de ser vontade do poder originário. Ela dá uma legitimação jurídica, não moral do poder” (1995, p. 67).

Comentando a perspectiva da hermenêutica kelseniana, Tercio Ferraz vai-nos colocar diante daquilo que chamou “desafio kelseniano”. Nesse sentido, tanto a interpretação de um recém-iniciado no direito como a interpretação de um jurista com anos de experiência têm valor idêntico. De fato, será que não é mesmo possível para o jurista descobrir a interpretação verdadeira, devendo-se contentar com a simples indicação da plurivocidade do direito? (1989, p. 236-).

Talvez tenha sido esse um dos fatores determinantes para a ideologização da dogmática jurídica pelas chamadas escolas críticas do direito, como teremos oportunidade de discutir. Tais juristas, percebendo a dificuldade de caracterização de uma hermenêutica cientificamente consistente, passam a ideologizar o discurso jurídico por meio do recurso à retórica de efeito, atuando como um eficiente instrumento político.

Nesse ponto é oportuno estabelecer um debate entre Kelsen e Hart. É que a análise

do direito por meio da sua dimensão linguística permite-nos tomar em consideração o fato em que muito freqüentemente surgem incertezas no processo de comunicação, dificultando a determinação segura dos padrões gerais de conduta exigíveis (HART, 1986, p. 137 -).

Herbert Hart ilustra essa situação por meio da determinação de um pai ao filho no sentido de que “todos os homens e rapazes devem tirar o chapéu ao entrar numa igreja”. Nesse sentido, Hart esclarece que a criança poderia adotar o exemplo do pai e simplesmente imitá-lo. Contudo, restariam dúvidas importantes quanto ao comportamento apropriado: “Até que ponto deve a atuação ser imitada? Tem importância se for usada a mão esquerda, em vez da direita, para tirar o chapéu? Que se faça lentamente ou com rapidez? Que o chapéu seja posto debaixo da cadeira? Que não seja colocado de novo na cabeça dentro da igreja? (Cf. HART, 1986, p. 138).

Na linguagem de Hart, isso seria explicável pela textura aberta do direito:

“A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso” (HART, 1986, p. 148).

Como em Kelsen, Hart defende uma certa relatividade quanto à norma a ser aplicada no caso concreto.

5. A Relevância da ‘ars inveniendi’

Theodor Viehweg é talvez um dos grandes responsáveis pela virada pós-positivista no direito, a partir da introdução de novas perspectivas de análise do jurídico, tendo influenciado de modo significativo a teoria geral do direito da segunda metade do século XX.

A aplicação da tópica ao direito muito se deve a Theodor Viehweg, cuja obra clássica *Topik und Jurisprudenz* representa definitivamente a abertura de uma nova metodologia jurídica. Com efeito, Viehweg resgata a tradição greco-romana para a construção de uma moderna teoria jurídica da comunicação.

Viehweg volta-se para a experiência da jurisprudência romana, em que o fundamento das decisões provinha de uma prática discursiva elaborada em torno do caso concreto, sem estar condicionado pelo pensamento lógico-dedutivo.

O ponto de partida de Viehweg está no questionamento da aplicação da racionalidade científica de tradição positivista no âmbito do direito, cuja pretensão máxima consiste em associar a tarefa do cientista a uma tarefa meramente descritiva. Assim, Viehweg constata que pertencem ao domínio jurídico preocupações que não são propriamente cognoscitivas, como os valores, que influenciam decisivamente o pensamento jurídico.

Escreve Viehweg que “o formalismo puro [...] não desenvolve progressivamente a formalização de um território real, [...] mas projeta, *ab ovo*, como a matemática, uma série de cálculos formais, que são logo aplicáveis a este ou àquele campo, dotando-os de um ou outro preceito de interpretação” (1979, p. 79).

A mudança de referencial teórico acontece por meio da rearticulação da metodologia jurídica em torno da tópica aristotélica e ciceroniana em contraposição ao método sistemático tradicional. Assim, a tópica representa uma técnica de pensamento por problemas, desenvolvida pela retórica, sendo desenvolvida então em um contexto nitidamente cultural. É portanto, uma técnica de pensamento que se orienta para o problema e não para o sistema (1979, p. 17-33).

Assim, como explica Viehweg, o problema é algo previamente dado e que atua como um guia. Com isso, o problema seria “toda questão que aparentemente permite mais de

uma resposta e que requer necessariamente um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que buscar uma resposta” (1979, p. 34). Por outro lado, o sistema representa um “conjunto de deduções previamente dado, mais ou menos explícito e mais ou menos abrangente, a partir do qual se infere a resposta” (1979, p. 34).

Como nota Tercio Ferraz Jr., existe uma íntima correlação entre sistema e problema, mas isso não impede que um ou outro pólo da relação possa ser acentuado. As diferentes formas de enfatizar a relação caracterizariam justamente a diferenciação entre pensamento problemático e pensamento sistemático. “A diferença entre eles se localiza na precedência concedida ou ao problema ou ao sistema no próprio processo de pensar” (1989, p. 296).

O pensamento sistemático parte da totalidade. Não havendo adequação do problema em relação ao sistema, estes são então desconsiderados, como problemas malformulados ou falsos problemas. De outra sorte, o pensamento problemático partindo da parte (o problema) busca a sua solução por meio de uma seleção de sistemas que seja com ele compatível (VIEHWEG, 1979, p. 34-35).

Para levar a cabo a sistematização da jurisprudência, seria necessário encontrar uma ou várias proposições que servissem de fundamento para a dedução de todas as demais proposições. Apesar de a decisão fundada num processo lógico-dedutivo ser o grande ideal do pensamento jurídico moderno, uma tal concepção esvazia o conteúdo significativo existente na vida prática. (Cf. RECASÉNS SICHES, 1971, p. 425).

Nesse sentido, uma teoria satisfatória da jurisprudência precisa ser complementada por um procedimento discursivo racional nos limites de uma teoria geral da argumentação (Cf. CAMARGO, 1999, p. 136).

Não trabalhando com axiomas e nem postulados demonstrativos, a tópica tem como conceitos básicos fórmulas de reconhecida força persuasiva variáveis no tempo e

no espaço. Tais fórmulas são lugares argumentativos (*topoi*) destinados à *ars invenienti* (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 298).

Explica Tercio Ferraz Jr. que

“de um modo geral pode-se dizer [...] que a tópica vinculada à jurisprudência fez desta menos um método e mais um estilo de pensar, que dizia respeito mais a aptidões e habilidades e que se reproduzia por imitação e invenção, na medida em que constituía, para os juristas, uma atitude cultural de alto grau de confiabilidade nas suas tarefas práticas” (1989, p. 299).

6. Por um ‘logos’ do razoável

Na esteira do pensamento tópico-problemático, Recaséns Siches propõe uma nova metodologia para o direito fundada no *logos* do razoável.

A observação de Siches parte da diferenciação entre a lógica formal do direito e a lógica material do direito, enquanto lógica dos conteúdos das normas jurídicas. Ocupa-se a lógica formal com conceitos *a priori*, enquanto conceitos universais, constantes e necessários. A lógica material, por seu turno, ocupa-se com aspectos particulares, individuais, essencialmente contingentes.

Anota Siches que a lógica formal é inadequada para pensar a decisão jurídica já que trata fundamentalmente de formas válidas existentes em toda a realidade jurídica e por isso inadequadas para a determinação dos conteúdos normativos²³.

Assim, a lógica jurídica formal nada nos ensina sobre a justiça e nem sobre a vida dos relacionamentos humanos, antes demandando uma reelaboração das formas tradicionais de conceber o direito. Essa nova perspectiva surge a partir da jurisprudência com a contraposição entre a lógica racional de fundo matemático e a lógica do razoável enquanto *logos* do humano (1971, p. 411).

A postura do mestre mexicano parte da observação de que a tradição jurídica do século XIX, ainda influenciada pelo raciona-

lismo cartesiano, acredita que os conteúdos das normas jurídicas são proposições lógicas sobre as quais é possível um juízo de verdade ou falsidade. Para Siches, isso representa um grande equívoco, pois as normas jurídicas, sendo instrumentos práticos, destinados ao controle social, não são expressões de fatos e nem expressões de nenhum ser (1971, p. 419).

Ocorre que a tradição moderna, não enxergando outras formas de manifestação de lógica que não aquela aplicada ao campo físico-matemático, provoca uma supervalorização da lógica formal, de cunho sistemático-dedutivo.

Como bem percebe Recaséns Siches, a lógica do racional não esgota a lógica em sua plenitude, sendo apenas uma das manifestações lógicas. A lógica como tal compreenderia também a lógica do razoável como expressão autêntica da Razão²⁴.

Trata-se aqui unicamente de reconhecer que o tratamento dos problemas relativos à conduta humana é impossível de ser pensado de acordo com a lógica formal, que neste caso apresenta resultados inservíveis. A supervalorização da lógica formal que enxerga a sentença como um silogismo produziu na jurisprudência consequências funestas, por não considerar importantes aspectos axiológicos, típicos da realidade humana. Com efeito, o núcleo da função jurisdicional não se esgota na simples tarefa de tirar conclusões a partir de premissas previamente estabelecidas. Nesse sentido, uma vez determinada a premissa maior (a norma) bem como a premissa menor (os fatos comprovados e juridicamente qualificados), é fácil chegar a uma conclusão, podendo mesmo ser encontrada por uma criança de poucos anos. Por isso, como bem afirma Siches, é preciso reconhecer que o ponto central da função jurisdicional não consiste apenas em deduzir uma conclusão a partir de duas premissas. A tarefa principal consiste exatamente em estabelecer corretamente as premissas que servirão de fundamento para a conclusão (1971, p. 420).

Assim, o problema da decisão não consiste propriamente em uma correção formal das decisões. De modo diverso, a decisão passa pela eleição das premissas de acordo com uma avaliação discricionária do magistrado, estando, portanto, fora dos domínios da lógica formal.

É importante destacar que a proposta de Siches não consiste na substituição da lógica matemática pela lógica do razoável. Aque-la continua com relevante espaço na metodologia jurídica, conquanto restrinja o seu campo de aplicação à fundamentação formal, deixando para a lógica do razoável a construção dos conteúdos normativos em função dos contextos em que são aplicadas.

Notas

¹ Elaborada como uma resposta à necessidade de redução da complexidade social, é desenvolvida na Teoria dos Sistemas a noção da autopoiese dos sistemas sociais. Inspirada na Biologia dos chilenos Maturana e Varela, a autopoiese de um sistema pode ser compreendida em última análise como sendo a sua capacidade de auto-reprodução. Assim, um sistema será dito autopoietico quando for capaz de se reproduzir de acordo com os seus próprios mecanismos e operações, importando conseqüentemente em uma autonomia sistêmica. Se há interferências externas, implicando bloqueio dos critérios de reprodução intra-sistêmicos, não há que se falar em autopoiese. Para que dependências do meio-ambiente passem a integrar o âmbito intra-sistêmico, é necessário que seja efetuado um processo de “leitura” do meio-ambiente, a partir do próprio código binário do respectivo sistema. Para que uma determinada informação, por exemplo, encontrada no âmbito do sistema econômico, seja integrada ao sistema jurídico, é necessário passar pelos próprios critérios de “leitura” e absorção do sistema, de acordo com o código “lícito/ilícito”. A principal diferença entre a autopoiese biológica e a autopoiese social está em que na primeira há “segundo Luhmann, uma concepção radical do fechamento, visto que, para a produção de relações entre sistema e meio ambiente, é exigido um observador fora do sistema, ou seja, um outro sistema. No caso de sistemas constituintes de sentido, ao contrário, a ‘auto-observação torna-se componente necessário da reprodução autopoietica’ ”(NEVES, 1994, p. 113).

² Considera Luhmann que a modernidade traz uma contingencialização do agir que demanda a construção de mecanismos capazes de reduzir a hipercomplexificação do agir em sociedade. Tais mecanismos são construídos fundamentalmente em torno do conceito de expectativa. Em Luhmann, dois são os mecanismos estruturais referentes às expectativas: atitude cognitiva e atitude normativa. As expectativas cognitivas são aquelas que se caracterizam pela adaptabilidade. Têm como pressuposto de durabilidade a generalização de possibilidades, por meio da observação. Exemplificativamente: quem é agredido com violência tende a reagir com violência. Se essa observação é desiludida, a regra se adapta aos fatos. Então dir-se-á: nem todos que são agredidos com violência tendem a reagir com violência. Em outro exemplo: se digo que todos os cisnes são brancos, a durabilidade da minha expectativa está condicionada à verificabilidade empírica dessa situação. Assim, se encontro um animal que reúna todas as características de um cisne e não obstante a sua cor seja preta, tenho a minha expectativa desiludida. Sendo cognitiva, terá necessariamente de se adaptar aos fatos. As expectativas cognitivas são típicas de leis científicas descritivas. As expectativas normativas, de outra sorte, têm a sua durabilidade garantida por uma generalização não adaptativa das expectativas. A desilusão é admitida, mas ela é irrelevante. Exemplificativamente: o fato de todos desobedecerem às leis de trânsito não frustra a expectativa de que elas devam ser obedecidas. Por isso, a durabilidade das expectativas normativas são estabilizadas de modo contrafático. A sua validade não depende do cumprimento da ação esperada. A durabilidade das expectativas normativas é garantida por meio de uma generalização não adaptativa. A desilusão é admissível, mas é irrelevante frente à expectativa generalizada. Se uma autoridade emite uma ordem, mesmo que não haja o interesse ou a vontade do receptor no sentido do seu cumprimento, as estruturas normativas atuarão no sentido do adimplemento. São, portanto, expectativas contrafáticas, assegurada a sua generalização independentemente da ocorrência empiricamente verificável (Cf. LUHMANN, 1983, p. 53- e FERRAZ JÚNIOR, 1989, p. 101-).

³ Aqui não pretendemos explicar o fenômeno político a partir de um enfoque meramente economicista, mas reconhecer o seu importante papel ao lado de outras transformações culturais. No mesmo sentido, Saldanha, (1987, p. 90).

⁴ Dallari aponta o conflito existente entre liberdade e eficiência. Aponta o autor que a busca pela liberdade conduz à desconcentração do poder. De outro modo, se a ênfase for dada na eficiência, nada obsta que as funções do Estado sejam concentradas em órgãos coincidentes. Por outro lado, vai

afirmar que o que motivou a doutrina da separação de poderes foi mesmo a necessidade de enfraquecer o poder absoluto como forma de garantir o exercício das liberdades (1989, p. 182-184).

⁵ Na expressão textual de Carré de Malberg, podemos afirmar que “Bien es verdad que desde la antigüedad la ciencia política se aplicó a denominar y clasificar las diversas manifestaciones de la potestad estatal. Así, por ejemplo Aristóteles distinguía en ella tres operaciones principales: la deliberación, el mando y la justicia; y esta distinción tripartita comprendía directamente a la organización entonces en vigor, la cual comprendía la asamblea general o consejo encargado de deliberar sobre los asuntos más importantes; los magistrados, investidos del poder de mandar y obligar, y los tribunales. Pero sería un error pretender remontar hasta Aristóteles los orígenes de la teoría de la separación de poderes. Aristóteles, como todos los antiguos, se empena únicamente en discernir las diversas formas de actividad de los órganos, y no piensa en establecer un reparto de las funciones fundado en la distinción de los objetos que corresponden a cada una de ellas” (1948, p. 741).

⁶ “A liberdade política em um cidadão é aquela tranqüilidade de espírito que provém da convicção que cada um tem da sua segurança. Para ter-se essa liberdade, é preciso que o Governo seja tal que cada cidadão não possa temer outro. Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou o mesmo Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor. Estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou de nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares” (MONTESQUIEU, 1992, p. 165).

⁷ Veja-se a esse respeito a distinção entre funções típicas e funções atípicas desempenhadas pelos três poderes no constitucionalismo moderno (MORAES, 1999, p. 346).

⁸ Isso não significa que no direito moderno não existam manifestações remanescentes de uma primitividade jurídica. Veja-se nesse sentido, por exemplo, na esfera cível o direito de cortar raízes e ramos que ultrapassem os limites do prédio e na esfera pena a legítima defesa e o poder de efetuar prisão em flagrante (Cf. CINTRA; GRINNOVER; DINAMARCO, 1994, p. 29).

⁹ Vide nota 2.

¹⁰ "... vinde comigo ao notário; assina-se o documento; e, à guisa de brincadeira, estipula-se que, se se não efectuar o pagamento, em tal dia e em tal lugar, da soma convencionada, terei direito a uma libra da vossa bela carne, que poderá ser escolhida e cortada em qualquer parte do vosso corpo" (SHAKESPEARE, 41).

¹¹ "...quero cumpridas as condições do contrato; nada de palavriado contra elas;... Não sou desses, nada de palavriado; exijo o cumprimento das condições do contrato" (SHAKESPEARE, 119).

¹² "O duque não pode impedir que sigam os termos legais. Se as vantagens que Veneza oferece aos estrangeiros não fosse uma realidade, a justiça do estado sofreria, sobretudo agora que o comércio e o interesse da cidade dependem deles" (SHAKESPEARE, 120).

¹³ "...O documento não te autoriza a derramar uma só gota de sangue. As palavras formais são essas: Uma libra de carne. Apodera-te do que te é devido, apodera-te da tua libra de carne; mas, se ao cortá-la, derramares uma só gota que seja de sangue cristão, as tuas terras, todos os teus bens serão confiscados, como é de lei, em proveito do Estado de Veneza" (SHAKESPEARE, 152). "...Prepara-te para cortares a carne, mas sem que derrames uma gota de sangue; e não podes cortar nem mais nem menos do que a libra de carne; se cortas mais ou menos do que esse peso, se diminuis ou aumentas a quantidade convencionada de uma vigésima parte dum átomo de carne, se a balança para um dos lados nem que seja só a espessura dum cabelo, és condenado à morte e os teus bens serão confiscados" (SHAKESPEARE, 154).

¹⁴ "[...] a estrada 'legalmente' sinalizada representa uma segurança jurídica, como fato material concreto; portanto, a primeira conclusão é que a *segurança* é algo *objetivo*. O condutor humano, valorando subjetivamente os sinais, conhecendo a via que percorre, elaborando roteiros razoáveis de previsibilidade, pode eticamente se conduzir com a certeza de agir direito, sem perigo de errar [...] A Certeza do direito é uma faculdade, pois pode não se concretizar o direito, o condutor pode não sair pela estrada, sair de dia ou à noite, com sol ou neblina, porém a estrada sempre estará em seu lugar, como as leis nos códigos" (SOUZA, 1996, p. 26-27).

¹⁵ Tais mecanismos bem são representados pelos critérios de compatibilização que se expressam por meio dos princípios *lex superior derogat inferior* no plano vertical; *lex posterior derogat priori* e *lex specialis derogat generalis* no plano horizontal.

¹⁶ A esse respeito, anota José Afonso da Silva que importante condição da segurança jurídica é "...a relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma

devem perdurar ainda que tal norma seja substituída" (1992, p. 378).

¹⁷ Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXVI.

¹⁸ "Temos na eletricidade dois pólos antagônicos: se ligarmos diretamente o positivo ao negativo haverá um curto circuito ('morte'), mas se colocarmos entre eles uma lâmpada haverá luz; um motor, teremos energia; um aquecedor, produzirá calor ('vida'). Esta é a finalidade da *tensão*, nome próprio destas polaridades existentes na natureza e no homem" (SOUZA, 1996, p. 105. Grifo do autor).

¹⁹ A argumentação segundo a qual a norma fundamental está no Poder Constituinte não parece solucionar o problema, pois o Poder Constituinte tem atuação pré-constitucional, antes dele não existe qualquer poder constituído, e portanto nenhuma autoridade que dê o fundamento de validade à nova ordem jurídica. Uma vez concluído os trabalhos constituintes é que teremos uma nova Constituição com um novo fundamento de validade. Nesse caso, estaríamos fundamentando um dever ser (a Constituição) em um ser (o Poder Constituinte). Ainda que todas as normas anteriores à Constituição que não sejam com ela conflitantes sejam recebidas pelo princípio da habilitação, a partir desse momento a ordem jurídica passa a ter um novo fundamento de validade.

²⁰ Uma Lei Ordinária é aplicação das normas superiores (Constituição, por exemplo) e criação para as normas inferiores (Sentença, por exemplo), de modo que ela própria é fundamento de validade de uma sentença. Interessante perceber que essa teoria permite caracterizar a sentença como a aplicação global de um ordenamento jurídico. Nesse sentido, quando o juiz dá uma sentença ele não está aplicando apenas a norma em que fundamenta a sua decisão, mas também aquelas normas que fixam a sua competência, aquelas que fixam as formas de investidura no cargo, bem como aquelas que estabelecem a forma por meio da qual devem ser proferidas sentenças válidas – devido processo legal. Isso nos permite afirmar com Kelsen que o magistrado, em cada decisão, aplica e reafirma o ordenamento jurídico de modo global.

²¹ Na lição de Carlos Maximiliano, "não se viola o princípio da divisão dos poderes... Assim como o químico põe em combinação elementos diversos e chega a uma resultante independente da sua vontade, assim, também o juiz ante certas relações de fatos e normas jurídicas gerais, obtém solução feliz, porém não filha de seu arbítrio" (1965, p. 61).

²² Além do Código Civil, mas por meio do Código Civil.

²³ "Y se trata también de reiterar que todos los esclarecimientos de la lógica de las formas jurídicas a priori o esenciales, siendo, como en efecto son, muy interesantes y valiosos, no proporcionan ninguna guía, ninguna orientación positiva para la cre-

ación de los contenidos del Derecho en cualquiera de los grados o fases de éste. Son desde luego formas válidas que se dan en toda realidad jurídica y que además deben regir todo pensamiento jurídico. Pero de esas formas no es posible extraer, ni por arte de la más prodigiosa magia, la determinación material de lo que se considere que deba ser normado o como lícito, o como obligatorio, o como potestativo, o como lícito” (RECASÉNS SICHES, 1971, p. 594).

²⁴ “[...] la expulsión de la lógica del campo de la jurisprudencia no implica de ninguna manera dejar librado el Derecho a un plano de detestable irracionalismo vitalista. La lógica de lo racional, que va desde su fundación en el *Organon* de Aristóteles hasta las lógicas simbólicas contemporáneas, *no es toda la lógica*, sino que es solamente una provincia de esta. Al lado de la provincia de lo racional, hay otra provincia, la del *logos de lo razonable*, diferente de la primera, pero que es también *auténtica razón*.” (RECASÉNS SICHES, 1971, p. 419).

Bibliografía

ADEODATO, João Maurício [Leitão]. Modernidade e direito. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, v. 2. n. 6, p. 255-274, out/dez. 1997.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do estado*. Rio de Janeiro: Globo, 1951.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1995.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoria general del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINNOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido [Rangel]. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1989.

ENGLISH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: RT, 1980.

_____. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1989.

HART, Herbert. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LÓPEZ DE OÑATE, Flavio. *La certeza del derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. São Paulo: Biblioteca Tempo Universitário, 1983.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1965.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.

NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RECASÉNS SICHES, Luís. *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica “razonable”*. México: Fondo de Cultura Económica, 1971.

RECASÉNS SICHES, Luís. *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa, 1981.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1992.

SALDANHA, Nelson. *O estado moderno e a separação de poderes*. São Paulo: Saraiva, 1987.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

SHAKESPEARE, William. *Mercador de Veneza*. Porto: Lello & Irmão, [19--].

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico: súmulas vinculantes, direito alternativo, auctoritas ou potestas?* São Paulo: LTr, 1996.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Alternatividade e retórica no direito: para além do embate ideológico. *Revista da OAB – Seccional de Pernambuco*, ano 32, n. 24, p. 77-92, 1997.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

O *leasing* de veículo e a prisão por depósito infiel em sede de execução por dívida pessoal do arrendatário

Leonardo Henrique Mundim Moraes
Oliveira

Súmario

1. Introdução. 2. Caracterização do *leasing*. 3.O Executado e a penhora de veículo sob *leasing*. 4.A devolução do bem à arrendadora. 5. Jurisprudência. 6. Conclusões.

1. Introdução

Decorrência natural da vida moderna são as diversificadas formas de engendramento de negócios, visando, no mundo capitalizado, ao incremento da produção e da circulação de riqueza, destacando-se assim, entre as novas avenças, o já famigerado contrato de *leasing*, aliás objeto de recentes e acalorados debates por ocasião do reajuste cambial da economia brasileira.

De tão novo no Direito Pátrio, o *leasing* ou *arrendamento mercantil* é contrato que sequer encontra previsão em lei específica. Há apenas uma lei de caráter tributário – nº 6.099/74 – que, aproveitando o ensejo da previsão do fato gerador, conceituou sucintamente o referido pacto, dispondo:

“Art. 1º

Parágrafo único. Considera-se arrendamento mercantil, para os efeitos desta Lei, o negócio jurídico realizado entre pessoa jurídica, na qualidade de arrendadora, e pessoa física ou jurídica, na qualidade de arrendatária, e que tenha por objeto o arrendamento de bens adquiridos pela arrendadora, segundo as especificações da arrendatária e para uso próprio desta.”

Leonardo Henrique Mundim Moraes Oliveira é advogado; professor de direito civil da Faculdade de Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB); ex-procurador da área administrativa e criminal do Banco Central do Brasil.

“Art. 5º Os contratos de arrendamento mercantil conterão as seguintes disposições:

- a) prazo do contrato;
- b) valor de cada contraprestação por períodos determinados, não superiores a 1 (um) semestre;
- c) opção de compra ou renovação do contrato, como faculdade do arrendatário;
- d) preço para opção de compra ou critério para sua fixação, quando for estipulada esta cláusula.”

Posteriormente, adveio a Resolução nº 2.309/96 do Conselho Monetário Nacional (CMN – órgão subordinado ao Ministério da Fazenda), que acresceu algumas disposições complementares de natureza técnica ao referido negócio jurídico, sob respaldo da Lei nº 4.595/64, que autoriza àquele órgão editar regulamentos sobre aspectos do Sistema Financeiro Nacional (SFN).

2. Caracterização do leasing

Atualmente, pois, pelo contrato de arrendamento mercantil ou leasing, uma determinada pessoa jurídica, que deve ser constituída sob a forma de sociedade anônima (cf. Res. CMN nº 2.309/96), adquire um determinado bem, indicado ou aguardado pelo arrendatário, e concede a esse mesmo arrendatário, por prazo certo e específico, o direito de uso daquele bem, mediante o pagamento de prestação periódica. E, ao final do contrato, o arrendatário tem a opção, a faculdade de comprar o bem da arrendadora, para isso pagando à mesma um preço pré-determinado ou criteriosamente determinável. Seria, assim, basicamente, um tipo de aluguel com opção de compra ao final do contrato.

Sobre o tema, aduz Jayme Cardoso Júnior:

“Assim, o leasing pode ser conceituado como uma transação celebrada entre o proprietário de um determinado bem (arrendadora) que concede a um terceiro (arrendatária), o uso deste por um período fixo, mediante um

contrato, findo o qual é facultado à arrendatária a opção de comprar, devolver o bem arrendado ou prorrogar o contrato” (1982, p. 7).

No mesmo diapasão, assevera Roberto Shoji Ogasavara:

“A empresa de leasing, a arrendadora, coloca o uso do ativo solicitado pela arrendatária ao seu inteiro dispor, ficando, contudo, com a propriedade do referido ativo” (1980, p. 01).

Caio Mário da Silva Pereira arremata:

“Pelo contrato de leasing o arrendatário recebe uma coisa móvel do arrendador, a qual este adquire se já não for seu proprietário, cedendo-lhe o uso e gozo, como uma locação tradicional.” (1980, p. 147)

Está claro, destarte, que a propriedade do bem arrendado conserva-se na pessoa da arrendadora, que tem o domínio e consequentemente a posse indireta da coisa, cabendo ao arrendatário tão-somente o direito temporário de uso- posse direta e precária, subordinada à regularidade do pagamento da prestação periódica.

3. O Executado e a penhora de veículo sob leasing

Contudo, não raro Oficiais de Justiça, em busca de bens na casa de um Executado, promovem penhora de veículos ali encontrados, mesmo que lhes seja comprovado serem objeto do já popularizado contrato de arrendamento mercantil. Entendemos, salvo embargo de respeitáveis posicionamentos em contrário, que tal penhora realizada sobre bem objeto de leasing, em processo decorrente de dívida pessoal do arrendatário, é absolutamente nula, inválida e processualmente ineficaz.

Com efeito, dispõe o art. 591 do CPC:

“Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.”

A expressão “bens futuros”, constante da norma supra, poderia fazer presumir que o objeto sob leasing, que provavelmente será comprado pelo arrendatário ao final da avença, esteja abrangido no provável acervo patrimonial do devedor, o qual, desde a edição da Lex Poetelia Papiria, substituiu o corpo do devedor como garantia de cumprimento das obrigações. Mas, de fato, o objeto sob leasing não está abrangido na expressão “bens futuros”.

Isso porque, de início, deve-se observar que não existem, tecnicamente, “bens futuros”, mas sim direitos subjetivos futuros, que tenham por objeto determinado bem (os pressupostos do direito subjetivo, como cedição, são sujeito, objeto e relação jurídica).

Prosseguindo, pelo art. 74, parágrafo único, do Código Civil, “chama-se deferido o direito futuro, quando sua aquisição depende somente do arbítrio do sujeito; não deferido, quando se subordina a fatos ou condições fálíveis”.

No caso de leasing, pode-se dizer que haveria, em favor do arrendatário, um direito subjetivo futuro deferido? Obviamente que não, uma vez que a aquisição desse direito futuro está umbilicalmente sujeita a fatos ou condições fálíveis, caracterizadas especialmente pela necessidade de pontual e regular pagamento de todas as prestações até o final do contrato, bem como pela efetivação da opção de compra por parte do arrendatário, a qual, sendo opção ou faculdade, não é de caráter obrigatório ou pré-determinado.

O direito futuro do arrendatário – e devedor na hipotética Execução por dívida diversa – é, portanto, e nos termos da Lei, não-deferido, pois pode ou não vir a integrar o patrimônio do arrendatário. E enquanto não-deferido, ou seja, sujeito a condição – porque o pagamento pontual das prestações e a realização da opção de compra (=evento futuro e incerto) compõem condição suspensiva no âmbito do arrendamento mercantil (simplificando, dar-te-ei o domínio se me pagares pontualmente todas as parcelas e fi-

zeres a opção final) –, o direito subjetivo que tem por objeto o veículo continua na esfera patrimonial da arrendadora, sem qualquer tipo de aquisição por parte do arrendatário, nos exatos termos do art. 118 do Código Civil, in verbis:

“Art. 118. Subordinando-se a eficácia do ato à condição suspensiva, enquanto esta não se verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.”

A constrictão judicial que comumente se realiza sobre bem objeto de leasing, assim, caracteriza-se efetivamente como ato processual absolutamente nulo, por atingir bem de terceiro, e desse modo merece revogação pelo Magistrado mediante simples requerimento do interessado nos próprios autos da Execução, ensejando outrossim, em última análise, o ajuizamento dos embargos do art. 1.046 do CPC. Assevera Humberto Theodoro Júnior:

“É o patrimônio do devedor (ou de alguém que tenha assumido responsabilidade pelo pagamento da dívida) que deve ser atingido pela penhora, nunca o de terceiros estranhos à obrigação ou à responsabilidade” (1998, p. 193).

E decidiu o Eg. TJDF:

“EMBARGOS À EXECUÇÃO. LIMITES. Questões atinentes à penhora são resolvidas no processo de execução. A questão da eficácia da penhora, se excessiva ou incidente em bens livres de constrictão, não se subsume no elenco das matérias inseridas nos arts. 741/744 do CPC. O problema alusivo à constrictão em si mesma não integra o cotejo das matérias argüíveis em embargos porque consiste em mera providência assecuratória do processo de execução, a qual pode ser modificada ou até substituída sem afetação da relação jurídico-material entre credor e devedor” (2ª Turma Cível – ApC nº 32.611/94 – Rel. Des. Getúlio Moraes Oliveira – Unânime – DJ 31/08/1994).

Nesses termos, tem-se que o patrimônio de terceiro que não intervém na relação processual – como é o caso da arrendadora – não comporta a constrição, por não haver, de fato, receptáculo objetivo para o gravame judicialmente imposto, daí a sua nulidade.

4. A devolução do bem à arrendadora

Mas e se, como costumeiramente acontece, apesar do alerta ao Oficial de Justiça, o devedor tem o bem realmente penhorado e fica instituído na posição de fiel depositário, e depois, mesmo sem a arrendadora tomar conhecimento do gravame – pois ordinariamente não é comunicada –, vê-se o devedor na contingência de, por inadimplência no contrato de leasing, devolver o veículo ao verdadeiro dono, a arrendadora? Quid juris?

Ora, por questão de lógica jurídica, a prisão ou ameaça de prisão que vier fulcrada na infidelidade do depositário do veículo será aqui abusiva e ilegal.

Efetivamente, a caracterização da grave infidelidade do depositário está intrinsecamente associada ao elemento incúria. Malgrado não seja necessário provar dolo específico do depositário na impossibilidade de restituição da coisa, o fato é que ao menos o desleixo daquele deve estar caracterizado, pois a prisão que não esteja respaldada pelo menos em tal circunstância se equipararia àquela decretada contra alguém absolutamente inocente.

No caso em análise – do depositário de veículo sob leasing que simplesmente sucumbe ao pedido de restituição da verdadeira dona da coisa –, a coerção pessoal sem embasamento em ação ou omissão daquele é mesmo um constrangimento ilegal, pois não se lhe era exigível legalmente que, para satisfazer a um credor (o Exequente), resistisse bravamente às pressões e cobranças de outro (a arrendadora).

Deve-se frisar que, em havendo inadimplemento no contrato de leasing, a restituição do veículo à arrendadora é uma consequência natural impositiva, e não uma fa-

culdade do arrendatário, como inclusive já decidiu o Colendo STJ, in verbis:

“DIREITOS CIVIL E ECONÔMICO. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. FALTA DE PAGAMENTO DAS PARCELAS. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. (...) I - A consequência natural do inadimplemento do contrato de leasing por parte do arrendatário é a restituição de fato do bem arrendado a seu possuidor originário e proprietário, que pode ser feita em provimento liminar”, (...) (4ª Turma – REsp nº 121.109/SC – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – Unânime – DJ 05/10/1998).

Inexistindo, portanto, incúria ou atuação maliciosa do depositário no retorno da coisa ao verdadeiro dono, a prisão que vier a ser decretada ou ameaçada, no âmbito de constrição irregularmente promovida em processo executivo de dívida pessoal do arrendatário, estará sem qualquer suporte fático-jurídico – vale dizer, seria como um tributo sem o respectivo fato gerador, uma vez que o devedor e arrendatário terá apenas restituído forçosamente o que não era seu, e nenhuma vantagem, regra geral, obterá disso, sendo pertinente frisar, ademais, que, sendo nula penhora, igualmente nulo será o depósito, que é fruto direto daquela.

Com efeito, enquanto integrado o veículo ao arrendamento mercantil, equipara-se o arrendatário ao locatário e ao credor pignoratício, cuja precariedade da posse é inábil à geração de quaisquer efeitos jurídicos no tocante à coisa, muito menos do direito de disponibilidade, que o instituto do fiel depósito objetiva exatamente restringir.

Alguns contratos, contudo, estipulam diluição do valor para opção de compra ao final do arrendamento (=“valor residual”), restando assim acrescidas as parcelas periódicas. Nesses casos, o chamado valor residual – somente ele – poderá ser validamente penhorado, por pertencer ao arrendatário enquanto não ultimada a avença, fican-

do apenas sob custódia da arrendadora (TJDF 4ª Turma Cível – Rel. Des. Jair Soares – Unânime – DJ 11/03/1998).

Sob um outro ângulo, observe-se que a devolução do bem arrendado à arrendadora, se motivada por pressão ou mesmo por ação judicial desta, caracteriza até verdadeiro motivo de força maior, em face de sua inevitabilidade, o que, conforme cediço, constitui uma das mais evidentes escusativas de responsabilidade em situações de aparente ilicitude do ato.

5. *Jurisprudência*

O Tribunal de Alçada de Minas Gerais, ao que se pôde constatar, foi o único que teve oportunidade de apreciar mais proximamente a peculiar situação ora apresentada, donde resultaram os seguintes precedentes, aqui aplicáveis *mutatis mutandis*:

“EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - CONTRATO DE LEASING – PENHORA – HIPOTECA – Como próprio da natureza jurídica do contrato de leasing, o bem objeto do arrendamento, embora esteja na posse do arrendatário, pertence à parte arrendante, por isso que, no caso de Execução pelo não pagamento da dívida originária desse contrato, não pode a penhora recair sobre o bem arrendado, porque não pertencente ao devedor. (...)” (4ª Câmara Cível – AgI 215.254-5 – Rel. Juiz Ferreira Esteves – Unânime – j. em 22/05/96).

“HABEAS CORPUS – PRISÃO CIVIL – PENHORA – DEPOSITÁRIO INFIEL. Não se caracteriza a figura do depositário infiel sendo, por via de consequência, incabível a prisão civil do paciente, se os autos da Execução demonstram que a penhora incidiu sobre bem móvel de propriedade duvidosa ou instrumento de trabalho” (2ª Câmara Criminal – HC nº 249.324-7 – Rel. Juiz Carlos Abud – Unânime – j. em 25/11/97).

Ressalte-se, em acréscimo, que, mesmo nos casos de veículo sob alienação fiduciária – em que o bem é até registrado, junto ao DETRAN, em nome do próprio devedor –, a maciça Jurisprudência afirma a ilegalidade e a insubsistência de quaisquer efeitos decorrentes de penhora realizada sobre o objeto, em face de dívida pessoal de quem apenas detém a posse direta, não se admitindo como legítima nem mesmo a eventual imposição de substituição da coisa por dinheiro. Confira-se:

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PROCESSO DE EXECUÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA. PENHORA DE BEM ALIENADO. 1. Reconhecida a impenhorabilidade do bem objeto da penhora, não incide a regra do artigo 668, que determina a substituição por dinheiro, pois são diferentes os pressupostos. 2. O bem alienado fiduciariamente, por ser de propriedade do credor, não pode ser objeto de penhora, no processo de Execução. Recurso conhecido e provido.” (STJ 4ª Turma – REsp nº 30.781/92 – Rel. Min. Dias Trindade – Unânime – DJ 27/06/94).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDICAÇÃO À PENHORA DE BENS SOB ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. 1. Não detém o devedor fiduciante a propriedade do bem dado em garantia, razão pela qual não assiste ao terceiro credor Exequente indicá-lo à penhora. 2. Recurso conhecido e desprovido” (TJDF 1ª Turma Cível – AgI nº 7.219/96 – Rel. Des. Edmundo Minerino – Unânime – DJ 23/04/97).

“ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - EMBARGOS DO DEVEDOR - LEGITIMATIO AD CAUSAM – PENHORA – NULIDADE – SUCUMBÊNCIA – O Executado tem legitimidade e dever de alegar nulidade de penhora em razão de estar o bem gravado com ônus de alienação fiduciária, podendo fazê-lo como preliminar dos embargos do devedor, arcando o Exequente com os

encargos da sucumbência se a constrição do bem foi feita por sua indicação” (TAMG 3ª Câmara Cível – ApC nº 238.359-3 – Rel. Juiz Kildare Carvalho – Unânime – j. em 06/08/97).

6. Conclusões

Conclui-se do exposto que, por manter-se o bem sob leasing no patrimônio da pessoa jurídica arrendadora até a eventual quitação das prestações mensais estipuladas e realização da opção de compra ao final do contrato, a penhora que venha a incidir sobre veículo arrendado mercantilmente, em sede de Execução decorrente de dívida pessoal do arrendatário, é absolutamente nula, não gerando quaisquer efeitos jurídicos, muito menos a caracterização de depósito.

Por isso a devolução do bem pelo arrendatário à arrendadora, no curso do hipotético processo executivo, sem a participação da vontade livre do arrendatário e devedor, não constitui ato ensejador de prisão civil, inclusive porque, mesmo se se admitisse a formação de depósito, a infidelidade inexistiria por ausência de incúria do depositário, o qual tão-somente sucumbe – como se exige de todos – ao cumprimento de uma obrigação.

Assim, à vista de ameaça virtual ou concretizada, no sentido de se apresentar judicialmente o veículo penhorado ou seu equivalente em dinheiro, é cabível e procedente a impetração da medida constitucional de habeas-corpus, objetivando resguardar o devedor contra a ilegal obrigação de apresentar em Juízo o que nunca fora seu, algo de que nunca teve disponibilidade e que, na prática, efetivamente nunca significou segurança para o crédito executado.

Bibliografia

CARDOSO JÚNIOR, Jayme. Arrendamento mercantil. [S. L.]: Divisão de Impressão e Publicação do Banco Central do Brasil, out. 1982.

OGASAVARA, Roberto Shoji. Leasing no Brasil: aspectos do arrendamento mercantil. Tese (Mestrado). Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 1980.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.3.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v.2.

Problemas com o governo dos juizes: sobre a legitimidade democrática do *judicial review*

José Jardim-Rocha Júnior

Sumário

Introdução. 1. A formação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos: os dois paradigmas do *judicial review*. 1.1. O paradigma Marshall I. 1.2. O paradigma Marshall II. 2. Recepção e crítica institucional a Marshall I e Marshall II. 2.1. Uma preliminar terminológica: uma questão apenas aparentemente formal. 2.2. A defesa do *judicial review* pela Suprema Corte. 2.3. A resistência do Legislativo e do Executivo ao *judicial review*. 3. A apreciação doutrinária ao *judicial review*. 3.1. Um recorrente ponto de partida: Alexander Bickel. 3.2. O ataque originalista a Marshall II: a legitimidade democrática do governo dos mortos. 3.3. A crítica de Ely a Marshall I e Marshall II: o *judicial review* como usurpação da democracia. 3.4. A defesa de um Marshall II hiper-reforçado: Michael Perry e o *judicial review* como *constitutional policymaking*. 4. Conclusão: sobre niilismo e fundamentalismo constitucional.

Introdução

“Foram certa vez as árvores a ungir para si um rei e disseram à oliveira: Governa sobre nós. Porém a oliveira respondeu: Deixaria eu o meu óleo, que Deus e os homens prezam, e iria pairar sobre as árvores? Então disseram as árvores à figueira: Vem e governa sobre nós. Porém a figueira lhes respondeu: Deixaria eu a minha doçura, o meu bom fruto, e iria pairar sobre as árvores? Então disseram as árvores à videira: Vem e governa sobre nós. Porém a videira lhes respondeu: Deixaria eu o meu vinho, que agrada a Deus e aos homens, e iria pairar sobre as árvores? Então todas as árvores disseram ao espinheiro: Vem e governa sobre nós. Respondeu o espinheiro às árvores: Se deveras me ungis rei sobre vós, vinde e

José Jardim-Rocha Júnior é Assessor de Ministro do TCU, Pós – graduado na Universidade de Coimbra e mestrando em Direito Constitucional na Universidade de Brasília.

refugiad abaixo de minha sombra; mas, se não, saia fogo do espinheiro que consuma os cedros do Líbano” (Livro dos Juizes, capítulo IX, versos 8 a 15)

Segundo as palavras do art. 16 da excelente Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, “a sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Nos últimos 200 anos, a experiência da maioria das comunidades políticas ocidentais democratizadas tem sido de uma luta ingente para assegurar o cumprimento desses dois requisitos e, dessa forma, assentar uma Constituição legítima como a norma fundamental do seu governo.

Numa primeira fase, preponderou a preocupação de construir um arranjo institucional que assegurasse o exercício independente, conquanto harmônico, dos três poderes do Estado, o que, se logrou o êxito desejado, com a conformação de um Estado de Direito no sentido e nos limites do Estado de Direito liberal do século XIX, levou ao quase aniquilamento do outro requisito do constitucionalismo: a garantia dos direitos fundamentais.

Por isso, baseados mais nas experiências que historicamente vivenciaram do que em qualquer construção teórica, os povos da Europa e da América do Norte, para dizer com as palavras clássicas de Krüger, dariam um “giro coperniquiano” a partir do qual os direitos considerados inerentes à dignidade da pessoa humana não mais estariam à disposição dos poderes estatais, especialmente do legislador, mas antes passariam a ser o parâmetro da própria validade da atuação daqueles poderes. Em suma, de um Estado de Direito legal para um Estado de direitos constitucionais.

Nesse Estado Constitucional, a questão decisiva passa a ser o equilíbrio entre o *exercício da política*, em nome do povo, por parte dos poderes eleitoralmente responsáveis, e a *limitação da política*, a favor do povo, por meio da afirmação da superior força normativa da Constituição, com base no controle da conformidade a essa mesma Cons-

tituição dos atos daqueles poderes eleitos que fazem a política. Quando um tal controle é conformado como um exercício da função do Poder Judiciário e, dessa forma, atribuído a agentes que tradicionalmente eram considerados legitimados apenas para interpretar e aplicar o direito; e quando no exercício desse controle esses juizes da constitucionalidade passam efetivamente, e cada vez mais, a controlar a política para afirmar os direitos fundamentais dos indivíduos, indaga-se se já não seria o caso de se reconhecer a inversão do sinal da nossa equação de partida e assumir que a efetivação do requisito da garantia dos direitos é que estaria erodindo o requisito da separação dos poderes.

É sobre essa questão central do constitucionalismo contemporâneo, aqui – pela necessidade de respeitar os limites inerentes à tarefa acadêmica a que visou dar cumprimento¹ – discutida apenas com respeito à problemática norte-americana, que se intenta discorrer no trabalho que se segue.

1. A formação do controle de constitucionalidade nos Estados Unidos: os dois paradigmas do judicial review

1.1. O paradigma Marshall I

Diferentemente do que ocorre na Europa, nos Estados Unidos fala-se em “tribunais constitucionais” para referir-se não apenas à Suprema Corte mas também aos demais tribunais que, por força da Seção 1 do Artigo III da Constituição, o Congresso “pode de tempo em tempo estabelecer”. Esses tribunais integram o Judiciário federal, sendo os seus membros indicados pelo Presidente da República após a aprovação do Senado e tendo a garantia de só poderem ser destituídos em caso de *impeachment* ou condenação criminal.

A competência dessa “jurisdição constitucional”, como conformada no Artigo III da Constituição norte-americana, está estru-

turada com base nos critérios de natureza da matéria e *status* das partes, alcançando todos os “cases” e “controversies” que tratem de “law and equity”. O sentido usual dos termos “cases” e “controversies” aponta inequivocamente para uma demanda concreta entre duas partes nas quais uma ofende ou está na iminência de ofender direitos juridicamente protegidos da outra², o que obviamente nem de longe alcançaria a afirmação de uma competência do Poder Judiciário para dizer da conformidade de atos de outros poderes em face dos preceitos da Constituição americana. Nas palavras de um dos autores clássicos da história constitucional americana, “a Constituição não fez qualquer declaração explícita no tocante à natureza do poder da Suprema Corte nem mesmo quando um caso claramente se inseria na sua jurisdição”³.

O uso da expressão *judicial review* para designar essa competência dos juízes para examinar a constitucionalidade de normas e atos dos poderes estatais data apenas do início do século passado. Robert Clinton chega mesmo a precisar que Corwin teria sido o primeiro autor a se valer da expressão, no título do seu artigo *The Establishment of Judicial Review*, publicado em 1910⁴.

Não obstante, integra agora o acervo das mais importantes instituições jurídico-políticas do nosso tempo o reconhecimento, no direito dos Estados Unidos, de um poder de *judicial review of the constitutionality of legislation*, o que inevitavelmente é associado à *opinion* do *Chief Justice* Marshall em *Marbury v. Madison*. Por evidente, não se poderia sequer cogitar da possibilidade de uma decisão com o conteúdo de *Marbury v. Madison* sem que anteriormente se tivessem verificado os fatores presentes na experiência da colonização e da revolução americana. Do variado conjunto de razões apontadas para justificar o sucesso dessa empreitada, há um relativo consenso no tocante à consideração das seguintes como sendo as mais relevantes: i) o reconhecimento da possibilidade do controle da política por meio do direi-

to criado pelos representantes do povo; ii) a constatação de que também o legislador poderia ser instrumento de opressão; iii) como reação a esse último ponto, a opinião dos *founding fathers* de que a função de aplicar o direito alcançaria também o exame da validade dos atos do legislador em face da Constituição; e iv) a recepção da idéia de uma inferioridade hierárquica das leis, a partir da experiência forjada na colonização da invalidez das leis das colônias contrárias às disposições das cartas (*charters*) coloniais e das leis inglesas.

As duas primeiras razões mencionadas, embora aparentemente em conflito, foram colhidas pelos revolucionários norte-americanos na mesma fonte: a experiência inglesa da supremacia do Parlamento afirmada a partir da Revolução Gloriosa (1688). Com efeito, esse evento histórico, se, de um lado, demonstrava o êxito, contra Hobbes, da tese de Locke da possibilidade da prevalência da vontade da sociedade civil, expressa no Parlamento, sobre a vontade soberana do rei, por outro lado, para o povo das colônias, significava que um Parlamento assim supremo poderia inclusive cobrar impostos sem permitir aos colonos a representação legislativa, configurando na realidade uma nova forma de opressão.

Quanto à terceira razão, os debates na Convenção da Filadélfia (1787) claramente evidenciam que a rejeição das três tentativas de positivação no texto da Constituição de uma sistemática de controle dos atos legislativos foi determinada não por se entender que uma tal atribuição seria incompatível com as funções do Judiciário, mas antes pela oposição à natureza política dos órgãos de controle propostos e, mais ainda, por se considerar um tal controle um perigoso *plus* à competência de interpretação das leis inerente ao ofício dos juízes⁵.

Com efeito, a rejeição ao Conselho de Revisão, órgão político de composição mista previsto no *Virginia Plan*⁶, fundara-se no entendimento de que os juízes já “teriam meios suficientes para defender suas preroga-

tivas por meio da interpretação das leis, o que supõe o poder de decidir sobre sua constitucionalidade” ou de que “os juízes devem ter a possibilidade de interpretar as leis livres de qualquer restrição por haverem participado na sua formação”⁷. Da mesma forma, quando da rejeição do *New Jersey Plan*⁸, e com ele o seu art. 6º que previa a possibilidade do controle de constitucionalidade das leis dos Estados, James Wilson, ao voltar a defender o controle político nos moldes do que exerceria o Conselho de Revisão proposto no *Virginia Plan*, toma por assente entre os convencionais que os juízes têm o poder de apreciar a constitucionalidade das leis:

“O Judiciário deve ter possibilidade de protestar contra investidas que usurpem os direitos do povo ou deles mesmos. Alega-se que os juízes, como intérpretes das leis, já teriam a oportunidade de defender seus direitos constitucionais. Há relevo nessa observação, todavia esse poder dos juízes pode não ser suficiente. As leis podem ser injustas, sem critério, perigosas e destrutivas, mas ainda assim podem não ser inconstitucionais para justificar que os juízes se recusem a aplicá-las”⁹.

Finalmente, a derrota da iniciativa de James Madison deveu-se a que o sistema de controle por ele concebido previa a submissão das leis aprovadas a uma dupla revisão do Presidente da República e da Suprema Corte, os quais poderiam ver o seu juízo acerca da impropriedade da lei superado por nova deliberação do Congresso, o que por demais se identificava com as duas propostas anteriormente rechaçadas¹⁰.

Mas não é nos debates da Convenção da Filadélfia que tradicionalmente se recolhe o argumento considerado de maior valia para sustentar a concepção de que o *judicial review* fazia parte da intenção original dos constituintes, como posteriormente assumido por Marshall em *Marbury v. Madison*. Ao contrário, esse argumento “definitivo” é asso-

ciado ao documento 78 dos *Federalist Papers*¹¹, o conjunto de ensaios escritos por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, sob o pseudônimo de “Publius”, para defender junto aos eleitores do Estado de Nova York a ratificação da Constituição aprovada em 17 de setembro de 1787, acerbamente atacada pelos antifederalistas¹². A situação do Estado de Nova York com respeito à ratificação da Constituição era crítica, pois que a sua delegação sequer aprovara o texto elaborado na Filadélfia, em razão de que dois dos seus três delegados, Lansing e Yates (o terceiro era Hamilton), abandonaram a Convenção por divergências. No ensaio 78, Hamilton, após qualificar o Judiciário como “o menos perigoso poder”¹³, assentou:

“A interpretação das leis é a função própria e peculiar dos tribunais. Uma Constituição é de fato uma lei fundamental e assim deve ser considerada pelos juízes. Portanto, a eles pertence determinar o seu sentido, do mesmo modo que de qualquer ato proveniente do corpo legislativo. Se entre a Constituição e a lei ocorrer uma divergência incontornável, deve preferir-se aquela que tem validade e força obrigatória superior; em outros termos, deve preferir-se a Constituição à lei; a intenção do povo à intenção dos seus representantes”¹⁴.

No que diz com a quarta razão mencionada, sabe-se que, em sua maioria, as colônias eram regidas por cartas ou estatutos que, além de regular a organização das suas instituições fundamentais, estabeleciam que as leis por elas elaboradas também não poderiam contrariar as leis inglesas, e isso ao ponto de o *Privy Council*, em diversos julgados do início do século XVIII, decidir que apenas as leis coloniais que atendessem a esse requisito poderiam ser aplicadas pelos juízes das colônias. Portanto, como afirmou Cappelletti, “quando em 1776 as Colônias (...) proclamaram a sua independência da Inglaterra, um de seus primeiros atos (...) foi

o de substituir as velhas ‘Cartas’ pelas novas Constituições, entendidas como *Leis Fundamentais* dos novos Estados independentes”, de sorte que, da mesma forma que antes os juízes consideravam inválidas as leis das colônias contrárias às Cartas coloniais e às leis do Reino, passaram eles a considerar igualmente nulas e inaplicáveis “as leis contrárias às novas e vitoriosas Cartas constitucionais dos Estados independentes”¹⁵.

Portanto, será esse o *background* no qual Marshall explicitará a idéia de que a aferição da conformidade constitucional de uma disposição legal é atribuição que em nada difere dos típicos conflitos normativos que ordinariamente os juízes enfrentam ao decidirem os casos concretos submetidos à sua consideração. Assumindo sem qualquer referência a lógica de Hamilton, Marshall assentaria na sua *opinion* a formulação que faria história e direito:

“Aqueles que aplicam uma disposição aos casos particulares devem necessariamente expor e interpretar essa disposição. Se duas normas conflitam entre si, as cortes devem decidir quanto à validade de cada uma. Assim também quando uma lei esteja em conflito com a Constituição; se tanto a lei quanto a Constituição incidem sobre um caso particular, a Corte deve decidir o caso confirmando a lei e desconsiderando a Constituição, ou confirmando a Constituição e desconsiderando a lei. A Corte deve determinar qual das disposições conflitantes regulam o caso. Isso é da própria essência da função judicial”¹⁶.

Aqui estamos diante de uma primeira orientação de Marshall (Marshall I), a rigor mais de Hamilton que de Marshall – por isso, doravante, lógica Hamilton-Marshall –, baseada na concepção de que a Constituição tem a mesma natureza de qualquer outra norma jurídica, conquanto de maior preeminência hierárquica, razão pela qual qualquer juiz, nos casos que tem de decidir,

pode conhecer e interpretar a Constituição segundo o cânon característico da função judicial, é dizer, a subsunção silogística de fatos concretos a normas abstratas.

1.2. O paradigma Marshall II

Não obstante a sacralidade que o posterior desenvolvimento do Direito Constitucional norte-americano conferiria à lógica de Hamilton-Marshall, não foi sem reação que ela foi recebida ao seu tempo. Em primeiro lugar, sustentava-se que o argumento de que o *judicial review* seria inerente à competência dos juízes para decidir casos e controvérsias, firmada no art. III da Constituição, não teria nenhum significado especial, porquanto a Constituição também estabelece que o “Poder Executivo será deferido ao Presidente dos Estados Unidos da América” com o poder-dever de “cuidar para que as leis sejam fielmente executadas” (Artigo II, Seções 1, nº 1, e 3). Portanto, por analogia ao que entendeu a Suprema Corte, não seria nenhum absurdo constitucional considerar que a competência do Presidente para interpretar o direito – e, então, a Constituição – estaria implícita nessa competência para executar o direito.

Ademais, embora a questão constitucional de fundo em *Marbury v. Madison*¹⁷ se resolvesse facilmente com a simplicidade da lógica de Hamilton-Marshall, a *opinion* de Marshall lançava as sementes de uma transformação no sentido do *judicial review* que, ao final, frutificaria vitoriosa. Como já sustentamos em trabalho anterior¹⁸, essa sugestão se dera na própria sentença que antecedia a célebre passagem, mencionada no tópico precedente, na qual Marshall derivava a competência dos juízes para expor e interpretar as disposições jurídicas, inclusive a Constituição, da mera necessidade de aplicação dessas disposições aos casos particulares. É que, ao asseverar ser “enfaticamente a função e o dever dos órgãos judiciais dizer o direito”¹⁹, Marshall lançara as bases para a atribuição aos juízes de uma competência que pouco – para alguns, nada

– tem que ver com a interpretação e aplicação de disposições jurídicas aos casos e controvérsias concretos, mas que, ao contrário, se identificava com a pronúncia de direito em tese. Quando exercida pela Suprema Corte com respeito ao direito da Constituição, isso representaria a declaração do “supreme law of the land”, direito prevalecente sobre a interpretação da Constituição formulada pelos demais juízes, pelos legisladores e demais agentes públicos, e pela própria sociedade.

Thomas Grey sustenta que essa segunda dimensão do *judicial review* – para nós já insinuada em *Marbury v. Madison*²⁰ – fundava-se numa distinta e igualmente influente concepção da Constituição: a Constituição como um símbolo sagrado da nacionalidade.

Nas suas palavras,

“virtualmente desde o momento da sua ratificação, os americanos têm tratado a Constituição dos Estados Unidos não apenas como um instrumento jurídico mas também como um símbolo sagrado. Junto com a bandeira, ela é um dos totens da nossa tribo. Nós falamos ‘a Constituição’ e ninguém pergunta ‘quê constituição’? Exibimos o documento original para as pessoas verem do mesmo modo que os religiosos exibem as suas relíquias sagradas. As constituições dos estados nunca receberam tal tratamento, nem mesmo quando a soberania dos estados era uma noção mais vital do que é hoje. Nenhuma outra nação trata a sua constituição deste modo” (GREY, 1984, p. 17).

A avaliação de Grey é que Marshall não enfatizou a idéia da Constituição como um símbolo sagrado, ao reivindicar para os juízes a competência do *judicial review*, porque naquele contexto invocar o aspecto simbólico da Constituição, em detrimento do seu aspecto especificamente jurídico, não seria “retoricamente atrativo”, uma vez que suscitaria reações na linha de que os juízes são

investidos apenas da função de decidir casos concretos de acordo com as normas estabelecidas, e não de comportar-se como oráculos dos valores da sociedade. Todavia, uma vez estabelecido com segurança o *judicial review*, os juízes poderiam ampliar sua autoridade para invocar a “Constituição como símbolo”, e o fizeram, segundo Grey, por meio de um silogismo falacioso:

a) o *judicial review* requer que os juízes apliquem a Constituição;

b) a Constituição simboliza a “essência da América”;

- Conclusão: o *judicial review* requer que os juízes identifiquem e apliquem a essência da América.

Para Grey, haveria aí uma falácia porquanto nas duas premissas o mesmo termo “Constituição” é empregado com significados diferentes. Na primeira, “Constituição” é o documento (o “rulebook”) que contém as disposições jurídico-constitucionais que, nos cânones da lógica de Hamilton-Marshall, deveriam ser meramente interpretadas quando da apreciação dos casos concretos. Na segunda, “Constituição” é a relíquia venerada pelos americanos como “a última e melhor esperança da terra”. Apenas reconhecendo essa mudança de sentido no termo Constituição é que se poderá compreender porque, embora a “legitimidade do *judicial review* esteja para os propósitos práticos estabelecida, o próprio escopo dessa prática esteja ainda continuamente em debate”(GREY, 1984, p. 19).

O primeiro caso em que esse segundo sentido da Constituição seria adotado com conseqüências práticas importantes foi *McCulloch v. Maryland*. A questão submetida à Suprema Corte dizia respeito à recusa de John McCulloch, funcionário do *Bank of the United States*, instituído por lei federal, em pagar um tributo cobrado do banco com base em lei do Estado de Maryland. A discussão suscitava graves problemas de conflito de competência entre a União e os Estados, tendo como pano de fundo a questão da própria constitucionalidade do poder da União

para a criação de um banco nacional. Se reconhecida a possibilidade de criação do banco, o caso reclamava ainda o exame da legitimidade constitucional da incidência sobre as suas atividades dos tributos criados por um dos estados da federação.

Mais uma vez foi Marshall quem redigiu a decisão da Corte, na qual se assentou que a União dispunha de um poder constitucionalmente assegurado para a instituição de um banco nacional e para a implantação de suas unidades nos diversos estados, os quais, ademais, “não têm qualquer poder, seja pela tributação ou por qualquer outro modo, para retardar, impedir, ameaçar ou controlar de qualquer modo a execução de leis conformes à Constituição aprovadas pelo Congresso”²¹.

Decisiva na argumentação de Marshall foi a assertiva, absolutamente contrastante com a lógica de Marshall I, de que era uma *Constituição* – e a ênfase é do original (“It is a *constitution* we are expounding”) – que estava sendo interpretada, o que exigia do juiz consideração a essa sua natureza peculiar. Nas suas palavras, “uma Constituição, se apresentasse em detalhes todas as implicações dos grandes poderes que ela admite, e de todos os meios pelos quais eles poderiam ser postos em execução, se afeiçoaria a proximidade de um código jurídico e dificilmente poderia ser apreendida pela mente humana”. Portanto, a própria “natureza” da Constituição reclamaria que “apenas os seus grandes contornos sejam marcados, apenas os seus importantes objetivos descritos, e os elementos menores que compõem esses objetivos devem ser deduzidos da natureza dos próprios objetivos. Que essa concepção foi recepcionada pelos redatores da Constituição americana não é inferido apenas da natureza do instrumento mas também da sua linguagem”.

Aplicada ao caso em exame, a nova orientação perfilhada por Marshall levou concretamente a duas importantes conclusões constitucionais: i) a doutrina dos poderes implícitos – sendo um fim legítimo e dentro

do escopo da Constituição, seriam implicitamente assegurados ao Poder Público para a sua consecução “todos os meios que são apropriados, que são plenamente compatíveis com o fim, que não são proibidos, mas consistentes com a letra e o espírito da Constituição”; e ii) ao recusar a tributação de uma entidade criada pelo Congresso, a Suprema Corte assentava que o Legislativo estadual afetava pessoas que não eram nele representadas, o que violava a pressuposição inerente à Constituição de que o direito do povo de eleger os seus representantes é uma salvaguarda contra o abuso do poder por parte dos agentes públicos eleitos.

Do ponto de vista da prática subsequente do *judicial review*, essa segunda metódica constitucional de Marshall – doravante Marshall II –, bem assim as implicações dela decorrentes, resultou, em primeiro lugar, na afirmação da noção fundamental de que, uma vez que as provisões da Constituição são direcionadas a vigorar ao longo do tempo, elas devem ser interpretadas segundo amplas construções, consoante as necessidades dos novos e imprevistos problemas que surgem. Em segundo lugar, antecipando uma questão que tem estado no centro do debate constitucional americano desde a publicação do clássico de John Hart Ely *Democracy and Distrust*, Marshall II será o início da idéia da “representation-reinforcement”, é dizer, a concepção segundo a qual a função principal do *judicial review* é eliminar as imperfeições no funcionamento do governo representativo²². Finalmente, apenas por acolher uma concepção do *judicial review* na linha do paradigma de Marshall II é que pôde a Suprema Corte proferir as diversas decisões posteriores em que: i) derivou direitos sem quase nenhuma vinculação com o texto da Constituição – liberdade contratual (*Lochner v. New York*) e direito à privacidade (*Griswold v. Connecticut* e *Abortion Cases*) –; ii) aplicou de modo geral disposições constitucionais expressamente incidentes apenas em casos mais limitados, por exemplo, pela imposição do *Bill of Ri-*

ghts contra os Estados ou, reversamente, pela aplicação contra a União da “equal protection clause” prevista na 14^a Emenda apenas para os Estados; e iii) ampliou princípios estabelecidos na Constituição além do conteúdo normativo desejado pelos *framers*, por exemplo, quando considerou incluída na proteção da 14^a Emenda a gravação de conversas por equipamentos eletrônicos²³.

2. Recepção e crítica institucional a Marshall I e Marshall II

2.1. Uma preliminar terminológica: uma questão apenas aparentemente formal

Os traços gerais da análise que se vem de empreender seguem o *script* tradicional da abordagem prevalecente no debate constitucional norte-americano, embora com uma relevante diferença no padrão terminológico. Os distintos sentidos do *judicial review* que aqui denotamos por Marshall I e Marshall II são referidos nos debates doutrinários pelo par antitético *interpretivism* e *non-interpretivism*, designações cuja origem, como reconhecido por John Hart Ely (1995, p. 1), que as tornaria de uso corrente, remonta a um outro célebre trabalho de Thomas Grey, *Do We have an Unwritten Constitution?*

Nesse seminal artigo, em que se propõe a defender as decisões dos Tribunais Warren e Burger acerca da *equal protection clause* e do *right of privacy*, Grey distingue um *pure interpretive judicial review* e um *noninterpretive judicial review*. O *pure interpretive judicial review*, “a teoria sobre a qual o *judicial review* foi fundada em *Marbury v. Madison*”, caracteriza-se por sua “fidelidade ao texto constitucional”, conquanto não se confunda com o *literalism*, porquanto esse último insiste em que “apenas as normas inferíveis do texto é que devem ser utilizadas na interpretação e decisão constitucional”, ao passo que o primeiro “certamente admite que, ao determinar normas constitucionais, as cortes possam dirigir a sua visão para pro-

pósitos estabelecidos por trás de textos eventualmente opacos”. A sua vez, o *noninterpretive judicial review* sustenta abertamente que a Suprema Corte pode exercer a função de “intérprete dos ideais básicos nacionais de liberdade individual e justo tratamento, ainda quando o conteúdo desses ideais não está expresso como um direito positivo na Constituição escrita”(GREY, 1975, p. 706).

A tese central de Grey é no mesmo sentido da terceira implicação por nós assentada ao final do tópico anterior: alguns dos mais importantes casos decididos pela Suprema Corte²⁴ têm em *Marbury v. Madison* um “paradigma inapropriado”, porquanto neles a referência e a análise do texto constitucional desempenham um papel menor, configurando-se antes como “normas dominantes da decisão (...) aquelas amplas concepções da estrutura do Estado e dos direitos individuais (...) cujo conteúdo é escassamente especificado na Constituição escrita” (GREY, 1975, p. 708).

Embora concordando com a orientação dominante na análise de Grey, é de se reconhecer que a sua distinção rigorosa entre *pure interpretive judicial review* e *noninterpretive judicial review* – ou, para usar os termos incorporados ao debate constitucional, entre *interpretivism* e *non-interpretivism* – tem o grave inconveniente de prestar-se a apreciações no sentido de que as decisões da Suprema Corte fundadas no paradigma de Marshall II não mais se inserem no âmbito da interpretação constitucional. Dessa forma, quando menos como um argumento retórico, elas tendem a reforçar as posições daqueles que sustentam que nesses casos a Suprema Corte estaria “de fato reescrevendo as ordenanças constitucionais de acordo com a preferência de uma maioria de juízes que pretende impor sua vontade sobre a nação”(BERGER, 1997, p. 465).

Por essa razão, Dworkin refuta a pertinência dessa distinção, qualificando-a como “uma variante acadêmica para o grosseiro equívoco popular de que alguns juízes obedecem à Constituição e outros a des-

consideram”, uma vez que todo juiz consci-ente da sua função acolhe a “interpretação em seu sentido mais amplo: cada um tenta sustentar a melhor interpretação a nossa estrutura e prática constitucionais, para poder vê-las em sua melhor perspectiva”(1999, p. 431).

Mais significativo ainda, o próprio criador da inovação terminológica viria posteriormente a renegar a sua criatura, assumindo expressamente que ela “distorce o debate”, uma vez que “o conceito de interpretação é amplo o suficiente para abarcar qualquer forma plausível de interpretação e aplicação constitucional”. Literalmente “lamentando os erros do passado”, Grey passa a defender que o que interessa não é discutir se os juízes devem restringir-se a interpretar, mas sim sobre “o quê” eles devem interpretar e que atitudes interpretativas devem adotar. Como alternativa, Grey sugere os novos rótulos – ao seu ver, menos enganosos – *texturalists* e *supplementers* para referir-se, de um lado, àqueles que consideram o texto como a única fonte legítima das “normas operativas” na interpretação constitucional e, de outro lado, àqueles que aceitam fontes adicionais nessa tarefa (1984, p.1).

Por essas razões, em detrimento da tradicional distinção *interpretivism/non-interpretivism*, preferiremos nesta análise a distinção Marshall I/Marshall II.

2.2. A defesa do judicial review pela Suprema Corte

No tocante à recepção do *judicial review* pelas instituições estatais norte-americanas, é de se ressaltar que, como seria de se esperar, a Suprema Corte se entende legitimada para o seu exercício nas bases abrangentes em que ele se configurou na esteira do paradigma Marshall II. Curioso é que a Corte defende essa sua elevada competência sem qualquer preocupação em ater-se a uma linha de argumentação que se identifique rigidamente com Marshall II, mas, ao contrário, adota pragmaticamente também a orientação de Marshall I nas situações em que

ela é mais conveniente às suas necessidades.

Desse modo, numa compreensão tipicamente silogística da *judicial review*, em *United States v. Butler*, a Suprema Corte, qualificando a acusação que algumas vezes lhe é dirigida de “revogar ou controlar a ação dos representantes do povo” como uma “concepção equívoca”, dirá que, quando “um ato do Congresso é apropriadamente impugnado nos tribunais como contrário a uma ordenança constitucional, o Poder Judicial do Estado tem apenas um único dever: colocar o artigo da Constituição que é invocado ao lado da lei impugnada e decidir se o último se conforma ao primeiro”²⁵.

Por vezes, o que parece colocar-se a meio do caminho entre Marshall I e Marshall II ²⁶, a Suprema Corte fundamenta a legitimidade do *judicial review* na necessidade de extrair um sentido contemporâneo para disposições vagas e abstratas de uma Constituição escrita por e para uma sociedade que já não existe mais. Pense-se, por exemplo, o que significaria para a sociedade pluralista de hoje a punição “cruel e inusual” da 8ª Emenda ou a proibição do “estabelecimento de religião” da 1ª Emenda, firmadas por constituintes que representavam um povo bastante homogêneo na suas crenças morais e religiosas. Nessa linha, em *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, a Suprema Corte considerou que a singela afirmação de que “o que as provisões da Constituição significavam na concepção [dos constituintes] ela deve significar para os nossos dias” não teria qualquer sentido útil, uma vez que, “se ela pretende dizer que as grandes cláusulas da Constituição devem ser confinadas à interpretação que os constituintes, com as condições e visões do seu tempo, teriam associado àquelas cláusulas, tal postulação conteria a sua própria refutação”²⁷.

Finalmente, num histórico posicionamento assumidamente *à la* Marshall II, a Corte, diante da recusa do Governo de Arkansas em acatar a orientação contra a segregação racial firmada em *Brown v. Board*

of Education, defendeu a autoridade da sua decisão não apenas como o direito válido da nação mas já como “the supreme law of the land”, vinculante para todos os poderes públicos estaduais, assentando ainda que, para aqueles que não são agentes públicos, o seu dever de obedecer à Constituição é um dever de obedecer à Constituição no sentido em que por ela interpretada. Fundando essa sua orientação já mesmo na formulação de Marshall em *Marbury v. Madison*²⁸, a Suprema Corte asseverou:

“O art. VI da Constituição faz da Constituição o ‘supremo direito da nação (*the supreme law of the land*)’. Em 1803, o *Chief Justice* Marshall, falando por uma Corte unânime, referiu-se à Constituição como ‘o direito fundamental e proeminente da nação’ e declarou no notável caso *Marbury v. Madison* que ‘é enfaticamente a função e o dever dos órgãos judiciais dizer o direito’. Essa decisão declarou o princípio básico de que o Judiciário federal é supremo na exposição do direito da Constituição, e que esse princípio tem sido sempre respeitado por esta Corte e pela nação como uma característica permanente e indispensável do nosso sistema constitucional. Daí decorre que a interpretação da 14^a Emenda enunciada por esta Corte no *Brown case* é o supremo direito da nação (*the supreme law of the land*), e o art. VI da Constituição a torna de efeito vinculante sobre os Estados (...). Todos os agentes do Executivo, Legislativo e Judiciário estadual estão solenemente obrigados, pelo juramento tomado de acordo com o art. VI, cláusula 3, ‘a sujeitar-se a esta Constituição’”²⁹.

2.3. A resistência do Legislativo e do Executivo ao judicial review

Ao contrário do que normalmente se imagina entre nós, na experiência norte-americana o acatamento ao “princípio básico”,

enunciado pela Suprema Corte, “de que o Judiciário federal é supremo na exposição do direito da Constituição” não é isento de contestação por parte dos outros Poderes do Estado.

No que se refere ao Legislativo, um dos exemplos clássicos é o da legislação que baniu o trabalho infantil. Em 1916, no auge da *Era Lochner*, o Congresso aprovou uma lei proibindo o comércio interestadual de produtos de indústrias que empregassem menores de 14 anos. A Suprema Corte, ao fundamento de que a regulação da jornada de trabalho de crianças nas fábricas e minas era uma questão “exclusivamente de competência estadual”, e que, conseqüentemente, o efeito final da legislação seria o de disciplinar essa matéria, considerou-a inconstitucional³⁰.

Embora acatando a decisão – o *judgment* – da Corte, no sentido de que aquela específica lei era inconstitucional, o Congresso não aceitou os argumentos por ela invocados para assim decidir — as *opinions* –, aprovando uma nova lei com a qual impunha um imposto adicional de 10% sobre a venda de produtos oriundos de tais fábricas. Novamente submetida a questão à Suprema Corte, essa invalidou a cobrança do tributo e determinou a devolução dos valores pagos pelos contribuintes, sustentando que “o assim chamado imposto é uma punição para coagir o povo de um estado a agir como o Congresso deseja que elas ajam com respeito a uma questão que, na disciplina da Constituição Federal, é da absoluta alçada do governo do Estado”³¹.

De novo o Congresso acatou o *judgment* da Corte, mas se insurgiu contra a interpretação da Constituição em que ela se baseara, elaborando, já no contexto do *New Deal*, uma nova lei – o *Fair Labor Standards Act* –, que, entre outras disposições laborais, baniu em definitivo o trabalho infantil. Assim, somente por ter “desobedecido” a interpretação da Constituição que a Suprema Corte fazia é que o Congresso, embora respeitando o dispositivo concreto por ela prolatado,

pôde, ao final da “queda-de- braço”, fazer prevalecer a sua interpretação constitucional no tocante à sua competência para legislar sobre o trabalho infantil.

Finalmente, embora normalmente se enfatize o problema da legitimidade do *judicial review* em face da atividade do legislador, cumpre abordar as implicações dessa temática com respeito ao Poder Executivo, pois que, na experiência norte-americana, é nesse domínio que se tem configurado a mais forte reação ao exercício de uma tal competência segundo o paradigma Marshall II.

Um dos primeiros a impugnar esse amplo poder e, em conseqüência, a reivindicar a competência do Executivo para no seu âmbito deliberar livremente sobre o que seria ou não constitucional foi Thomas Jefferson. Escrevendo já depois de *Marbury v. Madison*, Jefferson justificou nos seguintes termos o perdão que ele, já como Presidente, concedera a alguns dos seus correligionários republicanos, condenados com base numa lei, aprovada por um Congresso então dominado pelos federalistas, que tipificava como crime de sedição criticar o Presidente da República:

“nada na Constituição tem dado a eles [os juízes] um direito a decidir para o Executivo, mais do que o Executivo para decidir para eles. As duas magistraturas são igualmente independentes na esfera de ação a elas atribuída. Os juízes, entendendo constitucional a lei, têm o direito de proferir uma sentença com multa e prisão, porquanto esse poder lhe foi concedido pela Constituição. Todavia, o Executivo, considerando a mesma lei inconstitucional, foi incumbido de sustar a sua execução, uma vez que esse poder lhe foi atribuído pela Constituição. Esse mecanismo significa que os seus poderes coordenados devem controlar uns aos outros. Mas a opinião que atribui aos juízes o direito de decidir quais leis são ou não constitucionais, e isso não apenas para eles mes-

mos, na sua esfera de ação, mas também para o Legislativo e o Executivo, na suas respectivas esferas, transformaria o judiciário num poder despótico”³².

Essa orientação foi igualmente acolhida pelo Presidente Andrew Jackson em 1832, ao vetar, por considerar inconstitucional, um ato legislativo que autorizava novamente o funcionamento de um banco nacional, a despeito de a Suprema Corte ter firmado orientação em sentido contrário. Segundo Jackson, “todo agente público que jura obedecer a Constituição assume que a obedecerá conforme o seu entendimento dela e não conforme ela é entendida pelos outros”, pelo que, ao examinar a constitucionalidade de qualquer lei ou resolução que lhes sejam submetidas, os órgãos do Congresso e o Presidente exercem um dever equivalente ao imposto à Suprema Corte de verificar a constitucionalidade dos atos ou leis para efeito de uma decisão judicial³³.

Mas o caso historicamente mais relevante de resistência do Executivo à supremacia da Suprema Corte é o de Abraham Lincoln. A polêmica de Lincoln com a Corte, embora começando em *Dred Scott v. Sandford* – em que ele acusara a Corte de se considerar Deus ao tratar a sua decisão como o “direito supremo da nação” –, não se limitava a esse caso isolado, mas era, como para Jefferson, uma posição de princípio. Como ele afirmou numa célebre passagem:

“Nós não propomos que, quando a Corte decidiu que Dred Scott era um escravo, nós, como uma turba, deveríamos decidir que ele era livre. Nós não propomos que, quando uma ou milhares de outras pessoas sejam consideradas escravos pela Corte, nós, por algum meio violento, deveríamos nos opor ao direito de propriedade assim estabelecido. Todavia, nós de fato nos opomos a que essa decisão seja considerada vinculante para os eleitores, de modo a impedi-los de eleger quem dela discorde; ou para os membros

do Congresso ou para o Presidente, de modo a impedi-los de favorecer medidas opostas aos princípios estabelecidos naquela decisão”³⁴.

Essa posição de princípio foi colocada em cheque no caso *Ex parte Merryman*³⁵. Com o Congresso em recesso, Lincoln, alegando o interesse da segurança pública, suspendeu a concessão de qualquer *writ* de *habeas corpus*. John Merryman, preso por atos de guerra contra um regimento federal, obteve do *Chief Justice* Taney um *habeas corpus*, o qual não foi acatado pelo comandante militar responsável, sob a alegação de que Lincoln tinha suspenso a concessão daquele *writ*. Em face dessa recusa, Taney dirigiu um *writ* diretamente a Lincoln, a fim de que ele “pudesse cumprir o seu dever constitucional de cumprir as leis, assegurando a obediência ao processo nos Estados Unidos”, não logrando da mesma forma êxito. Segundo o relato do *Chief Justice* Renhquist, a única e melancólica atitude de Taney foi reconhecer que, embora exercendo todo o poder que a Constituição e as leis lhe conferiam, tal poder fora confrontado por “uma força muito poderosa para ser superada”.

3. A apreciação doutrinária ao judicial review

3.1. Um recorrente ponto de partida: Alexander Bickel

Um recorrente ponto de partida no debate norte-americano acerca da legitimidade do *judicial review* tem sido a obra clássica de Alexander Bickel *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. A par da inegável qualidade da obra, essa escolha tem sido grandemente influenciada pelo fato de Bickel procurar conciliar as duas posições em debate, esforçando-se para ao mesmo tempo justificar e limitar o *judicial review*. Para os nossos propósitos, essa escolha é igualmente pertinente, porquanto as posições doutrinárias que em seguida discutiremos acolhem pelo menos

uma das vertentes da abordagem de Bickel: os originalistas, que se insurgem violentamente contra Marshall II, e John Hart Ely, que não aceita nem aspectos de Marshall I nem Marshall II, assumirão sem restrições a sua ênfase na “dificuldade contramajoritária”; Michael Perry, que formulará uma contundente defesa de uma ainda mais reforçada versão do *judicial review*, recepcionará enfaticamente a sua justificação para uma visão expansiva da atividade judicial.

Partindo de uma formulação que se tornaria um *slogan*, Bickel considera que o problema central do *judicial review* é que ele se conforma como uma “força contramajoritária” no sistema constitucional norte-americano: “Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo, (...) ela frustra a vontade dos representantes do povo real (...); ela exerce controle não em nome da maioria prevalecente mas contra essa maioria”. Portanto, mesmo assumindo que o processo político de representação é freqüentemente imperfeito e que os juízes não são, como tradicionalmente se alega, politicamente insensíveis, nada “pode alterar a realidade essencial de que o *judicial review* é uma instituição anômala na democracia americana”(BICKEL, 1986, p. 17-19).

Para Bickel a impossibilidade de se estabelecer um exercício do *judicial review* plenamente compatível com a teoria democrática implica que o melhor que podemos alcançar é uma “acomodação tolerável” entre aqueles dois elementos, capaz de atenuar a acusação quanto ao caráter antidemocrático do *judicial review*. Isso se efetivaria se o processo de interpretação e aplicação de normas constitucionais viabilizasse a expressão de um aspecto da vontade popular real: é que, segundo Bickel, uma boa sociedade não desejará apenas satisfazer as necessidades da maioria mas também se esforçará para apoiar e manter “valores gerais duradouros” (1986, p. 25).

Exatamente nesse ponto reside o argumento de Bickel para viabilizar esse *judicial review* toleravelmente acomodado às exigên-

cias de uma democracia representativa: comparados aos legisladores e agentes executivos, os tribunais têm mais habilidades para tratar com esses valores duradouros, com “as questões de princípios”. Os agentes públicos tipicamente responsáveis perante o eleitorado muitas vezes tomam decisões que mesmo involuntariamente atingem os “valores que sustentamos ser de interesse mais geral e permanente”. Nesses casos, quando a pressão por resultados imediatos é forte e de elevado teor emocional, aqueles agentes “normalmente preferirão agir segundo os seus próprios interesses e não segundo uma visão mais abrangente”. Isso é que faz com que os legisladores se evidenciem extremamente mal equipados para dar conta do encargo que se espera deles de não apenas respeitar “a prevalência de princípios já estabelecidos” mas também de alcançar o “estabelecimento e a renovação criativa de um conjunto coerente de regras orientadas por princípios (*principled rules*)” (1986, p. 25).

Os juízes, ao contrário, têm, ou ao menos deveriam ter, a capacidade crucial para identificar os valores duradouros da sociedade, ou seja, o “treinamento e o distanciamento para comportar-se como acadêmicos (*to follow the ways of the scholar*) na persecução dos fins públicos”, pelo que eles podem “apelar ao melhor da natureza dos homens”, às suas aspirações que podem ter sido esquecidas nestes momentos mais difíceis (BICKEL, 1986, p. 25-26).

3.2. O ataque originalista a Marshall II: a legitimidade democrática do governo dos mortos

No debate constitucional norte-americano, consideram-se originalistas aqueles que sustentam que o exercício do *judicial review* é legítimo apenas quando na interpretação da Constituição os juízes, em especial a Suprema Corte, atêm-se à vontade ou compreensão original (*original intent or understanding*) dos pais constituintes. Acolhendo parcialmente Bickel, os originalistas conside-

ram antidemocrático que juízes, agentes eleitoralmente não responsáveis, digam aos representantes da maioria, esses sim responsáveis perante os eleitores vivos de hoje e os *framers* mortos do passado, o que eles podem ou não fazer. Adotando a nossa terminologia, serão originalistas aqueles que aceitam apenas o paradigma do *judicial review* de Marshall I, rejeitando o de Marshall II.

Surgindo nos Estados Unidos como uma reação crítica ao, assim por eles considerado, “ativismo judicial” dos Tribunais Warren e Burger, o originalismo, tradicionalmente associado a posições políticas e morais consideradas conservadoras, terá entre os seus principais defensores Robert Bork – cuja indicação por Reagan para a Suprema Corte seria rejeitada pelo Senado –, Raoul Berger³⁶, Edward Meese III – *Attorney General* no Governo Reagan –, e, entre os atuais membros da Suprema Corte, o *Chief Justice* Willian Renhquist e o *Justice* Antonin Scalia³⁷.

Assumindo e atualizando a idéia de *neutral principles* proposta por Wechsler em 1959 (p. 1-35), Bork sustentará que o juiz deve manter-se vinculado ao “texto e à história” da Constituição, e não “construir novos direitos” (1971, p. 8). Se os constituintes realmente quisessem delegar aos juízes a função de criar novos direitos, tal como na prática efetivamente se fez pelo trabalho da Suprema Corte seguindo o paradigma Marshall II, eles, segundo Bork, teriam atribuído à 9ª Emenda alguma redação similar à seguinte: “A Suprema Corte, de tempo em tempo, identificará e fará valer direitos adicionais determinados a partir da filosofia moral ou por consideração às idéias dominantes do governo republicano” (1979, p. 697). Como isso não foi feito, nos casos em que o *original intent* da Constituição

“não contém uma eleição moral ou ética, o juiz não pode utilizar seus próprios valores para rechaçar a decisão da coletividade expressa na lei. Essa, por definição, é uma base inadequada para o *judicial review*. (...) Os tribu-

nais devem aceitar qualquer escolha de valores do legislador, a não ser que ela seja inequivocamente contrária à escolha feita quando da redação da Constituição”(1971, p. 10-11).

No limite, se uma tal concepção originalista não se revelar adequada, a única solução legítima que remanescerá é abandonar o *judicial review* e “deixar que as maiorias democráticas governem livremente, pois não existe qualquer direito superior ao seu”. Levando ao extremo o uso político da sua formulação teórica, e compreensivelmente contundente contra aqueles que militaram na vitoriosa campanha contra a sua nomeação para a Suprema Corte, Bork dirá que “a ortodoxia do *original understanding* e a neutralidade política que a jurisdição requer são um anátema à cultura liberal que por cinqüenta anos tem obtido uma sucessão de vitórias políticas nos tribunais e que anseia por mais vitórias políticas no futuro”. Essa ortodoxia americana seria objeto do ódio dos representantes da cultura liberal em razão de que eles têm uma agenda moral e política própria que não pode ser apoiada na Constituição nem por qualquer legislatura cujos membros desejem ser reeleitos. Por isso que “esses *partisans* querem juízes que conquistarão as suas vitórias alterando a Constituição”(1991, p. 7).

Em posição similar, Berger (1997, p. 460) chega a indagar “quanto tempo poderá sobreviver o respeito do povo por uma Corte, da qual depende em última instância o seu poder, quando se considera que a Corte que condena atos dos outros como inconstitucionais atua ele mesma inconstitucionalmente?”.

3.3. A crítica de Ely a Marshall I e Marshall II: o *judicial review* como usurpação da democracia

Provavelmente a mais articulada apreciação do padrão do *judicial review* vivenciado nos Estados Unidos é aquela enunciada por John Hart Ely³⁸. Além de criticar profundamente os paradigmas Marshall I e Marshall II – interpretativismo e não-interpretativismo, na terminologia que ele her-

dou de Grey e disseminou –, Ely, assumindo o projeto de Bickel mas chegando a conclusões radicalmente divergentes, propõe-se a desenvolver uma formulação que possa conciliar o *judicial review* com os fundamentos democráticos do sistema jurídico-político dos Estados Unidos³⁹.

Segundo Ely, diferentemente do verificado com respeito à Declaração de Independência e aos Artigos da Confederação, a Constituição foi integralmente “submetida à ratificação do ‘povo mesmo’”. Essa circunstância não seria um mero simbolismo sem importância, já que o fato de o próprio texto da Constituição prescrever eleições e uma forma republicana de governo nos estados expressa “seu claro compromisso com um sistema de democracia representativa tanto no nível federal quanto estadual”. Aludindo ao ensaio 38 de Madison nos *Federalist Papers*, Ely assinala como um fato notável que nenhuma outra forma de governo chegou a ser seriamente considerada entre os constituintes (1995, p. 5).

Para Ely, o interpretativismo (Marshall I) apresenta *prima facie* duas grandes vantagens em relação a uma abordagem não-interpretativista (Marshall II): i) a sua maior compatibilidade com as concepções usuais acerca do que é o direito e de como ele opera; e ii) a sua maior compatibilidade com a teoria democrática subjacente ao sistema de governo norte-americano.

Com respeito à primeira, Ely sustenta que, ao interpretar uma lei, seja para verificar a licitude de alguma conduta particular seja para decidir da sua conformidade com outra norma jurídica – situação mais característica das questões constitucionais –, um tribunal certamente se restringirá a determinar o escopo e as restrições expressas ou implícitas no seu texto. Se em tal situação um juiz se declarasse insatisfeito com o conteúdo daquela lei e manifestasse a intenção de aplicar outros valores mais fundamentais, que ele entendia serem compartilhados pelo povo, poder-se-ia concluir que “ele não estaria fazendo o seu trabalho”⁴⁰.

Quanto à segunda vantagem, Ely sustenta que uma abordagem interpretativista é mais defensável quando se atenta para o problema central, indicado por Bickel, do *judicial review*: criar um órgão que não é “eleito ou politicamente responsável em qualquer modo significativo” com competência para dizer aos representantes eleitos pelo povo que eles não podem atuar como eles gostariam. É que o risco de os juízes se pautarem segundo a sua própria discricionariedade é infinitamente menor quando eles adotam uma posição interpretativista, porquanto nesse caso eles se baseiam nos valores do próprio texto ou da história da Constituição, o que em última análise significa – uma vez que a Constituição recebeu a ratificação popular – que eles se baseiam em valores oriundos do povo mesmo. Numa abordagem não-interpretativista, ao contrário, são os próprios juízes que definem os valores que deveriam ser colocados além do controle da maioria, o que inegavelmente seria incompatível com a teoria democrática.

Todavia, sob outro aspecto, também o interpretativismo não é compatível com a democracia, sendo essa precisamente a primeira das duas restrições que Ely imputa a essa abordagem, levando-o a descartá-la como uma expressão legítima do *judicial review*. É que a subordinação irrestrita ao *original intent of the Framers* importaria negar às gerações seguintes o direito, igualmente legitimado na democracia, de decidir como gostariam de viver as suas vidas. A segunda deficiência do interpretativismo, segundo Ely, é que na Constituição – “the interpretivist’s Bible” –, ao lado das disposições de conteúdo bem preciso – nas quais “a linguagem é tão clara que uma referência a propósitos parece desnecessária” –, existem cláusulas de significado extremamente aberto (*extremely open-textured*), que outra coisa não são do que “amplos convites para importar para o processo de decisão constitucional considerações que não estarão baseadas na linguagem da [Constituição ou] das emendas ou nos debates que levaram a elas” (1995, p. 14).

Mas o fato de ser insustentável o exercício do *judicial review* segundo a lógica de Marshall I não implica que estaria legitimada uma orientação não-interpretativista, à *la* Marshall II, que atribui à Suprema Corte a competência para dar “conteúdo às disposições de sentido aberto (*open-ended*) da Constituição por meio da identificação e aplicação sobre os poderes eleitos daqueles valores que são, por uma ou outra fórmula, realmente importantes ou fundamentais” (ELY, 1995, p. 43). É que para Ely todas as fontes indicadas como base para a identificação desses valores fundamentais são inaceitáveis.

Com efeito, a aplicação de *valores pessoais* dos próprios juízes contradiz o princípio democrático, uma vez que implicaria a imposição da vontade de um corpo de pessoas que não presta contas de sua ação perante o eleitorado sobre a vontade da maioria formada a partir da legítima manifestação política dos próprios eleitores. Ademais, essa posição colocaria a vida das pessoas, que depende tremendamente das decisões da Suprema Corte, à mercê do relativismo do que cada um dos juízes entenda seja um valor fundamental.

O *direito natural* é uma fonte de valores essencialmente vaga e contraditória, no sentido de que pode ser invocada para justificar quase todo tipo de posição. Ely cita como exemplos a escravidão – que era, por um lado, combatida pelos abolicionistas como afrontosa aos direitos naturais de toda criatura humana e, por outro, era considerada nas Constituições de Kentucky (1850) e de Kansas (1857) como “anterior e superior a qualquer sanção constitucional” – e a que ele considera a mais explícita invocação do direito natural em uma decisão da Suprema Corte, qual seja, a de Bradley em *Bradwell v. Illinois*, em que se negou o direito ao exercício da advocacia a uma mulher, ao fundamento de que “a organização da família, que é fundada nos mandamentos divinos, e a natureza das coisas indicam a esfera doméstica como aquela que apropriadamente diz respeito à mulher. (...) O destino e missão

superior da mulher é cumprir o nobre e benigno ofício de esposa e mãe. Essa é a lei do Criador”⁴¹.

Quanto aos chamados “neutral principles”, Ely afirma que, na sua formulação originária, não haveria qualquer problema, porquanto a essência do apelo de Wechsler era simplesmente que a Suprema Corte deveria ser “neutra” no sentido de que um princípio aplicado a um caso deveria ser igualmente acatado em todos os outros casos similares. Todavia, o desenvolvimento posterior dessa idéia teria levado alguns a considerar os “neutral principles” não apenas como uma forma de limitação à atividade dos juízes mas antes como uma fonte de conteúdos substantivos. Para Ely, essa postulação seria ambígua e falaciosa, uma vez que “requerimentos de generalidade de princípio e neutralidade de aplicação não proporcionam uma fonte de conteúdo substantivo” (1995, p. 55).

Com respeito à sugestão, dominante na literatura constitucional, para que na descoberta dos valores fundamentais os juízes utilizem “o método da razão familiar ao discurso da filosofia moral” – conforme uma formulação de Bickel –, Ely alega que “tecnicamente a razão por si só não pode nos dizer nada: ele pode apenas conectar premissas à conclusão”. E, uma vez que cada pessoa tem a sua própria opinião sobre qual seja a filosofia moral correta, as questões constitucionais passariam a depender da posição de cada juiz com respeito às orientações filosóficas em voga. Assim, fazendo referência aos então influentes e antagônicos trabalhos de Rawls e Nozick, Ely enuncia, ironicamente, como seria uma decisão da Corte: “Nós gostamos de Rawls, vocês gostam de Nozick. Nós vencemos, 6-3. A lei é inválida”. Ademais, segundo Ely, os juízes não são as pessoas mais habilitadas a identificar qual seja a filosofia moral correta, uma vez que eles – do mesmo modo como os juristas e filósofos morais –, situando-se nos estratos superiores da classe média, tendem a considerar os seus próprios valo-

res como sendo aqueles igualmente importantes para as demais pessoas. Em resumo, a razão “ou é uma fonte vazia (...) ou, se não é vazia, é tão flagrantemente elitista e antidemocrática que deveria ser refutada de saída” (1995, p. 59).

No que se refere à *tradição*, Ely a reputa uma fonte que apresenta a mesma debilidade já apontada no tocante aos valores pessoais dos juízes, ao direito natural e à razão, é dizer, a impossibilidade de a partir dela ser definida objetivamente, com independência da posição pessoal de cada juiz, uma resposta que possa justificar a invalidação de um posicionamento contrário do legislativo. Além disso, a idéia de um respaldo na tradição tem uma natureza não-democrática, pois que “é dificilmente conciliável com a teoria do nosso governo a proposição de que uma maioria de ontem, assumindo que seja uma maioria, deva controlar a de hoje” (1995, p. 62).

Finalmente, Ely analisa a sugestão que ele considera ser a idéia que estaria no “core da maioria das posições dos ‘valores fundamentais’”: a idéia de que o conteúdo das disposições constitucionais expressas em termos vagos deveria ser determinado com base nos “valores amplamente compartilhados na sociedade”, o *consenso*. Tomando como referência a abordagem de Wellington⁴², Ely considera que, *prima facie*, o consenso supera as duas principais restrições por ele apontadas: em primeiro lugar, o consenso não se dilui no relativismo da subjetividade de cada juiz, já que os valores consensuados estão “aí fora” para serem descobertos; depois, ele não conflita com os fundamentos democráticos do sistema de governo, já que esses valores são produto de opiniões da maioria. Todavia, para Ely, essa impressão inicial seria enganosa. É que, caso se considere que a função do consenso é proteger os direitos da maioria, assegurando que a legislação realmente reflita os valores populares, inegavelmente o processo legislativo estaria muito melhor qualificado para esse fim do que o processo judici-

al. E, caso se considere que o consenso destina-se a proteger os direitos dos indivíduos e minorias contra a ação da maioria, chegar-se-ia a um *nonsense*: “empregar os juízos de valor da maioria como o veículo para proteger as minorias dos juízos de valor da maioria” (1995, p. 69).

3.4. A defesa de um *Marshall II* hiper-reforçado: Michael Perry e o *judicial review* como constitutional policymaking

Na defesa de um exercício ativo do *judicial review* por parte dos juízes com vistas à afirmação de valores constitucionais substantivos, Michael Perry⁴³ é um autor que pode ser apresentado como um contraponto à altura das contundentes críticas de John Hart Ely. Adotando a terminologia cunhada por Grey e disseminada por Ely, mas chegando a resultados absolutamente diferentes deste último, Perry partirá também do reconhecimento de duas modalidades de *judicial review* praticadas pela Suprema Corte: o *interpretive judicial review* e o *noninterpretive judicial review*.

Para ele, ocorreria um *interpretive judicial review* quando a Suprema Corte afere a conformidade constitucional de uma norma com base “em um juízo de valor recolhido, ainda que não necessariamente de modo expresso, em um preceito determinado do texto constitucional ou na estrutura de governo inerente à Constituição” (PERRY, 1982, p. 10). Essa modalidade de *judicial review*, identificável, sem maiores problemas, com Marshall I, não suscitaria qualquer questionamento quanto à sua legitimidade, uma vez que aí a Suprema Corte tão-somente verificaria se a norma submetida ao seu controle conforma-se aos limites estabelecidos nos juízos de valor dos *framers*.

A sua vez, tem-se um *noninterpretive judicial review* quando a Suprema Corte procede ao controle de constitucionalidade da norma com base “em um juízo de valor distinto daquele constitucionalizado pelos *framers*”. Essa dimensão do *judicial review* seria não-interpretativa em razão de que a

Suprema Corte chega à sua decisão sem interpretar qualquer dispositivo da Constituição, “embora, por segurança, o Tribunal venha a justificar a sua decisão com uma retórica destinada a criar a ilusão de que está simplesmente ‘interpretando’ ou ‘aplicando’ alguma disposição constitucional” (1982, p. 11). Essa variante – que, em razão da amplitude em que enunciada por Perry, por vezes parece exceder mesmo o âmbito do *judicial review* associado neste trabalho ao paradigma Marshall II⁴⁴ – é considerada ilegítima pelos “interpretativistas”, porquanto pressupõe a imposição pela Suprema Corte dos valores subjetivos dos juízes sobre os valores do legislador.

Repetindo e radicalizando um argumento antes mencionado de Grey, Perry dirá que, caso não se acolha no âmbito do *judicial review* também essa sua segunda versão, uma parte significativa da jurisprudência da Suprema Corte do século, em particular aquela relativa à liberdade de expressão no período dos Tribunais Warren e Burger, seria ilegítima, já que “muito pouco dessa doutrina reflete algum juízo de valor constitucionalizado pelos redatores da 1ª Emenda” (1982, p. 63). Nesse ponto, Perry refuta o argumento de Dworkin para abarcar ainda nos limites do *interpretive judicial review* essas decisões, é dizer, o de que os constituintes teriam constitucionalizado apenas *conceitos* e não *concepções* acerca dos valores, sustentando que a história do processo de elaboração da Constituição demonstra que os constituintes estavam constitucionalizando valores precisos e, da nossa ótica atual, limitados.

Portanto, para Perry, aqueles que pretendem legitimar um *noninterpretive judicial review* – um Marshall II hiper-reforçado – presariam um desserviço quando invocam argumentos textuais ou históricos inconsistentes, ao invés de assumir com franqueza que a maior parte das decisões da Suprema Corte com respeito a direitos fundamentais não mais se enquadra nos limites do que poderia ser considerado uma “interpretação constitucional”, sendo antes “um tipo

de formulação de política (*policymaking*) por meio da qual a Suprema Corte decide sem qualquer vinculação a algum juízo de valor constitucionalizado pelos constituintes”. Em suma, essas decisões “não expressam (...) a interpretação e aplicação de valor assumidos e recolhidos pelos redatores da Constituição, mas sim juízos de valor elaborados e impostos pela Suprema Corte sobre os poderes do Estado eleitoralmente responsáveis”(1982, p. 2).

Mas como poderia uma tal prática estar ainda compreendida no âmbito do que propriamente se poderia chamar de *judicial review*? E qual seria a base da legitimidade para um tal exercício de *policymaking* pela Suprema Corte? Ao contrário de Ely, que se propusera a construir um modelo de *judicial review* que fosse compatível com a *teoria democrática subjacente ao sistema político norte-americano*, Perry se contenta com uma resposta *funcional* para essas questões: se por meio desse *constitutional policymaking* a Suprema Corte desempenha uma função pública fundamental para a qual, realisticamente falando, não se consegue vislumbrar qualquer prática alternativa, e se essa função consegue se acomodar – na linha da “acomodação tolerável” de Bickel – ao princípio democrático da responsabilidade eleitoral dos formuladores de política (os *policymakers*), essa prática estaria legitimada como uma expressão do *judicial review* de competência da Suprema Corte.

Com respeito ao primeiro requisito, Perry argumenta que o povo americano se entende obrigado a promover o progresso moral por meio de respostas adequadas a questões de direitos fundamentais, já que ele não aceita que a moral seja arbitrária, que a justiça se reduza à soma de preferências da maioria. Portanto, a sociedade americana precisa de um “profeta moral” que verifique se as decisões da maioria, expressas no texto das leis, são compatíveis com aquele progresso moral. Acolhendo o argumento de Bickel, Perry considera que, entre os poderes do Estado, o Judiciário seria o mais

habilitado para exercer essa função, uma vez que o Legislativo e o Executivo “tendem a enfrentar as questões políticas e morais fundamentais, pelo menos as mais controvertidas, balizados pelas convenções morais prestigiadas pela maioria dos seus eleitores”, o que os leva a querer não o progresso moral mas sim a cancelar as preferências atuais do povo que elege. Em suma, o que justificaria o exercício desse *noninterpretive judicial review* é que ele exerce a função de corrigir o que, de outro modo, seria uma lacuna grave no sistema político norte-americano, é dizer, “a ausência de uma instituição de formulação de políticas (*policymaking*) que enfrente regularmente os problemas políticos e morais fundamentais sem o apelo (...) às convenções morais já estabelecidas”(1982, p. 101).

Quanto ao requisito da “acomodação tolerável”, após refutar outras sugestões que se pretendem conducentes a esse resultado⁴⁵, Perry sustenta que isso seria alcançado por meio do exercício pelo Congresso da competência prevista no art. III, § 2º, cláusula 2ª, da Constituição, que lhe permite limitar a jurisdição da Suprema Corte e dos demais tribunais federais⁴⁶. Dessa forma, o Congresso poderia limitar os efeitos das decisões ou orientações jurisprudenciais da Corte suprimindo a sua jurisdição sobre determinadas questões, por exemplo, o direito ao aborto. Para Perry, conquanto não seja agradável a idéia de se conceder tão amplo poder para que o Congresso limite o “profeta moral” da sociedade, todo jurista interessado em justificar o *noninterpretive judicial review* e deferente ao princípio da responsabilidade eleitoral dos *policymakers* concordaria com essa restrição (1982, p. 137).

4. Conclusão: sobre niilismo e fundamentalismo constitucional

“In matters of power, the end of doubt and distrust is the beginning of tyranny”. (Laurence Tribe)

Talvez fosse menos oneroso intelectualmente concluir este ensaio assumindo sem

mais uma posição similar à de Brest (1981, p. 1063) e conformar-se com a conclusão de que “a controvérsia sobre a legitimidade do *judicial review* em um sistema democrático – a obsessão histórica das teorias normativas acerca do Direito Constitucional – é inerentemente incoerente e sem solução”. Nessa mesma linha, quem sabe não seria o caso de, aquiescendo ao apelo de Tribe (1985, p. 7), reconhecer a futilidade de se buscar formular uma teoria que possa adequadamente legitimar a prática do *judicial review*, sem tomar seriamente em conta que “nenhum exercício de poder, em qualquer sociedade que o planeta tenha conhecido, é genuinamente desprovido de problemas”.

Por, força é reconhecer, o exercício de um tal poder de *judicial review of the constitutionality of legislation* jamais se reconduzir isento de contestação ao que tradicionalmente se entende seja a função jurisdicional – a de decidir casos e controvérsias concretos a partir de um dado direito –; depois, em conseqüência, por implicar o exercício desse poder que as cortes constitucionais façam política – já que, por evidente, somente por meio de juízos políticos poderão ser confrontadas com uma Carta Política as decisões políticas de um corpo político⁴⁷ –, o fato é que essa função de verificar a conformidade constitucional de normas está condenada ao castigo eterno da polêmica constitucional.

Todavia, não é o caso de se quedar num niilismo constitucional, pois que precisamente o que se pode recolher como ensinamento do debate norte-americano é o valor da prática institucional de uma comunidade política quando, dentro das possibilidades reais que se oferecem, ela, em um padrão mínimo tolerável, organiza-se como uma república sujeita ao governo do direito legitimamente posto pelos homens e não ao governo dos homens ilegítimamente criados de direito.

Daí por que não será difícil refutar como afrontosa ao valor essencial da soberania popular a idéia de um fundamentalismo originalista por força do qual se deveria con-

sultar os mortos para deles extrair comandos vinculantes para a conduta dos homens e mulheres de hoje. Por serem tão povo quanto o eram os redatores da Constituição de ontem é que podem os homens de hoje reivindicar o seu direito incontestável de viver também a sua própria Constituição, de gozar do seu “momento constitucional” (Ackerman) para decidir legitimamente acerca dos valores em função dos quais desejam reconduzir a uma forma jurídica o acerto político fundamental no tocante ao modo como pretendem viver a sua vida. A experiência de sabedoria, mas também de ignorância, dos antepassados por certo que deverá ser consultada ao tomarmos decisões constitucionais hoje, mas isso não ao ponto de implicar a renúncia a esse direito fundamental de todos os homens de participarem eles mesmos na produção das normas que governarão as suas vidas.

E atento exatamente a esse primeiro risco fundamentalista é que se deve ser receptivo a orientação que valora a necessidade de abertura à moralidade por parte dos juízes constitucionais, ao enfrentarem as questões decisivas para a existência humana que são cultivadas na seara constitucional. É que, embora não possamos declinar uma teoria rigorosa que respalde uma tal postura, é apenas por referência a ela que poderemos ousar dizer ao próprio povo soberano que ele não pode tudo⁴⁸, que nem uma maioria expressiva de seus membros, representados numa convenção constituinte ou mesmo reunidos numa assembléia direta, pode, por exemplo, querer assegurar a alguns o direito de possuir como escravos outros homens e mulheres, ou a negar a alguns, tão-só em razão da sua raça, cor ou condição econômica, o exercício e a proteção de direitos inerentes à condição humana aos demais assegurados. Desde que não se configure aí a operação de um novo fundamentalismo constitucional, um fundamentalismo meramente legitimador da imposição dos valores e preferências do “profeta moral” da comunidade, sem qualquer enraizamento an-

tropológico, histórico ou moral, sobre os valores e preferências da própria comunidade, essa abertura constitucional à moralidade estará sempre legitimada.

E, por derradeiro, é em razão dessa última convicção que se deve estar alerta para um terceiro risco fundamentalista. Com efeito, não fora por nós conhecido o sábio conselho de Maquiavel segundo o qual “a maneira como vivemos é tão diferente daquela como deveríamos viver que quem despreza o que se faz pelo que deveria ser feito aprenderá a provocar a sua própria ruína, e não a se defender”(1979, p. 64), é possível que tivéssemos motivos para anuir aos clamores de Ely no sentido de que invocar o *judicial review* para “inventar” direitos sequer pensados pelos constituintes seria uma imposição intolerável de juízes sem legitimidade popular sobre a vontade dos representantes do povo democraticamente eleitos. Mas por que o povo que pode legitimamente deferir a seus representantes o exercício em seu nome de quase todas as funções de governo não poderia, também legitimamente, aceitar que alguns entre os seus membros o representem na missão de identificar quais são os valores, a extrair de uma Constituição que se assume “eterna”, que regularão a vida cambiante de todos os dias? Será que devemos, num “fundamentalismo democrático”, pretender ser mais democráticos que o próprio povo e exigir que ele, quem sabe num “plebiscito de todos os dias”, decida diretamente todos os valores que ele próprio tem livremente deixado à deliberação de outrem? Quando a democracia alcança um conteúdo mínimo de realidade, não deveria ser deixado ao juízo do próprio povo o decidir se permanecem fazendo a sua vontade aqueles que, ao interpretar e aplicar o direito da Constituição, decidem quais são os valores que governarão dimensões fundamentais da nossa vida?

Enfim, é provável que os constitucionalistas nunca venhamos a entrar em acordo sobre qual a teoria do *judicial review* que melhor se ajuste aos requisitos de legitimação

democrática, mas será certo que, quando o povo não governa sobre aqueles que sobre eles governam com suas decisões constitucionais, não estaremos mais na república e sim na tirania dos juízes. Apenas o povo é que pode decidir se o “governo dos seus juízes” é tal qual videira que dá o fruto que “alegra Deus e os homens” ou como espinheiro cuja sombra não nos traz qualquer proteção.

Notas

¹ O presente *paper* foi apresentado no 1º semestre/2000 no Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

² Ao contrário do que se verifica na Europa — por exemplo, na Alemanha e na Itália —, os tribunais federais norte-americanos, em especial a Suprema Corte, consideram incompatíveis com a natureza da função judicial responder “questões hipotéticas” ou prolatar decisões sem qualquer efeito prático, em que apenas seriam formuladas recomendações ou apelos aos poderes públicos (*advisory opinions*). Cf. *Clinton v. Jones*, 520 US 699 (1997), em que se reafirmou que “the judicial power to decide cases and controversies does not include the provision of purely advisory opinions to the Executive, or permit the federal courts to resolve non justiciable questions”.

³ McCLOSKEY, 1994, p. 3. De uma ótica mais pragmática, Perry sustenta que “the debate about whether the Constitution establishes judicial review has limited relevance today. The practice of judicial review, including the modern practice of judicial review of federal acts, has indisputably become a definitive feature of American government — indeed, a feature we unreservedly hold out as a model to the world. (...) In the sense that judicial review is now a definitive feature of American government — a *constitutive* feature — judicial review is constitutional” (PERRY, 1994, p. 26).

⁴ CLINTON, 1989, p. 7.

⁵ Com a mesma posição do texto, cf. Blanco Valdés, que fala em “opinião majoritariamente favorável dos *Pais Fundadores* no tocante à atribuição aos juízes da função de controle de constitucionalidade” (BLANCO VALDÉS, 1994, p. 134), e Currie, afirmando que, “na Convenção, tanto os defensores quanto os adversários do proposto Conselho de Revisão tinham reconhecido que as cortes examinariam a validade da legislação do Congresso” (*apud* SUNSTEIN, 1986, p. 27); entre nós, cf. POLETTI, 1995, p. 24. Em sentido contrário, McCloskey

entende que “nem as palavras da Constituição nem o provável intento daqueles que a elaboraram e ratificaram justificavam qualquer certeza em 1790 quanto ao escopo ou finalidade do poder da Corte para supervisionar os estados ou o Congresso. O máximo que se poderia dizer é que linguagem e intento não *precluam* que a Suprema Corte pudessem tornar-se o poderoso tribunal da história posterior” (McCLOSKEY, 1994, p. 5).

⁶ O *Virginia Plan*, o primeiro texto tomado como referência na elaboração da Constituição, fora proposto em 29 de maio de 1787 pelo Governador da Virgínia, Edmund Randolph, e, entre os seus 15 artigos, o 8º, no que agora interessa, estabelecia que “o Executivo e um número adequado de membros do Judiciário Nacional devem compor um Conselho de Revisão com autoridade para examinar qualquer ato da Legislatura Nacional antes da sua execução (...); a impugnação do Conselho implicará a rejeição da lei, a menos que a Legislatura Nacional a aprove novamente” (cit. em KETCHAM, 1986, p. 38).

⁷ As duas passagens referem-se a discursos de delegados na Convenção da Filadélfia e foram recolhidas em BLANCO VALDÉS, 1994, p. 130.

⁸ O *New Jersey Plan* fora apresentado em 15 de junho para suprir lacunas decorrentes da rejeição de alguns pontos do *Virginia Plan* (cf. o seu texto em KETCHAM, 1986, p. 63-65).

⁹ Cit. em KETCHAM, 1986, p. 120. Também enfrentando a questão da pertinência de cumular-se o controle (político) dos atos legislativos com o controle (jurídico) de constitucionalidade exercido pelos juízes, os delegados Martin — contrário à idéia por considerá-la “perigosa inovação” — e Mason — favorável — apresentam argumentos relevantes para a tese que vimos defendendo: segundo Martin, “quanto à constitucionalidade das leis, trata-se de matéria submetida aos juízes em razão da natureza mesma das suas atribuições. Por essa natureza eles têm uma competência de rejeição das leis (*they have a negative on the laws*). Associá-los ao executivo na Revisão é conceder-lhes uma dupla competência de rejeição” (KETCHAM, 1986, p. 123). Já Mason, respondendo a Martin, afirmou: “Alega-se que se os juízes participassem deste controle (*check*) sobre as leis eles teriam uma dupla competência de rejeição (*they would have a double negative*), uma vez que pela sua capacidade de interpretação das leis eles já teriam uma competência de rejeição (*they would have one negative*). Eu contesto esse argumento, uma vez que em apenas um caso essa sua capacidade poderia impedir a aplicação das leis: se eles declarassem a nulidade de uma lei inconstitucional” (KETCHAM, 1986, p. 124).

¹⁰ Na realidade, a proposta de Madison apresentava algumas especificidades: todo projeto de lei aprovado seria submetido ao exame indepen-

dente do Presidente e da Suprema Corte; a eventual decisão de impropriedade da lei seria levada à consideração das duas casas parlamentares e o número de votos para derrubar aquela decisão dependeria de se o juízo de impropriedade da lei fosse de apenas uma das duas autoridades (ou o Presidente ou a Suprema Corte), caso em que seriam necessários 2/3 dos votos de cada casa parlamentar, ou de ambas, caso em que seriam necessários 3/4 dos votos (cf. BLANCO VALDÉS, 1994, p. 133 e 134).

¹¹ Segundo Garry Wills, “embora *O Federalista* não tivesse motivado o povo a ratificar a Constituição, ela proveu-o com a mais autorizada interpretação da Constituição após a sua adoção” (p. xi da Introdução, em HAMILTON, 1982). Com posição diferente, Sunstein *et al.* advertem que, “embora os *papers* sejam frequentemente consultados como um meio de entender a teoria subjacente à Constituição e à intenção dos constituintes, é importante ter em mente que os ensaios foram em muitos aspectos peças de propaganda direcionadas a persuadir aqueles em dúvida” (SUNSTEIN, 1986, p. 7).

¹² Os antifederalistas, baseados principalmente na idéia de virtude cívica — a disponibilidade dos cidadãos para subordinar os seus interesses particulares ao bem comum — do republicanismo clássico de Montesquieu e Rousseau, consideravam que o texto da Constituição, ao propiciar uma expansão sem medida dos poderes do Governo Federal, representava uma traição aos princípios da Revolução Americana, que, segundo os Artigos da Confederação, “seriam inviolavelmente observados por todos os estados”. Para uma análise das concepções dos antifederalistas, vitoriosas na recusa à ratificação da Constituição nos Estados da Carolina do Norte e do Sul e derrotadas por escassa margem em Nova York (30 a 27), cf. a já mencionada coletânea editada por Ralph Ketcham, *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates* (KETCHAM, 1986).

¹³ “Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the constitution” (HAMILTON, 1982, p. 393).

¹⁴ HAMILTON, 1982, p. 395. Como veremos em seguida, na sua *opinion* em *Marbury v. Madison*, Marshall, sem fazer qualquer referência ao texto de Hamilton, praticamente repetirá essas palavras.

¹⁵ CAPPELLETTI, 1992, p. 62. Para uma análise dos casos no período entre a aprovação das Constituições dos diversos Estados e a adoção da Constituição Federal em que cortes estaduais invalidaram leis contrárias às suas Constituições, lista que, dependendo do autor, varia de 7 (Mario Einaudi) a

9 (Edward Corwin) julgados, cf. o excelente *El valor de la Constitución* (BLANCO VALDÉS, 1994, p. 124-128). Cf., por outro lado, a tese mais radical de Currie, na linha de que o *judicial review* já teria sido expressamente afirmado pela própria Suprema Corte antes de *Marbury v. Madison*, tanto em votos isolados de juízes — James Iredell em *Chisholm v. Georgia*, 2 US 419 (1793) e *Calder v. Bulland*, 3 US 386 (1798); e Samuel Chase em *Cooper v. Telfair*, 4 US 14 (1800) — quanto em decisões envolvendo a inconstitucionalidade de leis estaduais em face da Constituição do Estado — em *Ware v. Hylton*, 3 US 199 (1796) —, *apud* SUNSTEIN, 1986, p. 27.

¹⁶*Marbury vs. Madison*, 5 US 137 (1803).

¹⁷Como é sabido, Willian Marbury dirigiu o *writ* contra James Madison diretamente à Suprema Corte com base num dispositivo do *Judiciary Act* de 1789 que acrescentava à competência originária da Corte estabelecida na Constituição uma nova competência para emitir ordens de *mandamus* contra “qualquer tribunal ou pessoas que desempenhem cargos públicos sob a autoridade dos EUA”. Na inusitada seqüência que adotou, Marshall primeiramente concluiu que Marbury tinha direito à sua nomeação como juiz de paz, para somente ao final reconhecer que, não obstante, não seria a Suprema Corte o órgão judicial competente para assegurar esse direito, uma vez que inconstitucional o dispositivo do *Judiciary Act* que, alterando o preceito da Constituição, permitira a Marbury impetrar o *writ* diretamente junto à Suprema Corte.

¹⁸ Em *Supremacia da Constituição ou Supremacia do “Defensor” da Constituição? O efeito vinculante nas decisões da Suprema Corte*, paper apresentado no 2º semestre/1999 no Mestrado da Faculdade de Direito da UnB, a ser publicado no número inaugural da Revista Brasileira de Direitos Fundamentais.

¹⁹ “It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is”, *Marbury vs. Madison*, 5 US 137 (1803).

²⁰ Como se verá em seguida, Grey não admite expressamente essa percepção de Marshall já em *Marbury v. Madison*. Acolhendo a posição defendida no texto, cf. a importante decisão da Suprema Corte em *City of Boerne v. Flores*, 521 US 507 (1997), na qual literalmente repetiu-se o argumento de Marshall ao se declarar que, quando interpreta a Constituição, a Corte está atuando “na seara (*province*) de um órgão judicial, que tem por obrigação dizer o direito (*to say what the law is*)”.

²¹ *McCulloch v. Maryland*, 17 US 316 (1819).

²² Para uma discussão da “representation-reinforcement theory” de Ely, cf. o nosso *Fazendo o feitiço virar contra o feitiçeiro: o procedimento como estratégia de legitimação da periferia do Welfare State*, em JARDIM-ROCHA, 2000, p. 29-54. Cf. também a observação na nota 58.

²³ *Katz v. Unites States*, 389 US 437 (1967).

²⁴ A lista de Grey inclui *Dred Scott*, 60 US 393 (1857); *Lochner v. New York*, 198 US 45 (1905); *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954); *Baker v. Carr*, 369 US 186 (1962); *Death Penalty Case (Furman v. Georgia)*, 408 US 238, (1972); e *Abortion Cases (Roe v. Wade)*, 410 US 113 (1973), e *Doe v. Bolton*, 410 US 179 (1973)).

²⁵ *United States v. Butler*, 297 US 1 (1936).

²⁶ A meio caminho entre Marshall I e Marshall II porquanto uma certa discricionariedade judicial, com todas as implicações subjetivistas decorrentes, não é negada mesmo nos âmbitos positivistas que identificam a função do juiz como sendo de mera aplicação de normas preexistentes a fatos concretos (cf. nesse sentido HART, 1994, p. 137-149).

²⁷ *Home Building & Loan Association v. Blaisdell*, 290 US 398 (1934).

²⁸ E, dessa forma, como já ressaltamos anteriormente, numa posição acolhida neste trabalho e divergente da esposada por Grey.

²⁹ *Cooper v. Aaron*, 358 US 18 (1958).

³⁰ *Hammer v. Dagenhart*, 247 US 251 (1918).

³¹ *Bailey v. Drexel Furniture Co.*, 259 US 20 (1922).

³² Carta a John Adams de 11 set. 1804, *apud* TRIBE, 2000, p. 725.

³³ *Apud* TRIBE, 2000, p. 723; o caso mencionado é *Osborn v. Bank of United States*, 22 US 738 (1824).

³⁴ *The Collected Works of Abraham Lincoln*, *apud* Hartnett, 1999, p. 152.

³⁵ *Ex parte Merryman*, 17 Fed. Cases 144 (1861).

³⁶ Não obstante a referência que se vem de fazer às posições políticas dos originalistas, o próprio Berger se define como um simpatizante dos “princípios da esquerda moderada do Partido Democrático (BERGER, 1997, p. 336).

³⁷ Para uma breve referência às posições de Scalia, o mais combativo dos juízes integrantes da ala conservadora da Suprema Corte, mencione-se aqui uma passagem sua: “If the Constitution were (...) a novel invitation to apply current societal values, what reason would there be to believe that the invitation was addressed to the courts rather than to the legislature?” (SCALIA, 1989, p. 849).

³⁸ Segundo Perry, “John Ely’s *Democracy and Distrust* is the most important work in American constitutional theory in the post-*Roe v. Wade* era” (PERRY, 1994, p. 193). Embora a análise do texto baseie-se exclusivamente na formulação desenvolvida em *Democracy and Distrust*, o próprio Ely reconhece, no simpósio realizado na University of Virginia para comemorar os 10 anos da sua obra, ser ainda para ele correta a idéia de que “juízes nomeados e vitalícios devem comportar-se diferentemente dos oficiais eleitos”, em *Another such Victory: Cons-*

titutional Theory and Practice in a World where Courts are not different from Legislatures (ELY, 1991, p. 833).

³⁹ Nos limites deste trabalho, tão-somente discutiremos as críticas de Ely ao padrão do *judicial review* vivenciado nos Estados Unidos, já que a apresentação em bases adequadas da sua proposta alternativa de *judicial review*, a “representation-reinforcement theory”, reclamaria uma análise específica. Para uma descrição dos elementos centrais da abordagem de Ely, cf. JARDIM-ROCHA, 2000, p. 50-51.

⁴⁰ ELY, 1995, p. 3. Frise-se que, enfrentando a decisiva questão que decorre dessa ponderação, qual seja, saber se a natureza mesma da Constituição já inviabilizaria essa postura tradicional da interpretação jurídica, Ely, conquanto reconhecendo que essa é uma “question at the heart” do seu livro, em uma singela nota de rodapé, apenas menciona que a posição de Marshall em *Marbury v. Madison* dependia sobremaneira de se aceitar que a interpretação de uma norma constitucional envolve a mesma atividade típica da função judicial de comparar uma prescrição legal com uma outra para dizer da existência ou não de conflito.

⁴¹ ELY, 1995: 50-51. Cf. *Bradwell v. Illinois*, 83 US 130 (1872).

⁴² Segundo Wellington, “a missão da Suprema Corte é identificar o peso dos princípios na moralidade convencional e convertê-los em princípios jurídicos por conexão com o conjunto do direito constitucional” (WELLINGTON, 1973, p. 284).

⁴³ A análise que se segue recolhe as idéias desenvolvidas no primeiro e fundamental livro de teoria constitucional de Perry, *The Constitution, the Courts, and Human Rights. An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary* (PERRY, 1982). Em outro importante livro seu, o já citado *The Constitution in the Courts: Law or Politics?*, ele afirma ter adotado uma orientação que apresenta tanto diferenças quanto afinidades com respeito à sua orientação anterior. No entanto, ao nosso ver, no que interessa ao tema de fundo do presente trabalho, a ênfase de Perry ainda continua a ser a defesa da legitimidade da Suprema Corte para enfrentar as questões de “constitutional morality” que decorrem do exercício do *judicial review*, como se depreende de uma passagem sua inserida na conclusão de *The Constitution in the Courts*: “In exercising judicial review, the courts, and especially the Supreme Court, serve a representative function. In constitutional adjudication, the courts represent the political community by testing various policies and practices of community’s governments against the community’s fundamental political-moral directives” (PERRY, 1994, p. 203).

⁴⁴ Cf. a esse respeito as restrições que anteriormente formulamos à terminologia introduzida e

depois renegada por Thomas Grey, tendo em vista as implicações, como as aqui enunciadas por Perry, que dela poderiam advir (tópico 2.1).

⁴⁵ Entre elas, a idéia de que a aprovação pelo Senado dos juízes da Suprema Corte os faria também eleitoralmente responsáveis; a possibilidade de *impeachment* dos juízes; o uso do poder de emenda à Constituição para derrogar uma decisão da Corte; e o controle do orçamento do judiciário federal (PERRY, 1982, p. 128).

⁴⁶ O preceito aludido tem o seguinte teor: “A Suprema Corte exercerá jurisdição de apelação em matéria de direito e de fato, observadas as exceções e condições estabelecidas pelo Congresso”. Embora referindo-se apenas à possibilidade de limitação da “jurisdição de apelação”, os precedentes da própria Suprema Corte acolhem o entendimento de que, pela combinação desse preceito com o § 1º do mesmo art. III, que estabelece a jurisdição federal, poderia ser limitada a própria jurisdição das instâncias inferiores, subtraindo-se do seu exame determinadas questões; cf. *Kline v. Burke*, 260 US 226 (1922).

⁴⁷ Fisher afirma que “Judges share with the Legislature and the Executive the duty of defining political values, resolving political conflicts, and protecting the integrity and effectiveness of the political process” (FISHER, 1988, p. 8).

⁴⁸ Acerca do problema crucial da limitação da soberania com vistas à proteção dos direitos humanos fundamentais, cf. o nosso *A tutela dos direitos humanos num mundo de soberanias ainda “soberanas”*. Em *Revista da Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, ano 8, n. 16, p. 123-135, jul/dez 2000.

Bibliografia

BERGER, Raoul. *Government by judiciary: the transformation of the fourteenth amendment*. 2. ed. Indianapolis: Liberty Fund, 1997.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the supreme court at the bar of politics*. 2. ed. New Haven: Yale University, 1986.

BLANCO VALDÉS, Roberto L. *El valor de la constitución*. Madrid: Alianza, 1994.

BORK, Robert H. Neutral principles and some first amendment problems. *Indiana Law Journal*, v. 47, n. 1, 1971.

_____. The impossibility of finding welfare rights in the constitution. *Washington University Law Quarterly*, n. 3, 1979.

_____. *The tempting of America: the political seduction of the law*. New York: Touchstone Book, 1991.

- BREST, Paul. The fundamental rights controversy: the essential contradictions of normative constitutional scholarship. *Yale Law Journal*, v. 90, n. 5, 1981.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- CLINTON, Robert Lowry. *Marbury v. Madison and judicial review*. Topeka: University Press of Kansas, 1989.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- ELY, John Hart. Another such victory: constitutional theory and practice in a world where courts are not different from legislatures. In: symposium on democracy and distrust: ten years later. *Virginia Law Review*, v. 77, n. 4, 1991.
- _____. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. 11. ed. Cambridge: Harvard University, 1995.
- FISHER, Louis. *Constitutional dialogues: interpretation as a political process*. Princeton: Princeton University, 1988.
- GREY, Thomas. Do we have an unwritten constitution? *Stanford Law Review*, v. 27, n. 3, 1975.
- _____. The constitution as scripture. *Stanford Law Review*, v. 37, n. 1, 1984.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. New York: Bantam Books, 1982.
- HART, Herber L. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- HARTNETT, Edward A. A matter of judgment, not a matter of opinion. *New York University Law Review*, v. 73, n. 1, 1999.
- JARDIM-ROCHA JÚNIOR, José. Fazendo o feitiço virar contra o feiticeiro: o procedimento como estratégia de legitimação da periferia do Welfare State. In: *Estudos de Direito Público: homenagem aos 25 anos do mestrado em direito da UnB*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- KETCHAM, Ralph (Ed.). *The anti-federalist papers and the constitutional convention debates*. New York: Mentor Book, 1986.
- MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Brasília: UnB, 1979.
- McCLOSKEY, Robert G. *The american supreme court*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago, 1994.
- PERRY, Michael J. *The constitution, the courts, and human rights: an inquiry into the legitimacy of constitutional policymaking by the judiciary*. New Haven: Yale University, 1982.
- _____. *The constitution in the courts: law or politics?* Oxford: Oxford University, 1994.
- POLETTI, Ronaldo. *Controle de constitucionalidade das leis*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- SCALIA, Antonin. Originalism: the lesser evil. *University of Cincinnati Law Review*, v. 57, n. 3, 1989.
- SUNSTEIN, Cass R.; STONE, Geoffrey R.; SEIDMAN, Louis M.; TUSHNET, Mark. *Constitutional law*. Boston: Little Brown and Company, 1956.
- TRIBE, Laurence. *Constitutional choices*. Cambridge: Harvard University, 1985.
- _____. *American constitutional law*. 3. ed. New York: Foundation Press, 2000.
- WECHSLER, Herbert. Toward neutral principles of constitutional law. *Harvard Law Review*, v. 73, n. 1, 1959.
- WELLINGTON, Harry H. Common law rules and constitutional double standards: some notes on adjudication. *Yale Law Journal*, v. 83, n. 2, 1973.

A dinâmica do Senado brasileiro

Agaciel da Silva Maia

As leis que regulam a vida desta Nação e do seu povo nascem, de fato, pelas mãos de cada cidadão brasileiro. O político, detentor de mandato popular, ao receber a delegação do eleitor para que, em seu nome, interprete-lhe os anseios, tem sobre si a relevante responsabilidade de concorrer para a elaboração de leis que dinamizem a democracia e aprimorem as relações institucionais entre as diversas camadas da sociedade. O processo legislativo se inicia em várias vertentes, podendo vir do STF, dos Tribunais Superiores, do Procurador-Geral da República e, precipuamente, dos membros do Congresso Nacional.

A história comprova o importante papel do Senado Federal como o fiel da balança para a manutenção da democracia no País. E assim vem sendo há mais de um século e meio, com o Senado dando exemplos de austeridade, eficiência e participação ativa na construção da sociedade brasileira.

Em meio às permanentes discussões sobre a reforma do Estado, incluída nela um polêmico enxugamento da máquina administrativa, há muito a Instituição vem tomando iniciativas para a necessária economia aos cofres públicos. Ao contrário do que às vezes noticia a imprensa, vem diminuindo ao longo dos últimos anos, de forma contundente, os seus gastos e sua participação no Orçamento Geral da União. O orçamento da Casa está na ordem de R\$ 980 milhões, o que significa 0,1035 %, ou seja, 1/10 (um

Agaciel da Silva Maia é Economista, Pós-Graduado em Administração Pública pela FGV e Diretor-Geral do Senado Federal.

décimo) de um por cento do Orçamento Global. Em termos percentuais, é uma das casas legislativas de menor custo entre as nações democráticas do Ocidente.

A despeito dessa limitação, o Senado chega ao terceiro milênio equipado com o que há de melhor quanto aos instrumentos, a tecnicidade e a profissionalização de seu corpo de servidores no sentido de subsidiar os trabalhos dos Senadores e apoiá-los em todas as etapas do processo legislativo.

A revolução tecnológica que tem sido continuamente implantada, num macroprocesso de modernização, exige a adoção paulatina de novos mecanismos capazes de dar maior produtividade à ação fiscalizadora de suas comissões técnicas, servindo para inibir atitudes danosas de agentes do Estado no desempenho de suas funções, ao mesmo tempo em que vem aperfeiçoando a edição de políticas públicas no cumprimento das suas relevantes missões constitucionais. Grupos de trabalho permanecem operosos apesar das sucessivas mudanças bienais no corpo dirigente da Casa, propondo medidas de reforço à atual capacidade já existente na produção de informações, não só aos Parlamentares e aos servidores, como à sociedade de modo geral.

Começando por operacionalizar melhor suas comissões técnicas, abastecendo-as de condições capazes de lhes dar maior competitividade, o Senado tem, hoje, na informação sistematizada, um de seus itens de maior relevância. Daí a proposta da criação de uma matriz de informações gerenciadas, agrupadas e atualizadas de acordo com as necessidades requeridas, disponibilizadas conforme o processo de tomada de decisões e servindo para que possam ser feitas as avaliações prévias e permanentes, sobretudo na execução orçamentária. Assim, as Comissões Permanentes de Fiscalização e Controle podem acompanhar, avaliar e exercer as suas funções com dados e informações atualizadas, prontas a identificar previamente os desvios da normalidade, sejam de decisões que favoreçam partes, sejam de

informações privilegiadas que redundem em graves e grandes prejuízos ao Tesouro Nacional e aos contribuintes. Na outra ponta do projeto, o da edição de políticas públicas, e utilizando-se dos instrumentos de que dispõe, o Senado atinge de forma ímpar todos os setores da vida brasileira, contribuindo para a capacitação dos agentes públicos e habilitando-os não só a formularem estratégias, como ao papel de fiscalizadores de todo o processo político-orçamentário nacional.

O programa Interlegis, em pleno funcionamento, merece um capítulo à parte, eis que assumiu o compromisso de colocar à disposição das Assembléias Legislativas estaduais e das Câmaras de Vereadores todo o seu potencial informativo, extrapolando até mesmo suas funções precípuas. Mas o fez com a consciência de que, quanto mais capacitado o servidor público, maior sua capacidade de absorver e usar a informação.

Destruidas as suas confidencialidades e usos restritos, transpostas as barreiras geográficas e hierárquicas, eliminados os intermediários nas transmissões de dados, criada a instantaneidade no acesso à informação, melhorada a fidedignidade dos dados, cresceu a produtividade do agente público, e, por conseqüência, lucrou a Nação como um todo. O programa foi criado com o objetivo de implantar uma comunidade virtual dos legislativos brasileiros, consistindo na montagem de uma rede coordenada pelo Senado, que, com a utilização de uma tecnologia de ponta, aprimorada ao longo dos anos pelos técnicos que compõem o corpo funcional da Casa, disponibiliza em *home-page* todos os seus bancos de dados e, também, informações de outras casas legislativas, não só do Brasil, como de outros países. Sendo uma conjugação de fatores tecnológicos, o programa vale-se da Rede Mundial de Computadores via Internet, permitindo, além de uma *interface* de comunicação entre os legislativos, uma fonte de informação aberta a todos os interessados.

O último grande salto no campo da informação possibilitou ao Senado a obten-

ção de um dos maiores acervos documentais da história brasileira em meio magnético. Em razão da comemoração dos “500 anos do Descobrimento”, foram organizados e disponibilizados, na íntegra, 53 anos de vida pública, institucional e jurídica do Brasil (textos legais de 1946 a 1999), em forma de CD-ROM, já em sua sétima edição. Isso significa ampliação da base de dados para os 500 anos da história do Brasil. Ver-se-á, por exemplo, desde a carta de Pero Vaz de Caminha à atual Constituição brasileira, incluídos atos institucionais, e toda a legislação decorrente desses documentos. O instrumental referido já se encontra à disposição mediante CD-ROM, Internet, Interlegis, com acesso não limitado às quilométricas linhas de textos, leis, decretos e outros diplomas legais.

Desses milhares de outros documentos históricos, o pesquisador vê o que lhe interessa em sua perfeita originalidade, como assinaturas, bordas, rasuras, em seu legítimo texto e contexto, graças ao recurso do *scanner* e da inestimável competência dos servidores que emprestaram seus concursos a tão vultosa tarefa organizacional e compilativa. Dos 150 mil documentos disponíveis, hoje, na base de dados, alcançar-se-á mais de meio milhão, brevemente. Nenhuma universidade ou instituição de ensino poderá prescindir dessa formidável base histórica que, pela qualidade documental, foi, inclusive, reconhecida pelo Congresso norte-americano como uma das mais significativas do mundo, a ponto de ter servido como modelo para que aquele país também elaborasse o seu sistema de informação legislativa. Nesse sentido, muito orgulha o Senado brasileiro ser hoje uma referência para os parlamentos latino-americanos, na medida em que missões de inúmeros países vêm conhecer e estudar o funcionamento da Casa como modelo para implantação em suas origens.

Assim, o Interlegis será, em curto tempo, o maior provedor de informações políticas da América Latina e uma janela para o mundo, pela Internet. Isso é motivo de grande

satisfação para o Senado brasileiro.

Ainda no campo da informação, está disponibilizado aos Senadores, em CD-ROM, riquíssimo acervo documental, com a digitação dos Anais do Congresso desde 1823 até nossos dias. Não somente os parlamentares, como os pesquisadores, as universidades e quantos se interessem pelo acervo terão em seus computadores tudo o que se falou e votou nesses 175 anos de história do Senado da República. Mais adiante, firmado convênio com o Congresso norte-americano, vai ser possível o acesso à legislação de 26 nações. Qualquer instituição que dispuser de um microcomputador com *modem* poderá integrar-se ao gigantesco sistema de informação do Parlamento brasileiro.

E, para amparar todo esse instrumental de informação, preocupou-se a administração do Senado com o aprimoramento de seus veículos de comunicação com a sociedade. O complexo TV Senado - Rádio Senado FM - Agência Senado de Notícias - Linha 0800 - Jornal do Senado permite que milhões de brasileiros acompanhem durante as 24 horas do dia os trabalhos da Instituição. Amiúde, os veículos citados posicionam-se como únicos canais de comunicação com o grande público, permitindo completa transparência dos trabalhos legislativos. A antiga Gráfica do Senado, hoje parte da administração direta da Casa, como Secretaria Especial de Editoração e Publicações, após investimentos planejados em recursos materiais e qualificação de pessoal, surge como a mais importante gráfica oficial da América Latina.

A administração do Senado, portanto, no arcabouço de suas ações, além de proporcionar um equilíbrio coeso no orçamento destinado à Casa, tem lutado obstinadamente para alcançar a transparência em todos os níveis dos trabalhos realizados e, com determinação, tem implementado projetos que dignificam o Legislativo, fazendo com que sua imagem, a cada dia, se fortaleça mais perante a Nação.