

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 39 • nº 156  
outubro/dezembro – 2002

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 ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva, Cláudia Moema de Medeiros Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Greyciane Souza Lins e Yuri G. B. Batista

REVISÃO DE PROVAS: Maria de Jesus Pimentel, Larissa dos Santos Aguiar, Claudane  
Almeida Gonçalves, Alessandra Araújo Vieira

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Camila Luz Ferreira, Saulo Santos Briseno

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 39 · nº 156 · outubro/dezembro · 2002

Milton Luiz Pereira	‘Amicus curiae’ – intervenção de terceiros 7
Adhemar Ferreira Maciel	Observações sobre o constitucionalismo brasileiro antes do advento da república 13
Fernando Braga Viggiano	Endurecimento das penas e da execução penal: retrocesso inigualável 25
Ricardo de Brito A. P. Freitas	A legítima defesa da honra e o ‘ <i>commodus discessus</i> ’: um enfoque axiológico 33
Ivan Luiz da Silva	Das bases constitucionais do Direito Penal 41
Amandino Teixeira Nunes Junior	As modernas teorias da justiça 53
Arnaldo Moraes Godoy	Historiografia jurídica e julgamento de Sócrates 63
José de Ribamar Barreiros Soares	Estabilidade hegemônica no âmbito da integração comunitária internacional 73
Edilson Pereira Nobre Júnior	Desapropriação para fins de reforma urbana 81
Pedro Braga	O cristianismo e o direito: a revolução cristã no campo jurídico 93
Frank Larrúbia Shih	Os princípios do direito securitário 109
Nerione Cardoso Jr.	Crítica política à idéia de democracia digital 129
Hugo Hortêncio de Aguiar	Rússia – 2ª parte: a Revolução Comunista – os líderes 147
Valerio de Oliveira Mazzuoli	Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis 169
Geilza Fátima Cavalcanti	Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: um retrocesso jurídico 179
Patrícia Aurélia Del Nero	O acordo formalizado entre o Brasil e os Estados Unidos sobre as patentes farmacêuticas: um “caso drástico” 197

Dilvanir José da Costa	O sistema da responsabilidade civil e o novo Código 209
Eduardo Silva Costa	Judiciário e moralidade: a norma do art. 10 da Lei 9.421, de 24-12-1996 225
Daniela Mello Coelho	O instituto da licitação no Direito Francês 233
Laís de Oliveira Penido	A liberdade sindical no Brasil: aspectos jurídico, político e econômico 243

### *Resenha Legislativa*

*(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)*

Marcelo L. Ottoni de Castro	As proposições sobre educação na 50ª e 51ª Legislaturas (1995-2003) 265
-----------------------------	--

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

## **‘Amicus curiae’ – intervenção de terceiros**

Milton Luiz Pereira

A dinâmica dos fatos sociais, repercutindo no mundo jurídico, tem diapasão que ultrapassa a esfera do comum, exigindo estágios progressivos na conquista dos direitos. Posições ortodoxas são pressionadas e o individualismo jurídico tem os seus limites diminuídos na evolução do Direito, deixando às claras a envergadura e a atual prevalência dos interesses sociais. O fato político e econômico da “globalização” (ou mundialização) está impondo uma revisão crítica no processo judicial, com especial reflexão quanto aos meios necessários para que os direitos do cidadão sejam amplamente considerados. Nessa quadra de vigorosos comprometimentos com os direitos, individual ou coletivamente considerados, a ortodoxia não pode prevalecer no processo judicial e a acomodação conduziria ao fim da jurisdição com o conteúdo da sua efetividade. É preciso, não com revolta e sim com decisão, sugerir caminhos para conciliar a pressão global de multifários interesses com a justiça e equidade. Desse objetivo, não somente filósofos e teóricos do direito, porém todos devem participar, criticando, contestando ou sugerindo. É momento de reflexão.

Em frente, pois, de surgente ordem social e jurídica, teorizar é preciso, imaginando novos caminhos para a solução das controvérsias, cada vez mais de conteúdo coletivo. Novos conceitos de inter-relacionamento processual são reclamados para a conflitualidade que envolve interesses difusos, inclusive solicitando a participação de or-

Milton Luiz Pereira é Ministro do Superior Tribunal de Justiça.

ganismos públicos, construindo soluções pretorianas conforme o sistema normativo vigente ou provocando a elaboração legislativa.

Sobre essas linhas, adentra-se por sedutora vereda processual, com reflexões inspiradas na hermenêutica construtiva, influenciada por dominantes transformações jurídicas, políticas, sociais e econômicas do Estado. É missão indeclinável, à contemplação da contemporaneidade do direito e do *sentimento de justiça*, assecuratórios da igualdade na participação do cidadão em realizar a paz nas comunidades organizadas. É dizer: é a louvação do direito subjetivo público nas ações judiciais, sob influxo de uma sociedade em transformação – globalizada –, ao comando de crescentes movimentos reivindicatórios.

Nesse mosaico de fatores, circunscrito à atuação do Poder Judiciário, na vertente da prestação jurisdicional e, portanto, no círculo dos institutos jurídicos do processo, o *amicus curiae* ganha espaço como âncora para um procedimento justo e como ponto referencial. É instituto conhecido no direito norte-americano, favorecedor da intervenção de terceiro no processo, “... para ajudar a Corte em obter informação de que necessita para proferir uma decisão apropriada ou para impelir um resultado particular no interesse público ou um interesse privado de terceiros (de partes terceiras) que seria afetado pela decisão (solução ou resolução) da disputa” (GIFIS<sup>1</sup>, apud SOUZA, 2002). A sua participação é bem explicada por Adhemar Ferreira MACIEL:

“... de um modo geral, o terceiro – pessoa natural ou jurídica –, que tem um ‘forte interesse’ que a decisão judicial favoreça um determinado ponto de vista, sumariza um pedido (*brief*) ao juiz (comumente tribunal de segundo grau), trazendo, em poucas linhas, suas razões de convencimento. À evidência, não é todo arrazoado de qualquer pessoa que é admitido. As partes, como *domini litis*, podem recusar o ingresso do *tertius* em ‘seu’ processo. Muitas ve-

zes, as partes se põem de acordo, mas, ainda assim, a corte nega o pedido de ingresso do terceiro: a matéria não é relevante, as partes já tocaram no assunto. Órgãos governamentais, associações particulares de interesse coletivo, ‘grupos de pressão’ muito se utilizam do ‘*judicial iter*’ para deduzirem seus entendimentos, influenciando na vida de toda comunidade. Aliás, na Suprema Corte dos Estados Unidos, mais da metade dos casos de *amicus curiae* são ocasionados pelo *solicitor general*, que representa a União Federal” (2002, p. 7-10).

No sistema processual civil brasileiro, no qual o processo legal é fechado, a reflexão conseqüente é filiada à possibilidade, ou não, da sua participação em defesa de matéria relevante, mesmo não cogitada pelas partes integradas no processo formado. Deveras, existem dificuldades, considerado o princípio dispositivo que delimita o exercício do direito de ação (arts. 3º, 4º, 5º, 47 e 267, VI, CPC). Agrega-se que o terceiro, de regra, não sendo parte no processo, precisa demonstrar interesse jurídico e econômico na solução do litígio, e, inclusive, considerar que o julgado poderá afetar diretamente seu direito e não o dos litigantes (arts. 47, 50 e 54, CPC).

No entanto, a trato de instituto de maior abrangência e com homenagens à efetividade e à economia processual, a intervenção do *amicus curiae* ganha permissão, sobretudo quando se projetar a conveniência de o direito disputado ter alargadas as suas fronteiras, máxime do interesse público, facultando a composição judicial com o conhecimento de todas as suas implicações ou repercussões. Sem esse objetivo, o distanciamento das questões advindas de situações sociais em confronto com a realidade jurídica resultará em indesejável conseqüência psicossocial. Sim, a sociedade (interesse público ou coletivo) tem pré-compreensão subjetiva dos aspectos e reflexos na definição dos direitos fundamentais. Quando não é ouvida, está constituída verdadeira revolta contra os fatos.

Essas realidades imantam a necessidade de ampliado acesso ao Judiciário, por si, abrindo o pórtico ao terceiro (cidadão ou ente público), também interessado na solução da controvérsia. A rigor, dir-se-á que lhe falta o interesse subjetivo individualizado para a ação. No entanto, em casos tais, o litígio prende-se à solução apropriada, permitindo fluir o “interesse subjetivo público”, legitimador da sua participação processual, desde que a pretensão deduzida seja juridicamente defensável. Para o necessário equilíbrio no processo, como participante extraordinário, o *amicus curiae* pode ser legitimado, contribuindo para a derribada de controvérsias em torno de múltiplas reivindicações. Essa participação ganhará mais relevo quando, nos litígios entre pessoas diversas (privadas ou públicas), o *thema decidendum* da ação, insista-se, tenha típicas razões de interesse público, ou seja, quando transcenda a motivação dos litigantes, algemando-se à sociedade como um todo, ou ao próprio Estado. Destaca-se: é o direito subjetivo público, com efeitos próprios, exigindo solução cativa ao *interesse público* (definido ou heterogêneo).

Por essas espias, a relação processual não pode ficar submissa ao tecnicismo exacerbado ou retilínio. Deve mover-se na direção de construção que, sem ofensa aos princípios gerais, alcance o dinamismo social reinante, incorporado à extensão econômica, cultural, política e social instalada pela “globalização”. O direito não pode dormir no “outrora”. Não pode ser desajustado aos dominantes efeitos da organização social contemporânea. Afinal, “*los tiempos están caducados, por fieles, que sean a la tradición, deben en las horas en que vivimos, mirar en su derredor mas bien que hacia atras; deben vivir con su época, si no quieren que esta viva sin ellos*” (JOSSERAND, 1950, p. 449).

À instância dessa visão sociológica, dimensiona-se a *legitimação excepcional*, oferecendo sede local ao *amicus curiae*. De efeito, existente o nexos de interdependência entre a relação jurídica, por afetar o interesse público

subjetivo, legitima-se a participação defendida. Logo, vê-se que essa intervenção independe da demonstração de interesse estritamente jurídico – pode ser o econômico. Sem dúvida, é a prevalência do interesse público *lato sensu*.

Nessa perspectiva, ainda que restritivamente, o Superior Tribunal de Justiça já foi despertado pela significação do tema. Em comprovando a notícia, pode ser mencionado o Agravo Regimental, ora admitindo a participação de agências reguladoras<sup>2,3</sup>, ora impedindo-a<sup>4</sup>. De qualquer modo, nos casos concretos indicados, a trato de entidades incumbidas de garantir ao público (interesse coletivo) a prestação de serviço adequado, evidenciou-se o interesse coletivo, justificando a intervenção da agência reguladora ou a presença da União no feito judicial (art. 21, XI, CF; art. 5º e parágrafo único, Lei nº 9.469/97). É possível que se contraponha a ocorrência de simples “assistência” (art. 50, CPC), *ad adjuvandum tantum*. Contudo, no sítio restrito de simples anotações, não se confunde o *amicus curiae* com a prefalada assistência. Pois esta depende da evidência de risco jurídico significativo, enquanto aquele se habilita, excepcionalmente, no exercício de suas funções públicas e quando avulta a necessidade de defender o interesse público, seja em relação à qualidade dos serviços, seja em referência aos sinais de aspectos econômicos negativos.

É bom avisar que surgirão reflexos quanto à competência para o julgamento (justiça federal ou estadual?) ou, ainda, quanto à legitimação para recorrer. Entretanto, no círculo limitado destas anotações, tais acontecimentos processuais merecerão análise futura.

De efeito, a pretensão não é restritamente de índole pessoal ou singularizada, mas, também, de difusão coletiva. Em diante, embora o *amicus curiae* (*terceiro*) não seja titular da relação de direito material, a sua atuação é favorável ao interesse prático vertido dos efeitos na solução da demanda, principalmente, quando envolvida a Administração Pública. Anota-se que, com o tim-

bre da conveniência, já ressoou na legislação específica, abrindo alvissareiro espaço para a preconizada intervenção, tenha o aludido interesse sede direta ou indireta.

Com força exemplificativa, evidencia-se a Lei nº 6.385/76 (art. 31), permitindo a intervenção da Comissão de Valores Mobiliários em processos judiciais de caráter individual, percebendo-se a importância da fiscalização exercida pela autarquia. Também é auspiciosa a intervenção prevista na Lei nº 9.469/97 (art. 5º, parágrafo único), facultando o ingresso interventivo na relação processual, bastando o interesse mediato e de natureza econômica, prestando o terceiro assistência em favor do ente assistido: autarquias, fundações públicas, empresas públicas federais, sociedades de economia mista federais, inclusive podendo apresentar documentos e memoriais. Igualmente, observa-se que houve progresso em relação à Lei nº 9.099/95, que não admitia (art. 10), na derrama de oportunidade, as incursões processuais de terceiro. Todavia, sob a aura da fonte democrática do instituto em comento, pontua-se a sua participação nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Federal – Lei 10.259/2001 –, e de *eventuais interessados*, “ainda que não sejam partes no processo” (§ 7º, art. 14). Comenta-se, ainda, que, no controle abstrato de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, está previsto o ingresso de entidades com a representatividade legalmente exigida, para a assistência pertinente (art. 7º, § 2º, Lei 9.868/99; art. 482, § 3º, CPC; LADIN, nº 29/STF). Essa abertura foi louvada pelo exímio *Gilmar Ferreira Mendes*, agora membro do excelso Supremo Tribunal Federal, à época dos estudos para a elaboração da mencionada Lei 9.868/99, lecionando: “Positiva-se, assim, a figura do *amicus curiae* no processo de controle de constitucionalidade, ensejando a possibilidade de o Tribunal decidir as causas com pleno conhecimento de todas as suas implicações e repercussões” (MENDES, apud SOUZA, 2002).

Na planura do *amicus curiae*, a visão da sua intervenção não é repudiada no siste-

ma processual. Mesmo que exija especiais cuidados na sua admissão – ainda sem a amplitude desejada –, traz a novidade do consentimento, sem os limites dos padrões legais ligados à substituição das partes, litisconsórcio, assistência e das clássicas intervenção de terceiro e denúncia da lide, obviando-se o distanciamento com o chamamento ao processo (arts. 41, 46, 50, 56, 70 e 77, CPC).

A participação do *amicus curiae* é demonstração inequívoca de que os fatos reais forcejam o surgimento das leis e abrem espaço para construções temáticas, necessárias para o processamento de casos concretos. Sem dúvida, a pretensão deduzida não pode divorciar-se da realidade social. Daí por que, sob o domínio de interesses sociais, escapando dos sentidos dogmático e privatístico das relações processuais, o *amicus curiae* merece grangear progressivo acolhimento no sistema processual brasileiro. Afinal, conquanto obediente aos princípios básicos, o jurista não perde a liberdade de pensar. A sua vontade permite que, inclusive, edifique novos princípios compatibilizados, ou não, com os construídos no curso de épocas distantes ou diferentes. A visão sociológica do Direito, na ânsia da Justiça, é pórtico permanentemente aberto para interpretar a lei ou contribuir para novos padrões legais ou construções jurisprudenciais, estadeados nas realidades que encerram o dúplice afivelamento ao Direito Público e ao Direito Privado. O necessário, definidos os interesses na relação processual, é abrir ocasião para que, direta ou indiretamente, o terceiro possa contribuir para uma decisão justa, especialmente impedindo desafortunado resultado ao interesse público.

Nas vagas dessas idéias, evidentemente sem particularizar e sem pretender ou perseguir outros aspectos ou conseqüências jurídicas, os pensamentos visam despertar a atenção e o fortalecimento, entre nós, do instituto *amicus curiae*. As anotações lançadas têm a finalidade de abrir o círculo do subjetivismo do processo e afervorar a intervenção do *amicus curiae* nos transcendentais pontos que



dominam as manifestações dos litigantes nas inovadoras relações processuais, com perfil diferenciado, em frente de sociedade com inéditos contornos, cada vez mais exigindo a valorização do interesse público.

No cípoal de questões avultadas com a efervescência de problemas nascidos de conturbados relacionamentos social, político e econômico, mais do que nunca, a Justiça deve ser prática e humanizada – é exigência prevalectante sobre o tecnicismo emperrador de ágil instrumentalização àquela finalidade. A propósito, discursou o Ministro Carlos Mário Velloso, como paraninfo na Faculdade de Direito da Paraíba: “o século XXI será o século do Poder Judiciário”. Para tanto, como obra do homem, os meios para a eficiente prestação jurisdicional devem nortear-se de modo dinâmico, ficando legisladores e operadores do direito atentos à exigência de equilibrada participação nas necessidades de permanente revigoração do ordenamento jurídico justo. Em verdade, a ampliação do interesse subjetivo à participação na relação processual é missão perene do jurista, não podendo ficar paralisado ou omissio diante dos estridentes apelos dos fatos e realidades para a efetivação do direito objetivo. É comunhão com lição alhures publicada: “a essência do direito é a sua realização prática. Em contrário, é abstração no imenso mecanismo de autoproteção de uma sociedade justa”.

Por essas guias, não se pode olvidar que o sistema jurídico é aberto, sensível à evolução e modificação dos seus institutos, como vias dinâmicas dos fatos históricos, culturais e econômicos. Desse modo, se o conceito do *amicus curiae* entre nós ainda está inseguro, o seu desenvolvimento dependerá de evolutiva construção pretoriana, por fim, estratificando-o conforme a determinação externa da sua benfazeja finalidade. Em contrário, será censurável desestima à útil visualização do sistema jurídico aberto à evolução e às descobertas no próprio direito posto, oxigenando-o com as alterações ocorrentes na sociedade. Essas noções indicam que a louvação ao *amicus curiae* demarca a ação individual e o

interesse público, servindo como especial interveniente nas situações conflituosas. Em vez de reduzir os limites do objeto da demanda, age em prol da organização social, como predito, servindo para equilibrar os valores do interesse privado e do interesse público.

No mais, o *amicus curiae* é voluntário partícipe na construção de assentamentos judiciais para o ideal de pretendida “sociedade justa”, sem confundir-se com as hipóteses comuns de intervenção. Demais, não sofre a rejeição dos princípios básicos do sistema processual edificado. Desse modo, apenas com o propósito de avançar idéias sobre o tema e sem a presunção de abordoamento exaustivo, conclui-se que o *amicus curiae*, como terceiro especial ou de natureza excepcional, pode ser admitido no processo civil brasileiro para partilhar na construção de decisão judicial, contribuindo para ajustá-la aos relevantes interesses sociais em conflito. A exposição de idéias é necessário tributo para as definições de uma ordem jurídica justa. Outra não foi a motivação dessas anotações.

#### Notas

<sup>1</sup> GIFIS, S. H. *Law Dictionary*. 3. ed. New York: Barron’s Educational Series, 1991.

<sup>2</sup> Agravo Regimental no REsp. 326.097/CE – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – julgamento em 2.5.2002.

<sup>3</sup> Agravo Regimental na Petição nº 1.621/PE – Corte Especial (pedido de suspensão) – Parecer de Athos Gusmão Carneiro – julgamento em 2.5.2002.

<sup>4</sup> REsp. 431.606/SP – Rel. Min. Eliana Calmon – julgamento em 15.8.2002.

#### Bibliografia

JOSSERAND, L. *Derecho Civil*. Tradução de Castellano. Buenos Aires: Bosch. 1950. t II, v. 1, n. 558.

MACIEL, A. F. *Amicus curiae*: um instituto democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 153, p. 7-10, jan./mar. 2002.

SOUZA, C. F. M. de. O *amicus curiae* no ordenamento positivo brasileiro. *Correio Braziliense*, Brasília, 18 e 25 mar. 2002. Direito e Justiça.

# Observações sobre o constitucionalismo brasileiro antes do advento da república

Adhemar Ferreira Maciel

## Sumário

1. Constitucionalismo: palavra nova em idéia velha. 2. Dois movimentos pré-constitucionalistas no Brasil: a Inconfidência Mineira e a Revolução Pernambucana de 1817. 3. Constitucionalismo brasileiro. A Revolução do Porto. D. João VI. As Cortes de Lisboa. A Constituinte de 1823. Dissolução. 4. A Carta de 1824. A Confederação do Equador. Notícia sobre uma “Constituição que não existiu”.

### *1. Constitucionalismo: palavra nova em idéia velha*

*Constitucionalismo* é termo recente<sup>1</sup>, embora sua idéia seja praticamente tão velha quanto a civilização ocidental. Ainda que Platão pudesse ter a cabeça no céu, tinha seguramente os pés bem plantados na terra. Foi observando os governos de sua época é que idealizou um Estado constitucional, factível de implantação. Díon, amigo e discípulo do filósofo, ficou entusiasmado com as lições do mestre, mais tarde externadas na *República*. Sonhou em ver seu cunhado, Dionísio I – o tirano de Siracusa –<sup>2</sup>, transformado em rei-filósofo<sup>3</sup>. Prático, o soberano não cedeu, pois sabia que seu reino se esfacelaria em diversas Cidades-Estados, ensejando a invasão da horda cartaginesa<sup>4</sup>. Contrariado, acabou por entregar Platão ao embaixador de Esparta, que o vendeu como escravo<sup>5</sup>. Com a morte de Dionísio, subiu ao trono Dionísio II, que contava 30 anos de idade (BARKER, 1978, p. 116). Díon ante-

Adhemar Ferreira Maciel é Advogado, Consultor Jurídico e Ministro Aposentado do STJ.

viu a oportunidade única para que Platão pusesse em prática sua *paidéia*, moldando o caráter do jovem monarca. Ainda que com certa hesitação, Platão aceitou a empreitada, empreendendo nova viagem à Sicília. Já era velho, pois beirava os setenta. Como se sabe, a experiência político-pedagógica, que está narrada na Carta n. VII, foi um fracasso, ou, como rotula o próprio Platão, “uma tragédia”<sup>6</sup>. Mais tarde, ao escrever as *Leis*, Platão se penitenciou<sup>7</sup>. Passou a ver na “lei”<sup>8</sup>, não nos “homens”, a garantia do governado. A essa busca político-jurídica pelo primado da lei, sobretudo de uma *lex fundamentalis*, é que se chama Constitucionalismo<sup>9</sup>.

Evidentemente, quando se fala em “primado da lei”, refere-se à lei consentida pelo governado, não à lei feita pelo governante em seu proveito. No Estado totalitário, como aconteceu com a Alemanha nazista, a obediência à lei foi motivo para as maiores atrocidades e violências (ZIPPELIUS, 1984, p. 137 et seq.). O governo, por seus inúmeros tentáculos, controlava até mesmo a “aplicação dos ócios”. O Estado se achava presente mesmo nas mínimas coisas, como na saudação cotidiana: ainda que não houvesse lei escrita obrigando, as pessoas se sentiam amedrontadas quando usavam os costumeiros “bom dia”, “boa tarde”, ou “boa noite” (p. 138).

Não deixa de ser oportuno registrar que, embora não se confundindo com o Constitucionalismo, o liberalismo com ele tem muitos pontos em comum. Ambos andaram juntos a partir do final do século XVII. Filho do Iluminismo, o liberalismo foi uma reação burguesa ao Estado absolutista<sup>10</sup>. O governante não devia mais ser *legibus solutus*, isto é, estar acima da lei. Como qualquer cidadão, tinha de estar preso às normas legais. A *Glorious Revolution*<sup>11</sup> inglesa (1688/9) é sem dúvida um bom marco para fixação do advento das idéias liberais. A Coroa havia cedido espaço ao Parlamento e ao *common law*. Pensadores, filósofos e políticos ingleses já vinham, em parte embalados por teólogos e escritores medievais (Agostinho, Aquino, Marsílio de Pádua), defendendo o

governo consentido. Essas idéias estão disseminadas nas obras de Richard Hooker (1554-1600)<sup>12</sup>, John Milton (1608-1674)<sup>13</sup>, Algernon Sidney (1622-1683)<sup>14</sup>, e John Locke (1632-1704). Locke, como antes dele Sidney e Milton, também escreveu para combater o pensamento absolutista de Robert Filmer (*The Patriarcha*). No *Second Treatise*<sup>15</sup>, Locke mostra que o monarca não governava por direito próprio ou direito divino, mas por assentimento dos governados. O homem, que antes vivia em estado de natureza, alienou a favor do governo civil alguns direitos; outros direitos, como a liberdade, a vida, não tinham como ser negociados, pois não lhes pertenciam especificamente: eram de todos os homens. Por outro lado, o governado sempre conservou ínsita a possibilidade de derrubar o governo quando esse governasse contra o interesse do povo. O liberalismo, como de resto o Constitucionalismo, começou a se preocupar com instrumentos jurídicos que pudessem garantir as liberdades fundamentais do cidadão contra o Estado e contra grupos sociais. Assim, surge a idéia da separação de poderes políticos, do controle da constitucionalidade das leis, da criação de tribunais constitucionais etc.

## 2. Dois movimentos pré-constitucionalistas no Brasil: a Inconfidência Mineira e a Revolução Pernambucana de 1817

Dois movimentos políticos, em particular, perturbaram a placidez colonial portuguesa no Novo Mundo: a Inconfidência Mineira e a Revolução Pernambucana de 1817. O primeiro, mesmo bem planejado, não arrebentou; o segundo, ainda que menos arquitetado, eclodiu antes da hora. Ambos fracassaram.

As famílias abastadas da Capitania de Minas Gerais mandavam seus filhos estudar na Europa no meado do século XVIII. Robert SOUTHEY, que escreveu uma *História do Brasil*, observa que na época Minas Gerais era a mais progressista das Capita-

nias, com muita gente instruída e educada na Europa (1981, p. 452). Pouco antes da abortada Inconfidência Mineira, cerca de 12 estudantes brasileiros da Universidade de Coimbra teriam firmado um pacto para trazer para o Brasil, quando voltassem, as idéias de independência política. Achavam-se ouriçados com a *Revolution* americana e com a fermentação política na França (ROCHA POMBO, 1953, p. 209). Um desses brasileiros, José Joaquim da Maia<sup>16</sup>, que estudava medicina em Montpellier e possivelmente estivesse encarregado de contactar o embaixador americano na França, encontrou-se com Thomas Jefferson em Nimes, ocasião em que lhe pediu o apoio dos Estados Unidos para a causa brasileira. Esse encontro se acha registrado em carta de Jefferson, datada de 4 de maio de 1787, ao amigo John Jay, que, em setembro de 1789, viria a se tornar o primeiro presidente (*chief justice*) da Suprema Corte americana<sup>17</sup>. Se a malograda Inconfidência Mineira foi um movimento de intelectuais, poetas, escritores, eclesiásticos e juristas, também contava com a participação de “grandes devedores do erário real”<sup>18</sup>. Assim, um novo Estado, ou seja, a ruptura com o *status quo*, seria a solução para muita gente que se achava com o patrimônio comprometido por dívidas e mais dívidas (MAXWELL, 1985, p. 148). Notícia-se que em dezembro de 1788, em Vila Rica<sup>19</sup> cerca de meia dúzia de conspiradores se reuniu na chácara do tenente-coronel Francisco de Paula Freire de Andrada, comandante dos Dragões (VARNHAGEN, 1972, p. 312), com apenas 32 anos de idade. Todos tinham motivos pessoais para participar de uma conspiração que apeasse o governo colonial (MAXWELL, 1985, p. 143). O Dr. José Álvares Maciel<sup>20</sup>, de 27 anos, recém-chegado da Europa, e seu cunhado e dono da casa, Freire de Andrada, achavam-se na iminência de perder a herança que lhes poderia advir do pai e sogro, capitão-mor de Vila Rica, que tinha seus bens gravados por dívidas. Outro conspirador, José Joaquim da Silva Xavier, amigo de Maciel, queixava-se

de haver sido preterido em promoções nos Dragões, além de achar-se endividado. Inácio José de Alvarenga Peixoto estava em péssima situação financeira: devia ao fisco e a particulares. O padre José da Silva Oliveira Rolim fora denunciado como agiota perante a Fazenda. O governador havia decretado seu banimento da Capitania. Carlos Correia de Toledo e Melo, além de ter muitas terras e gado, possuía mineração e muitos escravos. Suas obrigações para com o erário eram grandes<sup>21</sup>. Os insurretos marcaram a revolta para o dia em que a Junta da Fazenda começasse a cobrança generalizada de tributos (Derrama), que se acreditava que ocorreria em fevereiro de 1789. Planejou-se a prisão e execução do governador (Visconde de Barbacena)<sup>22</sup>, bem como o alastramento imediato da revolução para o Rio de Janeiro e S. Paulo. Desenhou-se a bandeira da república. A capital seria em S. João Del Rey. Em Vila Rica seria criada uma universidade<sup>23</sup>. Escolas secundárias seriam esparramadas pelo país; fábricas, construídas. Os escravos nascidos no solo brasileiro obteriam alforria<sup>24</sup>. Todos os devedores do erário seriam imediatamente perdoados. Os padres poderiam continuar cobrando dízimos, desde que empregassem o dinheiro na manutenção de professores, casa de caridade e hospitais. Mulheres com maior número de filhos receberiam ajuda do governo. No lugar de exército permanente, seriam instituídas milícias, à maneira norte-americana. Cada cidade teria seu legislativo, que ficaria subordinado ao parlamento da capital da república (MAXWELL, 1985, p. 151 et seq.). O sonho dourado se transformou num terrível pesadelo, com o degredo de muitos conjurados e o enforcamento de Tiradentes, o mais modesto e mais entusiasta de todos os revoltosos<sup>25</sup>.

Os pernambucanos, que bem-sucedidamente haviam expulsado os holandeses, mantinham ativo comércio do algodão diretamente com os ingleses. O mesmo não se dava com a cana-de-açúcar, que tinha que passar necessariamente pelos entrepostos portugueses. Seja por razões econômicas,

seja até por influências maçônicas, o certo é que desde 1815, com a volta de Domingos Martins da Europa, também se conspirava abertamente em todo Nordeste para a instalação de uma república no Brasil. No dia 1º de março de 1817, o ouvidor de Pernambuco recebeu denúncia de que se preparava uma sedição que arrebentaria na Páscoa. Comunicou o fato ao governador. Dias mais tarde, um emissário do governador foi morto por oficiais amotinados. A Revolução de 1817, assim, acabou por eclodir antes da hora marcada. O governador foi deportado para o Rio de Janeiro. A junta governativa baixou um decreto acabando com os títulos nobiliárquicos. Mexeu-se até no pronome de tratamento, que seria “vós”. Os cidadãos deveriam ser tratados por “patriotas”. Criou-se uma bandeira. Pensou-se na fundação de uma nova capital para a república. Cogitou-se da convocação de uma constituinte. O cônsul da Inglaterra pediu credenciamento à junta governativa. Foi designado um cônsul estadunidense para a nova república. Um comerciante inglês no Recife partiu para Londres com o intuito de obter de Hipólito José da Costa seu assentimento para que representasse o novo Estado junto ao governo britânico. No dia 8 de março (1817), montou-se, com material fornecido por um inglês, uma tipografia, onde se imprimiu o manifesto revolucionário.

No Rio e nas Províncias do Sul, houve reação. No dia 2 de abril (1817), quatro navios de guerra zarparam para Pernambuco. A “república” durou pouco mais de dois meses. Muitos revolucionários foram executados. A devassa só acabou no dia 6 de fevereiro de 1818 (cf. ROCHA POMBO, 1953, p. 395).

### 3. Constitucionalismo brasileiro. A Revolução do Porto. D. João VI. As Cortes de Lisboa. A Constituinte de 1823. Dissolução

No Brasil, o constitucionalismo começa nos últimos dias de D. João VI no Rio de

Janeiro<sup>26</sup>. Na verdade, começou mesmo em Portugal, com a Revolução de 24 de agosto de 1820 (LEAL, 1994, p. 35). Quando as notícias da Revolução do Porto chegaram ao Brasil, houve agitação geral<sup>27</sup>. Toda gente se intitulava “liberal”. Todos queriam ser “constitucionais”. Ventos libertários sopravam da Europa<sup>28</sup>. No Rio de Janeiro, militares portugueses forçaram D. João a jurar a Constituição que ainda estava sendo elaborada pelas Cortes Constituintes de Lisboa<sup>29</sup>. Esse juramento se deu por meio de decreto assinado em 26 de fevereiro de 1821. D. João, a seguir, convocou eleições para a escolha de deputados constituintes brasileiros<sup>30</sup>. No Rio de Janeiro, no dia das eleições paroquiais, arrua-ceiros, espicaçados por Duprat e pelo advogado e padre Macamboa, exigiam, aos berros, fosse jurada uma Constituição já existente, e não uma Constituição *in fieri*. Pediram, então, fosse jurada a Constituição da Espanha. Em marcha, os baderneiros se dirigiram ao palácio real, forçando D. João, em 21 de abril (1821), a baixar um decreto no qual se adotava o Estatuto Político de Cádiz, de 19 de março de 1812. D. Pedro, na impetuosidade de seus 22 anos, rebelou-se contra o tratamento desafortunado dado ao pai. Convocou as tropas, prendendo diversos agitadores. No dia seguinte, 22 de abril de 1821, novo decreto desfazia o do dia anterior...

Depois de eleitos, os constituintes brasileiros começaram, em datas distintas, a partir para Lisboa. A votação da Constituição continuava em curso. Os brasileiros foram hostilizados pelos jornais e apupados pelas galerias da assembléia constituinte. Sete dos constituintes brasileiros, que já haviam dito publicamente que não assinariam a Constituição, fugiram para a Inglaterra. Todavia, antes da promulgação da Constituição portuguesa, que se deu a 23 de setembro de 1822, foi proclamada a independência do Brasil (MIRANDA, 1996, p. 222. Ver ainda SOUSA, 1957, p. 45).

Com o retorno de D. João a Portugal, Pedro, seu filho mais velho, ficou como príncipe-regente.

Ainda que o Constitucionalismo brasileiro tenha, como se disse, começado em Portugal, deve-se assinalar que pouco antes da Independência uma deputação paulista instou na necessidade de o príncipe convocar uma junta de procuradores das Províncias a fim de que ela, além de zelar por interesses de seus representados, aconselhasse o príncipe nos planos de governo (BONAVIDES, 1991, p. 31). D. Pedro, em 16 de fevereiro de 1822, assinou decreto convocando o Conselho de Procuradores Gerais das Províncias.

Em 23 de maio de 1822, o Senado da Câmara do Rio de Janeiro enviou a D. Pedro um documento protestando pelo descaso do governo de Lisboa, que se achava a duas mil léguas de distância, para com os interesses brasileiros. Bateu-se por uma assembleia geral, que deveria ser formada de pelo menos 100 representantes (p. 32-33).

O Conselho, que se reuniu no Rio de Janeiro em junho de 1822, também se manifestou pela convocação de uma assembleia de representantes (p. 33).

Convocada, a Assembleia Geral Constituinte e Legislativa se instalou em 3 de maio de 1823, sob a presidência do bispo D. José Caetano da Silva Coutinho, capelão-mor. Nesse mesmo dia, D. Pedro compareceu pessoalmente à instalação dos trabalhos, dizendo que com sua espada defenderia a pátria, a nação e a Constituição, se fosse digna do Brasil e dele (FRANCO, 1957, p. 229). Repetiu o que dissera em 1º de dezembro de 1822, quando de sua coroação<sup>31</sup>. A seguir, sugere a Constituição que ele esperava: uma Constituição que fugisse às matrizes francesas de 1791 e 1792, “constituições teóricas e metafísicas”<sup>32</sup>. Percebeu-se que D. Pedro queria uma constituição mais próxima da Carta de Luís XVIII (FRANCO, 1957, p. 230). A fala do imperador causou mal-estar a alguns setores políticos<sup>33</sup>. O relator do Projeto de Constituição de 1823 foi Antônio Carlos Ribeiro de Andrada<sup>34</sup>. Não se trata de obra original, como ele mesmo reconheceu. Diversas constituições e cartas como as fran-

cesas de 1791 e 1814, a portuguesa de 1822 e a norueguesa de 1814 foram aproveitadas. Como a Assembleia era “constituente” e “legislativa” – o que fugia à ortodoxia constitucional –, alguns de seus membros entendiam que não cabia ao imperador sancionar as leis ordinárias que fossem sendo elaboradas na ocasião. D. Pedro, todavia, não abria mão de seu direito de veto. Fomentada por uma imprensa desabrida, a crise entre os dois poderes azedou. Alguns historiadores acusam até a marquesa de Santos, amante do imperador, de haver fomentado o fechamento da Assembleia a troco de alguns contos de réis; outros atribuem ao afastamento dos irmãos Andradas do Ministério<sup>35</sup>; ainda outros, à perseguição a portugueses que, de acordo com um dos anteprojetos (Muniz Tavares), seriam expulsos do Brasil. Por outro lado, perdia-se muito tempo em discussões acadêmicas na Assembleia. Para se ter uma idéia, o Projeto Antônio Carlos continha 272 artigos<sup>36</sup>. Quando Maciel da Costa, presidente dos trabalhos constituintes, suspendeu a sessão em razão de tumulto popular dentro do recinto, apenas 23 ou 24 artigos tinham sido votados<sup>37</sup>. Ademais, D. Pedro estava sendo alvo de ataques pessoais não só pela imprensa. A demora na conclusão dos trabalhos, os interesses portugueses na não-aprovação do projeto, as diatribes cotidianas, o espírito absolutista e às vezes estouvado do imperador, tudo isso concorreu para o fechamento armado da Assembleia Constituinte<sup>38</sup>. No dia 12 de novembro de 1823, D. Pedro mandou a tropa cercar o edifício onde funcionava a Assembleia<sup>39</sup>. No decreto de dissolução, o Imperador frisou que, “se a Assembleia não fosse dissolvida, seria destruída a nossa santa religião e nossas vestes seriam tintas de sangue”<sup>40</sup>. Canhões foram assentados para o edifício onde funcionava a Assembleia. Conta-se que Antônio Carlos, ao sair escoltado, teria tirado seu chapéu para um canhão, cumprimentando-o ironicamente: “Respeito muito seu poder”...<sup>41</sup> No dia 16 (novembro/1823), o imperador mandou

publicar uma nota tentando justificar seu ato do dia 12: fala no caso Pamplona, em venda de armas, nos punhais escondidos sob as vestes etc. Joga toda a responsabilidade pela dissolução nos constituintes (LEAL, H., 1994, p. 70 et seq.). A dissolução da Assembléia Constituinte foi, por certo, seu maior erro político<sup>42</sup>.

#### 4. A Carta de 1824. A Confederação do Equador. Notícia sobre uma “Constituição que não existiu”

Em decorrência da dissolução, D. Pedro prometeu convocar nova constituinte para fazer uma Constituição “duplicadamente mais liberal”. Essa prometida assembléia constituinte nunca se reuniu. O imperador, todavia, nomeou um Conselho de Estado, formado por 10 dos mais notáveis da Terra. A figura de relevo foi o relator, marquês de Caravelas (José Joaquim Carneiro de Campos), que muito se prevaleceu do esboço de Antônio Carlos (1823). O projeto do marquês de Caravelas ficou pronto em cerca de um mês. Foi, depois, enviado para a aprovação pelas Câmaras Municipais. Quase todas as Câmaras o aprovaram sem restrição<sup>43</sup>. No dia 25 de março de 1824, o Imperador jurou a Carta, com 179 artigos<sup>44</sup>.

Após o golpe militar que dissolveu a Constituinte de 1823, as Províncias do Norte e Nordeste se agitaram e se rebelaram. Houve descontentamento no Pará, Maranhão, Bahia, Paraíba, Rio Grande do Norte e Alagoas. Em Pernambuco, foi deflagrado um movimento separatista político-militar, que recebeu o nome de “Confederação do Equador” (1824)<sup>45</sup>. No dia 2 de julho de 1824, Manuel de Carvalho Paes de Andrade, um dos cabecilhas do movimento<sup>46</sup>, divulgou um “Manifesto aos Brasileiros” (LEAL, H., 1994, p. 183). Chegou-se mesmo a adotar, enquanto não se votasse uma Constituição para a nova unidade política, a Constituição da Colômbia (LEAL, A., 1994, p. 104. Ver tb. LEAL, H., 1994, p. 184). Consta que o próprio D. Pedro, ao saber da proclamação

da nova república, teria dito a lorde Cochrane que o Brasil era (territorialmente) muito grande (LEAL, H., 1994, p. 185). Frei Caneca e o português João Guilherme Ratcliff foram sacrificados em nome da revolução pernambucana<sup>47</sup>.

O Estatuto Político de 1824 recebeu o nome de “Constituição Política do Império do Brasil – Em nome da Santíssima Trindade”. Hoje, numa melhor técnica, trata-se de uma “Carta”, uma vez que se deve reservar o nome “Constituição”<sup>48</sup> para documento votado com o assentimento do povo<sup>49</sup>, e não outorgado por um homem ou uma junta governativa. Historicamente, famoso ficou o incidente de registro da “Constituição de Luís XVIII”, da França<sup>50</sup>. A comissão encarregada de redatar formalmente o documento político se teria recusado a dar-lhe o nome de “Constitution”, optando por “Charte Constitutionnelle du 4 Juin 1814” (FRANCO, 1957, p. 241)<sup>51</sup>. Certo. Sob o aspecto formal, o Estatuto de 1814 afastou-se do princípio da *Souveraineté Nationale*, assentado pela Revolução de 1789<sup>52</sup>.

Nossa Carta de 1824 consagrou o Estado unitário, constituído de Províncias (art. 2º). O regime de governo, “monárquico, hereditário, constitucional e representativo” (art. 3º). A religião oficial, a Católica Apostólica Romana, vale dizer, a única com templos. O culto doméstico, porém, era permitido (art. 5º). O regime do padroado continuou.

D. Pedro, leitor de Benjamin Constant, fez questão de introduzir ao lado dos tradicionais poderes políticos o “poder moderador”<sup>53</sup>, destinado a ser a “chave mestra de toda a organização política”<sup>54</sup>, exercido privativamente pelo imperador (arts. 98/101). O legislativo era bicameral (Câmara de Senadores ou Senado e Câmara de Deputados). O mandato do senador era vitalício. A legislatura tinha duração de quatro anos. Os presidentes das Províncias eram escolhidos pelo monarca. Havia, ainda, em cada distrito, uma Câmara e, na capital de cada Província, um Conselho-Geral. O sufrágio era censitário, com eleições em dois graus.

Aspecto digno de nota da Carta do Império é a flexibilização para emendas: só a “matéria constitucional”<sup>55</sup> é que se achava sujeita a quórum específico. O que não fosse “matéria constitucional” poderia ser alterado por quórum ordinário (art. 178).

Em 1834, a Carta foi alterada pela Lei n. 16 (Ato Adicional). Houve certa descentralização e arremedo de federação: criou-se uma assembléia legislativa na Província. Essa Lei (Ato Adicional), obra sobretudo de Bernardo Pereira de Vasconcellos<sup>56</sup>, trouxe uma série de mal-entendidos. Daí a edição de uma ‘lei de interpretação’ (Lei n. 105, de 12 de maio de 1840). De todos os nossos Estatutos políticos, o de 1824 foi o que mais durou: acima de 65 anos.

A Carta de 1824 copiou da Constituição francesa de 1791 aquilo que interessava ao imperador. O que poderia eventualmente oferecer perigo, que fosse “metafísico” ou “teorético”, ficou de fora: o *caput* do art. 179 de nosso Estatuto de 1824 garantia a “inviolabilidade dos direitos civis e políticos”... “que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade”. Suprimiu, de caso pensado, o *droit de résistance à l’oppression*, que vinha escrito a ouro no art. 2º da *Déclaration des droits de l’homme et du Citoyen* de 1789, e prefaciou a Constituição francesa de 1791... Com isso, todas as nossas Cartas e Constituições posteriores continuam na mesma trilha: guardam silêncio quanto ao “direito de resistência”<sup>57</sup>, que foi levantado por Sófocles em *Antígona*.

No dia 3 de maio de 1826, foi instalada a Assembléia Geral Legislativa. Muitos deputados e senadores temiam por nova dissolução, como ocorrera com a constituinte de 1823 (SOUSA, 1957, p. 91). A legislatura, de qualquer sorte, ainda que a trancos e barrancos, ia funcionando. Em 14 de setembro de 1830, chega ao Rio de Janeiro notícia da queda de Carlos X na França. Os liberais, sobretudo os extremados, não perderam tempo: foram comemorar a “queda do absolutismo francês” nas ruas, teatros e imprensa. Era um bom momento para sair à forra, hos-

tilizando os “corcundas” (partidários dos portugueses). Líbero Badaró publicou no jornal “Observador Constitucional” artigos contundentes contra o ouvidor (chefe de polícia) Japiáçu. No dia 20 de novembro, o jornalista foi baleado, morrendo no dia seguinte. Sua morte repercutiu em todo o país (p. 124 et seq.). Japiáçu foi apontado como mandante do crime. Vozes que clamavam por mudanças políticas ecoaram mais fortes. Os jornais *Republico* e *Nova Luz* pregavam abertamente a federação e a república (p. 126). Em visita a Minas Gerais, o imperador foi friamente recebido, passando pelo constrangimento de ouvir dobre fúnebre de sinos em intenção da morte de Badaró. Já era o prenúncio da fermentação política de 6 de abril de 1831, que levaria à sua abdicação. No Rio de Janeiro, os distúrbios de rua continuavam, culminando com a célebre “noite das garrafadas” (p. 127). Os liberais extremados tiveram a adesão do exército, com a insurreição do dia 6. Diversos deputados assinaram um ultimato, instando na abdicação do imperador (p. 128). Na própria manhã do dia 7 de abril de 1831, foi eleita uma Regência Provisória para governar em nome do menino D. Pedro II (p. 132). Os tumultos continuaram. Não se podia andar com tranqüilidade pelas ruas do Rio de Janeiro. Pensou-se mesmo na mudança provisória da Câmara dos Deputados para outra parte qualquer do país (p. 141). Diogo Antônio Feijó, “homem forte e íntegro”, assumiu a pasta da Justiça. Foi criada a Guarda Nacional (18/08/1831) com o escopo de “defender a Constituição, a Liberdade, Independência e Integridade do Império; para manter a obediência às leis, conservar ou restabelecer a ordem e a tranqüilidade pública; e auxiliar o Exército de Linha na defesa das fronteiras e costas” (p. 166). Tentou-se a reforma da “Constituição”. O Senado se opunha obstinadamente. Temia-se a volta de D. Pedro, com a restauração. Suspeitava-se, com veementes indícios, que o próprio José Bonifácio (tutor) estaria tramando a volta de Pedro I. Buscou-se a destituição



da tutoria, que passou fácil na Câmara, mas caiu no Senado por um voto. O clima político era de golpes e contragolpes. Em 26 de julho de 1832, Feijó pediu exoneração do Ministério. Na realidade, já estava em andamento um plano de golpe de Estado: amigos do deputado mineiro padre José Custódio Dias se reuniram em sua chácara, no Rio. Ficou acertado que somente um golpe político poria cobro à desordem que lavrava. Distribuíram-se aos presentes exemplares da nova Constituição, impressa na tipografia do deputado padre José Bento Leite Ferreira de Mello, na cidade mineira de Pouso Alegre. O golpe, marcado para o dia 30 de julho (1832), seria desfechado da seguinte maneira: todo o Ministério se exoneraria; o mesmo aconteceria com a Regência. A Câmara dos Deputados, sem opção, seria transformada em Assembléia Nacional. Farse-ia ofício ao Senado, dando-lhe ciência do acontecido. Na sessão do dia 30, aberta às 10 horas, presentes 82 deputados, foram iniciados os trabalhos sob a presidência de Limpo de Abreu (SOUSA, 1957, p. 109). Tudo tranqüilo. Aparentemente nada indicava a tempestade que se esperava a seguir. Como combinado, chegou ofício comunicando a renúncia da Regência. Requereu-se, também conforme consertado, a nomeação de uma “Comissão Especial”, composta de 5 membros, que se apartou do plenário para estudo e parecer (p. 113). Às 14 horas, a sessão plenária foi suspensa para que os parlamentares descansassem em casa. À tardinha (“às ave-marias”), o plenário voltou a se reunir. Notava-se, agora, uma apreensão, um nervosismo geral. O presidente da Comissão Especial, Deputado Paula Araújo, leu seu parecer, opinando pela transformação da Câmara dos Deputados em Assembléia Nacional, com o estabelecimento de uma nova ordem político-jurídica (monarquia federativa). Após alguma discussão, Honório Hermeto Carneiro Leão, com apenas 31 anos, pediu a palavra. Apresentou emendas ao parecer da Comissão Especial. Com isso, desmantelou o plano arquitetado, in-

clusivo com sua presença. Aquele intervalo – suspensão dos trabalhos e seu reinício – havia sido o “fator psicológico” decisivo para o abortamento do golpe (p. 114 et seq.). Às 23 horas, os deputados se retiraram para suas casas: a “Constituição de Pouso Alegre” ficou na lembrança de um novo regime político que não veio. Trata-se de documento baseado na Carta de 1824 e no Projeto Antônio Carlos (1823). São 171 artigos. O Conselho de Estado e o Poder Moderador eram suprimidos. O Senado deixava de ser vitalício. O Estado dava passos tímidos rumo à federação: Assembléias Provinciais seriam criadas. Os presidentes das Províncias, contudo, continuavam escolhidos pelo imperador. Não mais se admitia a concessão de títulos de nobreza. A Câmara dos Deputados poderia cassar as decisões das Assembléias Provinciais. Não se sabe, com precisão, quem ou quais pessoas foram seus autores. Acredita-se que o José Bento Leite Ferreira de Mello tenha colaborado, pois era estudioso de temas constitucionais.

### Notas

<sup>1</sup> O *Dicionário de política* registra que o termo “Constitucionalismo” é bastante recente na Itália e “ainda não está totalmente consolidado” (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1986.).

<sup>2</sup> Dionísio fez uma proeza matrimonial: casouse no mesmo dia com duas mulheres (cf. PLUTARCO, on-line).

<sup>3</sup> Foi Sócrates que mostrou a Platão a aliança entre a “educação” e o “Estado”. Com a morte de Sócrates, Platão viu a necessidade de se criar um novo Estado, em que o príncipe fosse dotado de educação filosófica (cf. JAEGER, 1986, p. 874).

<sup>4</sup> A viagem à Siracusa se deu em 387 a. C. (cf. BARKER, 1978, p. 114).

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 114. No mesmo sentido, PLUTARCO, on-line, p. 3.

<sup>6</sup> A Carta n. VII, que durante muito tempo foi considerada apócrifa, foi escrita após o assassinato de Díon, no ano de 353 a. C. (BARKER, 1978, p. 118). Destinava-se aos amigos e parentes de Díon. Nessa missiva, Platão já antecipa o abandono de sua fé na figura do “rei-filósofo”, voltando-se para o primado da lei. Prega, então, o advento de uma “Constituição mista” (monarquia + democracia).

<sup>7</sup> BARKER (1978, p. 48, nota de rodapé n. 64) diz que há razões para duvidar se Platão, nas últimas páginas das *Leis*, teria mesmo abandonado o “reinado da inteligência” para ficar ao lado do “império da Lei”.

<sup>8</sup> À evidência, o conceito moderno de “lei” não é o mesmo da época helênica. A comunidade política herdava e passava a seus pósteros um sentimento próprio dela, uma “substância espiritual comum”, que, escrita ou costumeira, ficava soberanamente gravada no “coração dos homens”. Daí a tendência natural de a lei ser permanente, diferentemente do que ocorre hoje (cf. BARKER, 1978, p. 43 e seg.).

<sup>9</sup> É de CÍCERO (106-43 a. C.) uma frase lapidar, e por isso mesmo sempre repetida: *Legum servi debemus, ut liberi possimus* (“Sejamos escravos da lei para que possamos viver em liberdade”).

<sup>10</sup> WALLERSTEIN (2002, p. 47 et seq.), Immanuel, averba que o liberalismo sempre foi uma barreira para o advento da democracia.

<sup>11</sup> Os acontecimentos políticos que se deram na Inglaterra nos anos de 1688 e 1689 receberam o nome de *Glorious Revolution* ou *Bloodless Revolution*. Os dois partidos políticos – *Tory* e *Whig* – se uniram para depor James II, convidando William of Orange e sua mulher Mary (filha de James), que era protestante, para assumirem o trono inglês. William desembarcou em Devonshire. James fugiu para a França. Discutiu-se, a seguir, a que título o casal assumiria o trono. A corrente que considerava a fuga de James como “abdição” acabou por prevalecer. Foi elaborado o *Bill of Rights*, que estabeleceu as bases da transição, firmando o primado do Parlamento (*The Columbia Encyclopedia*, 2001. Ver, ainda, MAUROIS, [19- -], p. 338 et seq.).

<sup>12</sup> *Of the laws of ecclesiastical polity*.

<sup>13</sup> *Pro populo anglicano defensio*.

<sup>14</sup> *Discourses concerning government*.

<sup>15</sup> Observa Norberto BOBBIO (1998) que 1690 foi o ano de maior produção intelectual de Locke: foram quase simultaneamente publicadas suas duas obras mais importantes, *Ensaio sobre a inteligência humana* e *Dois tratados*.

<sup>16</sup> Maia não teve a oportunidade de testemunhar o malogro da sonhada independência, pois caiu gravemente enfermo, morrendo em poucos dias em Lisboa (cf. ROCHA POMBO, 1953, p. 212. Cf. VARNHAGEN, 1972, p. 308).

<sup>17</sup> Washington indicou Jay para a Suprema Corte dos Estados Unidos no dia 24 de setembro de 1789. Dois dias depois, o Senado aprovou seu nome. Por causa de suas habilidades, foi encarregado de missão diplomática na Inglaterra (Treaty of Amity, Commerce, and Navigation ou simplesmente “Jay Treaty”). Deixou a Suprema Corte em junho de 1795 para se tornar governador do Estado de Nova York (cf. CUSHMAN, 1993, p. 1 et seq.).

Embora com pequena contribuição (4 ou 5 artigos), Jay foi um dos autores dos *papers de O federalista* (cf. WRIGHT, 1984).

<sup>18</sup> Ainda que de fundo econômico, diferente foi a situação dos constituintes norte-americanos de 1787. Lá, os grandes devedores, os pequenos fazendeiros e os artesãos não tiveram voz. A Constituição dos Estados Unidos, vazada numa linguagem “fria, formal e severa”, foi engendrada, em parte, para defender os interesses econômicos de proprietários de valores não-imobiliários (títulos públicos, fretes mercantis, indústria nascente, agiotagem etc.). Dos 55 constituintes de 1787, cerca de 40 tinham seus nomes arrolados como credores da dívida pública. A todos os convencionais, ou a quase todos, interessava a mudança dos *Articles of Confederation* num documento (*Constitution*) que lhes assegurasse lucros e estabilidade econômica (cf. BEARD, 1970, p. 69 et seq.). *An economic interpretation of the constitution* – o livro de Beard –, que já vai fazer noventa anos, continua um clássico, embora apresente contradições e deficiências analíticas.

<sup>19</sup> Vila Rica, no meado do século XVIII, dispunha de um “aparato fiscal e judiciário mais proporcionado ao estado de prosperidade de onde ela tirava o nome, do que à sua condição ao tempo da transferência da corte” (p. 446). É a observação que Robert SOUTHEY faz, acrescentando que as casas das pessoas abastadas eram “mais bem edificadas e alfaiadas em Vila Rica, do que no Rio de Janeiro ou São Paulo, conservando-se também em maior asseio” (1981, p. 452).

<sup>20</sup> Álvares Maciel, que estudou filosofia em Portugal, ficou mais de ano e meio na Inglaterra observando o país e estudando o funcionamento de fábricas. Era versado em mineralogia.

<sup>21</sup> E quanto a Tomás Antônio Gonzaga, juiz de fora em Vila Rica e recentemente nomeado desembargador (Relação da Bahia)? Teria participado da conspiração?. VARNHAGEN procura afastar o desembargador Tomás Gonzaga do movimento político. Diz que na referida noite ele teria ido apenas “visitar” Freire de Andrada. Quando entrou no recinto em que se confabulava, a conversa parou (1972, p. 313). Outro é o entendimento de MAXWELL (1985, p. 147): “O conjunto de provas circunstanciais indica o envolvimento de Tomás Antônio Gonzaga”. No processo penal ficou apurado que Tomás Gonzaga, por seu alto prestígio, seriedade e conhecimento jurídico, seria um dos encarregados da redação da constituição, e o primeiro presidente da república, com mandato excepcional de três anos (p. 152).

<sup>22</sup> Ainda segundo VARNHAGEN, Silvério dos Reis era desafeto de Tomás Antônio Gonzaga e, querendo envolvê-lo no levante, falou que a idéia de cortar a cabeça de Barbacena teria partido dele, Gonzaga (1972, p. 310).

<sup>23</sup> José de Resende Costa e seu filho teriam figurado como réus no processo da Inconfidência simplesmente porque o velho dissera que não mandaria o filho estudar em Portugal uma vez que em breve se instalaria uma universidade em Vila Rica.

<sup>24</sup> Diferentemente de outras Constituições americanas, a Constituição do Estado de Vermont, que é de 1793, posterior à Inconfidência Mineira, prevê em seu artigo 1º: (...) therefore no person born in this country, or brought from over sea, ought to be holden by law, to serve any person as servant, slave or apprentice, after arriving to the age of twenty-one years (...)(COLUMBIA ENCICLOPÉDIA, 2001).

<sup>25</sup> Nos autos autos do processo instaurado contra os sediciosos, havia um exemplar do *Recueil des loys constitutives des colonies angloises confédérées sous la dénomination d'États-Unis d'Amérique Septentrionale*, que foi apreendido em poder de José Joaquim da Silva Xavier, o Tiradentes. Esse livro foi doado pelo historiador Alexandre de Melo Moraes à biblioteca pública da cidade catarinense de Desterro, hoje Florianópolis (cf. LUCAS, 1991, p. 72). Bem mais tarde, em 21/04/1984, o governador Esperidão Amin, de S. Catarina, devolveu ao governador Tancredo Neves o exemplar para o Museu da Inconfidência, em Ouro Preto (cf. JOSÉ, 1985, p. 26). Na época da Inconfidência, circulava entre os rebeldes exemplares do mencionado *Recueil de Loys*, impresso na Filadélfia, em 1778, contendo os Artigos da Confederação e diversas constituições dos Estados da Federação americana (cf. MAXWELL, 1985, p. 147).

<sup>26</sup> D. João VI voltou para Portugal no dia 24 de abril de 1821.

<sup>27</sup> As primeiras notícias chegaram ao Brasil com a vinda do bergantim “Providência”, em 17 de outubro de 1820. Em 12 de novembro, mais notícias através do brigue “Infante D. Sebastião” (cf. LEAL, 1994, p. 4). No Pará, em janeiro de 1821, as tropas e o povo aderiram ao movimento constitucionalista português. Na Bahia, em 10 de fevereiro de 1821, chegou-se a constituir uma junta governativa, com a destituição do governo (cf. ARMITAGE, 1972, p. 43).

<sup>28</sup> Caso no mínimo curioso aconteceu em Minas Gerais, em 1821. Com a notícia da Revolução constitucionalista em Portugal, centenas e centenas de escravos se reuniram nas imediações de Ouro Preto para festejar a Constituição que nunca veio para eles (cf. COSTA, 1999, p. 137).

<sup>29</sup> Como esclarece o professor Jorge MIRANDA (1996, p. 261), o processo constituinte tinha duas fases: a) Bases da Constituição e b) Preceitos constitucionais. As Bases foram aprovadas por Decreto do dia 9 de março de 1821. Serviam de orientação para os trabalhos da Assembléia. Com a Constituição de 1822, a monarquia portuguesa foi convalidada em monarquia constitucional hereditária (p. 268).

<sup>30</sup> Além de africanos e asiáticos, foram eleitos 69 deputados constituintes brasileiros. Apenas 46 tomaram assento (cf. MIRANDA, 1996, p. 261, nota de rodapé n. 2).

<sup>31</sup> “Juro defender a Constituição que está para ser feita, se for digna do Brasil e de mim” (BONAVIDES, 1991, p. 47).

<sup>32</sup> Tudo indica que o imperador estivesse exprimindo idéias de José Bonifácio (cf. FRANCO, 1981, p. 23).

<sup>33</sup> O deputado mineiro padre José Custódio Dias, elemento de destaque no planejado golpe de Estado de 1832, irritou-se com a manifestação de D. Pedro. Retrucou, dizendo que somente à Assembléia Constituinte tocava dizer se a Constituição a ser elaborada era digna. Não ao imperador (cf. BONAVIDES, 1991, p. 42).

<sup>34</sup> Além de Antônio Carlos, compunham a Comissão: Antônio Pereira da Cunha, Pedro de Araújo Lima, José Ricardo da Costa Aguiar, Manuel Ferreira da Câmara, Francisco Muniz Tavares e José Bonifácio de Andrada e Silva (cf. LEAL, H., 1994, p. 143).

<sup>35</sup> Vassconcellos Drummond conta que D. Pedro se achava acamado, recuperando-se de uma queda de cavalo. José Bonifácio lhe falou, então, que ouvira dizer que Domitila (marquesa de Santos) havia recebido alta soma em dinheiro para conseguir anistia para os réus políticos de S. Paulo e do Rio de Janeiro. D. Pedro não se conteve. Levantou-se bruscamente da cama, quebrando as talas que lhe firmavam as costelas. Ali mesmo José Bonifácio pediu sua exoneração do Ministério, arrastando consigo seus irmãos (cf. LEAL, A., 1994, p. 71).

<sup>36</sup> CALMON, fala em 282 artigos (1963, p. 1558).

<sup>37</sup> A suspensão dos trabalhos se deu no dia 11 de novembro de 1823.

<sup>38</sup> Em Minas, São Paulo (facção anti-andradina), S. Catarina, Rio Grande do Sul e na Província Cisplatina houve regozijo com o fechamento da Assembléia (cf. LEAL, H., 1994, p. 186).

<sup>39</sup> O general José Manuel de Moraes ficou encarregado de levar aos constituintes o decreto da dissolução (cf. CALMON, 1963, p. 1560).

<sup>40</sup> Quando a notícia da dissolução chegou a Portugal, D. João VI cogitou de ressuscitar o Reino Unido. Ao Brasil seria dado parlamento e constituição próprios (cf. MELLO, [19- ], p. 17).

<sup>41</sup> (LEAL, A., 1994, p. 90). Esse acontecimento – saudação ao canhão – teria sido lembrado pelo marechal Deodoro da Fonseca: quando Ruy Barbosa lhe levou pessoalmente o projeto do Governo da Constituição para que ele o assinasse. Deodoro teria perguntado: “Onde está o artigo que autoriza o Presidente a dissolver o Parlamento?” Ruy teria esclarecido que tal dispositivo era incompatível com o regime republicano. O Presidente, então, teria admoestado Ruy para ele não viesse,

depois, a se queixar, tirando o chapéu para um canhão (cf. LEAL, H., 1994, p. 378).

<sup>42</sup> D. Pedro, como lembra o barão Homem de Mello (Francisco Inácio Marcondes Homem de Mello) em *A constituinte perante a história*, fala que “o ato violento da dissolução da Constituinte foi um gravíssimo erro político, filho da mais imprudente precipitação, que repercutiu dolorosamente em todo o seu reinado” (apud BONAVIDES, 1991 p. 75). Ver, ainda, MARTINS, (1988, p. 5).

<sup>43</sup> Notáveis foram as restrições apostas pela Câmara da cidade de Itu, em S. Paulo. Em Recife, Frei Caneca, no dia 6 de junho de 1824, deixou escrito um dos mais fundados libelos de nosso constitucionalismo contra o projeto: “(...) é sem questão que a mesma nação, ou pessoa de sua comissão, é quem deve esboçar a sua Constituição, purificá-la das imperfeições e afinal estatuí-la; portanto como s. m. i. não é nação, não tem soberania, nem comissão da nação brasileira para arranjar esboços de Constituição e apresentá-los, não vem esse projeto de fonte legítima, e por isso se deve rejeitar por *exceção de incompetência*. Muito principalmente quando vemos que estava a representação nacional usando da sua soberania em constituir a nação, e s. m., pelo mais extraordinário despotismo e de uma maneira mais hostil, dissolveu a soberana Assembléia e se arrogou o direito de projetar Constituições” (MELLO, [19- -], p. 564).

<sup>44</sup> *Constituições do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1986.

<sup>45</sup> Os pernambucanos haviam eleito Manoel de Carvalho Paes de Andrade presidente da Província. D. Pedro, sabedor da vida pregressa de Paes de Andrade, que fora comprar armas nos Estados Unidos para a abortada insurreição de 1817, se opôs (cf. ARMITAGE, 1972, et seq.).

<sup>46</sup> MELLO, esclarece que não se pode, a rigor, falar em “movimento separatista”, uma vez que “o separatismo implica a preexistência da nação e entre 1817 e 1824 a nação brasileira distava de estar constituída, a não ser em sentido formal” ([19- -], p. 17). “(...), o republicanismo pernambucano poderia ser mais apropriadamente designado por autonomismo” (p. 31).

<sup>47</sup> Frei Caneca fez sua própria defesa. O verdugo recusou-se a enforcá-lo. Foi fuzilado (MELLO, [19- -], p. 607, et seq.).

<sup>48</sup> Quem pela primeira vez teria usado a palavra “constituição” (*constitutio-is*) no sentido moderno foi Cícero. A palavra grega *politéia* tem uma conotação mais abrangente.

<sup>49</sup> Tecnicamente, a Constituição dos Estados Unidos ficaria num “limbo”. Como se sabe, os convencionais de Filadélfia foram convocados para “o único e expresso propósito de revisar os Artigos da Confederação” (*for the sole and express purpose of revising the Articles of Confederation*), o que, na prática,

era simplesmente impossível (cf. WILLOUGHBY, 1938, p. 2). Diante da impossibilidade prática, os convencionais de 1787 acabaram por fazer, sem mandato do eleitorado, um documento novo, ou seja, uma Constituição. BEARD (1970, p. 80) calcula que, no fundo, menos de 1/6 dos eleitores (homens, brancos) teriam ratificado a Constituição.

<sup>50</sup> Para maiores detalhes, consultar Roger PINTO, ([19- -], p. 260 et seq.).

<sup>51</sup> Para os antecedentes históricos da Carta de 1814 (Louis XVIII), ver a resenha em *Les constitutions de la France depuis 1789*. Paris: GF Flammarion, 1979, p. 208 e seg.

<sup>52</sup> “L’octroi d’une Charte implique donc la négation du principe de la Souveraineté nationale. C’est surtout en ce fait, qu’en 1814, la Souveraineté est réputée redevenir royale, que réside la Restauration” (HAURIOU, 1971, p. 804).

<sup>53</sup> A idéia de “poder moderador” é de Clermont Tonnerre. Foi, porém, encampada e divulgada por Benjamin Constant (cf. FRANCO, 1957, p. 244).

<sup>54</sup> Frei Caneca disse que se tratava de “chave mestra da opressão da nação brasileira e o garrote mais forte da liberdade dos povos” – Voto proferido na reunião do dia 6 de junho de 1824 – (Cf. MELLO, [19- -], p. 561).

<sup>55</sup> A matéria constitucional vinha expressa no bojo do art. 178: “(...) limites e atribuições respectivas dos Poderes Políticos, e aos Direitos Políticos e Individuais dos cidadãos”.

<sup>56</sup> Lei de 12 de outubro de 1832 havia investido os deputados de poderes para reformar a Carta de 1824. Muitos deputados ansiavam pelo federalismo norte-americano. Bernardo Vasconcellos, encarregado da redação do projeto do Ato Adicional, via nisso a possibilidade de desunião nacional. Descentralização, sim; federação, não (cf. SOUSA, 1957, p. 151, et seq.).

<sup>57</sup> A Constituição da República Portuguesa consagra o “direito de resistência”. Não fala em “resistência à opressão”. Diz o dispositivo luso: “Art. 21º. Todos têm o direito de resistir a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão, quando não seja possível recorrer à autoridade pública”.

## Bibliografia

ARMITAGE, João. *História do Brasil*. 3. ed. Rio: Zelio Valverde, 1972.

AS CONSTITUIÇÕES do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1986.

BARKER, Ernest. *Teoria política grega*. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1978.

- BEARD, Charles A. The constitution and the conflict of classes In: GOODMAN, Paul (Ed.). *The American constitution*. New York: John Wiley & Sons, 1970.
- BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. 2. ed. Trad. Sérgio Bath. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Trad. Luís Guerreiro Pinto Cacais et al. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- BONAVIDES, Paulo; PAES DE ANDRADE. *História constitucional do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- CALMON, Pedro *História do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1963. v. 5.
- COLIMBIA EMCICLOPÉDIA. *The Vermont statutes online*. Disponível em: <<http://www.leg.state.vt.us/statutes/const2.htm>>. Acesso em: 2002.
- COSTA, Emília Viotti da. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 7. ed. São Paulo: UNESP, 1999.
- CUSHMAN, Clare (Ed.). *The supreme court justices: illustrated biographies, 1789-1993*. Washington, D.C.: Congressional Quarterly, 1993.
- FRANCO, A. A. de M. *Estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- \_\_\_\_\_. *Arinos de Política e direito*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- GLORIOUS REVOLUTION. Disponível em: <<http://www.bartley.com/65/gl/glorious.html>>. Acesso em: 2002.
- HAURIOU, André; GICQUEL, Jean; GÉLARD, Patrice. *Droit constitutionnel et institutions politiques*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1975.
- JAEGER, Werner. *Paidéia: a formação do homem grego*. Tradução de Artur M. Parreira. Brasília: Martins Fontes, Universidade de Brasília, 1986.
- JOSÉ, Oíliam. *Tiradentes*. Belo Horizonte/São Paulo: Itatiaia/USP, 1985.
- LEAL, Aurelino. *História constitucional do Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 1994.
- LEAL, Hamilton. *História das instituições políticas do Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, 1994.
- LES CONSTITUTIONS de la France depuis 1789. Paris: GF Flammarion, 1979.
- LUCAS, Fábio. *Mineiranças*. Belo Horizonte: Oficina do Livro, 1991.
- MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. v. 1.
- MAUROIS, André. *História da Inglaterra*. Tradução de Carlos Domingues. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, [19- -?].
- MAXWELL, Kenneth. *A devassa da devassa: a inconfidência mineira. Brasil e Portugal – 1750/1808*. 3. ed. Tradução de João Maia. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.
- MELLO, Evaldo Cabral de. *Frei Joaquim do Amor Divino Caneca*. São Paulo: 34, [19- -?].
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1996. t. 1.
- PINTO, Roger. *Éléments de droit constitutionnel*. 12. ed. Lille: Morel et Corduant, [19- -?].
- PLUTARCO. *Díon*. Versão para o inglês por John Dryden. Disponível em: <<http://classics.mit.edu/Plutarch/dion.html>>. Acesso em: 2002.
- ROCHA POMBO. *História do Brasil*. Rio de Janeiro: W. M. Jackson, 1953. v. 3.
- SOUSA, Octavio Tarquínio de. *História dos fundadores do império do Brasil: Bernardo Pereira de Vasconcelos*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957. v. 3.
- \_\_\_\_\_. *História dos fundadores do império do Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957. v. 2.
- \_\_\_\_\_. *História dos fundadores do império do Brasil: Diogo Antônio Feijó*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957. v. 7.
- \_\_\_\_\_. *História dos fundadores do império do Brasil: três golpes de Estado*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957. v.8.
- SOUTHEY, Robert. *História do Brasil*. Tradução de Luís Joaquim de Oliveira e Castro. Belo Horizonte: Itatiaia, Universidade de São Paulo, 1981. v. 3.
- VARNHAGEN, Francisco Adolfo de. *História geral do Brasil*. 7. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1972. t. 4.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *Após o liberalismo: em busca da reconstrução do mundo*. Tradução de Ricardo Aníbal Rosenbusch. Petrópolis: Vozes, 2002.
- WILLOUGHBY, Westel W. *Principles of the constitutional law of the United States*. 2<sup>nd</sup> ed. New York: Baker, Voorhis & Co., 1938.
- WRIGHT, Fletcher. *O federalista*. Tradução de Heitor Almeida Herrera. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984. Introdução.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do estado*. 2. ed. Tradução de António Cabral de Moncada. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

# Endurecimento das penas e da execução penal: retrocesso inigualável

Fernando Braga Viggiano

## Sumário

1. A falência da pena de prisão. 2. Das regras de Tóquio e alternativas penais. 3. Perspectivas da pena no Brasil. 4. Ociosidade e promiscuidade dos presos 'versus' laborterapia, remição pelo estudo e visitas íntimas. 5. Privatização dos presídios. 6. Conclusões.

### *1. A falência da pena de prisão*

Alguns séculos após o acolhimento da pena de prisão como forma de humanização do sistema penal repressivo, em substituição às penas de morte e cruéis, constatou-se a falência completa desse sistema no sentido de prevenção (geral e especial) e de tratamento do delinqüente.

As perspectivas da pena no Brasil não são nada otimistas. A prevenção e a retribuição são prejudicadas pela impunidade, que estimula o infrator a praticar novos delitos e gera insegurança na população. Em matéria divulgada pela revista *Veja*, ([19- -?], fl. 87), Alexandre Secco e Sérgio Ruiz Luz relatam que, em cada 100 crimes de homicídio, latrocínio, estupro e roubo, a polícia detém um suspeito em 24 casos, sendo ele levado a julgamento em 14 casos, resultando em pena de prisão em apenas 5 deles.

Daí por que pode-se afirmar que a prisão não tem cumprido dois de seus objetivos, já que não consegue evitar que o indivíduo prossiga na sua atividade ilícita e, não sendo levado a julgamento, inexistente a retri-

Fernando Braga Viggiano é Promotor de Justiça do Estado de Goiás, Especialista em Direito Penal pela Universidade Federal de Goiás; Especialista em Direito Constitucional e Administrativo pela Academia de Polícia Civil do Estado de Goiás e Mestrando em Direito, área de concentração em Ciências Penais, pela Universidade Federal de Goiás.

buição estatal, no sentido de o condenado ser privado de sua liberdade ou ser condenado a qualquer outra pena (inclusive alternativa) em razão da conduta perpetrada.

Acrescente-se que a pena privativa de liberdade – mal de que ainda não podemos livrar – não regenera nem ressocializa ninguém. Os poucos condenados não têm uma participação construtiva na sociedade, sendo pervertidos, corrompidos e embrutecidos no interior dos estabelecimentos prisionais, que se tornaram verdadeiras universidades do crime. A prisão, em vez de combater a criminalidade, estimula-a, já que não traz qualquer benefício ao segregado e seus efeitos são avassaladores em relação aos seus familiares, entregues ao abandono e carentes de recursos para as suas sobrevivências.

A pena, historicamente, tem sido limitada e modificada para minonar a sua gravidade, seus efeitos e seus modos de execução. A prisão, de igual maneira, também tem sido modificada, objetivando alcançar sua progressiva humanização, por ser essa imprescindível. A sua falência, portanto, é fator preponderante para a adoção das penas e medidas alternativas.

## 2. Das regras de Tóquio e alternativas penais

A prisão não pode e nem deve ser vista como o único instrumento para o controle da criminalidade. Em face do descrédito generalizado em sua função de ressocialização do delinqüente, a pena deve guardar a natureza de *ultima ratio*, reservando-a apenas para os crimes que atinjam bens jurídicos mais relevantes para a sociedade e para aqueles condenados efetivamente perigosos.

Em 9 de maio de 1983, na Exposição de Motivos da nova Parte Geral do Código Penal (Lei nº 7.209/84), já proclamava o então Ministro da Justiça, senhor Ibrahim Abi-Ackel, que:

“Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá

de restringir a pena privativa de liberdade aos casos de reconhecida necessidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves”.

Quase quinze anos após (janeiro de 1998), o então Ministro da Justiça, senhor Íris Rezende Machado, igualmente enfatizou que:

“O Ministério da Justiça, consciente desses princípios e da realidade nacional, reconhece que: (...) o regime tradicional de imposição de genérica de penas privativas de liberdade pouco tem contribuído para a ressocialização do condenado e evitar a reincidência; (...) a adoção de medidas alternativas à prisão, dentre as quais as penas alternativas, para as infrações de menor gravidade e condenados sem periculosidade, constitui tendência moderna e justa que atende não somente aos interesses do sentenciado como contribui para a manutenção da harmonia e paz sociais”.

Com o passar do tempo, verificou-se que, para a correção da personalidade humana, os condenados deveriam ser afastados dos estabelecimentos prisionais, mormente aqueles cujos delitos perpetrados causem reduzida repercussão (crimes de menor potencial ofensivo) ou que não apresentem periculosidade ao meio em que vivem. Daí por que acertadamente foram elaboradas as Leis nºs 9.714/98 e 9.099/95, em sintonia com as Regras Mínimas das Nações Unidas sobre as Medidas Não-privativas de Liberdade, conhecidas como *Regras de Tóquio*. É necessário frisar que esse novo modelo de justiça criminal não significa deixar sem punição os criminosos, mas deixá-los longe das mazelas da vida carcerária e aproveitar a capacidade para o trabalho daqueles.

Com efeito, a maioria dos países civilizados já adota as penas alternativas, justa-

mente porque integram o grande movimento de humanização das reprimendas, iniciado na Idade Moderna com o iluminismo de Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria), John Howard, Jeremy Bentham e outros.

As penas alternativas, apesar da relutância de alguns, são o meio mais eficaz de tratar o condenado no seio da coletividade, sem criar qualquer estigmatização prejudicial à sua ressocialização. Elas aguçam tanto o interesse do apenado quanto da sociedade, trazendo uma utilidade para esta a pena a ser cumprida pelo delinqüente.

Outro ponto a ser destacado é que a comunidade possui um novo papel no sistema penal surgido a partir da adoção das penas alternativas, qual seja, ser responsável pela reinserção social do apenado. Esse é um dos propósitos primordiais das *Regras de Tóquio*, quando enunciam na regra 1.2. que: “As presentes Regras têm por objetivo promover uma maior participação da comunidade na administração da Justiça Penal e, muito especialmente, no tratamento do delinqüente, bem como estimular entre os delinqüentes o senso de responsabilidade em relação à sociedade”.

Em todo o mundo, a prisão tende a perder a sua hegemonia, aplicando-se medidas não-privativas de liberdade como *probation*, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, interdição temporária de direitos, multa indenizatória, multa assistencial, reparação do dano, pagamento de cestas básicas, mudança de residência, monitoramento eletrônico, admoestação, perda de bens, inabilitação para dirigir veículo, proibição para freqüentar determinados lugares, etc.

### 3. *Perspectivas da pena no Brasil*

O momento em que vivemos é bastante delicado. Notícias percorrem o País acerca das barbáries que vêm sendo cometidas pelo crime organizado no Estado do Rio de Janeiro e sobre o envolvimento de pessoas importantes com traficantes. Estes ditam

regras sobre o funcionamento do comércio e das escolas, autorizam ou não pessoas a entrarem nas favelas, afrontando nitidamente a estrutura do nosso Estado. Trata-se de um verdadeiro “Estado” dentro de outro Estado, diferenciando-os apenas a ilegalidade do primeiro. O primeiro tem estrutura própria, com seu governante e comandados, que, se descumprirem as regras ditadas por ele, são denunciados, processados e condenados à morte, sem qualquer oportunidade de defesa e contraditório. Os chefões do crime organizado são bastante respeitados, assim como temidos. Suas ordens raramente são desatendidas, já que a população tem certeza quanto à punição que sofrerão. Outra demonstração de poder paralelo é o das grandes facções criminosas que se apoderaram das penitenciárias paulistas, provocando atrocidades e rebeliões em cadeia a todo instante.

Surge, então, significativa parcela da sociedade reivindicando o endurecimento das penas. Alardeia-se pelos quatro cantos do País a intenção de serem aumentadas as quantidades máximas das penas privativas de liberdade previstas no Código Penal e de dificultar o reingresso dos condenados na sociedade, majorando a proporção da pena a ser cumprida nos estabelecimentos prisionais. A discussão é oportuna considerando que existem em tramitação no Congresso Nacional projetos de lei sobre a reforma da execução penal.

Esquecem que a questão da criminalidade não será resolvida apenas com a ampliação das penas e endurecimento da execução delas. Enquanto não houverem políticas públicas visando combater a fome, a miséria, o desemprego e a injustiça social reinantes atualmente, não serão reduzidos os índices cada vez mais crescentes de criminalidade, por se tratarem de suas causas geradoras.

Como é cediço, a imposição irrestrita da pena privativa de liberdade como ocorre no Brasil não tem contribuído para a redução da criminalidade, já que a impunidade é a



regra. Basta analisar os índices após o advento da Lei dos Crimes Hediondos, da Lei do Crime Organizado, da Lei de Falsificação de Remédios, da Lei de Tortura, entre outras, para se constatar que não houve redução alguma da criminalidade. A intimidação não ocorre por uma punição exagerada, desumana ou desproporcional, mas sim em face da certeza da punição.

A cominação da pena privativa de liberdade sem um sistema penitenciário adequado gera a superpopulação carcerária, de gravíssimas conseqüências, como temos visto nas sucessivas rebeliões. O sistema prisional brasileiro necessita de uma ampla reforma, já que os presos não são separados por idade, natureza da infração, condições processuais, não têm assistência médica, odontológica e jurídica. Em síntese, não há respeito aos mínimos direitos humanos fundamentais, já que são depositados e esquecidos em penitenciárias e celas de Cadeias Públicas, em total desconformidade com a Lei de Execução Penal.

A dura realidade dos presos confinados nas penitenciárias deve ser modificada. Passam os dias num pátio, sem qualquer atividade produtiva e tendo contatos perniciosos à sua ressocialização. Infelizmente, a política nacional para o setor penitenciário no Brasil é voltada exclusivamente para a construção de novas penitenciárias, o que certamente não resolverá de forma isolada a questão em comento.

#### *4. Ociosidade e promiscuidade dos presos 'versus' laborterapia, remição pelo estudo e visitas íntimas*

A vida carcerária da maioria dos presos condenados e provisórios resume-se à ociosidade, fato que acarreta um número alarmante de fenômenos prejudiciais (violência, homossexualidade, reincidência, etc.). Ocorre que esse problema poderia ser facilmente resolvido pelos governantes, bastando um pouco mais de interesse na humanização das penas.

Primeiramente, a laborterapia deve ser difundida pelas penitenciárias brasileiras. O artigo 41, inciso II, da Lei de Execução Penal prevê que o trabalho e a sua remuneração compõem um dos direitos do preso. Na oportuna lição do mestre Pedro Sérgio dos Santos, em seu artigo *Estado inoperante X direito do preso ao trabalho e a remição*, “pela simples lógica que seja as relações jurídicas, se o trabalho é direito do preso, torna-se então, automaticamente, um dever para o Estado fornecer trabalho para o reeducando”.

Impõe ressaltar que, apesar de ser uma obrigação, o trabalho na penitenciária acaba-se tornando um prêmio aos poucos que conseguem ter acesso a ele. É sabido ainda que em vários estabelecimentos prisionais somente podem trabalhar aqueles que comungam da mesma cartilha dos chefes das organizações criminosas ali existentes. Com isso, a falta de acesso ao trabalho e a deficiência ou inexistência de cursos profissionalizantes tem levado milhares de condenados a ficarem privados de um direito que está previsto no artigo 126 da Lei nº 7.210/84, qual seja, a remição pelo trabalho de parte do tempo de execução da pena, à razão de um dia de pena por três de trabalho.

Ademais, a ocupação com o trabalho evita que os presos fiquem pensando a todo instante em meios de evadir o cárcere, em vingança, em rebeliões, em promiscuidades. Com o trabalho, poderiam todos descarregar um pouco suas tensões e sentirem-se mais úteis para a sociedade, aprendendo um ofício que poderiam utilizar posteriormente quando de suas saídas do cárcere.

O principal problema quanto ao oferecimento de trabalho aos reeducandos é a estrutura arcaica dos estabelecimentos prisionais. Salvo raríssimas exceções, as penitenciárias foram feitas para encarcerar, guardar os presos, o que representa de forma nítida o sentido puramente punitivo de nosso sistema. Outro fator que dificulta é a questão da escolta, já que não há recursos humanos para aumentar o número de beneficiados e falta boa vontade aos policiais (que

não possuem cursos específicos de capacitação) no sentido de possibilitar um tratamento ressocializador aos detentos. Daí por que as penitenciárias e cadeias públicas deveriam ser construídas em locais que pudessem abrigar pátios contendo suas próprias oficinas e salas de aula equipadas.

Diante de tais afirmativas, impende indagar se o Poder Judiciário poderia negar a remição ao condenado que não teve acesso ao trabalho? Entendo que não. Se o próprio Estado não disponibilizou o ofício ao reeducando, como puni-lo novamente (sobrepena) por algo que não é responsável? Compete aos Estados efetivarem convênios junto às Prefeituras Municipais, com a participação do Poder Judiciário, Ministério Público e Delegados de Polícia, tendo em vista a absorção de presos em seus quadros, a fim de que possam contribuir com a limpeza, a poda de árvores e outros serviços públicos que pudessem desenvolver de acordo com a capacidade e aptidão profissionais de cada um.

Por outro lado, o Governo federal deve investir na área da educação, propiciando ainda a remição ao detento por meio do estudo. Inegavelmente, o estudo é um trabalho intelectual que estimula a recuperação da auto-estima dos presos e, como tal, também merece a remição prevista na Lei de Execução Penal. Em alguns Estados da Federação, a remição pelo estudo já vem sendo adotada, à proporção de 20 horas/aula por dia remido. Esse estímulo à educação certamente trará bons frutos, já que os condenados sairão do cárcere com possibilidades concretas de brigar por uma vaga no competitivo mercado de trabalho, devendo ser salientado que vários deles já lograram aprovações em universidades.

Para extirpar o problema da ociosidade dos presos e para que os egressos tenham a assistência devida ao deixarem os estabelecimentos prisionais, é imprescindível que os governantes passem a elaborar parcerias com escolas e universidades, cursos profissionalizantes e empresas.

As visitas íntimas, por seu turno, deveriam ser incentivadas nas Cadeias Públicas e penitenciárias, reduzindo com tal atitude a promiscuidade reinante nesses locais. Ademais, o contato do reeducando com sua esposa ou companheira é benéfico, no sentido de diminuir a revolta interior gerada pela abstinência sexual repentina e de estimular a manutenção dos laços afetivos e familiares do segregado. Com muita propriedade, asseverou Cezar Roberto BITENCOURT (2001, p. 202) que as atividades sexuais do homem não terminam com o seu enclausuramento na prisão e essa repressão exige esforço para não se desviar da heterossexualidade, em razão da perversão de sua personalidade.

### *5. Privatização dos presídios*

Ainda que as penitenciárias e cadeias públicas tenham todas as falhas apontadas, tenho várias ressalvas quanto à privatização do sistema penitenciário, apontada como uma das soluções por uma parte considerável dos juristas. As melhorias vistas nalguns setores públicos já privatizados (alimentação, ensino, etc.) não induzem à conclusão de que a privatização do sistema penitenciário trará avanços nesta área.

Em primeiro lugar, a questão padece de inconstitucionalidade. Isso porque a custódia dos condenados pertence ao Estado. A execução penal é considerada como exercício da jurisdição e, como tal, não é passível de delegação. Inconcebível que o Estado execute a tutela jurisdicional “representado” por autoridade que não se reveste de poderes suficientes para tanto.

Ensina-nos Hely Lopes MEIRELLES (1987, p. 290) que:

“Os serviços públicos, propriamente ditos, são os que a Administração presta diretamente à comunidade, por reconhecer a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Por isso mesmo, tais serviços são

considerados privativos do Poder Público, no sentido de que só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, mesmo porque geralmente exigem atos de império e medidas compulsórias em relação aos administrados. Exemplos desses serviços são os de defesa nacional, os de polícia, os da preservação da saúde pública”.

Há que ser considerada ainda a quantidade de presos atualmente depositada em Cadeias Públicas, Delegacias de Polícia e penitenciárias. Dados publicados pelo Departamento Penitenciário Nacional (janeiro/2002) demonstram que há cerca de 343 penitenciárias no Brasil para 195.540 presos no regime fechado, dos quais 155.050 já estão condenados definitivamente e 80.034 são provisórios. Desse total, 30% estão segregados em Delegacias Públicas e Distritos Policiais.

A título de exemplo, somente em Goiás, foram registrados, em setembro do ano 2000, 5.400 presos, sendo que cerca de 2.000 estão na grande Goiânia e os demais estão distribuídos nas 228 unidades prisionais do interior.

Se formos pensar em privatização de presídios, em que o Estado remuneraria a empresa que explorasse o estabelecimento prisional, pagando por cada preso certo valor, e considerando que o déficit de vagas hoje no Brasil é de cerca de 80 mil vagas nos presídios, enquanto a população carcerária é de aproximadamente 195.540 presos no regime fechado, basta multiplicar 275.000 por R\$ 750,00, para termos a média nacional do custo para se manter uma pessoa em regime prisional fechado. Tirando da esfera pública e passando o custo para a iniciativa privada, será que essa quantia seria reduzida? E se os mandados de prisão acumulados fossem todos cumpridos?

Outro fator a ser questionado é o verdadeiro interesse dos administradores/empresários dessas penitenciárias privadas. Se a clientela deles efetivamente reduzirem, conseguindo alcançar índices insignificantes de reincidência, como receberiam seus proven-

tos? E, se os reeducandos saírem cada vez mais escolados e perigosos, não teria o efeito de uma “bola de neve” com custos elevadíssimos para o Estado?

Questiona-se: não seria mais fácil o Governo federal prevenir do que remediar? Não é chegada a hora de serem feitos os investimentos necessários e prioritários na educação, lazer, moradia, alimentação e segurança do povo brasileiro? Afinal, todos nós cidadãos merecemos uma subsistência efetivamente mais digna.

## 6. Conclusões

A compreensão da falência da pena de prisão, que não atinge seus objetivos sob variados aspectos, conduz ao raciocínio de que sua aplicação seja restrita aos casos de reconhecida necessidade (*extrema ratio*), vale dizer, aos crimes graves ou violentos cominados com penas longas e quando o agente demonstrar elevada periculosidade. Em suma, a pena privativa de liberdade não pode ser vista mais como sanção penal prioritária.

Quanto aos crimes que tenham repercussão social reduzida, basta a imposição de outras modalidades punitivas, menos dispendiosas para o contribuinte, mais humanas, menos estigmatizantes e que não afastam o infrator de sua família. Daí por que deve ser incrementada a aplicação de penas alternativas para delitos de menor potencial ofensivo, conscientizando os Juízes de Direito e Promotores de Justiça em relação a esse novo modelo de Justiça Penal.

Em que pesem as atrocidades e barbaridades cometidas a todo instante pelas organizações criminosas dentro e fora dos estabelecimentos prisionais, os legisladores devem evitar um retrocesso inigualável em nosso sistema punitivo. De nada adianta a ampliação das penas privativas de liberdade ou o endurecimento da execução penal, já que a intimidação dos delinquentes somente ocorre pela certeza da punição e não pela adoção de penas desumanas, desproporcionais ou cruéis. Nessa esteira de racio-

cínio, a privatização dos presídios, além de inconstitucional, não resolverá a questão da superpopulação carcerária. E, ainda, qual seria o verdadeiro interesse desses empresários? Perder a “clientela” pela regeneração ou torná-los cada vez mais escolados e perigosos?

Independentemente de o crime ser considerado grave ou não, impõe-se a obediência irrestrita aos direitos humanos dos segregados (definitivos ou provisórios), para que tais direitos não sejam vistos apenas como a letra morta da lei, estimulando-se também a remição pelo trabalho e pela educação, assim como as visitas íntimas.

Encerro este trabalho com a lição de Newton Fernandes (2000, p. 458-459):

“Todos nós, cristãos, somos discípulos de um preso: Jesus de Nazaré. Ele chegou a afirmar Sua identificação com os encarcerados: ‘Estive preso e me visitaste’ (Mateus 25,36). Punase o crime, salve-se o criminoso. Caso contrário, a indiferença, o ódio, a sede de vingança farão nascer em nós o assassino em potencial. O resto será apenas uma questão de oportunidade”.

### Bibliografia

- ALBERGARIA, Jason. *Das penas e da execução penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- ARAUJO JÚNIOR, João Marcello de (Coord.); ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção et al. (Colab.). *Privatização das prisões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BARBOSA, Licínio Leal. *Direito penal e direito de execução penal*. Brasília: Zamenhof, 1993.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BRASIL. Lei de execução penal: lei n. 7.120, de 11 de julho de 1984. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. 111p. (Coleção Saraiva de legislação).
- FERNANDES, Newton. *A falência do sistema prisional brasileiro*. São Paulo: RG, 2000.
- FOUCALT, Michel. *Vigiar e punir*. Tradução de Lígia Vassallo. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1983.
- GOMES, Luiz Flávio. *Penas e medidas alternativas à prisão*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Regras de Tóquio*. São Paulo: Paloma, 1998.
- LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- MAIA NETO, Cândido Furtado. *Direitos humanos do preso: lei de execução penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Revista dos tribunais, 1987.
- MINISTÉRIO da justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *A privatização das prisões*. Brasília: Imprensa Nacional, 1994.
- MIOTTO, Armida Bergamini. *A violência nas prisões*. 2. ed. Goiânia: UFG, 1992.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução penal: comentários à Lei n. 7.210, de 11-07-84*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- PALMA, Arnaldo de Castro. *A questão penitenciária e a letra morta da lei*. Curitiba: JM, 1997.
- SECCO, Alexandre; LUZ, Sérgio Ruiz. Impunidade: livres para matar. *Veja*, ano 34, n. 5, p. 87, [19- -?].

# A legítima defesa da honra e o ‘*commodus discessus*’: um enfoque axiológico

Ricardo de Brito A. P. Freitas

## Sumário

Introdução. 1. Legítima defesa da honra. 2. Legítima defesa da honra e proporcionalidade. 3. Legítima defesa e *commodus discessus*. 4. Legítima defesa da honra do militar e *commodus discessus*. 5. Legítima defesa e o *commodus discessus*: a agressão do inimputável. 6. Conclusões.

## Introdução

Entre as diversas discriminantes relacionadas no ordenamento jurídico-penal, nenhuma parece ser tão bem intuída pela generalidade dos indivíduos quanto a legítima defesa. O seu caráter justificante é facilmente compreendido e aceito, o que talvez explique porque é conhecida desde as épocas mais remotas. Todo aquele que se defende de agressão com consciência de fazê-lo sabe estar agindo ao abrigo do direito e considera justa e razoável tal atitude. Por outro lado, até pelo seu longo percurso histórico, a legítima defesa constitui um dos temas mais profundamente investigados do direito penal, tratando-se de um dos institutos mais aperfeiçoados em termos dogmáticos. Essa constatação, entretanto, não implica afirmar a inutilidade das reflexões que venham a se desenvolver a seu respeito. Pelo contrário, por tratar-se de um tema “clássico” de grande repercussão prática, várias questões que o cercam merecem ser continuamente revistas. Esta análise insere-se, precisamente, nesse esforço de reflexão.

Ricardo de Brito A. P. Freitas é Doutor em Direito, Professor de Direito Penal e Criminologia da Faculdade de Direito do Recife (UFPE) nos cursos de graduação e doutorado, Promotor de Justiça Militar (Ministério Público Militar – Ministério Público da União).

Um dos problemas relativos à legítima defesa continua a ser o da fixação de seus precisos contornos. A reconhecida imprecisão dos limites da legítima defesa continua a representar um desafio não apenas aos teóricos, mas, sobretudo, aos operadores jurídicos diretamente envolvidos com a aplicação do direito. Pense-se, por exemplo, nas dificuldades relacionadas à questão do excesso doloso e culposo. Nesse sentido, nossa contribuição vai-se dar, precisamente, em torno do problema representado pelo *modus discensus* na legítima defesa da honra. Em termos metodológicos, partiremos de alguns dos aspectos mais gerais da referida causa de justificação na direção dos mais específicos, aprofundando paulatinamente as dificuldades e, ao mesmo tempo, procedendo a uma releitura dos posicionamentos polêmicos que envolvem a matéria. Por admitir como pressuposto que o direito penal tem a missão de preservar os valores fundamentais à convivência social, o enfoque desta análise será acentuadamente axiológico. Tal afirmação, entretanto, não implica comprometimento antecipado com o posicionamento moral ora dominante, até porque, “mesmo admitindo que o Direito Penal se encontre e deva permanecer vinculado à moral, isto não significa que os valores éticos vigentes concretamente em uma determinada sociedade tenham de ser mecanicamente adotados e não possam ser objeto de uma reflexão crítica” destinada esta, enquanto parte da ciência jurídico-penal, à “tarefa de contribuir com elementos racionais para o progresso dos valores éticos da sociedade” (BARATTA, 1982, p. 22).

### 1. Legítima defesa da honra

Destinada inicialmente à proteção dos bens jurídicos “vida” e “integridade física”, como no direito penal romano, a noção de legítima defesa ampliou-se progressivamente para abarcar todas as dimensões da proteção à pessoa – incluindo a honra – e de vários outros, tais como o patrimônio, a fé

pública etc. Atualmente não há controvérsia doutrinária: todo bem jurídico-penal é digno de proteção por parte do direito, e a legítima defesa é reputada um dos mais eficazes instrumentos existentes com tal finalidade. Admite-se, portanto, observados os demais requisitos da legítima defesa, inclusive o subjetivo, que pessoa agredida em sua honra possa defender-se, por exemplo, revidando com uma tapa, ou seja, de forma moderada mediante um meio tido como necessário<sup>1</sup>. Todavia, o problema nem sempre se mostra tão simples, na medida em que o reconhecimento de uma situação de legítima defesa da honra pressupõe a presença dos requisitos legais representados pelo emprego *moderado* dos meios *necessários* para repelir a agressão, envolvendo, desse modo, o delicado problema da *proporcionalidade* entre ataque e defesa. A constatação desse equilíbrio exige, por seu turno, uma postura axiológica por parte do operador do direito. É a ele que compete valorar, sempre, o bem jurídico ameaçado e examinar as circunstâncias em que o agente atuou e, por fim, os meios de que podia dispor (BRUNO, 1978, p. 380).

### 2. Legítima defesa da honra e proporcionalidade

É certo que o artigo 25 do Código Penal não se refere explicitamente à proporcionalidade como requisito da legítima defesa como ocorre, por exemplo, com a legislação penal italiana. Não obstante, a exigência encontra-se, a nosso ver, implícita, conforme assinalamos, nos requisitos “necessidade” dos meios empregados e “moderação” no seu uso. Nesse sentido, não se deve admitir, por exemplo, apesar da existência de decisão contrária, que, em defesa de sua honra, o agente possa repelir uma agressão verbal mediante a utilização de arma de fogo causando lesão grave ao agressor, mesmo diante da impossibilidade física de proceder de outro modo contra este<sup>2</sup>. Há evidente desproporção, entre o meio empregado (desnecessário) e a natureza da agressão. Também

é desproporcional, por desnecessária e imoderada, apesar de decisão judicial em contrário, a conduta daquele que surpreende a vítima no quarto de sua filha e a agride, produzindo-lhe ferimentos leves<sup>3</sup>. Em contraste, corretamente, já se decidiu não haver legítima defesa da honra quando companheiro mata a mulher após discussão por ela ter revelado, dias antes, que o traiu<sup>4</sup>.

É particularmente notável a discrepância existente entre o conteúdo das duas últimas decisões assinaladas, particularmente quanto à compreensão dos tribunais quanto ao conceito de honra, o que demonstra o caráter *mutante e relativo* dos valores em geral. No primeiro dos dois julgados, entendeu-se que a atitude do pai ao agredir fisicamente um rapaz que se encontrava dentro do quarto na companhia de sua filha, causando-lhe lesões leves, é plenamente justificável à luz do direito penal por traduzir defesa do lar e da honra. Considerou-se a agressão, portanto, quase uma exigência, um imperativo absoluto decorrente dos deveres paternos do agressor. Em contraste, a partir de um entendimento muito mais adequado às exigências do presente no que diz respeito às relações de gênero, julgou-se “teratológica” decisão do Tribunal do Júri absolutória com respeito a um indivíduo que, em discussão com a companheira que manteve relacionamento extraconjugal, a matou.

Pode-se concluir, assim, que a moral social transforma-se. Com isso, o sentido dos valores também sofre alterações, de modo a adequar-se às exigências decorrentes das múltiplas mutações operadas nas relações sociais. O contraste entre os dois julgados citados demonstra tal afirmação. Observa-se, então, que o valor “honra”, alçado à posição de bem jurídico-penal, tem sofrido alterações no domínio da ética, apesar de sua inegável importância. O comportamento moral exigido de forma obrigatória ao agredido já não é o mesmo do passado ante as modificações concretas verificadas no campo das necessidades e interesses da sociedade como um todo. Ampliam-se, desse

modo, no terreno da legítima defesa, as limitações ao seu exercício quando se trata da proteção da honra submetida à agressão injusta. Não obstante a necessidade de o operador do direito examinar casuisticamente os fatos que lhe são submetidos, pode-se considerar, em regra, desproporcional, por imoderada, toda defesa da honra que implique dano à vida ou sério dano à integridade física do agressor.

### 3. *Legítima defesa e commodus discensus*

Questão de enorme importância no que tange à legítima defesa em geral é a possibilidade de fuga do agente diante de agressão injusta. Formulando o problema: há legítima defesa quando o agente, podendo fugir da agressão injusta, opta por repeli-la? Os tribunais têm respondido afirmativamente<sup>5</sup>. De fato, afirma-se que “a lei não pode impor ao indivíduo seja pusilânime ou covarde” (NORONHA, 1993, p. 193). Tal posicionamento, como se percebe, possui um conteúdo fundamentalmente ético, o valor honra sendo elevado a uma posição hierarquicamente superior a outros valores cuja expressão real podem ser, inclusive, a vida ou a integridade física. Ao considerar moralmente aceitável que o agente repila a agressão mesmo podendo retirar-se e evitá-la, a doutrina opta por manter-se aferrada a uma concepção moral decididamente conservadora, na medida em que contribui para frear o progresso ético. Esforça-se, em última análise, para conservar resquícios de uma moral cavalheiresca, medieval, cuja contrapartida é representada, na vida social, sob o aspecto negativo, pela exaltação do conflito e das façanhas individuais, bem como do heroísmo e da força como expressão da coragem.

Um segundo argumento justificador da conduta do agente que recusa o *commodus discensus* é o de que a legítima defesa “é uma espécie de sanção imposta ao agressor”, mais precisamente, “a sanção que impede

que a agressão se consume” (REALE, 2002, p. 161). Apesar de atraente porquanto capaz de explicar a necessidade da reação defensiva tanto sob o prisma da retribuição quanto de exigências relacionadas à prevenção do delito – concepção mista da sanção penal –, esse entendimento justificador também nos parece frágil. A legítima defesa não deve ser concebida como uma autorização dada pelo Estado ao agente para punir o agressor. A aceitação desse posicionamento implica admitir, com todas as consequências políticas decorrentes, que o Estado abriu mão do monopólio da violência legítima em favor do particular, como na fase da história em que tolerava a vingança privada. A ordem jurídica aceita que o agente se defenda e cause um dano ao agressor não porque esteja interessada na punição do segundo, mas apenas porque reconhece ao primeiro o direito de autotutela, de preservação dos bens jurídicos seus ou de terceiros agredidos. Caso contrário, teríamos que admitir a defesa em favor de bens coletivos ou difusos, com a conseqüente instauração de uma ordem jurídica policialesca característica dos Estados autocráticos.

Por fim, argumenta-se, pelo fato de a *inevitabilidade* não integrar o elenco dos elementos essenciais do conceito de legítima defesa, ao contrário do que ocorre com o de estado de necessidade, não se pode exigir que o agente evite, pela fuga, o enfrentamento da agressão (COSTA JÚNIOR, 1999, p. 107)<sup>6</sup>. De fato, considerando o princípio da “prevalência do direito”, segundo o qual “toda agressão repelida em legítima defesa põe de manifesto que não se vulnera sem risco o ordenamento jurídico e estabiliza a ordem jurídica” (ROXIN, 1997, p. 608-609), ao optar por não fugir e reagir contra o agressor, o agente atua ao abrigo da causa de justificação mesmo se evitável a agressão<sup>7</sup>. Isso ocorre porque o artigo 25 do Código Penal refere-se a “repelir injusta agressão” e, como diz Roxin, “escapar correndo não é repelir agressão”. Ademais, a fuga implicaria conferir aos criminosos “o poder de expulsar os ci-

dadãos pacíficos de todos os lugares onde quisessem impor o seu domínio; e isso seria incompatível com o princípio da prevalência do direito e da ordem legal pacífica” (1997, p. 633). Porém, apesar de tudo o que contém de aceitável, essa concepção permite que o dano provocado pelo agente no agressor desconsidere o critério da proporcionalidade em sentido amplo. Daí não ser possível aceitar de modo absoluto a tese de que, na hipótese de violação da ordem jurídica, o direito tem que prevalecer, sempre, diante do injusto, custe o que custar, pois isso implica risco de “desvincular a defesa do limite da proporção” (PADOVANI, 2002, p. 148) com resultados desastrosos. Em suma, sob um ponto de vista tradicional, para a efetiva “estabilização” e preservação do ordenamento jurídico, um bem jurídico do agressor cujo valor seja desproporcionalmente maior que o do agente pode vir a correr o risco de sofrer, na prática, um dano causado por este. Diante desse problema prático, qual a melhor solução no domínio da ética? Penso que, mesmo admitindo-se não possa ser a conduta do agente avaliada com base no princípio da “proporcionalidade estrita”, ou seja, considerando-se tão somente o bem jurídico mais valioso, o que realmente contrariaria o princípio da “prevalência do direito” (a posição do agente é superior à do agressor na medida em que ele reafirma o direito enquanto este o nega), o fato é que “a evolução doutrinária aponta na direção de uma certa restrição da legítima defesa”, coincidindo essa transformação do pensamento jurídico com “a passagem do estado liberal ao estado social” (MIR PUIG, 1998, p. 431).

Um exemplo dessa evolução doutrinária no sentido da restrição da legítima defesa é o entendimento de que o agredido é obrigado a solicitar ajuda para repelir a agressão, desde que, evidentemente, essa conduta não implique simplesmente uma fuga. Desse modo, *v.g.*, se uma pessoa extremamente forte ataca uma outra desfavorecida fisicamente, existindo possibilidade *concre-*



ta de o agredido obter ajuda – policial ou não – nas imediações do local do ataque, não pode defender-se tirando a vida do agressor mediante a utilização de arma de fogo. O auxílio externo teria sido totalmente suficiente para a conservação de sua integridade física ameaçada. Como assinala Roxin, autor do referido exemplo, “a legítima defesa não está destinada a provar a força e a coragem do agredido e a dar uma lição a todos os agressores” (1997, p. 633-634).

#### 4. Legítima defesa da honra do militar e *commodus discessus*

O problema do *commodus discessus* ganha especial relevo quando o agente é militar e o agressor outro militar ou mesmo civil. Se, tratando-se o agente de um civil, a tendência doutrinária é basicamente conservadora, quando é militar a questão adquire contornos verdadeiramente especiais. Considera-se inaceitável a fuga do militar quando agredido injustamente, na medida em que a sua concepção de honra seria distinta da concepção de honra do civil<sup>8</sup>. Em termos mais claros: a honra seria mais valiosa e, portanto, mais digna de proteção para o militar que para o civil<sup>9</sup>. Para o militar, a reação defensiva contra o agressor seria obrigatória, traduzindo uma exigência ética. A fuga seria um ato covarde e, como tal, a negação do valor “honra”, constituindo, assim, um valor moral negativo ou um desvalor<sup>10</sup>. De toda sorte, penso, essa concepção também não exime o militar de defender a sua honra apenas nos limites da necessidade. Se puder conservá-la através de um meio menos danoso ao agente, não pode eleger o mais danoso para fazê-lo, sob pena de consagrarmos uma verdadeira “moral homicida” (ROXIN, 1997, p. 635).

A concepção doutrinária acerca da honra militar é francamente equivocada sob o prisma moral e socialmente danosa. Se a honra representa um valor, algo fundamentalmente bom e, portanto, digno de conservação, é porque seu conteúdo moral trans-

cende os particularismos. Quanto mais um dado valor relaciona-se à sociedade como um todo, mais ele serve à humanidade. Quanto mais ele cinge-se a um indivíduo ou um segmento social circunscrito como, por exemplo, as Forças Armadas, menos importante se revela. Afastar radicalmente a possibilidade do *commodus discessus* por parte do militar agredido em razão da preservação de sua honra implica, no plano moral, privilegiar os valores “coragem” e “heroísmo” em detrimento de bens jurídicos do agressor que, eventualmente, possam ser mais valiosos que a honra. Representa, afinal de contas, um privilégio, na medida em que a preservação do referido bem jurídico pode ocorrer à custa de outros mais valiosos para o conjunto da sociedade. Alarga indevidamente, para o militar, os limites da legítima defesa.

#### 5. Legítima defesa e o *commodus discessus*: a agressão do inimputável

A doutrina dominante entende ser possível a legítima defesa contra agressão praticada por inimputável (MESTIERI, 1999, p. 148; FRAGOSO, 1987, p. 192, por todos)<sup>11</sup>. Uma minoria, entretanto, apresenta restrições a tal entendimento. Para os que se alinham a esta posição, a reação ao ataque do inimputável por insanidade tem por base o estado de necessidade (COSTA JÚNIOR, 1999, p. 105; NORONHA, 1993, p. 189). A razão parece estar com os primeiros. É que o insano também pratica “agressão injusta”, agressão contrária ao direito. A inimputabilidade relaciona-se à culpabilidade e não à antijuridicidade.

Caso se admita configurar estado de necessidade a reação contra inimputável, a margem de manobra do agente reduz-se significativamente, haja vista que, ao contrário da legítima defesa, vige na referida causa de justificação o critério da estrita proporcionalidade (estrita necessidade). No estado de necessidade, diante da situação de perigo, o agente, para preservar “direito próprio”,

não pode sacrificar “direito alheio” de maior valor. Por exemplo, para salvar um bem material representando um valor econômico, não pode o agente destruir vida alheia. Comparando-se o estado de necessidade à legítima defesa, pode-se dizer que, tratando-se desta última eximente, “ante o injusto agressor, o defensor, amparado pelo direito, pode reagir em princípio com todos os meios que sejam necessários para que o direito triunfe sobre o injusto”. No estado de necessidade, pelo contrário, “o conflito entre duas pessoas que se encontram na mesma situação ante o direito (...) só pode solucionar-se a favor de um deles se não causa ao outro um mal maior que o que ameaça” (MIR PUIG, 1998, p. 451). No estado de necessidade, agente e lesionado possuem igual legitimidade diante do direito, o que faz com que o conflito seja decidido em função da importância dos interesses em jogo. Na legítima defesa, o agente está em posição de superioridade, o que o autoriza a atingir bem jurídico do agressor, mesmo mais valioso, desde que o faça através dos meios necessários (princípio da proporcionalidade ampla).

Considerando que o insano pratica agressão injusta, mostra-se, então, plenamente cabível a legítima defesa. Firmado esse ponto, porém, surge a seguinte questão: pode-se exigir do agente o *commodus discessus* tratando-se o agressor de um inimputável?

Por tratar-se da hipótese de legítima defesa, a reação empreendida pelo agente contra o agressor inimputável permite seja provado dano a bem jurídico deste último para preservar bem jurídico do primeiro, conduta justificada pelo princípio da autotutela (princípio da proteção individual). Entretanto, à semelhança da legítima defesa contra ato de imputável, o agente deve, primeiramente, valer-se, se possível, da ajuda de terceiros para repelir a agressão. Caso contrário terá optado, desnecessariamente, por causar um maior dano ao agressor. Porém, preferível ao enfrentamento do agressor inimputável, mesmo quando possível a ajuda de terceiros, é, em regra, a fuga. O funda-

mento jurídico que melhor se amolda a esse entendimento é o que considera a existência de incompatibilidade entre o dano cometido contra o agressor inimputável, salvo, evidentemente, na hipótese de inevitabilidade da reação, e os dois princípios básicos de legitimação da justificante. O princípio da autotutela (proteção individual) não permite justificar a legítima defesa contra o agressor inimputável quando se evidenciar possível a fuga, visto que o *commodus discessus* afasta o perigo de dano ao bem jurídico ameaçado. Por outro lado, o princípio da prevalência do direito também não cobra reação alguma quando possível a fuga. Nessa hipótese, afirma-se que “o interesse na prevalência do direito é substancialmente menor que no caso normal”, até porque a reação desencadeada pelo agente não cumpre nenhuma função preventiva geral, uma das funções político-criminais da legítima defesa (ROXIN, 1997, p. 637-638)<sup>12</sup>. No mesmo sentido Padovani, para quem “a idéia de luta contra o ilícito não dá conta da possibilidade do agente reagir contra agressões inculpáveis” (2002, p. 148).

Porém, tratando-se da legítima defesa da honra, o princípio da autotutela não a legitimaria, mesmo tratando-se os agressores de incapazes, na medida em que a fuga do agente seria considerada sinal de covardia? O entendimento doutrinário tem sido, com acerto, decididamente contrário. Stratenwerth, por exemplo, afirma peremptoriamente que a defesa da honra admite a reação defensiva apenas contra autor “responsável”, o que não ocorre, segundo ele, diante de crianças, enfermos mentais ou pessoas que atuam em erro (1982, p. 144). De fato, por regra geral, sendo impossível a fuga diante de agressão injusta praticada por um insano, pode o agente valer-se da legítima defesa, justificada que está pelo princípio da autotutela. Porém, ao defender-se, o agente deve atuar de forma a causar o mínimo dano possível ao agressor, fazendo uso moderado dos meios estritamente necessários para repelir a agressão, ainda que duvidosa a sua eficá-

cia. Assim, por exemplo, “só quando as advertências e outras medidas defensivas mais benignas impliquem perigos para o agredido, poderá este eleger um meio defensivo mais duro, porém mais seguro”, como na hipótese, acima mencionada, da utilização de arma de fogo (ROXIN, 1997, p. 629). Nesse sentido, explícita a doutrina que, diante do ataque de um inculpável, deve o agente utilizar-se, dependendo da hipótese concreta, de meios “estritamente defensivos”, tais como: “aparar o golpe, tratar de convencer o menor, ameaçar informar a seus pais, utilizar qualquer meio enganoso ou que distraia a atenção daquele que padece de uma anomalia ou alteração psíquica, informar a pessoa vítima de um erro” (CEREZO MIR, 1998, p. 238). Preferentemente, porém, sendo possível fazê-lo sem risco, deve solicitar auxílio à autoridade pública ou mesmo a terceiros para que o agressor seja contido com um mínimo de violência. Todavia, melhor que qualquer uma dessas atitudes é o *commodus discessus*, desde que suficiente para a proteção do bem jurídico ameaçado de dano.

## 6. Conclusões

Considerando-se os interesses do agredido e agressor com base no princípio da proporcionalidade, pode-se intuir sem dificuldade que não existe nenhum dano à honra daquele que empreende a fuga diante de agressão injusta praticada por inimputável, particularmente o insano. Esse posicionamento marca, precisamente, a passagem de uma concepção de legítima defesa impregnada de “idealismo liberal” para uma outra “realista”, adequada ao Estado social de direito (MIR PUIG, 1998, p. 431-432). De fato, enquanto a legítima defesa, no âmbito de uma concepção jurídico-penal própria do Estado liberal-burguês, destina-se à defesa do homem egoísta, do indivíduo apartado da sociedade, cujos interesses se afirmam em oposição aos dos demais indivíduos, no Estado social ela assume funções mais amplas, voltadas para a estabilização social,

razão pela qual a ponderação entre os bens em jogo passa a ter uma importância verdadeiramente decisiva. Por outro lado, a moral social não é, de modo algum, imutável e a moral adequada à sociedade contemporânea é, penso, aquela que supera o individualismo característico da sociedade burguesa. Significa dizer que a afirmação de direito há de se dar respeitando-se ao máximo os direitos alheios, inclusive os da comunidade. A honra, enquanto valor, continua a ser digna de proteção, porém, deve revestir-se de um novo conteúdo capaz de expressar o desenvolvimento da moral social. Por tais razões, entendo que a legítima defesa há de ser limitada, em sua extensão, pelo *commodus discessus* nos termos expostos nesta sucinta reflexão.

## Notas

<sup>1</sup> “Vias de fato – tapa desferido pelo réu na vítima, imediatamente após ser ofendido em sua honra por esta – legítima defesa – excludente de ilicitude caracterizada – absolvição mantida – apelação desprovida” (TJPR – 4ª Câmara Criminal – AC 00581100-2, unânime, J.29.04.93. DO 06.08.93. Rel. Juiz Maranhão de Loyola).

<sup>2</sup> Em sentido contrário: “Há moderação no exercício da legítima defesa quando o acusado responder com tiro de espingarda a ofensas verbais proferidas em local onde era impossível a vítima ser agredida fisicamente” (TJRS – 2ª Câmara Criminal – AC 698382348, J.17.12.98. Rel. Walter Jobim Neto).

<sup>3</sup> Em sentido contrário: “Age em legítima defesa do lar e da honra aquele que, surpreendendo a vítima no interior do quarto de sua filha, a agride, produzindo-lhe ferimentos leves” (TJSC – AC- Rel. Marcílio Medeiros – RT 544/398).

<sup>4</sup> “Legítima defesa da honra. Companheiro que mata mulher com quem vivia maritalmente há dez anos, após discussão, tendo sido revelado por ela, dias antes, que o traíra. É manifestamente contrária a prova dos autos a decisão que acolhe a excludente de legítima defesa por inexistir o caráter de atualidade ou iminência, bem como por não poder tutelar o direito o entendimento de que o ‘adultério’ ultraja a honra de um companheiro, por ser atributo individual, um sentimento de dignidade própria, não se aceitando ofensa provinda de ato de outrem. A infidelidade da mulher não desonra o homem que com ela vive, não podendo se falar em

legítima defesa...” (TJRS – 1ª Câmara Criminal – AC 695125492, J.08.11.95, Rel. Guilherme Oliveira de Souza Castro).

<sup>5</sup> “É de todo indiferente à legítima defesa a possibilidade de fuga do agredido. A lei não pode exigir que se leia pela cartilha dos covardes e dos pusilânimes” (TJSP – AC – Rel. Villa da Costa RT 474/297).

<sup>6</sup> De modo distinto, o artigo 52 do Código Penal Italiano: “não é punível quem cometer o fato a que foi constringido pela necessidade de defender um direito próprio ou de outrem contra perigo atual ou de ofensa injusta, sempre que a defesa seja *proporcional* à agressão”.

<sup>7</sup> O princípio da “prevalência do direito” (princípio coletivo) é, ao lado do princípio da “autotutela” (princípio individual), fundamento da legítima defesa, segundo a maior parte da doutrina.

<sup>8</sup> “Legítima defesa real própria. É lícito ao agente repelir, com moderação como no caso vertente, agressão injusta e atual, consistente em empurrão que lhe fora dado. *Passaria por covarde, merecendo o desprezo, quem, nas dependências de seu local de trabalho, fosse agredido e não repelisse de pronto.* Recurso improvido por decisão unânime para, mantendo-se a absolvição, retificar-lhe sua fundamentação para legítima defesa real própria” (STM – Apelação 1996.01.047728-4 MS; J.27.06.96; DJ 21.08.96; Rel. Min. José Sampaio Maia”).

<sup>9</sup> Segundo a doutrina, se a fuga pode “não afetar os brios de um civil”, no que diz respeito ao militar, “seu sentimento de honra, o pundonor militar são incompatíveis com a fuga diante de qualquer agressor a direito seu ou de outrem” (ROMEIRO, 1994, p. 134).

<sup>10</sup> Observe-se, porém, que o Código Penal Militar de Paz italiano, ao definir a legítima defesa nos mesmos termos do Código Penal italiano, excluiu a honra do elenco dos bens jurídicos dignos de proteção pelo defendente militar (artigos 42 e 43).

<sup>11</sup> “Age em legítima defesa quem usa de moderação dos meios necessários para repelir injusta e iminente agressão, que deve, no caso, ser admitida em conformidade com o razoável ponto de vista do sujeito ativo, independentemente das condições individuais que acarretam ao ofensor a falta da capacidade de sofrer imputação moral” (TACRIM-SP – AC – Rel. Aurélio Maciel – JUTACRIM 62/338).

<sup>12</sup> Para Roxin, quando alguém reage em legítima defesa a uma agressão injusta, realiza a prevenção geral negativa, pois deixa claro ao agressor que “não se vulnera sem risco o ordenamento jurídico”, estabilizando-se, desse modo, a ordem jurídica (1997, p. 609).

## Bibliografia

BARATTA, Alessandro. Criminologia e dogmática penal: passado e futuro do modelo integral de ciência penal. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, n. 31, p. 5-37, jan./jun. 1981.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*: parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978, t. 1.

CEREZO MIR, José. *Curso de derecho penal español*: parte general. 6. ed. Madrid: Tecnos, 1998, t. 2.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal*: curso completo. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*: a nova parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MANTOVANI, Ferrando. *Diritto penale*: parte generale. 4. ed. Padova: CEDAM, 2001.

MESTIERI, João. *Manual de direito penal*: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1999, t. 6.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal*: parte general. 5. ed. Barcelona: Reppertor, 1998.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, t. 6.

PADOVANI, Túlio. *Diritto penale*. 6. ed. Milano: Giuffrè, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, t. 1.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROXIN, Claus. *Derecho penal*: parte general. 1. ed. Madrid: Civitas, 1997, t. 1.

STRATENWERTH, Günther. *Derecho penal I*. Madrid: EDIAR, 1982.

# Das bases constitucionais do Direito Penal

Ivan Luiz da Silva

## Sumário

1. Direito Penal e Constituição. 2. Das relações entre Direito Penal e Constituição. 3. Das normas penais constitucionais. 3.1. Da classificação quanto às conseqüências proposta por Nuvoione. 3.2. Da classificação quanto à matéria proposta por Palazzo. 3.3. Da classificação quanto ao conteúdo e destinatário proposta por Maurício Ribeiro Lopes. 4. Dos princípios penais constitucionais.

As relações estabelecidas entre Direito Penal e Constituição podem ser estudadas sob três prismas: o dos princípios constitucionais do Direito Penal; o da correlação entre princípios específicos e institutos próprios do Direito Constitucional e a operacionalização do Direito Penal; e, por último, o da teoria dos delitos constitucionais (LOPES, 2000, p. 35). Neste trabalho, interessamos apenas a primeira perspectiva, e o objeto de estudo serão as normas constitucionais informativas do Direito Penal.

O Direito Penal de um Estado de Direito democrático é informado por princípios que visam garantir os direitos individuais mais fundamentais do cidadão, *verbi gratia*, os direitos inerentes à pessoa humana<sup>1</sup>. Assim, consagrados esses princípios nos códigos de Direito Penal, foram transportados, reflexamente, para as Constituições. Com efeito, a fonte primária do Direito Penal é a própria Constituição, da qual haure a legitimidade e fundamento para sua intervenção

Ivan Luiz da Silva é Mestre em Direito Público pela UFPE, Pós-graduado pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco – ESMAPE, Professor substituto da Escola Superior da Magistratura de Alagoas – ESMAL, Advogado, Procurador de Estado/AL, Ex-Procurador de Estado/SE.

punitiva sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, mormente o *jus libertatis*.

A necessidade, portanto, de se apresentar um estudo sobre as bases constitucionais do Direito Penal decorre da íntima relação entre os princípios penais e o Direito Constitucional. Nesse sentido é magistral a lição de Maurício Ribeiro LOPES (1999, p. 154): “(...) A história dos princípios orientadores do Direito Penal, em certo sentido, coincide com a história do Direito Constitucional”.

### 1. Direito Penal e Constituição

O Direito Penal mantém estreitas relações com a Constituição, pois, sendo esta o estatuto político da nação, constitui a primeira manifestação legal da política penal, dentro de cujo âmbito deve enquadrar-se a legislação penal, em razão do princípio da supremacia constitucional<sup>2</sup>.

A Constituição é um instituto jurídico idealizado e criado pelos homens para a organização básica das regras de convivência social, política e jurídica de um povo. Consiste na carta de intenções fundamental das regras de convivência de um país. Em sendo assim, esses preceitos de convivência têm de se preocupar com algumas regras de convivência de especial importância no seu elenco de suas normas jurídicas, que são as regras que interessam à Lei Penal (BENETI, 1992, p. 155).

Dois conceitos de Constituição que permitem relacioná-la ao Direito Penal são apresentados por Canotilho e Hesse. Para CANOTILHO, “Constituição é uma ordenação sistemática e racional da comunidade política, plasmada num documento escrito, mediante o qual se garantem os direitos fundamentais e se organiza, de acordo com o princípio da divisão dos poderes, o poder político” (1995, p. 12).

Por sua vez, HESSE ensina que “a constituição é a ordem fundamental jurídica da coletividade. Ela determina os princípios diretivos, segundo os quais deve-se formar unidade política e tarefas estatais a ser exer-

cidas. Ela regula procedimentos de vencimento de conflitos no interior da coletividade. Ela ordena a organização e o procedimento da formação da unidade política e da atividade estatal. Ela cria bases e normaliza traços fundamentais da ordem total jurídica. Em tudo, ela é o plano estrutural fundamental, orientado por determinados princípios de sentido, para a configuração jurídica de uma coletividade” (1998, p. 37).

Da análise dos conceitos acima no que concerne à relação entre Direito Penal e Constituição, Ribeiro LOPES assim conclui: “os conceitos propostos por Canotilho e Hesse contêm todos os elementos indispensáveis na compreensão dos fenômenos relacionais entre a Constituição e o Direito Penal, porquanto fundam o conceito de Constituição em elementos basilares e comuns também às premissas de ordenação e desenvolvimento do sistema penal” (2000, p. 59).

O Direito Penal é o ramo do Direito que protege os bens jurídicos mais fundamentais para a sociedade, tais como a vida, a liberdade etc., pois, para proteção de tais valores sociais, os demais ramos do Direito não são suficientes, ou já não mais o são. Assim, as normas penais são regras de convivência de especial relevo, já que o Direito Penal é um conjunto de normas jurídicas que tutela os bens jurídicos de alta relevância, bem como garante os demais ramos jurídicos, pois serve de proteção às demais normas jurídicas<sup>3</sup>.

Esse também é o entendimento de René DOTTI: “o Direito Penal é a ciência destinada a proteger os valores e os bens fundamentais do homem. A sua tutela envolve também a comunidade e o Estado como expressões coletivas da pessoa humana, em torno de quem gravitam os interesses de complexa e envolvente ordem. Desde o direito à vida até o direito à sepultura, começo e fim da aventura da existência, movimentam-se um amplo repertório de bens e de interesses que têm no ser individual os pontos de partida e de chegada. Em todos os trechos do funcionamento do sistema, o ho-

mem deve ser a medida primeira e última das coisas, razão pela qual se proclama que, na categoria dos direitos humanos, o Direito Penal é mais relevante, o de maior transcendência” (1985, p. 23).

Para exercer essa função garantidora da ordem jurídica, o direito Penal apresenta-se armado de uma força sem similar nos outros ramos do Direito, qual seja: a coercitividade, a imposição de sanções criminais graves a quem viola seus mandamentos. Essa força do Direito Penal tem seu nascedouro na Constituição, como observa BENETI: “A força do Direito Penal não vem apenas dele próprio. Para ser suficientemente forte, a ponto de sobre-reger a convivência na sociedade, no campo que lhe é reservado, firma-se ele no Direito Constitucional, de modo que o que infunde força ao Direito Penal é o direito Constitucional. E, a rigor, essa asunção de força pelo Direito Constitucional, relativamente ao Penal, é mais intensa do que no tocante a outros ramos do Direito, como o Civil” (1992, p. 155).

Devido à sanção penal atingir direitos fundamentais do cidadão, como, *v.g.*, a liberdade, mister é que essa intervenção punitiva esteja em conformidade com a ordem constitucional. Portanto, o Direito Penal busca a legitimidade e conteúdo de suas normas diretamente na Constituição.

Esse vínculo é apontado por Ribeiro LOPES (2000, p. 18)<sup>4</sup>, que assim expõe: “A crescente influência do Direito Constitucional sobre o Direito Penal, principalmente a partir dos novos movimentos constitucionais do último quarto deste século, foi percebida pela doutrina, que passou a ser abundantemente influenciada não apenas pelos movimentos de reforma, mas por uma nova ritualística na interpretação do direito punitivo. Giovanni Flora, por exemplo, reconhece expressamente, no campo da relação entre a Constituição e o Direito Penal, a evolução da sensibilidade constitucional da ciência penal, da qual, dentre outras conclusões, afirma o reflexo na produção doutrinária mais recente”.

A Constituição influencia diretamente o Direito Penal ao dispor sobre o alcance e limites do *jus puniendi*, em face dos direitos e garantias fundamentais do cidadão. As condições estabelecidas são de duas classes: formais, que se referem aos aspectos exteriores da intervenção punitiva; e materiais, relativas ao conteúdo das normas penais (LOPES, 2000, p. 179).

A influência constitucional sobre o Direito Penal é lapidarmente trazida a lume por PALAZZO<sup>5</sup> ao citar Woesner, “segundo o qual legislação penal – por natureza – deve ser lei de atuação da Constituição”, concretizando, necessariamente, uma relação entre indivíduo e autoridade, cujas linhas de fundo são traçadas na Constituição, e Eser, “pelo qual, de um lado, a Constituição dá o quadro dos valores de fundo do Direito Penal e, de outro, este último acolhe as limitações aos direitos de liberdade constitucionalmente garantidas”.

A base constitucional do Direito Penal evidencia-se em razão de sua missão primeira, que consiste em proteger os bens jurídicos mais relevantes contra as formas mais graves de agressão. Assim, como a Constituição alberga os bens jurídicos e interesses mais importantes para a sociedade, é, pois, nesse assentamento constitucional que a Lei Penal busca o fundamento para sua intervenção punitiva. Portanto, o Direito Penal toma o Texto Magno como parâmetro de referência para realizar sua missão de salvaguardar os bens jurídicos relevantes e criminalizar os fatos lesivos a esses bens.

A origem desse contato remonta à gênese do próprio constitucionalismo, como dito na abertura deste capítulo. A doutrina, de um modo geral, ensina que o constitucionalismo nasceu em 1215, quando o rei inglês João Sem-Terra assinou a *Magna Charta Libertatum*, na qual impunha limitações ao poder monárquico.

Maurício Ribeiro LOPES (1999, p. 154-161) aponta duas células *mater* da atual base constitucional do Direito Penal na *Magna Charta* de 1215: o art. 20, que trata das penas

pecuniárias; e o art. 39, que dispõe sobre o devido processo legal.

O art. 20, do texto acima referido, preconiza que: “A multa a pagar por um homem livre, pela prática de um pequeno delito, será proporcionada à gravidade do delito; e pela prática de um crime será proporcionada ao horror deste, sem prejuízo do necessário à subsistência e posição do infrator; a mesma regra valerá para as multas a aplicar a um comerciante e um vilão, ressaltando-se para aquele a sua mercadoria e para este a sua lavoura” (p. 155).

Assim, muitas garantias penais no que tange à aplicação das penas decorreram desse primeiro dispositivo. Nesse sentido LOPES (p. 155) ensina: “A redação conferida ao art. 20 da *Magna Charta Libertatum* teve seu significado ampliado posteriormente para abranger alguns princípios básicos para cominação de penas aos delitos. Note-se, aliás, que não só as penas pecuniárias foram resgatadas pela regra, mas também as penas privativas de liberdade deveriam estar sujeitas ao princípio da proporcionalidade da sanção. Tal premissa constava também do ideário de Beccaria, séculos depois, e hoje consta do rol de garantias previstas em várias Constituições”.

O art. 39, do mesmo texto, assim dispõe: “Nenhum homem será preso ou detido em prisão, ou privado de suas terras, ou posto fora da lei, ou banido, ou de qualquer maneira molestado; não procederemos criminalmente contra ele, nem o condenaremos senão por um julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra” (p. 159).

Ao comentar esse dispositivo legal, Ribeiro LOPES (p. 159) ensina que nele se encontra a base do devido processo legal – *due process of law*; sendo que tal garantia não seria apenas de natureza processual, mas também material. Nesse sentido é a lição do mestre citado: “À evidência que a última das regras tradicionais do *due process of law* [proibição de leis retroativas], citada por Ada Pellegrini, não é garantia da órbita processual, mas sim da material. É autêntico prin-

cípio norteador do Direito Penal. Corolário da proibição ao Poder Legislativo de editar leis retroativas é a obrigatoriedade da edição de lei em matéria penal. Com efeito, se a lei não fosse necessária, porque seria proibido editá-la para que tivesse vigência em data pretérita? Extraí-se, pois, que a própria legalidade penal decorre do *due process of law*.”

Exsurge, pois, que esses dois dispositivos normativos constituem o embrião da base constitucional que hoje informa o Direito Penal, sendo lapidar a observação de Ribeiro LOPES (p. 155): “A *Magna Charta* tornou-se, assim, a declaração de direitos que primeiro estabeleceu paradigmas daquilo que viria a ser chamado modernamente de princípios constitucionais do Direito Penal”.

Na história do Direito brasileiro, segundo Paulo QUEIROZ (1998, p. 21-22), podemos notar uma primeira influência do Direito Constitucional sobre o Direito Penal no *Aviso* de 28 de agosto de 1822, no qual o príncipe D. Pedro determinara que os juízes do crime deviam guiar-se pelas bases da Constituição monárquica portuguesa, de 10 de março de 1821. Entre essas bases constitucionais, destacava-se o art. 12, que preconizava: “Nenhuma lei, e muito menos a penal, será estabelecida sem absoluta necessidade. Toda pena deve ser proporcionada ao delito, e nenhuma deve passar da pessoa do delinqüente. A confiscação de bens, a infâmia, os açoites, o barço e o pregão, a marca de ferro quente, a tortura, e todas as penas cruéis ficam em consequência abolidas”. Nessa linha de orientação, a nossa primeira Constituição, de 25 de março de 1824, viria dispor, em seu art. 179, itens 19 e 20: “desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas cruéis”; “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá caso algum de confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja”.

No atual estágio do constitucionalismo, a influência constitucional sobre o Direito Penal mostra-se intensa, uma vez que a



Constituição contém entre suas normas uma série de princípios penais, que orientam e informam a construção e aplicação das normas penais<sup>6</sup>.

A Constituição, portanto, atua como base de fundamentação e legitimidade das normas penais, devendo estas exercerem a tutela dos bens jurídicos em conformidade com o ideal de justiça propugnado pela ordem constitucional vigente. É oportuna a lição de Márcia Dometila CARVALHO (1992, p. 23-24)<sup>7</sup>, que assim ensina:

“(…) a não fundamentação de uma norma penal em qualquer interesse constitucional, implícito ou explícito, ou o choque mesmo dela com o espírito que perambula pela Lei Maior, deveria implicar, necessariamente, na discriminação ou não aplicação da norma penal.

(…) Lícito, pois, concluir que a disfuncionalidade, antinomia, enfim, falta de harmonia entre a norma penal concretizada e a justiça positivada ou almejada pela Constituição, deve ser traduzida como inconstitucionalidade. Ao contrário, a sanção penal será precedente e legítima, quando absolutamente necessária para a salvação das bases fundamentais em que se assenta a sociedade justa e livre que a Constituição visa construir.”

Nessa mesma linha de raciocínio, Ribeiro LOPES (2000, p. 175) preleciona: “(…) Constituição e Direito Penal existem, ambos, como reservatório das liberdades humanas, de modo que apenas um afinado concerto entre eles torna possível a legitimação de uma incriminação”.

## 2. Das relações entre Direito Penal e Constituição

O íntimo relacionamento entre Direito Penal e Constituição se traduz em inúmeras relações decorrentes desse contato. A característica preponderante dessas relações consiste na superioridade hierárquica

da norma constitucional, que atua como centro de fundação do Direito e constitui o padrão de validade das normas penais (LOPES, 1999, p. 164; 2000b, p. 193; 2000a, p. 20).

Entre essas relações, duas se mostram mais relevantes, a saber: a) a Constituição como fonte do Direito Penal, e b) a Constituição como redutor do Direito Penal.

### a) A Constituição como fonte do Direito Penal

É cediço que a Constituição desempenha relevante papel na construção das normas penais, uma vez que atua como centro (fonte) de autorização e legitimação do *jus puniendi*, sendo que, em matéria penal, a lei como fonte de Direito possui um significado muito mais intenso que em outros ramos jurídicos, haja vista ser mister atender-se à exigência do Princípio da Legalidade<sup>8</sup>.

No que tange aos princípios penais, Ribeiro LOPES (2000a, p. 23; 2000b, p. 196) assim observa: “Flora aponta o tema da Constituição no papel de fonte do Direito Penal como o primeiro e privilegiado terreno de nascimento e de desenvolvimento da atenção aos princípios constitucionais informadores do Direito Penal.” Nesse sentido é lapidar a lição do mestre citado: “A principal fonte normativa, enquanto tradução dos princípios políticos penais, é o estatuto jurídico do Estado, ou seja, a própria Constituição” (2000b, p. 237).

Assim, as normas penais – tanto os princípios como as regras jurídicas – têm sua fonte primeira na Constituição, a qual fornece os parâmetros para a fundamentação e legitimação do *jus puniendi*.

O Direito Penal, portanto, encontra sua base fundamental no texto constitucional, que lhe determina o alcance e limites. É a Constituição, pois, a fonte da legitimidade e da coercitividade da Lei Penal. Esse também é o entendimento de Beneti: “(…) O Direito Penal jamais sobreviveria se não tivesse um forte substrato constitucional, porque é na Constituição que o Direito Penal vem auferir a legitimidade – para interferir em

direitos fundamentais dos cidadãos, visto que, se não houvesse a previsão do sancionamento penal na Constituição, todo cidadão estaria previamente isento da sanção penal” (BENETI, 1992, p. 155).

Nesse sentido é a lição de NUVOLONE (1981, p. 40), para quem as normas e princípios constitucionais são o parâmetro da legitimidade das leis penais ordinárias e delimitam o âmbito de sua aplicação. Nessa linha de raciocínio, René DOTTI preleciona: “conforme Souza Brito, o Direito Penal ‘funda-se na Constituição, no sentido de que as normas que o constituem, ou são elas próprias normas formalmente constitucionais, ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. A Constituição não contém normas penais completas, isto é, normas que para ações ou omissões nelas previstas estatuem penas, medidas de segurança ou outras entidades jurídico-penais. Mas contém disposições de direito penal, que determinam em parte o conteúdo das normas penais” (1985, p. 25).

A ilação dessa argumentação é que o Direito Penal nasce e recebe sua legitimidade da Carta Excelsa, sem a qual não conseguiria cumprir sua função garantidora dos bens jurídicos penalmente tutelados. Vale trazer a lume a lição de BENETI nesse tocante: “de uma certa maneira, podemos ver, no direito Constitucional, o verso e reverso do Direito Penal. Vemos o Direito Penal encaixando-se na Constituição naquilo que a Constituição o apóia, libera-o; e vemos o Direito Penal limitado pela Constituição naquilo em que a Constituição lhe veda a invasão à esfera de liberdade dos cidadãos” (1992, p. 156).

#### *b) A Constituição como redutor do Direito Penal*

A Constituição, ainda, influencia as normas penais ao atuar como redutor do Direito Penal, sendo as limitações constitucionais de duas espécies: de natureza material e de natureza formal.

As limitações materiais impedem a criação de normas penais contrárias aos princí-

pios e garantias constitucionais que decorrem do rol de direitos e garantias individuais consagrados na Constituição. Por exemplo: é vedada a criação de pena de morte, uma vez que tal norma seria contrária ao direito à vida propugnado pela Lei Magna (LOPES, 1999, p. 167).

As limitações formais, por sua vez, impedem a edição de normas em desconformidade com os princípios constitucionais que regulam a elaboração da lei penal. Por exemplo: a vedação às leis penais retroativas (LOPES, 1999, p. 167).

Assim, a Constituição reduz o alcance do Direito Penal ao informar material e formalmente a construção e aplicação das normas penais. Nessa linha de raciocínio, Márcia Dometila CARVALHO (1992, p. 37) pontifica: “A nova Constituição traz um caráter limitador das leis penais, no momento em que regula os direitos e liberdades fundamentais, contemplando, implicitamente, ou mesmo de forma explícita, os limites do poder punitivo e os princípios informadores do direito repressivo: as proibições penais não se podem estabelecer para fora dos limites que permite a Constituição, isto significando, também, que não podem ser afrontados os princípios éticos, norteadores da Lei Maior, mesmo que instituídos em dispositivos programáticos, sem regulamentações que lhes garantam uma existência real”.

### *3. Das normas penais constitucionais*

O Direito Penal marca presença nas Constituições por meio de postulados que resguardam as garantias individuais à medida que restringem a intervenção punitiva do Estado; por outro lado, ampliam o campo de atuação da Lei Penal com vistas a proteger um maior número de bens jurídicos.

As normas constitucionais em matéria penal podem ser classificadas de várias formas; contudo, para fins deste estudo, três classificações merecem destaque, a saber: a) a classificação de Pietro Nuvo-lone, b) a classificação de Francesco Pa-

lazzo, e c) a classificação de Maurício Antônio Ribeiro Lopes.

### 3.1. Da classificação quanto às conseqüências proposta por Nuvolone

Apresenta Pietro NUVOLONE (1981, p. 39-40) uma classificação das normas constitucionais quanto às suas conseqüências em relação à lei ordinária.

Assim, há as normas constitucionais postas no mesmo plano de abstração das normas penais: sempre que houver incompatibilidade com uma lei penal, esta deve ser considerada tacitamente revogada. Por exemplo: o art. 5º, XLVII, da Constituição vigente, veda a criação de pena de morte (salvo em caso de guerra declarada); portanto, qualquer lei penal que cominar essa modalidade de pena será abrogada em razão do texto constitucional (NUVOLONE, 1981, p. 39; LOPES, 1999, p. 174).

Existem, também, as normas constitucionais colocadas num plano de maior abstração em relação às do Código Penal; são, na realidade, os princípios informativos do Direito Penal, que podem entrar em conflito com leis penais que, num plano mais sólido, ditam regras para o caso concreto. Nesse caso a regra mais densa é inconstitucional (1981, p. 39)<sup>9</sup>. Exemplo disso seria a criação de norma penal instituindo penas corporais; que violaria o princípio penal da dignidade humana previsto pela Carta Magna.

Por último, existem normas constitucionais que contemplam determinados direitos de liberdade que, mesmo não sendo absolutamente contrários à lei penal, entram parcialmente em conflito com algumas possíveis aplicações de uma lei penal. Nesse caso, a conduta pode ser considerada justificada pelo limite discriminante do exercício do direito (NUVOLONE, 1981, p. 39; LOPES, 1999, p. 174). Veja-se, *verbi gratia*, a compatibilização da liberdade de imprensa com os tipos penais previstos na Lei de Imprensa (Lei nº 5250/67).

### 3.2. Da classificação quanto à matéria proposta por Palazzo

Para PALAZZO (1989, p. 22-23), as normas constitucionais em matéria penal podem ser classificadas em duas espécies: princípios de Direito Penal constitucional e princípios constitucionais pertinentes à matéria penal.

Os princípios constitucionais especificamente penais referem-se exclusivamente às normas que formam a base constitucional de elaboração do Direito Penal. No que tange a esses princípios, PALAZZO (1989, p. 23) preleciona que “(...) apresentam um conteúdo típico e propriamente penalístico (legalidade do crime e da pena, individualização da responsabilidade etc.) e, sem dúvida, delineiam a ‘feição constitucional’ de um determinado sistema penal, a prescindir, eventualmente, do reconhecimento formal num texto constitucional. Tais princípios, que fazem parte, diretamente, do sistema penal, em razão do próprio conteúdo, têm, ademais, características substancialmente constitucionais, enquanto se circunscrevem dentro dos limites do poder punitivo que situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal; em seguida, vincam os termos essenciais da relação entre indivíduo e Estado no setor delicado do direito penal”.

Os princípios penais constitucionais *stricto sensu* podem ser divididos em princípios explícitos e implícitos. Os explícitos são enunciados de forma expressa no texto constitucional. Os implícitos são deduzidos das normas constitucionais, uma vez que se encontram latentes no interior da ordem jurídica constitucional.

Os princípios constitucionais penais *stricto sensu* informam a ordem jurídica penal, já que são as normas que compõem a base constitucional do Direito Penal. São exemplos desses: o da legalidade dos delitos e das penas<sup>10</sup>.

Os princípios constitucionais pertinentes à matéria penal não são estritamente de Direito Penal, impondo-se tanto ao legisla-

dor penal quanto ao legislador civil, tributário etc. Referem-se, predominantemente, ao aspecto de conteúdo das incriminações no sentido de fazer com que o Direito Penal se constitua um poderoso instrumento de tutela dos bens de relevância social (LUISI, 1992, p. 10). Assim, condicionam a função garantidora das demais normas jurídicas, que é exercida pelo Direito Penal.

PALAZZO (1989, p. 23) assim os define: “Os princípios (ou valores) pertinentes à matéria penal, se atêm à específica matéria constitucionalmente relevante (economia, administração pública, matrimônio e família), da qual traçam, freqüentemente, os grandes rumos disciplinadores. Embora sejam princípios de condição obviamente constitucional, seu conteúdo se revela heterogêneo e, por isso, não exatamente característicos do direito penal; impõe-se tanto ao legislador civil, ou administrativo, como ao penal que intervier – não raro de forma necessária – na respectiva matéria. O fenômeno de sua influência no direito penal moderno pressupõe o caráter ‘sancionatório’, em certo sentido, do direito penal em si, enquanto – diferentemente dos princípios de direito penal constitucional – condicionam, com prevalência, o conteúdo, a matéria penalmente disciplinada, e não a forma penal de tutela, o modo de disciplina penalística”.

Ainda sobre esses princípios, Luiz LUISI (1992, p. 11) ensina que:

“Os princípios ditos apenas pertinentes ao direito penal traduzem, em geral, orientação ao legislador penal no sentido de determinar ao mesmo a elaboração de normas incriminadoras destinadas à proteção de valores transindividuais. Constituem exemplos destes postulados as determinações contidas nas Constituições contemporâneas no sentido de proteção ao meio ambiente, ao trabalho etc. Para a concreção dessas indicações constitucionais o legislador ordinário deverá editar normas de caráter civil prevendo

indenizações, de caráter tributário prevendo tributos especiais e multas etc., e, também, se efetivamente necessário, normas incriminadoras penais.

Os referidos princípios, embora em quase sua totalidade traduzam exigências de criminalização para proteção de bens coletivos, episodicamente podem ser concernentes aos aspectos gerais do direito penal. Mas via de regra se caracterizam por ampliarem a área de abrangência da resposta penal, alargando o campo dos bens penalmente tutelados, neles incluindo os de natureza transindividual.”

Não obstante não sejam princípios exclusivamente penais, impõem a obrigação de se elaborar uma tutela penal para os bens jurídicos de alta relevância, como o meio ambiente, a atividade econômica etc. Contudo, essa tutela penal deve estar em consonância com os princípios constitucionais especificamente penais, sob pena de haver a eiva da inconstitucionalidade da norma penal elaborada.

### *3.3. Da classificação quanto ao conteúdo e destinatário proposta por Mauricio Ribeiro Lopes*

Ao tratar das normas penais inseridas na Constituição, Mauricio Ribeiro LOPES (1999, p. 178-180) apresentou uma classificação baseada em critérios de conteúdo da norma e segundo o destinatário.

No que tange à classificação segundo o conteúdo, os princípios penais dividem-se em princípios constitucionais, que se referem ao crime, e aqueles outros que dirigem a pena. Os primeiros são aqueles que disciplinam e organizam o preceito primário da lei penal (descrição do fato típico), não obstante possam interferir sobre a elaboração da sanção penal, como sói fazer o Princípio da Legalidade, da Irretroatividade da lei penal etc. Os segundos referem-se exclusivamente à elaboração da regras referentes à sanção penal, como são os princípios que dizem respeito à limitação, aplicação e execução das penas (p. 179).

A segunda classificação dos princípios penais proposta por Ribeiro Lopes diz respeito ao destinatário do comando normativo. Assim, em razão da tríplice separação dos poderes do Estado, tríplice também é o exercício do *jus puniendi* (p. 180).

Há, portanto, princípios penais que são dirigidos diretamente para cada um dos poderes do Estado. Nessa linha de raciocínio, Ribeiro LOPES (p. 180) pontifica: “Assim, há normas constitucionais em matéria penal que são dirigidas ao legislador do Estado, como por exemplo a que exige a existência de lei anterior ao fato para que o mesmo possa ser tido como delituoso. Há normas dirigidas aos membros do Poder Judiciário, estas principalmente as de cunho adjetivo, embora já nos tenhamos manifestado sobre o tema, mas também há normas que decorrem da adoção do princípio da estrita legalidade, impedindo assim a criação jurisprudencial em prejuízo ao acusado, através de raciocínio analógico *in pejus*. Há ainda normas dirigidas aos administradores representantes do Poder Executivo, ao exigir destes a verificação de pressupostos mínimos para a execução material das penas cominadas, principalmente em se tratando de penas privativas de liberdade”.

#### 4. Dos princípios penais constitucionais

A Constituição brasileira possui entre suas normas vários princípios fundamentais em matéria penal, que são informadores do Direito Penal. Podem ser denominados princípios constitucionais fundamentais de garantia do cidadão ou, simplesmente, princípios fundamentais do Direito Penal democrático. São garantias do cidadão perante o poder punitivo do Estado<sup>11</sup>.

Esses princípios constitucionais formam o alicerce do ordenamento jurídico-penal, configurando-se em base constitucional do Direito Penal moderno, uma vez que visam garantir os direitos fundamentais dos cidadãos em face do poder punitivo do Estado,

propondo, ainda, a adoção de um Direito Penal mínimo, ou seja, dirigido exclusivamente para aqueles fatos sociais que demonstram materialmente a necessidade de uma repressão penal<sup>12</sup>.

No que tange à identificação dos princípios fundamentais do Direito Penal, cumpre inicialmente trazeremos a lume a lição de Nilo BATISTA (1996, p. 61): “A procura de princípios básicos do Direito Penal exprime o esforço para, a um só tempo, caracterizá-lo e delimitá-lo. Existem, efetivamente, alguns princípios básicos que, por sua ampla recepção na maioria dos ordenamentos jurídico-penais positivos da família romano-germânica, pela significação política de seu aparecimento histórico ou de sua função social, e pela reconhecida importância de sua situação jurídica (condicionadora de derivações e efeitos relevantes), constituem um patamar indeclinável, com ilimitada valência na compreensão de todas as normas positivas. Tais princípios básicos, embora reconhecidos ou assimilados pelo direito penal, seja através de norma expressa, seja pelo conteúdo de muitas normas a eles adequadas, não deixam de ter um sentido programático, e aspiram ser plataforma mínima sobre a qual possa elaborar-se o direito penal de um Estado de direito democrático”<sup>13</sup>.

Assim, os princípios fundamentais do Direito Penal podem ser encontrados, expressa ou implicitamente, no texto constitucional, já que a construção e aplicação das normas penais devem, imperiosamente, estar em consonância com o sentido de justiça e liberdade proposto pela Constituição.

Os princípios penais são mandamentos fundamentais que irradiam um comando superior e vinculante sobre o processo de construção e aplicação das normas jurídicas do Direito Penal, assumindo, assim, a função de alicerce e molde constitucional do sistema penal.

Nesse sentido também ensina Ribeiro LOPES (1999, p. 179)<sup>14</sup>, para quem “os princípios constitucionais do Direito Penal, em sua acepção estrita, compreendem as nor-

mas formuladoras de regras a serem obedecidas originariamente pelo legislador penal ordinário”.

Na doutrina espanhola, é magistral a conceituação de Juan Antonio MARTOS NÚÑEZ (1991, p. 217), que assim os define:

“Os princípios informadores do Direito Penal são aqueles pressupostos técnico-jurídicos que configuram a natureza, características, fundamentos, aplicação e execução do Direito Penal. Constituem, portanto, os pilares sobre os quais descansam as instituições jurídicopenais: os delitos, as faltas, as penas e as medidas de segurança, assim como os critérios que inspiram as exigências político-criminais.

Os princípios informadores não só respondem a exigências da Ciência penal e do Direito Judicial, senão que, ademais, expressam as exigências e garantias de um Estado Social e Democrático de Direito (...).”

Partindo desse contato entre Constituição e Direito Penal, vejamos os princípios penais básicos apresentados pela doutrina pátria.

Nilo BATISTA (1996, p. 64-105), apresenta cinco princípios: legalidade (ou reserva legal, ou intervenção legalizada), intervenção mínima, lesividade, humanidade e culpabilidade.

Para Luiz LUISI (1991, p. 13-40), são: princípio da legalidade, intervenção mínima, da humanidade e os da pessoalidade e da individualização da pena.

René Ariel DOTTI (1985, p. 27-39), segundo as bases constitucionais do direito Penal, apresenta os seguintes: intervenção mínima, intervenção legalizada, legalidade dos ilícitos e das sanções, irretroatividade da lei mais severa e retroatividade da lei mais benigna, personalidade e individualização das sanções, responsabilidade em função da culpa, retribuição proporcionada, reações penais como processo de diálogo (finalidade da pena) e humanidade das sanções.

Márcia Dometila CARVALHO (1992, p. 53-74), discorrendo sobre a fundamenta-

ção constitucional do Direito Penal, entende merecer destaque os princípios da legalidade e da culpabilidade.

César BITENCOURT (1999, p. 37-50) relaciona os seguintes princípios: legalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, culpabilidade, humanidade, irretroatividade, adequação social e insignificância.

Luiz Régis PRADO (2000, p. 77-86), por sua vez, aponta estes princípios: legalidade, irretroatividade, culpabilidade, exclusiva proteção dos bens jurídicos, intervenção mínima, fragmentariedade, pessoalidade, individualização da pena, proporcionalidade, humanidade, adequação social e insignificância.

Maurício Ribeiro LOPES (1999, p. 64-107) relaciona os seguintes princípios penais constitucionais: legalidade, taxatividade, insignificância, proporcionalidade, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, adequação social, culpabilidade, humanidade, exclusiva proteção dos bens jurídicos, pessoalidade da pena e individualização da pena.

Não obstante a diversidade das relações, todas têm em comum a circunstância de apresentarem um elenco de princípios penais presentes no texto constitucional e em consonância com a proteção do princípio da liberdade que permeia as estruturas de um Estado de Direito Democrático material.

#### Notas

<sup>1</sup> Ensina Paulo de Souza QUEIROZ (2001, p. 121), que “o perfil do Direito Penal – autoritário ou democrático – dependerá da conformação político-constitucional que se lhe dá (ao Estado)”. Portanto, Os limites do Direito Penal são os limites do próprio Estado, uma vez que é a Constituição que estabelece as bases e os limites do *jus puniendi*.

<sup>2</sup> LOPES (1999, p. 181). Em torno dessas relações, Francesco PALAZZO (1989, p. 16) assim pontifica: “Relações estreitíssimas, porque o direito penal é, por natureza, instrumento privilegiado de política e de utilidade social, tornando-se, por isso, um tema político por excelência, como se dá no eterno conflito entre o indivíduo e a autoridade es-

tatal representativa da comunidade. Se de um lado, a ação delituosa constitui, de fato, ao menos como regra, o mais grave ataque que o indivíduo desfere contra os bens sociais máximos tutelados pelo Estado, por outro lado, a sanção criminal, também, por natureza, dá corpo à mais aguda e penetrante intervenção do Estado na esfera individual”.

<sup>3</sup> Essa função é denominada caráter subsidiário do Direito Penal, ou seja, atua como o último recurso do Direito para impor a ordem pública; é a *ultima ratio extrema*, seu uso só é indicado quando as sanções civis e administrativas falharam. Por outro lado, o uso indiscriminado – hipertrofia – do Direito Penal pode retirar-lhe a legitimidade social penal. Vide: QUEIROZ (1998).

<sup>4</sup> Esse mesmo autor, com apoio em Jakobs, ainda observa que o Direito Penal legitima-se formalmente mediante a aprovação de leis penais conforme a Constituição.

<sup>5</sup> PALAZZO (1989, p. 18). Vide também LOPES (2000a, p. 180). LOPES (2000, p. 20).

<sup>6</sup> Nesse sentido, Luiz LUISI (1991, p. 9) observa: “As Constituições promulgadas nos últimos decênios se caracterizam pela presença no elenco de suas normas de instâncias de prerrogativas individuais, e concomitantemente de instâncias que traduzem imperativos de tutela de bens transindividuais ou coletivos. Ou seja: os princípios do *Rechtstaats* e, ao mesmo tempo do *Sozialstaats*. Os primeiros configuram-se em preceitos asseguradores dos direitos humanos e da cidadania. Os segundos se fazem presentes na tutela dos valores sociais”.

<sup>7</sup> Nesse sentido também é o entendimento de Paulo QUEIROZ (1998, p. 24): “As disposições penais, enfim, servem à Constituição Federal; cumprem funções constitucionais, razão por que somente valem e obrigam sempre que respondam, funcionalmente, aos mandamentos, princípios e normas constitucionais fundamentais”.

<sup>8</sup> Sobre a lei como fonte do Direito Penal, vide GOMES (1990, p. 257-268).

<sup>9</sup> Aqui é mister salientarmos que as normas jurídicas constitucionais são de duas espécies: princípios jurídicos e regras jurídicas; sendo que os princípios possuem menor densidade que as regras jurídicas, as quais detêm maior densidade para solução de problemas concretos.

<sup>10</sup> Sobre esses princípios, Luiz LUISI (1989, p. 11) assim ensina: “Tais princípios e outros similares, como os da intervenção mínima, da individualização da sanção penal e da humanidade, originam e condicionam o poder punitivo do Estado, e segundo magistério de F. Palazzo, ‘situam a posição da pessoa humana no âmago do sistema penal’”.

<sup>11</sup> Cezar BITENCOURT e Luiz PRADO (1996, p. 81) assim observam em relação a esses princípios: “As idéias de igualdade e de liberdade, apanágios do iluminismo, deram ao Direito Penal um caráter

formal menos cruel do que aquele que predominou durante o Estado Absolutista, impondo limites à intervenção estatal nas liberdades individuais. Muitos desses ‘princípios limitadores’ passaram a integrar os Códigos Penais dos países democráticos e, afinal, receberam assento constitucional, como garantia máxima de respeito aos direitos fundamentais do cidadão”.

<sup>12</sup> Em torno desse ponto, Ribeiro LOPES (1999, p. 73) assim argumenta: “Todos esses princípios, hoje inseridos, explícita ou implicitamente, em nossa Constituição (art. 5º), têm a função de orientar ao legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista.” Nesse sentido também é o entendimento de Antonio Roberto SYLLA (2000, p. 103): “Os princípios constitucionais de Direito Penal delimitam a relação penal do Estado, visando a garantir a exigência de segurança jurídica formal e material imposta pelo Estado Democrático de Direito. Esses princípios são de orientação básica ao legislador infraconstitucional”.

<sup>13</sup> Sobre esse ponto, René Ariel DOTTI (1985, p. 26) assim observa: “A dignidade científica das normas penais e sua harmonia com a Constituição reclamam a adoção de princípios básicos. Alguns deles devem ser claramente enunciados na Lei Fundamental visando não somente informar materialmente a positivação do Direito Penal como também orientar sua compreensão”.

<sup>14</sup> Luiz LUISI (1991, p. 12) assim observa sobre o tema: “(...) Em verdade nos princípios constitucionais se situam de um lado, os fundamentos do direito de punir do Estado, indicando seu fins e seu alcance como também as suas fontes e as exigências de seus enunciados e, principalmente fixando os seus infranqueáveis limites, e de outro lado, as exigências do *Sozialstaats*, fazendo do Direito Penal um instrumento na construção de uma sociedade que, mantendo-se fiel às instâncias inderrogáveis dos postulados iluministas, almeje, também, ser mais igualitária, isto é, mais justa”.

## Bibliografia

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BENETI, Sidnei Agostinho. A Constituição e o sistema penal. *Revista Ajuris*, Porto Alegre, n. 156, 154/176, 1992.

BITENCOURT, Cezar Roberto; PRADO, Luiz Regis. *Princípios fundamentais do direito penal*. Re-

- vista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 15, p. 80-88, 1996.
- BITENCOURT, Cézer Roberto. *Manual de direito penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.
- CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.
- DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do direito penal democrático. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Senado Federal, v. 22, n. 88, p. 21-44, out./dez. 1985.
- GOMES, Luiz Flávio. A lei forma como fonte única do direito penal (incriminador). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 656, p. 257-268, jun. 1990.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. O papel da constituição, seus valores e princípios na formação do direito penal. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). *Direito penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000a.
- \_\_\_\_\_. *Princípios políticos do direito penal*. São Paulo: RT, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Teoria constitucional do direito penal*. São Paulo: RT, 2000b.
- LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- MARTOS NÚÑEZ, Juan Antonio. Principios penales en el Estado social y democrático de derecho. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Madrid, n. 1, p. 217-299, 1991.
- NUVOLONE, Pietro. *O sistema do direito penal*. São Paulo: RT, 1981.
- PALAZZO, Francesco. *Valores constitucionais e direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.
- PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro*. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SYLLA, Antonio Roberto. O “preâmbulo” da Constituição brasileira e sua relevância para o direito penal. In: LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizeti (Orgs.). *Direito penal e Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.



# As modernas teorias da justiça

Amandino Teixeira Nunes Junior

## Sumário

1. Introdução. 2. A teoria positivista de Hans Kelsen. 3. A teoria discursiva de Jürgen Habermas. 4. A teoria formal de Chaïm Perelman. 5. A relação entre as teorias de Hans Kelsen e Chaïm Perelman. 6. A teoria social de John Rawls. 7. Conclusão

“A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento”.

*John Rawls*

## 1. Introdução

Pretende este trabalho examinar as teorias sobre a justiça formuladas no século XX, tanto no meio jurídico, como no meio filosófico, o que aqui se fará com relação às obras de Hans Kelsen, Jürgen Habermas, Chaïm Perelman e John Rawls.

A escolha desses autores se justifica, tendo em vista que, além de grandes pensadores, dedicaram-se com profundidade tanto à ciência jurídica quanto à justiça, deixando notáveis contribuições ao desenvolvimento recente desses temas.

Assim, examina-se, inicialmente, neste estudo, a concepção de justiça em Kelsen, de cunho positivista, exposta na obra “O que é justiça?”, que procura expurgar do interior da teoria jurídica as teorias jusnaturalistas edificadas ao longo de séculos.

Amandino Teixeira Nunes Junior é Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados, Mestre em Direito pela UFMG, doutorando em Direito pela UFPE e professor do UniCEUB e do IESB.

Em seguida, analisa-se a concepção de justiça em Habermas, baseada na sua teoria da ação comunicativa e presente em “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, na qual Habermas intenta compreender a dualidade do Direito moderno.

Adiante, aborda-se a concepção de justiça em Perelman, a partir da lógica formal, exposta em “Ética e Direito”.

Segue-se, logo após, a análise da concepção de justiça em Rawls, contida na obra “Uma teoria da justiça”, considerada uma das mais importantes desenvolvidas no século XX.

Finalmente, à guisa de conclusão, procura-se apresentar uma síntese das concepções de justiça abordadas no corpo do trabalho.

Convém salientar, ainda, que não constitui propósito do presente estudo submeter a um aprofundado exame crítico das complexas teorias desses renomados pensadores. O que se objetiva aqui é uma exposição das linhas fundamentais dessas concepções sobre a justiça que contribuíram sobretudo para a doutrina jusfilosófica recente.

## 2. A teoria positivista de Hans Kelsen

### 2.1. A crítica kelseniana

Ao elaborar sua teoria da justiça, KELSEN (2001) realiza um exame crítico e profundo das teorias que se produziram desde a Antigüidade clássica até a primeira metade do século XX sobre o tema.

Avaliando a justiça em Platão, KELSEN sustenta que a quase totalidade de seus diálogos busca precisamente a pergunta: “o que é o Bem?” (na qual se insere, também, a pergunta: “o que é a justiça?”). Afirma que o método dialético ensinado e praticado nos diálogos platônicos não chegou a elaborar um conteúdo definível de justiça.

A conclusão de KELSEN é que “a idéia do Bem inclui a de justiça, aquela justiça a cujo conhecimento aludem todos os diálogos de Platão. A questão ‘o que é justiça?’

coincide, portanto, com a questão o que é bom ou que é o Bem? Várias tentativas são feitas por Platão, em seus diálogos, para responder a essa questão de modo racional, mas nenhuma delas leva a um resultado definitivo”(2001, p. 12).

Um outro exemplo, para KELSEN, da tentativa infrutífera de elaborar um conteúdo definível de justiça, por meio de um método racional ou científico, é a ética de Aristóteles. “Trata-se de uma ética da virtude, ou seja, ele visa a um sistema de virtudes, entre as quais a justiça é a virtude máxima, a virtude plena” (p. 20).

Com relação ao Direito natural, KELSEN sustenta que essa doutrina “afirma existir uma regulamentação absolutamente justa das relações humanas que parte da natureza em geral ou da natureza do homem como ser dotado de razão”(p. 21).

E, adiante, aduz:

“A natureza é apresentada como uma autoridade normativa, como uma espécie de legislador. Por meio de uma análise cuidadosa da natureza, poderemos encontrar as normas a ela iminentes, que prescrevem a conduta humana correta, ou seja, justa. Se se supõe que a natureza é criação divina, então as normas a ela iminentes – o Direito natural – são a expressão da vontade de Deus. A doutrina do Direito apresentaria, portanto, um caráter metafísico. Se, todavia, o Direito natural deve ser deduzido da natureza do homem enquanto ser dotado de razão – sem considerar a origem divina dessa razão –, se se supõe que o princípio da justiça pode ser encontrado na razão humana, sem recorrer a uma vontade divina, então aquela doutrina se reveste de um caráter racionalista” (p. 21).

Conclui o insigne mestre da Escola de Viena:

“Do ponto de vista de uma ciência racional do Direito, o método religioso-metafísico da doutrina do Direito

natural não entra absolutamente em cogitação. O método racionalista é, porém, sabidamente insustentável. A natureza como um sistema de fatos, unidos entre si pelo princípio da causalidade, não é dotada de vontade, não podendo, portanto, prescrever qualquer comportamento humano definido” (p. 22).

Como se vê, o talento de KELSEN funciona como verdadeiro destruidor das convicções jusnaturalistas elaboradas ao longo dos séculos, pois “encontrar normas para o comportamento humano na razão é tão ilusório quanto extrair tais normas da natureza” (p. 22).

Com Immanuel Kant, a crítica kelseniana não se passa de modo diverso. O imperativo categórico kantiano determina que o sujeito moral, para ser justo, deve agir sempre de tal modo que a máxima de seu agir possa ser querida como uma lei geral. Noutras palavras, o comportamento humano é justo se for determinado por normas que o homem, ao agir, pode ou deve esperar que sejam obrigatórias para todos.

Veja-se o seguinte excerto no qual KELSEN expõe sua crítica a Kant:

“Mas quais são essas normas que podemos ou devemos esperar que sejam genericamente obrigatórias? E essa é a questão decisiva da justiça; e a ela, o imperativo categórico – da mesma forma a regra de ouro, seu modelo – não dá resposta” (p. 19).

### 2.2. A justiça para Kelsen

KELSEN (2001), na sua obra “O que é justiça?”, considera a justiça “uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social” (p. 2). E indaga: “mas o que significa ser uma ordem justa? Significa essa ordem regular o comportamento dos homens de modo a contentar a todos, e todos encontrarem sob ela felicidade. O anseio por justiça é o eterno anseio do homem por felicidade. Não podendo encontrá-la como indivíduo isolado, procura essa felici-

dade dentro da sociedade. Justiça é felicidade social, é a felicidade garantida por uma ordem social” (p. 2).

Observa KELSEN que o conceito de justiça passa por uma transformação radical: do sentido original da palavra (que implica o sentimento subjetivo que cada pessoa compreende para si mesma, de modo que a felicidade de um pode ser a infelicidade de outro) para uma categoria social: a felicidade da justiça (p. 4). É que a felicidade individual (e subjetiva) deve transfigurar-se em satisfação das necessidades sociais. Como ocorre no conceito de democracia, deve significar o governo pela maioria e, se necessário, contra a minoria dos sujeitos governados.

Assim, aduz KELSEN, “o conceito de justiça transforma-se de princípio que garante a felicidade individual de todos em ordem social que protege determinados interesses, ou seja, aqueles que são reconhecidos como dignos dessa proteção pela maioria dos subordinados a essa ordem” (p. 4).

### 3. A teoria discursiva de Jürgen Habermas

HABERMAS (1997) elabora sua teoria do agir comunicativo, contida na obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, para analisar as instituições jurídicas e propor um modelo em que se interpenetram justiça, razão comunicativa e modernidade.

Ao se referir à facticidade e à validade, HABERMAS intenta compreender a dualidade do Direito moderno.

Assim, de um lado, o Direito é facticidade quando se realiza aos desígnios de um legislador político e é cumprido e executado socialmente sob a ameaça de sanções fundadas no monopólio estatal da força. De outro lado, o Direito é validade quando suas normas se fundam em argumentos racionais ou aceitáveis por seus destinatários.

A relação entre facticidade e validade, observa Luiz MOREIRA, “assume uma forma de tensão pelo fato de o Direito reunir em si elementos sancionadores e elementos

provenientes de uma autolegislação. Dito em outros termos, a tensão entre facticidade e validade, no Direito moderno, retorna pela circunstância de que com a sanção se restringe o nível de dissenso, mas esse dissenso é superado no momento em que se introduz em seu bojo a idéia de que as normas jurídicas são emanções do povo”(1999, p. 150).

Essa tensão, nas palavras de HABERMAS, reside:

“(…) mais precisamente entre a coerção do Direito, que garante um nível médio de aceitação da regra, e a idéia de autolegislação – ou da suposição da autonomia política dos cidadãos associados – que resgata a pretensão da legitimidade das próprias regras, ou seja, aquilo que as torna racionalmente aceitáveis”(1997, p. 60-61).

No seio de uma tensão permanente entre facticidade e validade, a constituição de uma comunidade jurídica autônoma requer o abandono, em termos pós-metafísicos, de uma razão prática e a assunção de uma razão comunicativa \*.

Como afirma HABERMAS:

“Eu resolvi encetar um caminho diferente, lançando mão da teoria do agir comunicativo: substituo a razão prática pela comunicativa. E tal mudança vai muito além de uma simples troca de etiqueta” (1997, p. 19).

Mas qual é o sentido dessa mudança? Por não ser prática, vale dizer, por não oferecer nenhum tipo de “indicação concreta para o desempenho de tarefas práticas, pois não é informativa” (HABERMAS, 1997, p. 19), a razão comunicativa afasta-se da tradição prescritiva da razão prática.

A proposta de HABERMAS pretende, pois, situar a legitimidade do Direito não no plano metafísico, mas no plano discursivo e procedimental, lançando mão da sua teoria do agir comunicativo, na qual a linguagem supera a dimensão sintática e **semântica, constituindo o** *medium* de integração social, isto é, o mecanismo pelo qual os

agentes sociais se interagem e fundamentam racionalmente pretensões de validade discursivas aceitas por todos.

Para HABERMAS, o Direito legítimo, nas sociedades atuais pós-metafísicas, depende do exercício constante do poder comunicativo. Para que não se esgote a fonte da justiça, é mister que um poder comunicativo jurígeno esteja na base do poder administrativo do Estado.

Mesmo assumindo a perspectiva de que o ordenamento jurídico emana das diretrizes dos discursos públicos e da vontade democrática dos cidadãos, institucionalizadas juridicamente, observando a correção parcial, há sempre a possibilidade de que a normatividade seja injusta, abrindo-se assim para dois caminhos: o primeiro, a permanecer injusta, passa a constituir-se arbítrio; o segundo, a tornar-se arbítrio, surge a falibilidade e, com isso, a presunção de que seja revogada ou revista.

Ainda, para HABERMAS, a resolução dos conflitos será tanto mais facilmente alcançada quanto maior for a capacidade dos membros da comunidade em restringir os esforços comunicativos e pretensões de validade discursivas consideradas problemáticas, deixando como pano de fundo o conjunto de verdades compartilhadas e estabilizadoras do conjunto da sociedade, possibilitando que grandes áreas da interação social desfrutem de consensos não problemáticos.

O genial da teoria de HABERMAS reside, portanto, na substituição de uma razão prática, baseada num indivíduo que, por meio de sua consciência, chega à norma, pela razão comunicativa, baseada numa pluralidade de indivíduos que, orientando sua ação por procedimentos discursivos, chegam à norma. Assim, a fundamentação do Direito, sua medida de legitimidade, é definida pela razão do melhor argumento. Como emanção da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais, o Direito pode realizar a grande aspiração da humanidade: a efetivação da justiça.

#### 4. A teoria formal de Chaïm Perelman

##### 4.1. As seis concepções da justiça concreta

Na sua obra “Ética e Direito”, PERELMAN (2000) não pretende formular uma teoria da justiça que seja a mais apropriada e consentânea com a idéia de racionalidade, comparativamente às teorias de outros autores. Pretende, na verdade, a partir de um ponto de vista lógico, examinar os diferentes sentidos da noção de justiça, para deles extrair um substrato comum – a igualdade – que o conduzirá ao conceito de justiça formal ou abstrata.

As seis concepções mais correntes da justiça concreta que se afirmaram na civilização ocidental, desde a Antigüidade até nossos dias, segundo PERELMAN (p. 9), são:

- a) a cada qual a mesma coisa;
- b) a cada qual segundo seus méritos;
- c) a cada qual segundo suas obras;
- d) a cada qual segundo suas necessidades;
- e) a cada qual segundo sua posição;
- f) a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

Segundo a primeira concepção da justiça concreta, ser justo é tratar todos da mesma forma, sem considerar nenhuma das particularidades que distinguem os indivíduos. PERELMAN observa que, no imaginário humano, o ser perfeitamente justo é a morte que vem atingir todos os homens independentemente de seus privilégios.

A segunda concepção da justiça concreta não exige a igualdade de todos, mas um tratamento proporcional a uma qualidade intrínseca, ao mérito do indivíduo. A questão é saber o que deve ser levado em conta como mérito ou demérito de uma pessoa, quais os critérios que devem presidir tal determinação, se deve ser considerado o resultado da ação, a intenção do agente ou o sacrifício utilizado. PERELMAN observa que, partindo-se dessa concepção, pode-se chegar a resultados absolutamente distintos, bastan-

do que não se conceda o mesmo grau de mérito aos mesmos atos dos indivíduos.

A terceira concepção da justiça concreta, cujo único critério do tratamento justo é o resultado da ação dos indivíduos, é de aplicação infinitamente mais fácil do que a anterior, pois, em vez de constituir um ideal quase irrealizável, permite só levar em consideração elementos sujeitos ao cálculo, ao peso ou à medida. Daí por que sua aplicação preside tanto o pagamento dos salários dos empregados quanto a definição do resultado de concursos e exames para provimento de cargos públicos.

A quarta concepção da justiça concreta, em vez de levar em consideração méritos dos indivíduos ou de sua produção, tenta reduzir os sofrimentos de que resultam da impossibilidade em que o homem se encontra de satisfazer suas necessidades essenciais. Assim, aqueles que se encontram em situação precária, carecendo de condições consideradas como um mínimo vital, devem ter um tratamento diferenciado.

PERELMAN afirma que a legislação dos países ocidentais que criou, no século XX, os direitos sociais, como o salário-mínimo e o seguro-desemprego, inspirou-se nessa fórmula de justiça.

A quinta concepção da justiça concreta baseia-se na superioridade de indivíduos em decorrência da hereditariedade (ou do nascimento), sendo muito usada na hierarquização social das sociedades aristocráticas e escravocratas, em que as diferenças de tratamento levam em consideração critérios como a raça, a religião e a fortuna.

A sexta (e última) concepção da justiça concreta é a paráfrase do princípio de “dar a cada um o que lhe é devido” (*cuique suum*, dos romanos) e se propõe a aplicar aos fatos um sistema preestabelecido de regras de direito – razão pela qual levará a resultados diferentes conforme o ordenamento jurídico a ser aplicado.

Segundo PERELMAN (2000):

“A análise sumária das concepções mais correntes da noção de justi-

ça mostrou-nos a existência de pelo menos seis fórmulas da justiça – admitindo a maioria delas ainda numerosas variantes –, fórmulas que são normalmente inconciliáveis. Embora seja verdade que, graças a interpretações mais ou menos forçadas, a afirmações mais ou menos arbitrárias, se pode querer relacionar essas diferentes fórmulas umas com as outras, elas não deixam de apresentar aspectos da justiça muito distintos e o mais das vezes opostos” (p. 12-13).

#### 4.2. A justiça em Chaim Perelman

PERELMAN (2000) apresenta a noção de justiça formal (vinculada à igualdade) como o substrato comum às seis concepções da justiça concreta examinadas anteriormente. Esse substrato comum – a igualdade – fundamenta-se em valores escolhidos de forma aleatória – igualdade segundo, por exemplo, a riqueza e a beleza. Em decorrência, PERELMAN acaba por estabelecer, como regra de justiça, a igualdade formal, porquanto “ser justo é tratar da mesma forma os seres que são iguais em certo ponto de vista, que possuem uma mesma característica, a única que se deve levar em conta na administração da justiça. Qualifiquemos essa característica de essencial” (p. 18-19).

A justiça formal ou abstrata, para PERELMAN, é, pois, “um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma” (p. 19), sendo que esse princípio subjaz latente em cada uma das seis noções da justiça concreta.

A partir desse conceito de justiça formal ou abstrata, observa-se que as concepções concretas de justiça se distinguem à medida que cada uma delas erige um valor diverso para definir a pertinência dos indivíduos às categorias essenciais dentro das quais aplicar-se-á um tratamento igual.

Como observa PERELMAN:

“Nossa definição de justiça é formal porque não determina as catego-

rias que são essenciais para a aplicação da justiça. Ela permite que surjam as divergências no momento de passar de uma fórmula comum de justiça concreta para fórmulas diferentes de justiça concreta. O desacordo nasce no momento em que se trata de determinar as características essenciais para a aplicação de justiça” (p. 19).

Em suma, a justiça possível em PERELMAN é a justiça formal ou abstrata segundo o parâmetro da igualdade, fundado sobre uma pauta valorativa. Logo, a justiça deve contentar-se com um desenvolvimento formalmente correto de um ou mais valores. E assim Perelman é levado a distinguir três elementos na justiça de determinado sistema normativo: o valor que a fundamenta, a regra que a enuncia e o ato que a realiza.

Afirma PERELMAN:

“Os dois últimos elementos, os menos importantes, aliás, são os únicos que podemos submeter a exigências racionais: podemos exigir do ato que seja regular e que trate da mesma forma os seres que fazem parte da mesma categoria essencial; podemos pedir que a regra seja justificada e que decorra logicamente do sistema normativo adotado. Quanto ao valor que fundamenta o sistema normativo, não o podemos submeter a nenhum critério racional, ele é perfeitamente arbitrário e logicamente determinado” (p. 63).

#### 5. A relação entre as teorias de Hans Kelsen e Chaim Perelman

Há, inegavelmente, pontos comuns e distintivos entre a teoria de KELSEN (2001) e a teoria de PERELMAN (2000).

Os pontos comuns residem no fato de que ambos descrevem dos pensadores metafísicos que sustentam poder-se alcançar a justiça pela razão prática ou pela revelação mística – a noção acabada de justiça. KELSEN e PERELMAN afirmam peremptoriamente o caráter relativo dos valores, por

natureza arbitrários, que decorrem de escolhas, ou opções, e não de evidências empíricas, ou de parâmetros lógicos.

Os pontos distintivos residem, basicamente, da convicção de Perelman de que é possível encontrar um substrato comum a todas as concepções concretas de justiça – a justiça formal vinculada à igualdade. Por isso, adverte KELSEN que esse pretensão substrato comum é apenas uma decorrência lógica da generalidade da norma e da necessidade de sua correta aplicação. Nesse sentido, a justiça formal de PERELMAN nada tem a ver com a igualdade.

## 6. A teoria social de John Rawls

### 6.1. Os princípios de justiça social

A teoria da justiça de John RAWLS (2000), contida na obra “Uma teoria da justiça”, é uma das mais importantes desenvolvidas no século XX. Pretende RAWLS “elaborar uma teoria da justiça que seja uma alternativa para essas doutrinas que há muito tempo dominam a nossa tradição filosófica – a utilitária e a intuicionista” (p. 3).

A sociedade é vista por RAWLS como uma associação mais ou menos auto-suficiente de pessoas que, em suas relações, reconhecem a existência de regras de condutas como obrigatórias, as quais, na maioria das vezes, são cumpridas e obedecidas, especificando um sistema de cooperação social para realizar o bem comum.

Nesse contexto, surgem tanto identidade de interesses como conflito de interesses entre as pessoas, pois estas podem acordar ou discordar pelos mais variados motivos, quanto às formas de repartição dos benefícios e dos ônus gerados no convívio social.

É precisamente aí que desempenham seu papel os princípios da justiça social. Nas palavras de RAWLS:

“Exige-se um conjunto de princípios para escolher entre várias formas de ordenação social que determinam essa divisão de vantagens e para se-

lar um acordo sobre as partes distributivas adequadas. Esses princípios são os princípios da justiça social: eles fornecem um modo de atribuir direitos e deveres nas instituições básicas da sociedade e definem a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social” (p. 5).

Para RAWLS, são dois os princípios da justiça social:

“Primeiro: cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para as outras. Segundo: as desigualdades sociais e econômicas devem ser ordenadas de tal modo que sejam ao mesmo tempo (a) consideradas como vantajosas para todos dentro dos limites do razoável, e (b) vinculadas a posições e cargos acessíveis a todos” (p. 64).

Tais princípios, segundo Rawls, aplicam-se à estrutura básica da sociedade, presidem a atribuição de direitos e deveres e regem as vantagens sociais e econômicas advindas da cooperação social.

### 6.2. A justiça em John Rawls

RAWLS (2000) observa ainda que os dois princípios são um caso especial de uma concepção mais geral da justiça assim expressa:

“Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza, e as bases sociais da auto-estima – devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de um ou de todos esses valores traga vantagens para todos” (p. 66).

Vê-se, pois, que os princípios de justiça social têm um nítido caráter “substancial”, e não meramente “formal”, na teoria de RAWLS. Logo no início de sua obra, ele é bem claro quando sustenta que o que o preocupa é a justiça verificada na atribuição de direitos e liberdades fundamentais às pessoas, assim como a existência real da igualdade de oportunidades econômicas e de

condições sociais nos diversos segmentos da sociedade.

Assim, o objeto primário da justiça, para RAWLS, “é a estrutura básica da sociedade, ou mais exatamente, a maneira pela qual as instituições sociais mais importantes distribuem direitos e deveres fundamentais e determinam a divisão de vantagens provenientes da cooperação social” (p. 8).

Segundo RAWLS, os princípios de justiça social, que regulam a escolha de uma constituição política, devem ser aplicados em primeiro lugar às profundas e difusas desigualdades sociais, supostamente inevitáveis na estrutura básica de qualquer sociedade.

Em suma, para RAWLS, a concepção de justiça apresentada na sua obra consiste na “justiça como equidade” (*fairness*), significando que é uma justiça estabelecida numa posição inicial de perfeita equidade entre as pessoas, e cujas idéias e objetivos centrais constituem uma concepção para uma democracia constitucional.

Assevera RAWLS:

“Minha esperança é a de que a justiça como equidade pareça razoável e útil, mesmo que não seja totalmente convincente, para uma grande gama de orientações políticas ponderadas, e portanto expresse uma parte essencial do núcleo comum da tradição democrática”(p. XIII - XIV).

## 7. Conclusão

Ao realizar este trabalho, optamos por analisar as teorias da justiça de Hans KELSEN (2001), Jürgen HABERMAS (1997), Chaïm PERELMAN (2000) e John RAWLS (2000) porque, além da sua inegável atualidade, constituem abordagens racionais de temas fundamentais da Filosofia do Direito.

KELSEN demonstra, no seu profundo exame das diversas concepções de justiça apresentadas pelo pensamento clássico e pelo pensamento jusnaturalista, que quase sempre os jusfilósofos definem justiça de uma forma não racional ou metafísica, ape-

lando para uma idéia de bem inteligível pela razão e de uma natureza dotada de poder normativo, com uma espécie de legislador.

KELSEN considera a justiça como a felicidade social, a felicidade garantida por uma ordem justa – a que regula o comportamento dos homens de modo a contentar a todos. A aspiração da justiça é a eterna aspiração da felicidade, que o homem não pode encontrar sozinho e, para tanto, procura-a na sociedade. A felicidade social é denominada justiça.

Nesse contexto, HABERMAS deixa claro que, nas sociedades contemporâneas pós-metafísicas, torna-se inviável a fundamentação do Direito numa suposta ordem natural, numa dimensão ética ou numa moral metafísica. É a partir de uma concepção discursiva e procedimental que se pode construir uma presunção de legitimidade e racionalidade de conteúdo de uma norma; é pelo discurso que os cidadãos participam e promovem a mobilização de suas energias comunicativas em prol de um entendimento mútuo. O princípio do discurso, após assumir forma jurídica, transforma-se em princípio da democracia.

HABERMAS alerta, ainda, que, nessa crise da razão prática, sejam instauradas sua negação e sua substituição pela razão comunicativa.

Esse é o sentido da reviravolta operada pela teoria discursiva do Direito: a recusa da normatividade imediata da razão prática e a assunção da normatividade mediata da razão comunicativa.

A partir dessas considerações, torna-se assim o Direito fruto da emanção da opinião e da vontade discursiva dos cidadãos livres e iguais. A institucionalização das aspirações e das opiniões das pessoas, na modernidade, se dá por meio da positividade do Direito.

HABERMAS, na sua teoria do agir comunicativo, retoma o caminho de uma teoria crítica da sociedade, com a mudança do paradigma da razão prática para a razão comunicativa.



PERELMAN rejeita também a concepção de um bem supremo presidido por uma instância metafísica, bem como a crença inabalável na razão prática. Propõe-se a examinar, a partir da lógica formal, as seis concepções concretas da justiça, para daí extrair um substrato comum a todas elas. Esse substrato comum passa a ser seu conceito de justiça formal vinculada à igualdade.

A análise de PERELMAN leva à conclusão de que todo sistema de justiça é fundamentado nos princípios que estão na sua base e seu valor é arbitrário e logicamente indeterminado. Assim, observa-se que todo sistema de justiça dependerá de outros valores que não o valor justiça. Todavia, a justiça possui um valor próprio, que resulta da necessidade racional de coerência e regularidade das normas que compõem o sistema. No interior deste, a justiça tem um sentido bem definido: o de evitar qualquer arbitrariedade nas regras, qualquer irregularidade da ação.

Finalmente, RAWLS postula uma teoria de justiça que seja uma alternativa para as doutrinas clássicas – a utilitarista e a intuitionista – e leve a um nível mais alto de abstração a teoria do contrato social tal qual se encontra em Locke, Rousseau e Kant.

Entretanto, o consenso original concebido por RAWLS não é o que inaugura a sociedade civil e define uma forma particular de governo. São os princípios de justiça social, propostos por RAWLS na sua doutrina e aplicáveis às desigualdades existentes na estrutura básica de qualquer sociedade, que constituem o objeto do consenso original.

O autor norte-americano recupera a noção de contrato social, que é, originariamente, uma categoria jusnaturalista, para apresentá-la não mais como um acordo entre os homens para a criação de uma sociedade política, mas como uma formulação racional capaz de renortear as normas sociais, a partir do conceito de justiça.

É precisamente o conceito de “justiça como equidade” (*fairness*) que vai caracterizar a origem, a natureza e a função dos princípios de justiça social propostos por RAWLS.

A teoria da justiça de RAWLS busca integrar as liberdades civis e políticas com os direitos econômicos, sociais e culturais. Transforma-se em modelo para os governos social-democratas que se instalaram no mundo ocidental. Entre o liberalismo extremado e o socialismo ortodoxo, RAWLS propõe uma alternativa intermediária, a que denomina “justiça como equidade” (*fairness*).

Quanto à importância e à viabilidade dessas teorias, mormente a discursiva de HABERMAS e a social de RAWLS, conquanto sejam passíveis de críticas, do ponto de vista metodológico e de conteúdo, constituem instrumentos sobremodo úteis para se avaliar a legitimidade da dominação política, econômica e social exercida nas sociedades concretas modernas. Nesse sentido, não podemos aquiescer com o fundamento da teoria positivista de KELSEN que vê a distinção entre a dominação de um Estado ditatorial e a dominação de um Estado democrático como uma simples questão de maior ou menor eficácia repressiva.

Os princípios de justiça social, propostos por RAWLS, constituem, sem dúvida, instrumentos robustos para uma análise da estrutura básica de qualquer sociedade concreta, quanto ao conceito do justo e ao conceito do igualitário, considerando o caráter substancial e não meramente formalista que RAWLS confere a esses princípios.

#### Nota

\* Segundo Godoi, “a razão comunicativa proposta por Habermans difere substancialmente da razão prática sustentada anteriormente pela filosofia do direito ou pela filosofia da história. Enquanto a razão prática buscava ser uma fonte de prescrições para a atuação social do sujeito individual ou mesmo do Estado, a razão comunicativa busca somente definir as condições procedimentais do discurso sob as quais os sujeitos sociais podem chegar a um entendimento legítimo que gere integração social e expectativas compartilhadas” (1999, p. 67).

### *Bibliografia*

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GODOI, Márcio Seabra de. *Justiça, igualdade e direito tributário*. São Paulo: Dialética, 1999.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, t. I – II.

HÖFFE, Otfried. *Justiça e política: fundamentação de uma filosofia crítica do direito e do estado*. Petrópolis: Vozes, 1991.

KELSEN, Hans. *O que é justiça?: a justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

\_\_\_\_\_. *O problema da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Jürgen Habermas*. Belo Horizonte: UFMG/FAFICH, 1999.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

TORDESILHAS, Alonso. *Perelman, Platão e os sofistas: justiça e nova retórica*. Revista Reflexão, Campinas, n. 49, p. 109-130, jan./abr. 1991.

# Historiografia jurídica e julgamento de Sócrates

Arnaldo Moraes Godoy

A narrativa do passado jurídico suscita reflexão em torno das relações entre direito, história e verdade. Pretende o presente artigo demonstrar que a fala do pretérito institucional é menos o que realmente teria acontecido e mais o que o narrador pretende que tenha ocorrido. Trata-se de relativismo epistemológico que denuncia presenteísmo, leitura do antigo com os olhos de hoje, na denúncia de Adam SCHAFF (1995, p. 101). O narrador não é livre de sua época. A filosofia da história, perspectiva atribuída a Voltaire (LOPES, 2001, p. 23 et seq.), permite indagações de R.G. COLLINGWOOD, que assumiu evidências de imaginação historiográfica (1994, p. 231 et seq.), o sentido de que o passado não é só ação, mas ação que perde-se no tempo (2001, p. 111 et seq.). O historiador tem estilo literário próprio<sup>1</sup>, autoriza-se transitar em miríade de interpretações<sup>2</sup>; a narrativa é imaginação. A alteridade em Heródoto (HARTOG, 1999) e a objetividade em Tucídides (ROMILLY, 1998) são criações também nossas. O tempo presente inventa o passado, justificando-se. É o que se dá, entre outros, com a miragem helênica, cujas contradições são captadas com o julgamento de Sócrates, tema do presente artigo.

Mas Sócrates mesmo é uma contradição. Como observou Isidor STONE:

“Sócrates é reverenciado como um não conformista mas poucos reconhecem que ele se rebelara contra a sociedade aberta e que era admirador de

Arnaldo Moraes Godoy é Procurador da Fazenda Nacional, Mestre e Doutorando em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC – São Paulo.

sociedades fechadas. Sócrates era um daqueles atenienses que desprezavam a democracia e elogiavam Esparta<sup>37</sup>.

O paradoxo socrático estava nele mesmo, que declarava que nada sabia (REEVE, 1998, p. 53) em que pese apontado pelo oráculo como o mais sábio dos homens. Filho de escultor (Sofroniscos) e de parteira (Fenereta), Sócrates era cidadão diligente, combatendo na guerra, salvando a vida de Alcibíades no campo de batalha. Casou-se com Xantipa, que detém reputação de rabugenta (cf. HAVEY, 1987, p. 466). Por conta das diatribes da mulher, passava as horas na rua. Proseava, perguntava, desconcertava. Seu método dialético é chamado de maiêutica, ou “parto das idéias”; o interlocutor descobre a verdade, parindo o conhecimento. Irreverente, Sócrates suscitou ódios e invejas que redundaram na acusação de impiedade. Sua morte é traço definidor na história da filosofia, provocando reações iconográficas de Charles-Alphonse Dufresnoy, Étienne de Lavallée-Poussin, Saint-Quentin e Pierre Peyron (cf. BOTTON, 2000, p. 4-5). Descalço, sem camisa, destituído de bens e de categoria social (cf. KRAUS, 1960, p. 28), Sócrates lembra professor inconformado, cujo principal problema resume-se na delimitação do próprio objeto ensinado (COPLESTON, 1961, p. 99).

Como anotou DEL VECCHIO:

“Discutia Sócrates de modo peculiar, multiplicando as perguntas e a elas dando respostas de maravilhosa e concludente simplicidade. Ao contrário dos sofistas, que tudo afirmavam saber, declarava ele nada saber. Molestava-os com a sua ironia, e confundia-os, interrogando-os (ironia-pergunta, interrogação) sobre questões aparentemente simples, mas, no fundo, muito difíceis. Deste modo, constrangia-os, indiretamente, a darem-lhe razão” (1979, p. 37).

Sócrates foi acusado por Meleto, Aniton e Lícon de não reconhecer os deuses da cidade, introduzir novas divindades e de cor-

romper a juventude (cf. MOSSÉ, 1991, p. 99). A ação intentada contra Sócrates era uma *graphai asebeias*, ação de impiedade. Acusavam-no de pretender “que o sol é uma pedra e a lua uma terra” (p. 113). Qualquer “manifestação de dúvida ou de indiferença a respeito da religião da cidade era considerada atentado à unidade da comunidade, e não é por acaso que a impiedade, a *asebeia*, era passível de uma *graphai*, de uma ação pública” (p. 114). Para os acusadores, Sócrates negava a existência dos deuses (p. 115). Sócrates incumbiu-se da própria defesa. Terminada a mesma, Anito e Lícon apresentaram-se para ajudar Meleto, cujos argumentos Sócrates refutara. Dos 501 juízes do tribunal, 280 votaram pela condenação; 221 votaram pela absolvição (p. 123).

Mas três Sócrates há, se é que existiu um Sócrates histórico. Aristófanes, Xenofonte e Platão retrataram a célebre figura. Aristófanes mostra pessoa cômica, nefilibata, pensador distante da realidade (cf. ROBERTS, 1998, p. 237). Amante da existência, que enfrentou com temperança (FRANCE, p. 144), pagou Sócrates com a vida o preço da fama. E pela eternidade persiste a glória, embora maculada por Aristófanes. É na peça *As nuvens* que ARISTÓFANES (1996) moteja de Sócrates.

Ao apontar para a casa de Sócrates, diz Strepsiades, personagem da comédia de ARISTÓFANES (1996), apresentada pela primeira vez em Atenas, em 423 a.C.:

“Ali é o ‘pensatório’, a escola dos espíritos sabidos. Lá dentro vivem pessoas que, falando a respeito do céu, nos convencem de que ele é um forno que cobre a gente e de que a gente é o carvão dele. Aqueles caras ensinam os outros, se eles quiserem contribuir com algum dinheiro, a tornarem vitoriosas todas as causas, justas ou injustas, usando só as palavras” (p. 18).

O comediógrafo também critica os sofistas, tomando Sócrates por um deles. Denuncia a falta de escrúpulos, suscitando questão ainda recorrente: tem o orador o dever de dizer a verdade?

ARISTÓFANES mofa de Sócrates, fazendo personagem, discípulo do filósofo, dizer:

“Quando Sócrates observava a lua para estudar o curso e as evoluções dela, no momento em que ele olhava de boca aberta para o céu, do alto do teto uma lagartixa noturna, dessas pintadas, defecou na boca dele” (p. 22).

Sócrates é visto pendurado numa cesta, observando os ares e contemplando o sol. O filósofo explica por que estava pendurado na aludida canastra:

“De fato, nunca eu poderia distinguir as coisas celestes se não tivesse elevado meu espírito e misturado meu pensamento sutil com o ar igualmente sutil. Se eu tivesse ficado na terra para observar de baixo as regiões superiores, jamais teria descoberto coisa alguma, pois a terra atrai inevitavelmente para si mesma a seiva do pensamento. É exatamente isso que acontece com o agrião” (p. 28).

Após diálogos que denunciam Sócrates como pedante e alienado, ARISTÓFANES concebe incêndio na casa do filósofo, que resmunga:

“Ai! Infeliz de mim! Vou morrer miseravelmente assado” (p. 102).

A imagem do fogo na residência de Sócrates sugere a miséria da filosofia, que deve ser queimada. Sócrates deve ser destruído. Seu pensamento incomoda, provoca. O livre pensador é perigoso para a cidade.

XENOFONTE (1999) concebeu um Sócrates mais simpático. Saiu em defesa do filósofo:

“(…) Sócrates sempre viveu à luz pública. Pela manhã saía a passeio e aos ginásios, mostrava-se na ágora à hora em que regurgitava de gente e passava o resto do dia nos locais de maior concorrência, o mais das vezes falava, podendo ouvi-lo quem quisesse. Viram-no alguma vez fazer ou dizer algo contrário à moral, ou à religião?”(p. 34).

XENOFONTE não poupou palavras para socorrer Sócrates:

“Admira-me, pois, hajam crido os atenienses alimentasse Sócrates opiniões extravagantes sobre os deuses, ele que jamais coisa alguma disse nem praticou de ímpio, ele cujas palavras e ações sempre foram tais que quem falasse e se portasse do mesmo modo seria reputado o mais pio dos humanos” (p. 35).

A inocência de Sócrates é axioma para XENOFONTE:

“Tenho para mim que (...) Sócrates ensinava seus discípulos a se absterem de toda a ação ímpia, injusta e reprovável, não somente em presença dos homens como também na soledade, visto convencê-los de que nada do que fizessem escaparia aos deuses” (p. 51).

E continua XENOFONTE com prosa que convence das boas intenções de Sócrates, na construção de imagem messiânica, que será potencializada pela tradição cultural ocidental:

“Demonstrava Sócrates igualmente nada haver mais perigoso para um homem que dar-se por mais rico, mais forte, mais corajoso do que realmente é. Se lhe confiam encargos que sobordam de suas forças, não podendo executar o de que parecia ser capaz não fará jus à menor indulgência” (p. 57).

E com lirismo, XENOFONTE comenta a amizade em Sócrates:

“De outra feita falando Sócrates da amizade, ouvi-lhe dizer coisas utilíssimas para aprender a adquirir amigos e com eles tratar. (...) Via, dizia, toda gente empenhar-se em adquirir casas, campos, escravos, rebanhos, móveis e esforçar-se por conservar o que possui. Mas um amigo, que se diz o mais precioso de todos os bens, não via ninguém cuidar de adquiri-lo e, uma vez adquirido, de conservá-lo” (p. 74).

O Sócrates descrito por XENOFONTE será apropriado pelo ideário cristão, dada a amabilidade que caracteriza o comprometimento do filósofo. Adiantando-se séculos ao mo-

mento histórico que vislumbra o cristianismo, Sócrates exercia a fraternidade, como sugere o passo seguinte:

“Quando seus amigos iam cear em sua casa e uns levavam pouco, outros muito, Sócrates mandava o criado pôr em comum o prato mais pequeno ou reparti-lo fraternalmente entre os convivas. Os que levavam mais teriam vergonha de não servir-se do que era posto em comum e em comum pôr também o próprio prato, sendo assim, constrangidos a fazê-lo” (p. 129).

O filósofo, segundo XENOFONTE, era por todos compreendido. A perspectiva conota antinomia com a descrição de Aristófanes, para quem Sócrates seria incompreendido e afetado nefelibata. De acordo com XENOFONTE, Sócrates era essencial para a cidade, que tinha no filósofo inspiração:

“Tão útil era Sócrates em todas as ocasiões e de todas as maneiras, que até as inteligências medíocres facilmente compreendiam nada haver mais vantajoso que seu comércio e frequentação. À sua ausência, bastava a sua só lembrança para muito edificar seus discípulos habituais e aqueles que inda hoje o têm por mestre” (p. 133).

Sócrates é postulado do ideal de sabedoria. As referências de XENOFONTE invocam o sábio calmo, conduzindo seus interlocutores à compreensão da existência humana, calibrada pelo belo, justo, útil. Assim:

“Não se apressava em fazer seus discípulos hábeis no falar, haver-se e excogitar-se expedientes. Antes de tudo cria necessário tangê-los à trilha da sabedoria. Sem sabedoria – dizia – os que possuem esses talentos só podem ser mais injustos, mais poderosos para o mal. Em primeiro lugar procurava incutir-lhes idéias sábias no concernente aos deuses” (p. 141).

Os excertos de XENOFONTE preparam defesa perene para a acusação de impiedade, que resultou na cicuta que matou o filósofo. XENOFONTE esforça-se por demons-

trar Sócrates temeroso dos deuses, patriota, amigo da juventude. Os textos de XENOFONTE vislumbram a realização da justiça nos atos e palavras do filósofo, injustiçado pelas opiniões e pelos olhares de ciúme, cobiça, emulação. O que matou Sócrates não foi a cicuta. Teria sido a inveja.

Conquanto notório cumpridor de leis, e metaforicamente nominou-se Sócrates de o primeiro dos positivistas, XENOFONTE observa que o filósofo deixara de acatar ordens dos trinta tiranos, então como conhecidos os governantes de Atenas. É que no juízo do pai da maiêutica tais ordens eram manifestamente ilegais. Sócrates perfilava íntimo juízo de controle de legalidade. É o que sugere a passagem que o artigo reproduz:

“Quando os Trinta lhe davam ordens avessas às leis, não as acatava. Assim, quando lhe proibiram o palestrar com os jovens e o encarregaram, juntamente com outros cidadãos, de conduzir um homem que intentavam assassinar, só ele se recusou de obedecer, porque tais ordens eram ilegais” (p. 146).

A narrativa apologética cisma na inocência de Sócrates. Sobriedade, temperança, virtude, são os valores que o marido de Xantipa teria se esforçado para comunicar à juventude ateniense:

“Direi agora como Sócrates induzia seus discípulos à prática do bem. Persuadido de que quem deseje fazer o bem prescinde da temperança, sobre fazê-la assunto constante de suas palestras, mostrava-se ele próprio modelo acabado de sobriedade. Tinha sempre presente no espírito os caminhos que conduzem à virtude e não se cansava de lembrá-los a quantos o freqüentavam” (p. 149).

Na conclusão de sua recolha dos ditos e feitos memoráveis de Sócrates, XENOFONTE desafiou leitores a menoscabarem a grandeza do mestre comparando-o com os outros homens:

“(…) Se alguém houver que comigo não concorde, compare o que foi Só-

crates com os outros homens e julgue!” (p. 158).

O escritor ateniense também redigiu apologia de Sócrates, a exemplo do monólogo de Platão. Mediando as palavras da defesa do filósofo com observações atinentes ao espaço no qual os fatos se travaram, XENOFONTE realisticamente captou a adversidade de ânimos:

“À verdade falando a si mesmo com tamanha sobrançeria perante o tribunal, Sócrates ateou o ciúme e conitiçou a disposição em que se achavam os juízes a condená-lo. (...) Deixou da vida a parte mais penosa e morreu a morte menos dolorosa. (...) Quando reflito na sabedoria e grandeza de alma desse homem, não posso deixar de acordar-lhe a memória e a esta lembrança juntar meus elogios” (p. 165).

Os últimos dias de Sócrates foram narrados por PLATÃO em quatro diálogos: Apologia, Fédon, Críton e Eutífero. A Apologia condensa a defesa de Sócrates, que reputava-se caluniado:

“Bem, atenienses, é mister que apresente minha defesa, que empreenda delir em voz os efeitos dessa calúnia, a que destes guarida por tantos anos, e isso em prazo tão curto. (...) Considero, porém, a minha empresa difícil e não tenho a mínima ilusão a esse respeito. Seja como for, que tomem as coisas o rumo que aprouver ao deus, mas cumpre obedecer à lei e apresentar defesa” (1979, p. 6).

Sócrates demonstra ter consciência de sua missão. Lembra que, apontado pelo oráculo de Delfos como o mais sábio dos homens, admitia que sua sabedoria residia na consciência de que nada sabia. Observava que tinha provocado inimizades acirradas e malélicas, responsáveis pela reputação de sábio e calúnias tantas que oxigenaram a ação de impiedade. Com franqueza contrapôs-se a seu acusador Meleto:

“Diz que sou réu de corromper a mocidade. Mas eu, atenienses, afirmo

que Meleto é réu de brincar com assuntos sérios; por leviandade, ele traz a gente à presença dos juízes, fingindo-se profundamente interessado por questão de que jamais fez o mínimo caso” (p. 11).

Sócrates, a fiarmo-nos na descrição do pai da academia, justificava-se, demonstrando destemor para com a morte que o aguardava:

“Com efeito, senhores, temer a morte é o mesmo que supor-se sábio quem não o é, porque é supor que sabe o que não sabe. Ninguém sabe o que é a morte, nem se, por ventura, será para o homem o maior dos bens; todos a temem, como seoubessem ser ela o maior dos males. A ignorância mais condenável não é essa de supor saber o que não sabe?” (p. 15).

O filósofo astutamente comprovou que os atenienses seriam os maiores perdedores da inevitável condenação. Ao matar Sócrates, Atenas condenou-se a si mesma, exibindo-se como intolerante, despótica, propiciadora de censura para com a qual (salvo exceções) a tradição ocidental faz ouvidos moucos. A historiografia do pensamento jurídico implementa açodada apropriação do legado ático, mediando extensivamente, ocultando deficiências estruturais e ampliando modelos de otimização conjuntural. Constrói-se democracia que é mais mitologia e menos fato. Mas Sócrates premonira quem seriam os derrotados com sua condenação:

“Neste momento, Atenienses, longe de atuar na minha defesa, como poderiam crer, atuo na vossa, evitando que, com minha condenação, cometais uma falta para com a dádiva que recebestes do deus” (p. 16).

Sócrates também apelou para a legalidade, julgando-se vítima da incorreta aplicação das leis:

“O juiz não toma assento para dispensar o favor da justiça mas para julgar; ele não jurou favorecer a quem bem lhe pareça, mas julgou segundo as leis” (p. 20).

A defesa de Sócrates transcende como intransigente apologia da legalidade. O juiz é vinculado à aplicação da lei, qual concepção tripartite e absoluta que adiantara-se vinte séculos à obra de Montesquieu. Porém Sócrates também motejou dos juízes. Sugeriu multa que o beneficiaria. Todavia aceitou a sentença condenatória e com as seguintes palavras teria ganho a posteridade:

“Bem, é chegada a hora de partirmos, eu para a morte, vós para a vida. Quem segue melhor rumo, se eu, se vós, é segredo para todos, menos para a divindade”(p. 27).

No Fédon, PLATÃO narrou o sofrimento dos amigos de Sócrates, após ter o filósofo ingerido veneno:

“Nesse momento nós, que então conseguíramos com muito esforço reter o pranto, ao vermos que estava bebendo, que já havia bebido, não nos contivemos mais. Foi mais forte do que eu. As lágrimas me jorraram em ondas (...)” (p. 126).

Ao fim Sócrates pediu a Críton que imolasse um galo em honra a Asclépio. Ao oferecer à entidade máxima da saúde, Sócrates outorgou ao mundo sua última e mais transcendente lição: a morte libera-nos das dores e permite-nos o repouso eterno. Foi-se Sócrates, persistiu seu legado. A crítica faz a vida ter sentido; se vivo, Sócrates duvidaria da imensidão de sua influência. A questão socrática não esgota-se em sua historicidade. É recorrente na pesquisa filosófica de sabor histórico o real alcance dos fatos sob análise. Ainda não pacificou-se, entre outras, a não menos complexa questão de fundo do discurso homérico: a guerra de Tróia aconteceu realmente? (cf. MOSSÉ, [19- -?], p. 15 et seq.). A partir de modelo conceitual para análise sistemática de idéias e sensações, fundamento da ideologia (cf. THOMPSON, 2000, p. 44), apropriada pelo pensamento marxista como apreensão errônea dos fatos, da vida (p. 50), percebe-se que o legado dos episódios pretéritos pode ser manipulado pelas mediações presentes.

Isidor STONE, polêmico jornalista norte-americano, afirmara que Sócrates fora inimigo da democracia ([19- -?], p. 16), pregando sociedade fechada, de modelo mais espartano, mas que a democracia ateniense o censurou, implementando caça às bruxas (p. 231). O Sócrates de Xenofonte propõe reis dentro dos limites das leis, enquanto o Sócrates de Platão não admitia nenhuma limitação para o rei filósofo (p. 16). Isidor Stone insiste na admiração de Sócrates por Esparta (p. 18), na fixação socrática da coragem (andréia) como virtude (areté) (p. 52). O autor norte-americano também observa que os acusadores eram democratas radicais (p. 174 et seq.). Admite que Sócrates poderia conseguir absolvição (p. 197) se agisse com pouco mais de tato, e com um pouco menos de insolência (p. 210 et seq.). O julgamento de Sócrates, para Stone, comprova que em Atenas, à época, não havia liberdade de expressão. E teria sido a época dourada da democracia.

Platão narra que Sócrates ainda falara com mulher e filho, antes do fim. O verdadeiro filósofo não teme a morte; assim Platão nos leva a acreditar. Os últimos momentos de Sócrates sugerem sucessão de imagens, ditos, exemplos. Sócrates ao proclamar defesa, *apologia pro vita sua*, consubstancia reputação para a eternidade. Críton sugeriu fuga, já organizada; Sócrates recusou. Patriota, Sócrates nunca deixara a cidade; o filósofo protesta por cumprir as leis, sem discuti-las, premonindo positivismo e fetichismo legal dos séculos vindouros.

Sócrates fizera muitos inimigos. Passados cinco anos do fim da Guerra do Peloponeso, o império ateniense, em ruínas, ensejou facções, problemas internos. A crise dos velhos princípios exigia bode expiatório. Embora dedicado ao Estado, à vida da pólis, as suspeitas caíam sobre Sócrates. O pensador representava nova era espiritual. Não obstante a acusação de ateísmo, de corrupção de juventude, Sócrates pretendia que não podiam calar sua voz. Ironicamente deduzia que os atenienses deveriam estar felizes. A dialética socrática sacudira a ci-



dade da letargia. A maiêutica acordava a pólis do sono dogmático, precisando o relativismo das crenças e verdades.

À luz de estreito normativismo, os acusadores tinham razão. Após a execução de Sócrates, seus amigos se dissiparam. Platão percorre a Grécia, Egito, Itália. Voltará aos quarenta anos para inaugurar sua academia. Lágrimas e suspiros dos amigos de Sócrates faziam sonoplastia de democracia doente, esgotada pela própria seiva. Ilusão ideológica de liberdade inexistente, isonomia malvada, posterior contrafação cultural do exagero. A morte de Sócrates qualifica alucinações: ou a democracia ateniense não admitia críticas e assim não era democracia, ou democracias devem aceitar opositores e rapidamente deixarão de ser democracias. Pode-se tolerar quem prega a destruição dos tolerantes?

O artigo pode trabalhar com duas assertivas: o Sócrates de Platão não era democrata e a democracia ateniense o eliminou, ou o Sócrates histórico era mal visto e temido pelos detentores do poder, que com a execução do filósofo comprovaram que não toleravam a liberdade de expressão.

Em qualquer perspectiva eleita como mais apropriada, o desate conceitual é idêntico. A morte de Sócrates, por envenenamento, acena com traço recorrente na tradição ocidental. O pensamento crítico irrita, agride, gera desconfianças, precisa ser extirpado, anulado. O pensador ateniense assume o papel de mártir. Seu sentido messiânico é potencializado pela aparência, símbolo do desinteresse e do desleixo.

Sua execução não anula inegáveis progressos da civilização grega. Sua morte não representa o fim de qualquer sentimento de simpatia para com o legado ático. Sua trajetória é mais uma, entre as tantas sofridas em épocas, tempos, lugares, de muitas ditaduras. O artigo admite que a parte não pode ser tomada pelo todo e não desacredita na Grécia por conta da execução de Sócrates. Apenas insiste numa reflexão mais radical e menos apressada.

É que a morte do filósofo é outro ingrediente, entre tantos que há, que comprova que a democracia grega tinha limitações e senões, especialmente se vista sob o prisma de nosso próprio tempo, única visão que podemos realisticamente compreender. Porém admitir tal perspectiva como única é limitar o alcance da objetividade da história do direito que passa a identificar, tão-somente, a vontade e o compromisso ideológico do narrador. O julgamento de Sócrates permite que a historiografia jurídica desconfie das desejáveis relações entre direito, história e verdade.

### Notas

<sup>1</sup> Peter Burke, *O Estilo na História*.

<sup>2</sup> Giambattista Vico, (1999, p. 379 et seq.), Max Horkheimer e Theodor W. (2001, p. 43 et seq.), Benedetto Croce, (1962, p. 92 et seq.), Edward Hallet Carr (1996, p. 63), Marc Bloch (1997, p. 160 et seq.), Ernst Breisach, (1994, p. 385 et seq.).

<sup>3</sup> Tradução livre do autor: Socrates is revered as a nonconformist but few realize that he was a rebel against an open society and the admirer of a closed. Socrates was one of those Athenians who despised democracy and idealized Sparta (STONE, p. 121).

### Bibliografia

ANDREWES, Antony. *Greek society*. London: Penguin Books, 1991.

ARISTÓFANES. *As Nuvens*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

\_\_\_\_\_. *Lisístrata*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964.

ARISTÓTELES. *A Constituição de Atenas*. São Paulo: Hucitec, 1995.

\_\_\_\_\_. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *Apologia de Sócrates*. São Paulo: Nova Cultura. Coleção Os Pensadores, 1987.

BERNAL, Martin. *Black Athena: the afroasiatic roots of classical civilization*. London: Vintage Books, 1991.

BLOCH, Marc. *Introdução à história*. Sintra: Europa-América, 1997.

- BOTTON, Alain de. *The consolations of philosophy*. London: Hamish Hamilton, 2000.
- BREISACH, Ernest. *Historiography*. Chicago: University of Chicago, 1994.
- CAREY, Christopher. *Trials from classical Athens*. London and New York: Routledge, 1997.
- CARLIER, Pierre. *Démosthène*. [s. l.]: Fayard, 1990.
- CARR, Edward Hallet. *O que é história?* São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- COHEN, David. *Law, sexuality and society: the enforcement of morals in classical Athens*. New York: Cambridge University, 1994.
- \_\_\_\_\_. *Law, Violence and community in classical Athens*. New York: Cambridge University, 1995.
- \_\_\_\_\_. *The athenian nation*. New Jersey: Princeton University, 2000.
- COLLINGWOOD, R.G. *The idea of history*. Oxford: Oxford University, 1994.
- \_\_\_\_\_. *The principles of history*. Oxford: Oxford University, 2001.
- COPLESTON, Fredrick. *A History of philosophy*. London: Jarrold and Sons, 1961.
- CROCE, Benedetto. *A história*. Rio de Janeiro: Zahar, 1962.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Armado, 1979.
- FINLEY, Moses (ed.). *Democracia antiga e moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- \_\_\_\_\_. *Economia e sociedade na Grécia antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- \_\_\_\_\_. *The portable greek historians*. New York: Penguin Books, 1977.
- \_\_\_\_\_. *Uso e abuso da história*. São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- FRANCE, Peter. *Greek as a treat*. London: Penguin Books, [19- -?].
- GAGNEBIN, Jeanne Marie. *História e narração em Walter Benjamin*. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- GAY, Peter. *O estilo na história*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- GILDERHUS, Mark T. *History and historians*. Sadle River: Pearson Education, 2000.
- GODOY, Arnaldo Moraes. *O legado romântico da Grécia clássica*. Tese de Doutorado em Filosofia do Direito e do Estado. PUC, São Paulo, 2002.
- GRANT, Michael. *Gli imperatori romani*. Roma: Grandi Tascabili Economici Newton, 1996.
- \_\_\_\_\_. *História resumida da civilização clássica*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.
- \_\_\_\_\_. *The classical greeks*. London: Phoenix, 1997.
- HARTOG, François. *O espelho de Heródoto*. Belo Horizonte: UFMG, 1999.
- HARVEY, Paul. *Dicionário Oxford de literatura clássica*. Rio de Janeiro: Zahar, 1987.
- HORKHEIMER, Max; ADORNO, Theodor W. *Dialectic of enlightenment*. New York: Continuum, 2001.
- KRAUS, René. *Sócrates*. Rio de Janeiro: Vecchi, 1960.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- LOPES, Marcos Antônio. *Voltaire historiador*. Campinas: Papirus, 2001.
- MOSSÉ, Claude. *A Grécia arcaica de Homero a Ésquilo*. Lisboa: Edições 70, [19- -?].
- \_\_\_\_\_. *O processo de Sócrates*. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *A intuição e o direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- PLATÃO. *Apologia*. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os pensadores. Sócrates).
- \_\_\_\_\_. *A república*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Banquete*. São Paulo: Atena, 1961.
- \_\_\_\_\_. *Cartas*. Lisboa: Estampa, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Górgias*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Leis*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Protágoras*. Lisboa: Inquérito, [19- -?].
- REEVE, C. D. C. *Sócrates in the apology*. Indianapolis: Hackett, 1989.
- ROBERTS, J. M. *City of Sokrates*. London and New York: Routledge, 1998.
- ROBERTS, Jennifer Tolbert. *Athens on trial*. New Jersey: Princeton University, 1994.
- ROMILLY, Jacqueline de. *História e razão em Tucídides*. Brasília: UnB, 1998.
- SCHAFF, Adam. *História e verdade*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- SÓCRATES. *São Paulo: Nova Cultural, 1987. (Os Pensadores)*.

STONE, I. F. *The trial of Socrates*. New York: Anchor, [19- - ?].

\_\_\_\_\_. *O julgamento de Sócrates*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

THOMPSON, John B. *Ideologia e cultura moderna*. Petrópolis: Vozes, 2000.

VICO, Giambattista. *A ciência nova*. Rio de Janeiro: Record, 1999.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

XENOFONTE. *Memoráveis*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

# Estabilidade hegemônica no âmbito da integração comunitária internacional

José de Ribamar Barreiros Soares

## Sumário

Introdução. A tese da estabilidade hegemônica. O poder dominante como elemento de equilíbrio da heterogeneidade. Conclusão.

## *Introdução*

Tema de grande importância no campo das relações internacionais, a integração comunitária vem suscitando variadas especulações de ordem acadêmica, nos diversos setores do conhecimento científico.

A União Européia é atualmente o paradigma desse processo de criação e funcionamento de uma Comunidade supranacional, com Instituições representativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, que se sobrepõem às Instituições Nacionais, havendo transferência de poderes por parte dos Estados-Membros em favor das Instituições da Comunidade.

Um dos aspectos que deve ser discutido diz respeito ao centro ou centros de poder que possibilitam o surgimento e a manutenção dessas Comunidades, ainda que tenham um intuito apenas econômico. Até mesmo porque esse acordo, inicialmente econômico, pode ser o germe, o embrião de uma integração muito maior.

Foi isso, por exemplo, que ocorreu com a União Européia, cuja pedra fundamental foi a Comunidade Européia do Carvão e do Aço – CECA.

José de Ribamar Barreiros Soares é Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados, Advogado, ex-Professor Assistente de Direito da Universidade de Brasília, Professor de Direito Administrativo do Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB, Mestre em Direito Público pela UnB e Mestre em Ciência Política pela Paris I – Panthéon Sorbonne.

A tese do poder dominante ganha realce com relação à criação da comunidade, seu relacionamento com outras comunidades internacionais, a manutenção do seu elo de integração e sucesso de suas operações.

#### *A tese da estabilidade hegemônica*

Robert Gilpin, no início dos anos 70, dedicou-se a examinar o relacionamento existente entre o poder político e a abertura econômica internacional.

Charles Kindleberger estabeleceu um liame entre o declínio econômico da Inglaterra, a ascensão dos Estados Unidos e a grande depressão. A partir desses estudos, consolidou-se na literatura científica uma nova tese denominada “teoria da estabilidade hegemônica”.

De acordo com Gilpin, a teoria, idealizada por Kindleberger, leva à afirmação de que “uma economia mundial, liberal e aberta requer a existência de um poder dominante ou de uma estabilidade hegemônica”.

Referida teoria, em seguida, foi estendida para a política internacional como um todo. Citando Snidal, a presença de um poder dominante no cenário político internacional produz a concretização de desejos comuns. Por outro lado, a sua ausência encontra-se associada à desordem no cenário mundial e resultados desastrosos para os países individualmente.

David Lake sustenta a tese que a teoria da estabilidade hegemônica, mais que uma simples teoria, revela-se um programa de pesquisa composto de duas teorias analiticamente distintas. Primeiramente, na linha de Kindleberger, encontra-se a teoria da liderança, cujo foco se centraliza nos bens públicos e na estabilidade internacional. A segunda variante é o que Lake chama de teoria hegemônica, a qual busca explicar modelos de abertura econômica internacional. Um aspecto importante, destacado na teoria da liderança, diz respeito às suas características. A manipulação de incentivos materiais e a confiança das elites em outras

nações são aspectos levados em consideração na explicação da liderança hegemônica.

#### *O poder dominante como elemento de equilíbrio da heterogeneidade*

A tese da hegemonia volta a ter importância no estudo das comunidades internacionais, principalmente em face da disparidade de situação econômica, tecnológica, cultural e social dos diversos Estados-Membros. Os países mais fracos, menos desenvolvidos e mais pobres não têm condições de oferecer sustentáculo à Comunidade no mesmo nível de outros países mais desenvolvidos. Assim, um ou mais países terão de despender maiores esforços ou oferecer maiores garantias econômicas no sentido da viabilidade da integração. Conseqüentemente, para que possam oferecer maior proteção aos menos privilegiados, dependerão de mais poderes e terão uma participação mais ativa e de maior peso nas negociações e deliberações.

Essa aparente desigualdade, todavia, atua como um mecanismo de equilíbrio que impede o desfazimento do vínculo político e econômico existente entre esses Estados-Membros.

Essas forças tanto incidem na criação como na manutenção e sobrevivência da Comunidade Internacional. No contexto da União Européia, foi a iniciativa do Ministro dos Negócios Estrangeiros francês Robert Schuman que levou à assinatura do Tratado que instituiu a Comunidade Européia do Carvão e do Aço. Essa iniciativa veio romper com o tradicional confronto franco-alemão, lançando as bases para uma futura federação européia de estados soberanos, na expressão do Primeiro Ministro francês Lionel Jospin.

Em seguida, foi assinado um tratado por Adenauer e De Gaulle, a fim de estabelecer uma estreita colaboração política entre o Estados, que viria a atrair outros Estados soberanos. A aliança entre a França e a Alemanha funcionou como uma força dominante e atra-

tiva para que outros Estados se unissem à Comunidade, em busca de interesses comuns.

A partir daí, a Comunidade foi sofrendo alargamentos posteriores, a partir da liderança estabelecida inicialmente pela França e pela Alemanha. A cimeira de Haia de 1º e 2 de dezembro de 1969 representou um passo importante para o desenvolvimento da integração comunitária. Aprovou-se a criação da União Econômica e Monetária em 1980 e foram feitas várias modificações institucionais no contexto da Comunidade.

A importância política exercida pelas forças dominantes dentro desse contexto fica exposta nas dificuldades que se verificaram para a aprovação do Tratado de Maastricht. Neste ponto, vale ressaltar o comentário de Werner WEIDENFELD e Wolfgang WESSELS, como se segue adiante:

“A ratificação do Tratado de Maastricht pelos diversos Estados-Membros foi mais difícil e demorada que se esperava. Na Dinamarca, Irlanda e França realizaram-se referendos: enquanto isso nos dois últimos países o resultado foi favorável à ratificação do Tratado, na Dinamarca 50.7% do eleitorado votou contra Maastricht, ameaçando assim bloquear as importantes reformas contidas no Tratado. O ano de 1992, a data ‘mágica’ da plena realização do mercado interno, marcou uma viragem nas atitudes perante a integração europeia. Embora o ‘não’ dos dinamarqueses, após a adoção duma série de compromissos, se tenha entretanto convertido num ‘sim’, a notória impenetrabilidade do texto do Tratado da União Europeia determinou, em grande medida, o surgimento de agitados debates, sobretudo na Alemanha e na Grã-Bretanha. Após o Parlamento britânico ter finalmente votado a favor do Tratado e de o Tribunal Constitucional da Alemanha ter recusado dar seqüência às ações apresentadas conta o Governo alemão por ter assinado o Tratado,

estavam removidos os últimos obstáculos. Todos os Estados ratificaram o Tratado depositando em Roma os respectivos instrumentos de ratificação. Com quase um ano de atraso, o Tratado entrou finalmente em vigor em novembro de 1993” (1997).

Essa análise ganha relevo no âmbito de uma comunidade de Estados de grande heterogeneidade política, econômica e cultural, como um fato de real importância para a existência e manutenção da integração comunitária internacional.

Questão que vem sendo discutida mais recentemente é a cimeira de Nice, de grande importância para o alargamento da União Europeia.

Concernente à cimeira de Nice, discute-se a existência de uma concentração de poder nas grandes potências da União Europeia e de conseqüente dominação dos países mais pobres e de menor dimensão.

O fato explicativo dessa realidade seria uma crise econômica no contexto da União Europeia, que estaria provocando a aceleração da anexação de novos países do centro e do leste europeu, com o objetivo de conquistar novos mercados e novas reservas de mão-de-obra.

Poderíamos, a partir desse ambiente, falar em uma possível hegemonia da Alemanha sobre o continente europeu?

A revista *The Economist*, comentando a cimeira de Nice, destacou os seguintes aspectos representativos das decisões tomadas no âmbito desse evento:

- criação de condições para o alargamento da UE aos países do centro e do leste europeu;
- a retirada do direito de veto aos pequenos países membros da UE numa série de domínios importantes e a perda de poder relativo daqueles nas decisões por maioria;
- a consagração institucional das chamadas “cooperações reforçadas”, por meio das quais um grupo de pelo menos oito países-membros pode avançar com medidas de integração econômica ou política, sem ter

de se sujeitar às regras e órgãos do conjunto da União Européia;

- a quebra de influência do chamado eixo franco-alemão, devido à perda de poder da França e ao acréscimo de poder por parte da Alemanha;

- a diminuição do poder e influência da Comissão Européia, em favor dos órgãos intergovernamentais, como o Conselho de Ministros da UE, cuja estrutura de decisão ficou ainda mais desequilibrada a favor das grandes potências;

- a subordinação do sistema de defesa européia e de um hipotético e futuro “exército europeu” à estrutura e às decisões da NATO.

De fato isso vem ao encontro das pretensões da Alemanha de recuperar um papel vanguardista na consolidação da União Européia. Neste sentido, os pronunciamentos do Ministro das Relações Exteriores da Alemanha, cujos planos incluem as seguintes medidas:

- criação de um Parlamento Europeu com duas câmaras;

- elaboração de uma Constituição européia;

- transformação do Conselho Europeu em um governo;

- eleição de um presidente com amplos poderes executivos.

As evidências políticas conduzem à idéia de um centro de gravitação da federação européia, defendida pelo governo alemão. Nesse caso, a França e a Alemanha seriam esse centro gravitacional, em cuja órbita circundariam os demais Estados-Membros da União Européia.

O Jornal *Correio Braziliense* do dia 18 de maio de 2000, sob o título “União Européia discute federalismo”, trazia a seguinte reportagem:

“A coordenação franco-alemã é o eixo da visão européia que Fischer expôs na semana passada, em um seminário na Universidade de Humboldt, em Berlim. Para sacramentar essa recuperada vocação europeísta, o chanceler Gerardt Schröder e Fischer

conversaram na sexta-feira, em Rambouillet, nas cercanias de Paris, com o presidente e com o primeiro-ministro franceses, Jacques Chirac e Lionel Jospin. A reunião tratou da preparação da presidência francesa da EU no próximo semestre – que será responsável por lançar as bases das reformas institucionais que prepararão a ampliação da EU na chamada Conferência intergovernamental (CIG).”

Pode-se notar na formação dessa Comunidade bem como, no seu desenvolvimento e consolidação, a formação de um poder dominante, responsável pela sobrevivência, manutenção e tomada de decisões no contexto da União Européia.

Seria difícil estudar o processo de alargamento da União Européia sem passar por uma análise dessa questão, que vai-se tornando cada vez mais visível nas negociações efetuadas pelos Estados-Membros.

Representando a França, o Presidente Jacques Chirac vê nesse acordo “um enorme sucesso”, posição não compartilhada por outros países que integram a União.

O representante do Parlamento Europeu deu sinais de uma possível rejeição pelo Parlamento do documento aprovado em Nice.

O líder da Comissão Européia, Romano Prodi, também declarou seu desapontamento com a tentativa de alguns países de fortalecer seus poderes de voto em diversas áreas.

Neste ponto, vale dizer que um país (ou mais de um) torna-se o pilar de sustentação, o poder de coesão dentro da Comunidade, que permitirá a sua sobrevivência.

Numa União de 30 países, seria impossível manter o mesmo grau participativo para todos os integrantes, nas tomadas de decisões. As forças dominantes são um instrumento de salvaguarda dos interesses comuns dos Estados-Membros, do bem-estar econômico, da competitividade no plano internacional, da manutenção da paz e do desenvolvimento.

No que tange ao Mercosul, podemos destacar o Brasil, como o País de maior pode-

rio, com maior estabilidade econômica, social e política e aquele que melhores condições tem de cumprir os acordos internacionais. Dessa forma, podemos inserir o Brasil, no contexto do Mercosul, como a força dominante necessária para a estabilidade do mercado comum.

No período de 91 a 95, o crescimento mais significativo no plano econômico, no contexto do Mercosul, havia sido da Argentina. Nesse período, o crescimento acumulado foi da ordem de 31,7%, comparado com as economias dos demais parceiros, que oscilaram entre 14 e 18%. Isso colocava a Argentina ao lado do Brasil como forças hegemônicas em relação aos outros países do Mercosul.

Todavia, com a recente crise que se abateu sobre a Argentina, não há mais dúvidas de que o centro gravitacional do Mercosul concentrou-se no Brasil, atualmente como pilar de sustentação do mercado comum, tanto no plano político, como econômico e social.

Isso se torna mais evidente, ainda, no caso do Mercosul, quando se observa que os países que o compõem, de modo geral, são países em desenvolvimento e com baixos níveis de renda per capita. Estabelece-se uma prioridade para o processo de desenvolvimento econômico dos países que integram esse mercado comum, o que acaba por confirmar a existência de uma estabilidade hegemônica como fator de sustentação da integração econômica em jogo.

Com relação à política industrial, no contexto do Mercosul, o Brasil aparece como líder, vindo a Argentina em segundo lugar. Além disso, menciona-se o fato de que o Brasil é o principal responsável pela projeção do Mercosul no ranking mundial, em nível de competitividade mundial, como bem destaca Hebe Teixeira Romano Pereira da Silva, em sua obra *O que o Brasil precisa saber sobre o Mercosul*.

Na própria formação e nascimento do Mercosul, vamos encontrar as posições dominantes do Brasil e da Argentina, como deixa entrever a seguinte passagem de HEBE, na obra acima mencionada:

“Registre-se que o Mercosul, quando da abertura ao mundo, através da aliança Brasil/Argentina, adquiriu toda sua dimensão, na medida em que está alicerçado em um real esforço de transformação produtiva, dando lugar a uma visão de grandes espaços econômicos a serem alcançados junto à OMC. Com isto, nota-se que a aliança entre o Brasil e a Argentina não foi circunstancial, bem como não visou apenas ao intercâmbio comercial. Teve um sentido histórico e estratégico, iniciando-se por Sarney e Alfonsín, e atualmente sendo seguido por Menen e Cardoso” (p. 101).

Podemos ainda destacar a liderança brasileira, quanto à proteção ambiental, como exemplo e influência positiva para os demais parceiros do Mercosul, inclusive para as Reformas Constitucionais da Argentina e Paraguai nesse tema.

Neste ponto, vale a pena citar o comentário de Maristela BASSO, no seguinte sentido:

“No âmbito do Mercosul, com a intenção de consolidar os meios necessários para a coordenação dos instrumentos normativos sobre o meio ambiente, o Subgrupo de Trabalho nº 09 (Política Energética) apresentou, ainda no período de transição, uma Recomendação ao Grupo Mercado Comum, visando à preparação de uma reunião especializada, de caráter permanente, sobre o meio ambiente, visando à harmonização legislativa dos instrumentos normativos nacionais dos quatro países.

Outro importante passo dado em relação à tutela do meio ambiente é o Acordo Parcial de Cooperação e Intercâmbio de Bens Utilizados na Defesa e Proteção do Meio Ambiente, entre Brasil e Argentina, firmado em 27 de junho de 1992, em Las Leñas, que tem como base o Tratado de Montevideu de 1980, instituidor da Asso-



ciação Latino-Americana de Integração – ALADI. O referido Acordo tem por objetivo estimular, entre seus países signatários, o emprego de meios concretos e eficazes de defesa e proteção do meio ambiente, facilitando, em situações de emergência, a admissão temporária de bens e de pessoas” (1997, p. 369).

Essa análise é de suma importância no que tange às Comunidades, não apenas para que se compreenda o seu processo de formação como também para que se garanta a sua sobrevivência e sucesso como tal.

### Conclusão

Com a formação de mercados comuns e de Comunidades internacionais, essa questão volta a ter realce e a teoria da estabilidade hegemônica volta à discussão acadêmica outra vez com uma releitura, no campo da integração comunitária internacional, buscando explicar a existência de um poder dominante no contexto das Comunidades Internacionais, como, por exemplo, no contexto da União Européia, da ALCA e do Mercosul.

Na questão do NAFTA, por exemplo, os Estados Unidos têm assumido um papel claro de hegemonia regional. O apoio prestado ao México, a partir da crise de 1994, representa uma moderna versão da teoria de Kindleberger. Em adição a isso, há de se ressaltar as estatísticas relativas ao comércio e às finanças de cada um dos membros que compõem o Nafta, o que mostra a preponderância da economia americana diante do México e do Canadá, constituindo um processo em que a cooperação regional se pauta pela estabilidade hegemônica.

Situação similar pode ser também observada na América do Sul. Aqui, o mercado comum do cone sul, Mercosul, começou a diminuir tarifas, a derrubar barreiras comerciais e a aumentar o comércio inter-regional. Todavia, como ocorre com o NAFTA, esse processo de coopera-

ção também é orientado pela presença de uma hegemonia regional.

Sobretudo com a recente crise na Argentina, coube ao Brasil assumir esse papel hegemônico em relação ao Mercosul, como pilar de sustentação dessa integração econômica.

A estabilidade hegemônica aparece nesse contexto como um elemento de sustentação das comunidades internacionais, desde a sua formação, passando pela sua manutenção, projeção no plano internacional e garantia de sua continuidade, impedindo seu esfacelamento pela heterogeneidade cultural e econômica dos países que as integram.

### Bibliografia

BASSO, Maristela. *Mercosul: seus efeitos jurídicos, econômicos e políticos nos Estados-membros*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *A Europa num mundo em transformação: as relações externas da comunidade européia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Européias, 1994.

KEOHANE, Robert O. NYE, Joseph S. *Power and interdependence*. 3<sup>rd</sup> ed. New York: Longman, 2001.

LEBRUN, Gérard. *O que é poder*. São Paulo: Brasiliense, 1099.

LOBO, Maria Teresa de Cárcomo. *Manual de direito comunitário*. Ed. Curitiba: Juruá, 2001.

\_\_\_\_\_. *Ordenamento jurídico comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

OWITT, Ken. The new world disorder. In: DIAMOND, Larry; PLATTNER, Marc F. *The global resurgence of democracy*. Baltimore: The Johns Hopkins Un; 1996. p. 26-35.

CRONE, Donald. Does hegemony matter? The reorganization of the pacific political economy. *World Politics*, [S. l.], v. 45, n. 4, p. 501-525, 1993.

GILPIN, Robert. *The political economy of international relations*. Princeton: Princeton University, 1987.

GOWA, Joanne. Rational hegemons, excludable goods, and small groups: an epitaph for hegemonic

- stability theory? *World Politics*, [S. l.], v. 41, n. 3, p. 307-324, 1989.
- GRUNBERG, Isabelle. Exploring the 'mith' of hegemonic stability. *International Organization*, [S. l.], v. 44, n. 4, p. 431-477, 1990.
- IKENBERRY, G. John; KUPCHAN, Charles. Socialization and hegemonic power. *International Organization*, [S. l.], v. 44, n. 3, p. 283-315, 1990.
- KENNEDY, Paul. *The rise and fall of the great powers: economic change and military conflict, 1500-2000*. New York: Random House, 1987.
- KEOHANE, Robert. The theory of hegemonic stability and changes in international economic regimes, 1967-1977. In: HOLSTI, Ole. SILVERSON, Randolph; GEORGE, Alexander (eds.). *Change in the international system*. Boulder: Westview, 1980. p. 131-162.
- \_\_\_\_\_. *After hegemony: cooperation and discord in the world political economy*. Princeton: Princeton University, 1984.
- KINDLEBERGER, Charles. *The world in depression, 1929-1939*. Berkeley: University of California, 1973.
- \_\_\_\_\_. Dominance and leadership in the international economy. *International Studies Quarterly*, [S. l.], v. 25, n. 2, p. 242-254, 1981.
- \_\_\_\_\_. Hierarchy versus inertial cooperation. *International Organization*, [S. l.], v. 40, n. 4, p. 841-847, 1986.
- KRASNER, Stephen. State power and the structure of international trade. *World Politics* [S. l.], v. 28, 1976.
- LAKE, David. Leadership, hegemony, and the international economy: naked emperor or tattered monarch with potential? *International Studies Quarterly*, [S. l.], v. 37, p. 459-489, 1993.
- LAWSON, F. Hegemony and the structure of international trade re-assessed: a view for arabia. *International Organization*, [S. l.], v. 37, 1983.
- MACE, Gordon; BÉLANGER, Luis; THÉRIEN, Jean-Philippe. Regionalism in the Americas and the hierarchy of power. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, [S. l.], v. 35, n. 2, p. 115-157, 1993.
- McKEOWN, T. Hegemonic stability theory and the 19th century tariff levels in Europe. *International Organization*, [S. l.], v. 37, 1983.
- RAPKIN, David (ed.). *World leadership and hegemony*. Boulder: Lynne Rienner, 1990.
- SILVA, Hebe T. Romano P. da. *O que o Brasil precisa saber sobre o Mercosul*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.
- SNIDAL, Duncan. The Limits of hegemonic stability theory. *International Organization*, [S. l.], v. 39, n. 4, p. 579-614, 1983.
- STRANGE, Susan. The persistent myth of lost hegemony. *International Organization*, [S. l.], v. 41, n. 4, p. 551-574, 1987.
- WEBB, Michael; KRASNER, Stephen. Hegemonic stability theory: an empirical assessment. *Review of International Studies*, [S. l.], v. 15, p. 183-198, 1989.
- YOUNG, Oran. International regimes: toward a new theory of institutions. *World Politics*, [S. l.], v. 39, n. 1, p. 104-122, 1989.
- WEIDENFELD, Werner; WESSELS, Wolfgang. *A Europa de A a Z: guia de integração europeia*. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1997.

# Desapropriação para fins de reforma urbana

Edilson Pereira Nobre Júnior

## Sumário

1. A propriedade urbana e sua função social.
2. Objeto e competência. 3. Pressupostos. 4. Indenização. 5. Destinação do bem expropriado.
6. Algumas conclusões.

### *1. A propriedade urbana e sua função social*

Desde princípios da centúria passada, a noção de propriedade foi alvo, sob o prisma jurídico, de notável transformação. Da concepção *sacré et inviolable*, plasmada pelo art. 17 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, legado da Revolução Francesa, com os adornos inscritos no art. 544 do posterior Código Civil de 1804<sup>1</sup>, capitulou ante a necessidade de ser harmonizada com os imperativos da sociedade.

O abandono da exploração da coisa, ou a sua destruição, outrora faculdade do titular do domínio, passou a ser reputado como ilícito, haja vista a carência de bens pela grande maioria das pessoas, destinatários finais da ordem jurídica, para a satisfação de suas necessidades básicas de produção, moradia e consumo.

A tônica das novidades vem assimilada pelo enunciado da parte final do art. 153 da Constituição de Weimar, ao proclamar: “A propriedade obriga e seu uso e exercício devem ao mesmo tempo representar uma função social”. Essa mensagem, que semea-

Edilson Pereira Nobre Júnior é Juiz Federal lotado na Seção Judiciária do Rio Grande do Norte. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte e da Especialização em Direito Administrativo da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Mestre e Doutorando pela Faculdade de Direito do Recife – UFPE.

ra o constitucionalismo do segundo pós-guerra (art. 42, Constituição italiana de 1948; art. 33º.1 da Constituição da Espanha; art. 14.2 da Constituição alemã de 1949; o Preâmbulo da Constituição francesa de 1946, possuidor de valor constitucional por Remissão do Preâmbulo da Lei Fundamental de 4 de outubro de 1958), teve o seu conteúdo bem sumariado por Gustav RADBRUCH, ao acentuar que

“a propriedade privada aparece já hoje como um campo de ação livre, confiado pela colectividade à iniciativa privada do indivíduo, mas confiado somente na expectativa de que este faça dela um uso social, sob pena dela lhe ser retirada, se esta expectativa se não verificar. Por outras palavras: a propriedade passou a ser considerada um direito *limitado e condicionado*, e deixou de ser um direito sem condições e limites, <sagrado e inviolável>, que se justifica por si mesmo” (1979, p. 280):

O direito constitucional pátrio não ficou fora dessa sintonia, emprestando acerto ao dito do mestre Caio TÁCITO: “Ingressa, por essa forma, no direito público, a noção de que à propriedade corresponde uma função social: ao *poder* do proprietário se acresce o *dever* perante a comunidade na qual ele se integra” (1997, p. 582).

Daí que a Constituição de 1934 consignara, além da garantia do direito de propriedade, que o seu uso não poderia ser exercido em contraposição ao interesse social ou coletivo, na forma determinada em lei (art. 113, § 17, primeira parte). Por sua vez, o documento resultante da assembléia constituinte de 1946, no seu art. 147, outorgara ao legislador competência para que os entes políticos pudessem desapropriar por interesse social, promovendo, assim, o justo repartido da propriedade, sendo, para tanto, editada a Lei 4.132, de 10-09-62. Posteriormente, a Emenda Constitucional 10, de 09-11-64, foi mais além, instituindo, entre nós, a possibilidade de desapropriação por interesse social como forma de sancionar o

proprietário remisso em adequar a utilização de imóveis rurais à sua função social, procedendo-se ao pagamento da indenização mediante o pagamento em títulos especiais da dívida pública, a qual, com algumas variantes, foi mantida pela Constituição de 1967 (art. 157, §§ 1º a 6º) e pela Emenda Constituição 01/69 (art. 161, §§ 1º a 5º)<sup>2</sup>.

Esse, em síntese, o quadro existente antes da promulgação da Lei Fundamental de 05-10-88, estando a desapropriação-sanção restrita aos imóveis rurais.

As radicais mudanças experimentadas pela sociedade moderna, com a substituição da fonte de produção campesina pela industrial, forjaram, como cenário complementar, o elevado aumento populacional das cidades, ocasionando o grave problema da falta de moradia, erigida à estatura de direito social com a alteração imprimida ao art. 6º, *caput*, da CF/88, pela EC 26/00.

A seriedade da questão do déficit habitacional em nosso país é demonstrada pelo alto grau de densidade populacional nas cidades, revelado, com clareza, pelos dados colhidos pelo IBGE no Censo Democrático 2000, ao apontar na constatação de que a população urbana chegara ao patamar de 81,25%, remanescendo no campo apenas 18,75% dos habitantes de nosso vasto território.

Por essa razão, providencial a ação do Constituinte de 1988, ao pioneiramente traçar, no texto constitucional, os contornos da função social da propriedade, fazendo não somente para fins rurais, mas igualmente para urbanos.

No que concerne à propriedade urbana, o art. 182, § 2º, da Lei Básica dispõe que aquela tem por cumprida a sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor. Este, conforme frisado no art. 182, *caput*, do mesmo diploma, haverá de respeitar as diretrizes gerais da política de desenvolvimento urbano, fixadas em lei, de estatura ordinária e não necessariamente complementar, cuja competência legislativa é da União<sup>3</sup>, cuja edição teve lugar com a promul-

gação da Lei 10.257, de 10-07-01, batizada sob a denominação de Estatuto da Cidade.

Integrando o mandamento constitucional, a Lei 10.257/01 detalha, em seu art. 39, *caput*, o conceito de função social da propriedade urbana, dispondo que as exigências fundamentais de ordenação da cidade, constantes do plano diretor, devem voltar-se a assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, observadas as diretrizes inscritas em seu art. 2º.

Mas não é só. Embora tenha o art. 182 da Lei Máxima sido omissivo, contrariamente ao que sucedera com o seu art. 186, II, relativo à missão social da propriedade rural, não se pode perder de vista que, no plano urbanístico, tal não é integralizado sem a observância da preservação ambiental, imposta pelo art. 225 daquele diploma<sup>4</sup>.

Nesse sentido, a Lei 10.257/01 trouxe à baila inúmeros dispositivos dessa ordem, entre os quais o que inclui o estudo de impacto ambiental – EIA (art. 4º, VI), sem contar que, entre as diretivas gerais, destinadas a ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, constam várias de ordem ambiental, tais como: a) a consideração de que o direito a cidades sustentáveis passa pelo direito ao saneamento ambiental; b) a ordenação e o controle do uso do solo como forma de evitar a deterioração das áreas urbanizadas, a poluição e a degradação ambiental; c) a adoção de padrões de expansão urbana compatíveis com os limites de sustentabilidade ambiental; d) proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural; e) audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural<sup>5</sup>.

Ao não cumprimento da função social pelo proprietário urbano, a Constituição vigente reservou, no seu art. 183, § 4º, III, a sujeição à desapropriação cujo pagamento

é feito mediante títulos da dívida pública<sup>6</sup>. Sobre a análise desse novo instituto recai o presente trabalho, a ser desenvolvido nas céleres linhas abaixo.

Antes do delineamento mais detalhado do tema, mister não confundir a desapropriação para reforma urbana, hipótese de interesse social, com aquela vocacionada à execução de planos de urbanização ou reurbanização, definida como integrante do rol das causas de utilidade pública (art. 5º, alínea *i*, DL 3.365/41), cujo esboço constitucional reside no art. 5º, XXIV, da Lei Maior.

## 2. Objeto e competência

A medida em exame incide sobre objeto restrito, consistente no solo, porção da superfície terrestre onde se anda ou se constrói. Não é, todavia, todo e qualquer tipo de solo, mas apenas o urbano, excluindo-se o rural, conforme definição constante do art. 4º, I, da Lei 8.629/93.

Faz-se preciso que se trate de imóvel inserido em área delimitada no plano diretor do respectivo Município. Alfim, terá que se referir a solo urbano que não esteja edificado, ou esteja subutilizado, ou não utilizado. Em suma, há que se cuidar de imóvel não adequadamente aproveitado.

Tendo em vista a não existência de maiores dificuldades de, no plano vernacular, definir-se o que se deva compreender por solo não edificado, ou não utilizado, o legislador houve por conceituar o imóvel subutilizado como sendo aquele cujo aproveitamento seja inferior ao mínimo definido no plano diretor, ou em legislação deste decorrente (art. 5º, § 1º, Lei 10.257/01).

A competência para a expropriação em foco, como se pode ver do art. 182, § 4º, da Norma Ápice, é privativa dos Municípios e do Distrito Federal, este último por força do art. 32, § 1º, do mesmo diploma, ao lhe atribuir os afazeres legislativos reservados aos primeiros e aos Estados.

Isso, vale advertir, não impede que a União e os Estados desapropriem imóveis

urbanos por interesse social. Mas tal haverá de proceder-se com base no art. 5º, XXIV, da Lei Fundamental, com o pagamento de prévia e justa indenização em dinheiro, aplicando-se, com as devidas adaptações, predominante entendimento doutrinário (ANDRADE, 1993, M p. 114; ANDRADE, 1977, p. 234; XAVIER, 2001, p. 107-108) e pretoriano<sup>7</sup> relativo à desapropriação de imóveis rurais por interesse social. Nessa hipótese, a desapropriação haverá de fundar-se nas situações descritas pelo art. 2º, I, IV a VIII, da Lei 4.132/62.

Apesar de o art. 182, § 4º, da CF, bem como o art. 8º, *caput*, da Lei 10.257/01 servirem-se do vocábulo “proprietário”, nada impede que a posse de boa-fé, como exteriorização do domínio, seja alcançada pela medida em tela.

Do mesmo modo, os terrenos pertencentes às pessoas políticas e administrativas não se encontram excluídos da desapropriação para reforma urbana. A uma, porque ao Poder Público, em face de subordinar-se aos ditames da ordem jurídica que elabora, incumbe, com maior razão, legar aos seus bens uma função, quer projetando-o à fruição de toda a coletividade (bens públicos de uso comum do povo), quer afetando-o a determinado serviço público (bem de uso especial), quer, no tocante ao dominiais, permitindo a sua utilização específica por particulares, ou mesmo a alienação do seu domínio útil, a fim de que aqueles os empreguem em um uso lícito. Em segundo lugar, é sabido não existir óbice à expropriação dos bens públicos, quando esses não estejam afetados a uma finalidade pública, não se cogitando nem mesmo da observância da graduação prevista no art. 2º, § 2º, do Decreto-lei 3.365/41<sup>8</sup>.

### 3. Pressupostos

De logo, mister admoestar que o art. 182, § 4º da CF qualifica-se, como inelutavelmente decorre do seu texto, ao reportar-se à *interpositio legislatoris*, concretizável median-

te a edição de leis federal e municipal, como norma de eficácia limitada.

Assim, os primeiros pressupostos para que a medida pudesse lograr operatividade se centram na edição de lei federal, delimitando a maneira como deverá ser exigida do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado, ou não utilizado a promoção do seu adequado aproveitamento, cujo advento ocorreu com a Lei 10.257/01<sup>9</sup>, e lei municipal específica, responsável por definir a área sobre a qual tal providência deverá incidir.

O não aproveitamento do imóvel urbano implicará, inicialmente, a imposição ao proprietário ou possuidor da obrigação de parcelamento, edificação ou utilização compulsórias. Assim não laborando nos prazos mencionados no art. 5º, § 4º, da Lei 10.257/01, lançará mão o Poder Público municipal da aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, o que se dá com a majoração de sua alíquota durante cinco anos consecutivos.

Permanecendo inerte o proprietário, ao depois do transcurso do respectivo lustro, em dar cumprimento ao encargo de parcelamento, edificação, ou utilização, o Município lançará mão da desapropriação prevista no art. 182, § 4º, III, da CF, editando o titular do Poder Executivo municipal, mediante decreto, a competente declaração de interesse social<sup>10</sup>.

Não obsta a desapropriação para reforma urbana a ausência de norma a definir o seu processo judicial, na hipótese de discordância do proprietário com o valor da oferta. À míngua de diploma específico, deverá ser aplicado o regramento do Decreto-lei 3.365/41, na condição de Lei Geral das Desapropriações.

### 4. Indenização

A compensação financeira devida ao proprietário apresenta, na modalidade aqui examinada, algumas peculiaridades que a

distinguem das verificadas nos demais tipos de expropriação.

Inicialmente, impende asseverar que, contrariamente à desapropriação ordinária (art. 5º, XXIV, CF) e à desapropriação-sanção para reforma agrária (art. 184, *caput*, CF), a Lei Maior, no art. 182, § 4º, III, somente fez referência ao valor real da indenização, em nada precisando se o pagamento da indenização deverá ou não anteceder a perda da propriedade.

Isso equívale a dizer que, na espécie em comento, não há garantia de que a indenização seja prévia. Poderá, portanto, o legislador estabelecer que a mutação dominial no registro imobiliário se dê antes de quitado o valor do ressarcimento devido ao proprietário ou possuidor.

Essa orientação goza de prestígio na doutrina<sup>11</sup>, sem contar que outrora esse pensar fora sufragado pela jurisprudência quanto à desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária. Sob a consideração de que o art. 161 da Constituição de 1967, com a redação ofertada pela EC 01/69, somente se reportava à indenização justa, o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional o art. 3º, II e III, do Decreto-lei 554/69, a cuja aplicação estava subordinado o seu famigerado art. 7º, que determinava, *initio litis*, a transcrição do imóvel em favor do expropriante<sup>12</sup>.

Havendo, no entanto, omissão legal nesse sentido, forçosa a incidência do art. 29 do Decreto-lei 3.365/41, na condição de norma genérica a disciplinar a matéria, estabelecendo que a imissão definitiva na posse, juntamente com a transcrição no registro imobiliário, somente ocorrerá com o pagamento da indenização, ou consignação de seu preço.

Ao contrário de respeitáveis opiniões, não restou afastada a necessidade de compensação justa. Diferentemente, Carlos Ary SUNDFELD (1990, p.40; FIGUEIREDO, 1994, p. 217; BASTOS, MARTINS, 1990, p. 223). Indica que a expressão “valor real”, insculpida no art. 182, § 4º, III, da CF, não se

confunde com valor justo, visando apenas assegurar que o valor da indenização, expresso em títulos, não sofra os efeitos da desvalorização da moeda entre a sua consignação e o seu efetivo resgate.

Ouso discordar. A dicção constitucional não dá azo a dúvidas. Reporta-se a “valor real da indenização”, mostrando que a coisa não poderá ser expropriada por preço inferior ao que ostenta. A expressão “valor real”, em sede expropriatória, não tem o seu significado reduzido à necessidade de incidência de correção monetária. Absolutamente. Como bem nos mostrou o Min. Moreira Alves, ao conduzir votação no RE 99.849-PE, “indenização justa é, sem dúvida alguma, a compensação em dinheiro que reponha, o mais exatamente possível, no patrimônio do desapropriado, o *valor real* da coisa daí retirada”(grifo nosso) (RT 108/801).

Em harmonia com o entendimento de que a expressão “valor real” não deve ser aqui concebida como substitutivo de atualização monetária, tem-se que o legislador, no pórtico do § 2º do art. 8º da Lei 10.257/01, dela se utiliza como se estivesse se referindo ao montante da retribuição a ser paga pelo expropriante.

E não poderia ser diferente, já que a atividade legislativa há de seguir os padrões gerais constantes do arcabouço constitucional, de onde não se pode sonegar o princípio da justiça, consagrado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil no art. 3º, I, da CF. Daí decorre, portanto, que, na ponderação das vertentes exegéticas a disputar a primazia do significado do que se deva depreender por “valor real”, o primado tocará àquela que se incline pela justiça da indenização, até porque, em caso de suposta lacuna no texto do art. 182, § 4º, III, da CF, a franquia da justa reparação ao expropriado há de ser inferida como direito fundamental implícito (art. 5º, § 2º, CF), resultante do regime e dos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito.

A aceitação do ponto de vista de que, na desapropriação em comento, o ressarcimen-

to há de ser justo, implica incompatibilidade vertical do art. 8º, § 2º, I, da Lei 10.257/01, quando diz que o valor real da indenização refletirá a importância da base de cálculo do IPTU.

Não nego a possibilidade de o legislador estabelecer os parâmetros mediante os quais possa o aplicador do direito aportar na fixação da justa indenização. No entanto, há de atuar em atenção a critérios de razoabilidade, desviando-se de traçar limites absolutos que impeçam o proprietário de questionar a busca do valor devido.

Não teria visto maiores problemas se perfilhado o critério do valor de mercado, porquanto esse condiz com a perda a ser suportada pelo proprietário e, portanto, hábil para o fim a que busca a garantia da justa indenização. Contrariamente se tem quando eleito, como limite insuperável da compensação, um valor abstrato, muitas vezes distanciado, na prática, da avaliação atual do imóvel, como se tem com a escolha do valor venal do imóvel, constante nos cadastros municipais para fins de cobrança do IPTU, na maioria das vezes desatualizado e, até mesmo, irreal.

O Supremo Tribunal Federal, em caso similar, retratado pelo citado RE 99.849 – PE, já manifestou seu desaproveito com tal opção legislativa, ao reputar inconstitucional o art. 11 do Decreto-lei 554/69 que, para fins de desapropriação por interesse, para fins de reforma agrária, dispunha que, a revisão do valor da indenização, deveria ser respeitada, em qualquer caso, como limite máximo, a estimativa declarada pelo proprietário, para efeito de cálculo do Imposto Territorial Rural<sup>13</sup>.

Assim, muito embora seja de uma maior praticidade ao Município, ao agitar o procedimento expropriatório, estabelecer a sua oferta com observância da importância com base na qual é calculado o IPTU, nada estará a impedir que o proprietário, citado, conteste tal *quantum* como representativo do valor real do bem.

A Lei 10.257/01, no seu art. 8º, § 2º, II, exclui a possibilidade de pleito, pelo expro-

priado, de lucros cessantes ou expectativas de ganho, no que nem precisava ser enfática, haja vista que a medida tem como alvo imóvel não adequadamente aproveitado.

O mesmo dispositivo, em sua parte final, exclui a condenação do expropriante no pagamento de juros compensatórios. Pergunta-se: poderá, em face disso, vir a sofrer censura do Judiciário? Sou pela negativa.

O primeiro argumento se origina de meditação de Cretella Júnior<sup>14</sup>, ao chamar a atenção para o fato de se distinguirem imóveis que possuem valor, mas também produzem renda, dos que apenas podem ser suscetíveis de avaliação em dinheiro. Sendo assim, somente quanto aos primeiros é que caberia falar-se em juros compensatórios. Da lição do mestre, forçosa seria a conclusão de que, na desapropriação para reforma urbana, incidente sobre imóveis que relegam a sua função social, estaria excluída a possibilidade de serem devidos juros compensatórios.

É certo que esse pensar, embora recentemente tenha sensibilizado a jurisprudência<sup>15</sup>, ao provocar uma reabertura na discussão do tema, fora rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal na ADInMC 2.332-DF<sup>16</sup>, podendo-se, com isso afirmar ser incompatível a exclusão dos juros compensatórios. Ledo engano. Outro raciocínio merece ser exposto nas linhas seguintes.

No referido julgamento, resultou inconstitucional o art. 15 – A, §§ 1º e 2º, do Decreto-lei 3.365/41, introduzido pela MP 2.027-43/00, que reservara aos juros compensatórios o papel de reparar a perda de renda efetivamente sofrida pelo proprietário com a medida estatal. Para esse fim, fê-lo o Pretório Excelso sob o argumento de que a rubrica em questão serve, ao invés de lucros cessantes, para remunerar o capital que o particular deixou de receber desde a perda da posse do bem, por o expropriante não haver diligenciado, de logo, o pagamento da indenização realmente devida, tanto que a base de cálculo para a incidência da rubrica corresponde à diferença entre o valor fixado na sentença e 80% do depósito pré-



vio, cuja disponibilidade ao expropriado não está obstada. Assim, considerando-se que, na expropriação para reforma urbana, a despeito de sua indenização encontrar-se jungida ao imperativo de justiça, não se impõe seja prévia, razão pela qual o seu não pagamento integral, quando da imissão na posse, não enseja compensação em prol do proprietário. A infringência à justa indenização, conforme se pode perceber da notícia do julgamento do Supremo Tribunal Federal, está ligada à circunstância de, antes da imissão na posse, não haver sido respeitado o postulado da prévia indenização, de cujo cumprimento na espécie não se cogita.

De concluir-se, por isso, que a exclusão dos juros compensatórios, procedida pelo legislador, não colide com os ditames constitucionais regentes da matéria.

São devidos juros de mora, à alíquota ânua de seis por cento, contados desde o trânsito em julgado (Súmula 70 - STJ), incidente sobre o resultado da subtração do valor da indenização e o da oferta, ambos corrigidos. Também a diferença encontrada entre o valor devido e a oferta sofrerá correção, a partir do laudo pericial (Súmulas 561 - STF e 67 - STJ).

Outra especificidade da desapropriação em foco está em que o montante da indenização é solvido, na sua inteireza, em títulos da dívida pública, cuja emissão, já existente quando da instauração do procedimento, deverá lograr prévia aprovação do Senado Federal. Tais títulos, resgatáveis no intervalo de até um decênio, em prestações anuais, iguais e sucessivas, além de portarem cláusula de correção monetária, pena de diminuição de seu valor com o desgaste da moeda, sofrem o cômputo de juros legais de seis por cento ao ano até o seu efetivo resgate. Interditou o art. 8º, § 3º, da Lei 10.257/01 que os títulos em causa ostentem poder liberatório para a quitação de tributos.

Cuidando-se de pagamento a ser efetuado em títulos, poderia haver o legislador adotado regra semelhante à constante do

art. 15 da Lei Complementar 76/93, dispensando a expedição de precatório, providência em concerto com o art. 100 da CF, o qual, nos termos do deliberado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 247.866-1-CE<sup>17</sup>, refere-se unicamente às quantias devidas pela fazenda pública em dinheiro.

Contestado o preço indicado pelo expropriante, a sentença, caso conclua pela sua elevação, condenará aquele ao pagamento, em prol do expropriado, de honorários advocatícios, calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, ambas corrigidas (Súmulas, 617 - STF e 141 - STJ). Nessas hipóteses, arcará ainda o expropriante com as despesas que teve o expropriado para contratar assistente técnico.

##### *5. Destinação do bem expropriado*

No que concerne ao destino do seu objeto, viceja traço distintivo entre as expropriações por utilidade ou necessidade pública e por interesse social. É que, enquanto nas primeiras o bem adquirido permanece com o expropriante, a fim de ser afetado a obras e serviços públicos, nas segundas a sua vocação é para entrega a terceiros, proporcionando-se, assim, a justa distribuição da propriedade.

A medida em análise, malgrado encaixar-se no gênero de desapropriação para interesse social, traduz exceção à regra geral, havendo a possibilidade, prevista no art. 8º, § 4º, da Lei 10.257/01, de o Município promover o adequado aproveitamento do imóvel no prazo máximo de um lustro, computado desde a incorporação deste em seu acervo patrimonial.

Faculta o art. 8º, § 5º, da Lei 10.257/01 que o Município, no lugar de diretamente patrocinar o correto aproveitamento do imóvel, aliene ou conceda o seu uso a terceiros mediante procedimento de licitação. Assim ocorrendo, o beneficiário com o domínio ou posse do bem passará a ser responsável pelos encargos previstos no art. 5º do mencionado diploma.

Tal obrigação deverá figurar, no ato de aquisição ou concessão, como condição resolutiva, apta a ensejar, de pleno direito, o retorno do bem ao Poder Público, que poderá deliberar por explorá-lo diretamente, ou mediante transferência de seu domínio ou posse a novo interessado. Silente o contrato, restará ao Município a via, assaz delongada, de lançar mão do IPTU progressivo para, ao final de cinco anos, se for o caso, promover nova desapropriação, o que, além de não aconselhável, é ineficiente.

Merece ainda destaque que, na reforma urbana, mesmo cuidando-se de expropriação por interesse social, outra exceção aos postulados gerais desta consiste na possibilidade de cogitar-se dos pressupostos do instituto da retrocessão, com o retorno do bem ao expropriado.

Essa assertiva aqui se impõe sem a menor margem de dúvida. Poderá ocorrer, por exemplo, que o Município, assumindo a obrigação de levar a cabo o adequado aproveitamento do bem, mantenha-se inerte em fazê-lo ao depois do transcurso do prazo de cinco anos, demarcado no art. 8º, § 4º, da Lei 10.257/01. Estará, em tese, corporificada a situação de abandono, a dar azo à retomada do bem.

No particular da transferência do imóvel a terceiro, poder-se-á, caso o Município não atue com o cuidado necessário, inerente à fiscalização do adequado aproveitamento do bem, restar caracterizado, no mundo fático, desvio de finalidade, em virtude da indevida permanência do bem com aquele. É que se terá, sem causa jurídica, expropriação em benefício de interesse privado, resultado vergastado pelo Supremo Tribunal Federal<sup>18</sup>.

A peremptória negativa do direito à retrocessão, nessa hipótese, será capaz de favorecer a ocorrência de desapropriação como maneira de enriquecimento de terceiros, possíveis aliados dos governantes da entidade expropriante. Para obviar situações desse jaez, a *Ley* de 16 de dezembro 1954, no seu art. 74, comina multa ao bene-

ficiário da expropriação, por igualmente não haver, no prazo assinado, legado ao bem sua função social.

## 6. Algumas conclusões

Ao término do exposto, dignas de serem sumariadas as seguintes conclusões:

a) a propriedade deixou de ser concebida como um instituto ilimitado, representando, inversamente, um direito jungido ao cumprimento de uma função social pelo seu titular, o que se impõe, em nossa sociedade, assinalada pela explosão demográfica nas cidades, não apenas no setor campesino, mas, com maior razão, na província urbana, a fim de satisfazer frente à aguda crise de moradia, cujo desrespeito poderá ensejar o manejo, pelo Poder Público, da desapropriação-sanção;

b) a figura expropriatória do art. 182, § 4º, III, da Lei Básica, cuja competência pertence, com exclusividade, aos Municípios, tem por alvo imóveis urbanos, particulares ou públicos disponíveis, sítios em área delimitada no plano diretor, não adequadamente aproveitados pelo proprietário, ou possuidor;

c) a implementação da desapropriação para fins de reforma urbana reclama, inicialmente, a edição de lei federal, disciplinando a maneira como o proprietário de imóvel urbano deve proceder ao seu devido aproveitamento, juntamente com lei municipal, a qual tocará individualizar as áreas de sua incidência; integrado o quadro legislativo, caberá ao Município, antes de lançar mão da expropriação, impor ao proprietário ou possuidor o parcelamento, ou edificação compulsórios, e o IPTU com a alíquota progressiva;

d) a despeito de não haver obrigação de ser prévia a compensação a ser paga ao expropriado, mediante a entrega de títulos da dívida pública, aquele não se encontra privado do direito a que tal pagamento se pautem em critérios de justiça, tendo em vista o Constituinte haver posto em destaque que

deveria ser assegurado o valor real da indenização;

e) o destino do bem expropriado caberá ao Município, ou a terceiro, mediante licitação, os quais deverão promover o seu adequado aproveitamento dentro de cinco anos, não se descartando, de forma decisiva, que o não adimplemento de tal encargo poderá, em tese, caracterizar, no mundo fático, desvio de finalidade a ser reparado mediante pleito de retrocessão.

### Notas

<sup>1</sup> Eis o teor do preceptivo, obtido em tradução livre: “A propriedade é o direito de gozar e dispor das coisas da maneira a mais absoluta, desde que não se faça um uso proibido pelas leis ou regulamentos”.

<sup>2</sup> No solo patrial, os autores costumam, pelo didático hábito de classificar, bipartir a desapropriação por interesse social. Carlos Mário da Silva Velloso (1975, p. 13) aludira à existência de uma espécie genérica, fundada no art. 153, § 22, e, ao seu lado, outra, de cunho específico, lastreada pelo art. 161, ambos da Constituição pretérita. Adilson de Abreu DALLARI (1986, p. 34) se reportava, na ordem constitucional anterior, às denominações “desapropriações ordinária e extraordinária”. Após 05-10-88, José Afonso da SILVA (1989, p. 63) diz que a propriedade urbana pode ser expropriada de duas maneiras, qual seja a desapropriação comum, a que se refere o art. 5º, XXIV, da CF, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, e a desapropriação-sanção, voltada a reprimir o não cumprimento de obrigação imposta ao proprietário, regida pelo art. 182, § 4º, do mesmo diploma. Reportando-se à desapropriação como sanção, Clóvis BEZOS (1991, p. 112-113 e 115) declara que, uma vez fixado no ordenamento o dever de atribuir uma função à propriedade, exsurge que o seu descumprimento configura ilícito, lição a que se submete a desapropriação para reforma urbana, na condição de verdadeira penalidade. Noutras plagas, o termo desapropriação-sanção já fora utilizado por Garrido FALLA (1996, p. 255), ao fazer referência à expropriação pelo não cumprimento da função social, disciplinada pelos arts. 71 a 75 da espanhola *Ley* de 16 de dezembro de 1954, ainda vigente. Para o autor, o caráter sancionador não se reflete na minoração do justo preço, mas na circunstância de o proprietário haver postergado norma legal que lhe conferia a oportunidade de utilizar um bem, ou uma classe de bens, no sentido de uma determinada função social.

<sup>3</sup> Além disso resultar implícito do teor do art. 182, *caput*, da CF, ao aludir a diretrizes gerais, a dar idéia de modelo uniforme, o que, em um estado federal, é tarefa do ente central, o art. 24, I, da CF afirma competir à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre direito urbanístico, incumbindo-se à União gizar as normas de caráter geral. Por esse motivo, a Lei 10.257/01 se impõe à observância obrigatória dos Estados, Distrito Federal e Municípios.

<sup>4</sup> O liame entre função social da propriedade e meio ambiente foi bem explanado por Antônio Herman V. BENJAMIN (1997, p. 33-41).

<sup>5</sup> Cf. art. 2º, I, VI, alínea *f* e *g*, VIII, XII e XIII, da Lei 10.257/01. Ver também: a) o art. 4º, III, alínea *c*, que prevê o zoneamento ambiental como instrumento da política urbana; b) o art. 32, §2º, I, ao tratar do estudo de impacto ambiental nas operações urbanas consorciadas; c) o art. 41, ao tornar obrigatório o plano diretor para as cidades compreendidas na área de influência de empreendimentos, ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.

<sup>6</sup> Pervagando-se o sistema jurídico lusitano, constata-se figura semelhante quanto à desapropriação para fins de composição urbana, prevista no art. 48º do Decreto-lei nº 794, de 5 de novembro de 1976, dirigida aos terrenos próprios para construção, adjacentes às vias públicas de aglomerados urbanos, quando os proprietários, uma vez notificados para aproveitarem-nos em edificações, venham, sem motivo legítimo, a quedarem-se inertes pelo prazo de dezoito meses. A indenização, solvida em moeda corrente, salvo acordo, é calculada tomando-se como base a data em que o proprietário fora notificado para aproveitar o bem.

<sup>7</sup> Cf. STF, Pleno, mv, MS 22.193, rel. Min. Maurício Corrêa, DJU de 29-11-96, p. 47.160; STJ, 2º T., ac. un., re. Min. Eliana Calmon, DJU de 13-12-99.

<sup>8</sup> Cf. STF, RE 85.550-SP, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 87/548; TFR, 6º T., ac. un., AC 40.526, rel. Min. Carlos Mário Velloso, RDA 173/132. Celso Antônio Bandeira de MELLO (1974, p. 47). Assim também acontece no estrangeiro. Na Itália, por exemplo, como nos diz Pietro VIRGA (1995, p. 484), os bens do patrimônio público disponível dos entes públicos podem ser objeto de expropriação.

<sup>9</sup> Vitor Rolf LAUBÉ (1992, p. 227) defendeu que, mesmo ausente a lei federal reclamada pelo art. 182, § 4º, da CF, poder-se-ia, num recurso à interpretação sistemática, suprir-se tal omissão mediante o exercício, pelo Município, da competência suplementar inserta no art. 30, II, do mesmo diploma. Essa foi a posição também exposta por Carlos Ary SUNDFELD (1990, p. 37). Com o merecido respeito que tributamos a tais opiniões, somos de que o art. 30, II, da Constituição somente permite a utilização da legislação municipal, como fonte

supletiva das legislações federal e estadual, naquilo em que for possível a atividade do Município suprir. Não abrange a hipótese, como a analisada, em que o Constituinte, às expensas, fez referência à lei federal, por ser apanágio desta uniformizar os padrões fundamentais a gizar a política urbana em nossa federação. Assim, mais aconselhável o entendimento de Celso Ribeiro BASTOS e Ives Gandra da Silva MARTINS (1990, p. 223), ao indicar que, enquanto não adviesse a mencionada lei federal, o art. 182, § 4º, da CF, seria norma inaplicável.

<sup>10</sup> Escrevendo antes da Lei 10.257/01, Carlos Ary SUNDFELD (1990, p. 37-38) sustentava que o vocábulo “sucessivamente” não obriga ao Município que primeiro exija o parcelamento ou a edificação compulsórios para, fracassados estes, passar à cobrança do IPTU de forma progressiva e, apenas à derradeira, efetuar a desapropriação. Adentrando no terreno exemplificativo, diz que pensar contrário poderá conduzir a absurdos, como quando, com relação a edifício desabitado, e que por isso também deixa de cumprir a sua função social, veja-se o Município na injunção de impor a providência de edificação compulsória. A Lei 10.257/01, por seu turno, determinou que as medidas elencadas no art. 182, §4º, I a III, da CF sejam tomadas de modo sucessivo. Para pôr cobro a possível contenda e, ao mesmo tempo, evitar situações disparatadas, conforme a advertência do mestre bandeirante, faz-se mister a adoção de inteligência que libere o Poder Público de uma das fases antecedentes quando tal for inviável. Desse modo, no caso de edifício não habitado poderia, de pronto, o Município proceder à exigibilidade do IPTU com alíquotas dotadas de progressividade para, posteriormente, se ainda for necessário, desapropriar. Já o direito espanhol, ao cuidar da expropriação pelo não cumprimento da função social da propriedade, a exemplo da desapropriação para fins de composição urbana da legislação portuguesa, preconiza *iter* mais simplificado. Assim, o art. 72 da *Ley* de 16 de dezembro de 1954 enumera os seguintes antecedentes: a) declaração, originária de lei ou decreto do Conselho de Ministros, de que um certo bem, ou uma categoria de bens, deve sofrer determinadas transformações, ou ser utilizado de maneira específica; b) a necessidade de a lei ou decreto conter a cominação de expropriação, no caso de seu descumprimento; c) fixação de prazo para a realização da função social e que, após o seu vencimento, aquela não resulte, total ou parcialmente, adimplida.

<sup>11</sup> Cf. Lúcia Vale FIGUEIREDO (1994, p. 217). Ensina, a propósito, Carlos Ary SUNDFELD que “o pagamento (é dizer, a entrega dos títulos da dívida pública) pode, nos termos do que vier a prever a lei, ser feito após a aquisição da propriedade pelo Município” (1990, p. 40). No mesmo sentido, Clóvis BEZNOS (1991, p. 115).

<sup>12</sup> Pleno, mv, RE 99.849-PE, rel. Min. Moreira Alves, RTJ 108/793. Desse julgamento, bom destacar o voto do Min. José Néri da Silveira, ao invocar anterior pronunciamento no Tribunal Federal de Recursos (AI 38.537 – MG), em que se expressou: “Desde o Ato Institucional nº 9, de 1969, portanto, retirou-se do texto constitucional, no que concerne à desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, a expressão <prévia> indenização, mantendo-se, porém, a fórmula <justa indenização> acrescida da cláusula <fixada segundo os critérios que a lei estabelecer>” (RTJ 108/808).

<sup>13</sup> Interessante, sem sombra de dúvida, a leitura do voto discordante do Min. Francisco Rezek, ao não vislumbrar abusiva a conduta do legislador ordinário ao escolher como parâmetro do valor da indenização o declarado pelo proprietário para fins de lançamento do ITR (RTJ 108/802).

<sup>14</sup> Desistência da desapropriação, RT 617/10-11.

<sup>15</sup> Cf. o decidido nos arestos, a saber: REsp 228.481- MA (STJ, 1ª T., ac. un., rel. Min. José Delgado, DJU de 20-03-00, p. 00046), REsp 108.896 – SP (STJ, 1ª T., mv, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 30-11-98, p. 00049), AgRg no REsp 296.431-SP (STJ, 2ª Turma, ac. un., rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 24.04.2001, Informativo STJ nº 93, de 23 a 27 de abril de 2001) e AC 205.767-CE (TRF – 5ª Reg., 2ª T., mv, rel. Des. Fed. Edilson Nobre (convocado), DJU – II de 09.11.2001, p. 666/732).

<sup>16</sup> Pleno, mv, rel. Min. Moreira Alves, Informativo – STF no. 240.

<sup>17</sup> A ementa do julgado está assim redigida: “ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. INDENIZAÇÃO DE BENFEITORIAS. ALEGADA OFENSA DOS ARTS. 14, 15 E 16 DA LEI COMPLEMENTAR Nº 76/93 AO ART. 100 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O art. 14 da Lei Complementar nº 76/93, ao dispor que o valor da indenização estabelecido por sentença em processo de desapropriação para fins de reforma agrária deverá ser depositado pelo expropriante em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais, contraria o sistema de pagamento das condenações judiciais, pela Fazenda Pública, determinado pela Constituição Federal no art. 100 e parágrafos. Os arts. 15 e 16 da referida lei complementar, por sua vez, referem-se, exclusivamente, às indenizações a serem pagas em títulos da dívida agrária, posto não estar esse meio de pagamento englobado no sistema de precatórios. Recurso extraordinário conhecido e provido, para declarar a inconstitucionalidade da expressão “em dinheiro, para as benfeitorias úteis e necessárias, inclusive culturas e pastagens artificiais e”, contida no art. 14 da Lei Com-

plementar nº 76/93”(Pleno, mv, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 24-11-00).

<sup>18</sup> 2ª T., ac. un., RE 64.559- SP, rel. Min. Eloy da Rocha, DJU de 21-05-71, p. 301.

### Bibliografia

ANDRADE, J.B.B. de. Aspectos constitucionais da desapropriação para fins de reforma agrária. *Revista da Procuradoria Geral da República*, Brasília, n. 4, p. 113-121, 1993.

ANDRADE, R.P. de. Desapropriação de imóveis rurais e urbanos por necessidade pública, utilidade pública, interesse social e para fins de reforma agrária. *Revista dos tribunais*, n. 501, jul. 1977.

BASTOS, C.R.; MASTINS, I.G. da S. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 7.

BENJAMIN, A. H. V. Desapropriação: reserva florestal legal e áreas de preservação permanente. *Revista do CEJ*, Brasília, v. 1, n. 3, p. 33-41, set./dez. 1997.

BEZNOS, C. Desapropriação. In: MELLO, C. A. B. de (coord.). *Direito administrativo na constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1991.

DALLARI, A. de A. Desapropriação: conceitos e preconceitos. In: MELLO, C. A. B. de (coord.). *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Revista de Tribunais, 1986.

FALLA, G. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Madri: Instituto de estudos políticos, 1966. v. II. (Parte geral – conclusão) (Nota de rodapé B).

FIGUEIREDO, L. V. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

LAUBÉ, V. R. Desapropriação urbanística. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 29, n. 114, p. 205-228, abr./jun. 1992.

MELLO, C. A. B. de. Desapropriação de bem público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 29, jan./mar. 1974.

RADBRUCH, G. *Filosofia do direito*. Tradução e prefácios de h. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1979.

SILVA, J. A. da. *O município na constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1989.

SUNDEFELD, C.A. *Desapropriação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

TÁCITO, C. O direito de propriedade e o desenvolvimento urbano. In: *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1.

VELLOSO, C. M. da S. Desapropriação para fins de reforma agrária: apontamentos. *Revista de Direito Público*. São Paulo, n. 34, abr./jun. 1975.

VIRGA, P. *Direito administrativo: i principi*. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1995.

XAVIER, F. S. Desapropriabilidade por interesse social, pelos Estados e Municípios, de imóvel rural para fins de reforma agrária. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 225, p. 107-108, jul./set. 2001.

# O cristianismo e o direito: a revolução cristã no campo jurídico

Pedro Braga

## Sumário

Introdução. 1. O direito talmúdico. 2. Direito e cristianismo. Apêndice: direito canônico, direito eclesiástico, direito e protestantismo.

## *Introdução*

O cristianismo representou uma grande revolução no sentido exato e extenso dessa palavra. Sua mensagem irradiou-se para a humanidade toda, seus princípios éticos tornaram as pessoas melhores, mais solidárias, mais pacíficas. O cristianismo contribuiu para tornar as pessoas mais felizes, introduzindo o princípio da esperança, na cultura de milhões e milhões de seres humanos. Em nome dele têm sido feitas obras sociais e humanitárias que mitigam dores e sofrimentos, levam a educação às crianças e adultos, ensinam o reto caminho. Os ensinamentos cristãos irradiaram-se não só no campo da moral, mas igualmente no campo do direito. E esse é o nosso objetivo no presente ensaio: o de demonstrar, em linhas gerais e de maneira sucinta, essa influência benfazeja no Direito Romano e no Direito Internacional.

Um exemplo da utilidade dessa abordagem e desse espírito nos é dado por Hugo Grotius e Selden, jusnaturalistas cristãos da Renascença, que, numa perspectiva do direito comparado, cotejaram as instituições do Direito Talmúdico com o Direito Romano e o Internacional.

Pedro Braga é Sociólogo e funcionário do Senado Federal.

Creemos ser importante esse “diálogo” entre os diferentes direitos, perquirir suas fontes, as origens de muitos institutos, e indagar como as diversas culturas e sociedades engendram suas formas legais.

Na seção versando sobre cristianismo, devo assinalar a obra clássica de Chateaubriand, *O gênio do cristianismo*, bem como a de Raymond Theodore Troplong, intitulada *Da influência do cristianismo sobre o direito civil dos romanos* (utilizamos aqui a tradução em castelhano), e, é escusado dizer, das *Institutas de Justiniano*, elaboradas entre 528 e 534 da nossa era.

Na parte referente ao direito talmúdico, serei igualmente tributário do aporte de Ze’e W. Falk, Professor de Direito da Universidade Hebraica de Jerusalém, exposto nas conferências proferidas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, publicadas sob o título *O direito talmúdico, uma introdução*, pela Editora Perspectiva em coedição com a Associação Universitária de Cultura Judaica.

Vali-me igualmente, como não poderia deixar de ser, de textos do Pentateuco (Torá), que integram o Antigo Testamento, na edição da *Bíblia de Genebra*, na tradução revista e atualizada de Almeida. Assinalo de passagem a obra *A ética do Sinai*, de Irving M. Bunim, que encerra a interpretação rabínica das normas talmúdicas, através dos tempos, embora não a tenha utilizado neste ensaio por fugir aos seus propósitos. Lamentavelmente, não tive acesso ao livro *O direito penal na legislação hebraica*, de David José Perez, de que tomei conhecimento por palestra da professora Ester Kosovski, proferida na Academia Brasileira de Letras, no Ciclo de Painéis sobre a “Contribuição dos Judeus ao desenvolvimento brasileiro”. Reporto-me, não obstante, aos temas tratados por ele e resumidos pela Professora Ester Kosovski, na referida palestra.

### 1. O direito talmúdico

Talmude significa estudo, conhecimento. Ele compreende o estudo da lei, ou nor-

mas práticas, *Halakhá*, e o estudo da ética, ou seja os valores, as emoções e os ideais que se devem cultivar, *Agadá*. O estudo diário dos textos sagrados tem grande importância na cultura judaica. Esse é, inclusive, um modo de manter a mente ativa.

Conflitos entre indivíduos ou entre a comunidade e um indivíduo eram submetidos a um rabino ou a um conselho de rabinos, que arbitravam sobre a desavença aplicando o Direito Talmúdico.

Consoante Falk (1988), “a legislação israelense substituiu a lei pessoal por uma norma territorial, abrangendo tópicos como adoção, tutela, capacidade legal, sucessão, etc. Entretanto, o casamento e o divórcio ainda estão sob jurisdição religiosa e sujeitos à lei pessoal. Para os judeus, esta é a Lei Talmúdica. Quando há lacunas no ordenamento jurídico do Estado de Israel, o juiz laico recorre ao Talmude para proceder à integração do direito, ou então à analogia, ao costume ou às leis de outro país.

O Direito Talmúdico recepcionou normas do Direito Canônico, como, por exemplo, o culto aos mortos; em contrapartida, este recepcionou daquele a fundamentação para a anulação de casamentos não consumados. Casamentos e divórcios estão sob a jurisdição religiosa.

Neemias (9:38, 10:1-39) reproduz um documento, espécie de “contrato social”, firmado pelos chefes das famílias que retornaram da Babilônia, declarando-se todos submissos à Lei da Torá. Esse foi o início do desenvolvimento do Direito Talmúdico.

Outro fato importante para o desenvolvimento do Direito Talmúdico foi a atribuição concedida a Esdras pelo rei Artaxerxes para que “nomeasse juízes locais para a administração da justiça e a publicação da Lei de Deus e da Lei do Rei”. Havia, além da Lei Escrita (o Pentateuco), a Lei Oral, que tinha precedência sobre aquela; leis essas consideradas reveladas no Monte Sinai (cf. FALK, 1988, p. 17 et passim).

Segundo Falk, existem três modelos literários do direito hebraico: a *Mishná*, um li-

vro de leis, a bem da verdade uma coletânea de opiniões legais; o *Midrash*, ou interpretação das Escrituras. “Enquanto a *Mishná* era tida como a formulação da lei abstrata, seguindo certo método de redação, o *Midrash* foi sempre um comentário do texto bíblico” – afirma FALK (1988). O terceiro modelo são as coleções de *Midrashim* (plural de *Midrash*), consistindo em uma interpretação ampla em que não só as palavras, mas igualmente cada letra, cada vogal e cada ornamento posto em alguma letra possuem significado.

A seguir uma resenha do direito penal hebreu, consoante a exposição da professora Ester Kosovski sobre a obra do professor David José Perez: Na doutrina de Moisés as punições pelas transgressões são sensíveis à vida. São aplicadas neste mundo, e não em outra vida ou no inferno. Determina “olho por olho, dente por dente”, inspirado na pena de talião, já presente no Código de Hamurabi.

O pai tem direito de vida e morte sobre o filho, mas só com o consentimento da mãe e ouvida a Justiça. A amputação transformase em multa. No caso de homicídio, a responsabilidade é individual e não mais coletiva, como nos tempos primitivos das antigas tribos nômades hebréias. No homicídio culposo, o autor era exilado pelos anciãos da cidade para outra, a fim de escapar da vindita dos parentes da vítima.

O canto dos campos cultivados, os frutos caídos durante a colheita e a produção agrícola do sétimo ano eram doados para os órfãos, as viúvas, os mendigos e os estrangeiros.

Para a doutrina mosaica, todos são iguais perante a lei.

A pena de morte era executada por lapidação (apedrejamento), causticação (execução pelo fogo), decapitação ou estrangulamento, mas na época talmúdica quase não era aplicada.

Relativamente ao processo penal, eram impedidos de serem testemunhas os usurários, os vendedores de frutas no sétimo ano, os jogadores, as mulheres, os escravos, os

adestradores de pombos para praticarem roubo e de animais para combate, os impúberes, os fátuos, os cegos, os surdos, os ímpios, os infames, os estrangeiros e os parentes. Havia exceção, quando o fim era altruístico.

Existindo flagrante erro judiciário, o processo era anulado, no caso de haver condenação. Se houvesse mais de um acusado, e pairando dúvida sobre a autoria do crime, todos eram absolvidos.

As outras apenações previstas na legislação hebréia eram a flagelação, prisão e multa, além daquelas sanções de ordem moral, como *carét* (morte civil aplicável em caso de delito contra a moral do patrimônio, perturbação de algumas cerimônias religiosas e desrespeito a regras de higiene), *hérem* (anátema, exclusão social e religiosa do réu, aplicável em casos de ofensas graves aos dogmas da religião), talião e asilo.

Moisés limitou a pena de flagelação a quarenta chibatadas, pena essa aplicada aos autores de certo tipo de incesto, adultério, casamento interdito, uso de alimentos proibidos, infração a certas leis religiosas. Desesperar-se durante a morte de alguém, lesionar-se propositadamente, assim como incisões e tatuagens, tudo isso era igualmente punível com a mesma pena.

Nos atentados à propriedade, nas lesões corporais e nos danos materiais, a antiga pena de talião foi substituída por sanções pecuniárias (cf. KOSOVSKI<sup>1</sup>, apud NISKIER, 1999, p. 49-55).

Pode-se admitir que os primeiros cristãos “praticavam a Lei Talmúdica, sujeita a uma nova interpretação”, conforme informação de FALK (1988).

## 2. Direito e cristianismo

Jesus reivindicou, na prática, o estatuto de profeta, o que lhe conferia a competência para reformular a lei e até revogá-la. As novas proposições cristãs no campo do direito foram afastando o cristianismo do judaísmo, seguindo-se, em consequência, da rejeição por parte das autoridades judaicas da



profecia enquanto instituição reconhecida pela tradição e capaz de renovar a lei pela nova revelação.

Quando o Império Romano foi cristianizado, sob Constantino, a *vulgata*, versão da Bíblia para o latim feita por Jerônimo, influenciou o direito romano. A influência cristã fez-se sentir igualmente na Alemanha, onde algumas reformas na área do direito de família foram introduzidas no século XI, como a proibição da poligamia, e o divórcio condicionado à aquiescência da mulher, por exemplo.

Os primeiros cristãos, que viviam em círculo fechado, praticavam a Lei Talmúdica interpretada segundo a óptica cristã. De modo similar à Comunidade do Mar Morto e aos essênios, opunham-se ao mundanismo e praticavam a monogamia e eram contrários ao divórcio. Defendiam a igualdade das mulheres, dos gentios (estrangeiros) e dos escravos. Asseguravam direito de sucessão tanto aos homens quanto às mulheres. Relativamente aos estrangeiros, o cristianismo exerceu decisiva influência no reconhecimento do estatuto dos estrangeiros, que deveria equiparar-se ao dos nacionais, contribuindo, assim, para a formação de uma *comunidade de Direito*, e para o surgimento do princípio da extraterritorialidade da lei. Na Roma antiga, no período conhecido na história do direito como Formulário ou *Per Formulas*, que vai de 149 a. C. ao século III da era cristã, o *ius civile* só era aplicado aos cidadãos romanos, e só esses podiam compulsar as *legis actiones*. Depois, com a elaboração do *ius gentium*, aplicável aos peregrinos, o pretor concedia-lhes ação para que, assim, seus direitos fossem tutelados.

O vocábulo gentio é de uso corrente na Bíblia. É empregado tanto como “povo” ou “nação”, quanto para designar os não israelitas, os adventícios. No Novo Testamento, gentio é utilizado também para indicar alguém que não pertencia à Igreja (Mateus, 18:17).

A proposta de Cristo, ao não fazer acepção de pessoas, incluía todas as nações em

seu ministério e no de seus seguidores. Os estrangeiros não seriam mais vistos como tais, mas como irmãos em Cristo. O encontro de Jesus com a Samaritana, bem como a figura do centurião Cornélio são emblemáticos da superação de barreiras étnicas e de que todas as nações merecem igualmente as bênçãos de Deus.

Assim, em Atos 15:7-12, lemos:

“Havendo grande debate, Pedro tomou a palavra e lhes disse: Irmãos, vós sabeis que, desde há muito, Deus me escolheu dentre vós para que, por meu intermédio, ouvissem os gentios a palavra do evangelho e cressem. Ora, Deus, que conhece os corações, lhes deu testemunho, concedendo o Espírito Santo a eles, como também a nós nos concedera. E não estabeleceu distinção alguma entre nós e eles, purificando-lhes pela fé o coração. Agora, pois, por que tentais a Deus, pondo sobre a cerviz dos discípulos um jugo que nem nossos pais puderam suportar, nem nós? Mas cremos que fomos salvos pela graça do Senhor Jesus, como também aqueles o foram.

“E toda a multidão silenciou, passando a ouvir a Barnabé e a Paulo, que contavam quantos sinais e prodígios Deus fizera por meio deles entre os gentios.”

A formação de uma só comunidade de pessoas em Cristo está expressa igualmente em Efésios 2:11-22:

“Portanto, lembrai-vos de que, outrora, vós, gentios na carne, chamados incircuncisos por aqueles que se intitulam circuncisos, na carne, por mãos humanas, naquele tempo, estáveis sem Cristo, separados da comunidade de Israel e estranhos às alianças da promessa, não tendo esperança e sem Deus no mundo. Mas, agora, em Cristo Jesus, vós, que antes estáveis longe, fostes aproximados pelo sangue de Cristo. Porque ele é a nossa paz, o qual de ambos fez um; e, tendo

derribado a parede da separação que estava no meio a inimizade, aboliu, na sua carne, a lei dos mandamentos na forma de ordenanças, para que dos dois criasse, em si mesmo, um novo homem, fazendo a paz, e reconciliasse ambos em um só corpo com Deus, por intermédio da cruz, destruindo por ela a inimizade. E, vindo, evangelizou paz a vós outros que estáveis longe e paz também aos que estavam perto; porque, por ele, ambos temos acesso ao Pai em um Espírito. Assim, já não sois estrangeiros e peregrinos, mas concidadãos dos santos e sois a família de Deus, edificados sobre o fundamento dos apóstolos e profetas, sendo ele mesmo, Cristo Jesus, a pedra angular; no qual o todo edifício, bem ajustado, cresce para santuário dedicado ao Senhor, no qual também vós juntamente estais sendo edificados para habitação de Deus no Espírito.”

Nesse mesmo sentido, podemos encontrar referências a essa questão em Mateus 28:19; At 10:35,45; 13:46-48; 18:6; 22:21; 26:23; 28:28; Romanos 1:5-13; 3:29; 4:18; 11:11-32; 15:11-12; Gálatas 1:16; 1 Timóteo 2:7; 4:17; Colossenses 1:27; Efésios 3:6; At 10 e 11; 13:47 (cf. GARDNER, 1999, p. 240-241).

Com efeito, a idéia de uma comunidade de nações remonta ao cristianismo. No que concerne à extraterritorialidade da lei, Paulo NADER informa-nos que

“Savigny, em sua famosa obra *Sistema de Direito Romano (1840-1849)*, sustentou a tese de que o princípio da *extraterritorialidade* não decorria da simples cortesia internacional, mas fundava-se no surgimento de uma *comunidade de Direito*, criação moderna que unia os povos em torno de interesses comuns e pela necessidade, sob o influxo do cristianismo, de se dispensar ao estrangeiro o mesmo tratamento que aos nacionais” (2000, p. 249-250).

No Antigo Testamento, já existia a exortação: “Se o estrangeiro peregrinar na vossa

terra, não o oprimeis. Como o natural, será entre vós o estrangeiro que peregrina convosco; ama-lo-eis como a vós mesmos, pois estrangeiros fostes na terra do Egito” (Levítico 19:33-34). Fazendo eco dessa tradição, Jesus ensinou, sem estabelecer distinção de nacionalidade: “Tudo quanto, pois, quereis que os homens vos façam, assim fazei-o vós também a eles; porque esta é a Lei e os Profetas” (Mateus 7:12). E “Amarás o teu próximo como a ti mesmo” (Mateus 22:39). E ainda: “Reconheço por verdade que Deus não faz acepção de pessoa; pelo contrário, em qualquer nação, aquele que o teme e faz o que é justo lhe é aceitável” (Atos 10:34-35). Esses princípios irradiaram-se para outros campos do direito, como o do Direito Internacional Privado. Para muitos doutrinadores, a nacionalidade como regra de conexão resulta antifuncional. Consoante Jacob DOLLINGER, tal raciocínio

“decorre da filosofia savigniana do direito internacional privado, erigida sobre a teoria da ‘comunidade jurídica entre as nações’, que resultou na noção da ‘sociedade internacional’, segundo a qual nas relações internacionais de caráter privado deve-se olhar acima do divisor das nacionalidades e descortinar o universalismo imanente nas relações jurídicas humanas que extravasam os limites do território de um país” (2001, p. 299).

Esses princípios enunciados por Jesus vão além do estatuto do estrangeiro: ele vivava igualmente outros elos frágeis da sociedade, como as crianças, as mulheres, os idosos, os pobres e os escravos. O cristianismo defende fortemente o princípio da igualdade, da isonomia entre as pessoas. Com efeito, na Epístola aos Gálatas, lemos: “Dessarte, não pode haver judeu nem grego; nem escravo nem liberto; nem homem nem mulher; porque todos vós sois um em Cristo Jesus” (Gálatas 3:28).

Os manuscritos de Nag Hammadi e os do Mar Morto lançam nova luz sobre o judaísmo à época de Jesus, e sobre o cristia-

nismo primitivo. O reconhecimento da igualdade das mulheres por Jesus abriu caminho para que elas assumissem uma posição de liderança na Igreja primitiva. As Epístolas de Paulo e os Atos dos Apóstolos são prova disso. O patriarcalismo do mundo greco-romano constituiu, no entanto, um óbice para a afirmação da liderança feminina na Igreja cristã primitiva. Nos dois mil anos seguintes, o ideal de Jesus de incluir as mulheres foi postergado.

Se fizemos *un tour d'horizon* por diferentes culturas mediterrâneas ao tempo de Jesus, constataremos que a situação da mulher, na sua esmagadora maioria, era muito semelhante. Nessas culturas patriarcais, elas eram subordinadas ao pai e depois ao marido. Na Grécia, o filósofo Demóstenes expressou bem essa visão, em 340 a.C., ao escrever: “Conserve as amantes para a busca do prazer; as concubinas para os cuidados cotidianos de nossa pessoa; as esposas para carregar os filhos legítimos e serem as fiéis guardiãs da casa” (apud SCHENK, 2001, p. 2). As mulheres casadas eram consideradas cidadãs e podiam votar, gozando de um direito restrito de propriedade, e ao dote, bem entendido. Quanto às amantes e concubinas, estas não eram amparadas pelo direito civil.

Na Macedônia, por outro lado, as mulheres tinham direito à herança, assegurada por lei. Participavam da construção de templos, entravam no exército, podiam ser regentes e soberanas. A cidade de Tessalônica foi assim denominada em homenagem a uma mulher. A Igreja em Filipe foi criada por uma comerciante chamada Lídia, após sua conversão por Paulo.

No Egito, havia igualdade jurídica entre homens e mulheres. Era-lhes facultado exercer qualquer atividade. Pagavam impostos e podiam pedir o divórcio. A primogênita era herdeira legítima.

Em Roma, a situação era diferente. Enquanto os meninos seguiam uma escolaridade até os 17 anos, as meninas só eram escolarizadas até os 13, devendo, a partir dessa idade, casar-se por indicação de seu

pai. Não possuíam direito de voto nem podiam exercer cargo público. Não eram autorizadas a realizar negócio em seu próprio nome, devendo para isso ser representadas por um homem. As crianças de sexo feminino, não desejadas, podiam ser abandonadas pelos pais à beira de um abismo. Não obstante isso, as mulheres tinham direito à sucessão e ao divórcio. As matronas romanas detinham, não de direito, mas de fato, um certo poder, já que elas é que administravam a família e os negócios, enquanto os homens se encontravam em missão militar em outras regiões do império romano. Essas matronas, aliás, representaram papel importante na difusão do cristianismo primitivo.

As mulheres judias da Palestina ao tempo de Jesus viviam em uma situação de grande penúria. Elas não tinham nenhum direito à propriedade nem podiam divorciar-se; os maridos, sim, podiam fazê-lo até por motivos banais, como o da esposa deixar queimar a refeição, por exemplo. Gozavam do direito à sucessão, mas os herdeiros masculinos tinham a precedência. Os bens herdados pela mulher passavam a ser de usufruto do marido. Ao tempo de Jesus, a mulher hebraica não podia proclamar a Torá em razão de suas regras periódicas, assimiladas à impureza, nem ser testemunha.

Em um tal quadro social de patriarcalismo exacerbado, quando Jesus reivindicava a proscrição do divórcio (que era exclusivamente um direito masculino), visava à proteção da mulher, considerando que para a sua sobrevivência era crucial estar ligada a uma casa patriarcal.

Se um homem tocasse inopinadamente em uma mulher menstruada, ele deveria submeter-se durante uma semana a um ritual de purificação, para enfim poder participar dos cultos no templo. Marcos relata no evangelho o fato segundo o qual se a mulher sofresse de hemorragia durante doze anos consecutivos era banida do convívio social. Jesus “revoga” na prática esse costume atrasado e discriminatório ao não se submeter a nenhum ritual purificador ao ser

tocado por aquela mulher que padecia de hemorragia, e que pedia sua ajuda, de maneira corajosa, e curada em seguida por ele, segundo o relato do evangelista (Marcos 25).

Ademais, Jesus, ao impedir a execução por lapidação daquela mulher a que se referem os Evangelhos (João 8:2-11), revoga uma lei que vinha de um tempo até mesmo anterior a Moisés, que previa pena de morte por crime de adultério e outros crimes.

O acolhimento de mulheres em seu grupo de discípulos, como Maria, chamada Madalena, Joana, Suzana, e muitas outras (Lucas 8:1-3), e a história de Marta e Maria (Lucas 10:38-42) ilustram muito bem o menoscabo de Jesus relativamente ao costume patriarcal vigente em seu tempo.

A instituição do casamento foi, com efeito, alterada a partir dos ensinamentos de Jesus. O casamento em Roma, em sua forma primitiva, fazia-se mediante rapto, com ou sem consentimento da mulher, costume muito difundido igualmente entre os gregos. Após um ano de coabitação, aquela união era considerada válida, só rompida se a mulher dormisse fora três vezes consecutivas. Depois, surgiu outra forma de contrair-se núpcias: por decisão do pai, ficando a filha sob sua autoridade ou sendo esta transferida ao marido, que assumia assim a função de tutor. Dessa forma estavam excluídos os escravos e os estrangeiros, que constituíam relações de concubinação.

Entre os germânicos, o casamento só se oficializava quando o esposo dava presentes ao pai da esposa. Os normandos raptavam simplesmente a mulher sem nada oferecer em troca a seu pai.

O casamento possuía um caráter de utilidade, com vistas à reprodução e a constituição de mão-de-obra, formada pela descendência, e à criação de um patrimônio.

Com o advento do cristianismo, vários princípios são introduzidos no casamento: a liberdade de escolha dos cônjuges, seu consentimento pessoal, a monogamia, a indissolubilidade e o casamento como o único local de exercício da sexualidade lícita.

Outra contribuição importante do cristianismo ao direito foi o conceito de *pessoa*, que dá realce à dignidade humana. Na Antiguidade, havia a distinção entre cidadãos e escravos, e o conceito de pessoa, conceito moral e depois jurídico, era o reconhecimento “do caráter de ser humano a todos os homens considerados iguais perante Deus”, como escreve Tercio Sampaio FERRAZ JÚNIOR (1994, p. 156).

É irrefragável a condição do cristianismo como uma das fontes principais para a elaboração do que hoje se conhece como direitos humanos. Não nos referimos à interpretação feita do cristianismo pela Igreja Católica, notadamente no século XVIII, mas sim aos verdadeiros ensinamentos de Jesus, continuados pelos apóstolos e hoje seguidos por inúmeros cristãos – pensamento cristão que José Afonso da SILVA (2001) chama de fonte remota –, consoante os quais o homem, por ser criado à imagem e semelhança de Deus, deve ter sua dignidade respeitada, dignidade própria de todos os homens indistintamente, “o que indica uma *igualdade fundamental de natureza entre eles*.” Com efeito, segundo José Afonso da Silva, “A doutrina francesa indica o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais como as principais fontes de inspiração das declarações de direito” (2001, p. 177-178). Um exemplo disso, entre outros, é a carta enviada por Paulo, em 60 d.C., que se encontrava, juntamente com outros cristãos, no cárcere em Roma, a Filemom. Nesse epístola, Paulo intercede a favor de Onésimo, escravo de Filemom, igualmente cristão que residia em Colossos. Onésimo havia fugido e se encontrado com Paulo em Roma. Lemos na Epístola de Paulo a Filemom: “... acredito que ele veio a ser afastado de ti temporariamente, a fim de que o recebas para sempre, não como escravo; antes, muito acima de escravo, como irmão caríssimo, especialmente de mim e, com maior razão, de ti, quer na carne, quer no Senhor” (Filemom, 15-16).

A noção de *livre arbítrio* também deve-se ao cristianismo. É ainda FERRAZ JÚNIOR

quem escreve: “O cristianismo trouxe uma outra noção, a do *livre arbítrio*, algo interno, uma qualidade da vontade que se expressa num *velle et nolle*, querer e não querer, do que partilham todos os homens, independentemente do seu *status*. A noção de livre arbítrio, cerne de intensas disputas no Renascimento, serviu à generalização da *persona* como elemento identificador do ser humano: o homem como pessoa ou como ser livre. Trouxe, porém, uma outra consequência. O caráter *íntimo* da liberdade cristã permite que o indivíduo se torne um centro isolado. O livre arbítrio se exerce não importa se o exercício é possível ou não. Ou seja, é admissível querer e não querer (mesmo numa prisão, o homem conserva a sua vontade livre)” (1994, p. 147). Acrescenta-se, portanto, uma outra dimensão ao conceito de liberdade: a liberdade de consciência, e uma questão que lhe é correlata, e que viria a ser desenvolvida por Thomasius: a do foro íntimo. Com efeito, Cristiano THOMASIVS, em 1705, na obra *Fundamenta Juris Naturae et Gentium*, propôs a distinção entre *forum externum*, que seria domínio do Direito, e *forum internum*, domínio da Moral. Thomasius utilizou-se dessa distinção para denegar ao Estado o direito de intentar processos de intencção, assegurando, desse modo, a liberdade de consciência, de pensamento, de crença, opondo-se à corriqueira prática, à época, de tortura para arrancar confissões sobre convicções íntimas de pessoas consideradas hereges. Essa linha de raciocínio porventura louva-se igualmente na separação da jurisdição temporal da espiritual procedida por Jesus ao afirmar: “Dai pois a César o que é de César, e a Deus o que é de Deus” (Mateus 22:21, Marcos 12:17).

Thomasius é considerado um dos maiores representantes do jusnaturalismo e iluminismo alemão, tendo influenciado, inclusive, Kant (cf. BOBBIO, 1997, p. 57). É lícito supor-se que a tese de Thomasius deita raízes na concepção cristã de liberdade, as matrizes primeiras que apontam nesse sentido.

Robert Joseph POTHIER faria tempos depois essa mesma distinção, seguindo a trilha de Thomasius, ao referir-se ao instituto da boa-fé nos contratos. Destarte, escreve ele:

“No foro interno, deve-se considerar como contrário a esta fé tudo o que se afaste, por pouco que seja, da sinceridade mais exata e mais escrupulosa: a mera dissimulação do que respeite à coisa objeto do negócio e que a parte com quem vou tratar teria interesse em saber, é contrária a essa boa-fé; pois uma vez que se nos manda amar o próximo como a nós mesmos, não nos pode ser permitido escondermos-lhes nada do que não teríamos querido que nos escondessem, se tivéssemos estado no seu lugar.

“No foro externo [...] apenas o que fira abertamente a boa-fé é, nesse foro, considerado como dolo verdadeiro, bastante para dar lugar à rescisão do contrato”(apud CORDEIRO, 1997, p. 244).

No capítulo do que chamamos hoje, a partir do direito romano, de direito das obrigações, socorrer o próximo com empréstimo em caso de necessidade era costume entre os hebreus, e a cobrança de juros só era admitida aos estrangeiros (Deuteronômio 23:19-20). Em Levítico 25:35-37, podemos ler: “Se teu irmão empobrecer, e as suas forças decaírem, então, sustentá-lo-ás. Como estrangeiro e peregrino ele viverá contigo. Não receberás dele juros nem ganho; teme, porém, ao teu Deus, para que teu irmão viva contigo. Não lhe darás teu dinheiro com juros, nem lhe darás o teu mantimento por causa de lucro.” Assim, tanto a tradição judaica, quanto Jesus condenaram a usura, no espírito de que deveria prevalecer a ajuda mútua, a solidariedade. No Sermão da Montanha, síntese da ética cristã, pode-se ler: “E, se emprestais àqueles de quem esperarais receber, qual a vossa recompensa? Também os pecadores emprestam aos pecadores para receberem outro tanto. Amai, po-

rém, vossos inimigos, fazei o bem e emprestai, sem esperar nenhuma paga” (Lucas 6:34-35). Exortações semelhantes encontramos em Êxodo 22:25; Salmos 37:26; Mateus 5:42.

Sobre esse tema, já Lacerda de Almeida escrevera que

“O egoísmo, feroz em suas manifestações máximas disfarçadas sob a capa de liberdade de contratar e abusando da liberdade de contratar, sofre agora o contraste da lei, perante a qual já valem alguma coisa as considerações de equidade, e da caridade cristã.

“Reconheceu-se afinal que tinha razão a Igreja, que tinham razão as leis antigas inspiradas nas doutrinas da Igreja, em proibir a usura e as variadíssimas figuras com que se disfarça a usura”(apud LOPES, 2000, p. 35).

Havia em Alexandria uma escola de teologia cristã que mantinha um grande diálogo com o helenismo, a tal ponto que muitos filósofos gregos demonstraram interesse pelo pensamento cristão e sua maneira de viver. É natural, portanto, que o cristianismo tenha influenciado a filosofia pagã (PÉPIN, apud LASSARD, p. 22). Assim os estóicos, tais como Cícero, Panécio e Sêneca, cuja doutrina pregava que as ações devem observar a tendência de autoconservação, a sociabilidade, entre outras coisas. Há, para os estóicos, uma edificação gradual, o amor a si expande-se para o amor familiar, da pátria e da humanidade inteira. A retidão da vontade é o único bem; o vício, o único mal. Segundo Yves LASSARD, “os filósofos estóicos exerceram uma influência moralizadora no direito romano.” E acrescenta:

“É adotando sua filosofia moral que os juriconsultos desenvolveram a noção de *jus gentium*; a idéia de uma sociedade existindo entre todos os homens e de uma igualdade física entre seus membros. A partir dessas idéias, eles fizeram prevalecer a noção de uma vontade livre e consciente

à base dos contratos; eles colocaram como princípio o respeito da palavra dada; eles definiram com precisão a noção do enriquecimento justo ou injusto; eles explicitaram a noção de boa-fé, e por via de consequência a de *dolus malus*, introduzida pelo pretor Aquilius Gallus por volta de 68 antes de Jesus Cristo”(cf. LASSARD, p. 21-22).

O Império Bizantino conheceu seu apogeu durante o reino de Justiniano, de 527 a 565 de nossa era. Ele pretendeu resgatar o império romano da época clássica, daí sua obra no sentido de reunificar o Império do ponto de vista jurídico, fazendo coligir numa síntese completa o direito romano, obra essa muito influenciada pelo cristianismo. Divulgadas na Idade Média com a designação de *Corpus Juris Civilis*, as compilações de Justiniano em grande parte se devem aos Pais da Igreja, que participaram de maneira importante em sua redação<sup>2</sup>. Acerca dessa influência, escreve Yves LASSARD:

“A influência cristã na obra de Justiniano é incontestável, talvez mesmo preponderante sobre todas as outras. Isso coincide com a idéia que para Justiniano a ordem jurídica deriva da teologia. Ele invoca constantemente o poder divino em sua obra, e introduz passagens bíblicas nos textos legislativos. Igualmente, certos institutos são interpretados sob o aspecto religioso: o casamento por exemplo torna-se um *nexum divinum*.

“Tratando-se da concepção mesma do direito, Justiniano estabelece uma equivalência entre *jus* (direito civil), e *justicia* (respeito dos direitos). Todavia, não se trata de qualquer *justicia*, mas da *justicia* cristã. Reencontramos essa identificação na concepção de Direito Natural. O Direito Natural ao qual se refere Justiniano não tem mais nada a ver com aquele dos juriconsultos do século III (direito ideal fundado na equidade, comum a

todos os homens). Ele refere-se a um direito criado pela Providência, inscrito por Deus no espírito e coração dos homens. Esse direito possui um caráter ético, expressão jurídica da moral cristã. Ele tem igualmente um caráter racional, porque Deus Ele próprio representa a razão suprema (*Summa ratio*).”

E continua LASSARD:

“A legislação positiva tende essencialmente a criar o direito natural; a esse fim, numerosos textos clássicos foram modificados com o fito de permitir a introdução dos conceitos da moral cristã no raciocínio jurídico: a manumissão, as emancipações e as doações implicando sempre a obrigação de reconhecimento (a ingratidão do beneficiário pode levar à revogação do ato); o mestre não dispõe mais de poder absoluto sobre o escravo (a escravidão representa uma situação *contra naturam*); esse último beneficia-se do direito de asilo; não se pode mais prendê-lo por dívida; os devedores não devem mais ser submetidos ao açoite; o jogo e a prostituição são reprimidos; o adultério torna-se um *Sacrilegium*; etc. Enfim, o homem sendo filho de Deus, deve-se defendê-lo contra o poder excessivo e arbitrário. O direito das pessoas constitui doravante uma proteção do homem contra a sociedade. Isso representa uma orientação exatamente inversa daquela da época clássica”(p. 28-29).

Durante o Baixo-Império (284-476), o direito imperial cominava pena de morte para vários tipos de delito. Conduziam o condenado a um anfiteatro ou circo, onde dava uma volta com uma placa indicando o motivo da condenação, em volta do pescoço. Em seguida era atado em um poste ou em um pórtico sobre o qual afixavam o cartaz. Soltavam finalmente animais ferozes, famintos e enraivecidos. Trata-se de um costume cartaginês que os romanos aplicavam inicialmen-

te em casos de deserção de seus exércitos. Tal punição foi abolida no século IV da era cristã em virtude da posição contrária da Igreja (apud LASSARD, p. 6).

O jusnaturalismo cristão possui duas tendências fundamentais: uma ligada à tradição das Tábuas da Lei, comunicadas por Deus no monte Sinai, chamada de voluntarista, a qual, posteriormente, como recuperação do idealismo platônico como “pertença ao espírito divino”, estaria associada a Santo Agostinho; a outra, decorrente do pensamento aristotélico, “retribui à razão do homem a possibilidade de, a partir da natureza humana e da sua inserção no Mundo, inferir o direito natural”. O direito natural seria assim parte da lei eterna que se coloca ao alcance da razão humana (cf. CORDEIRO, 1997, p. 209).

No que concerne ao Talmude, FALK (1998) afirma poder-se distinguir três idéias que correspondem a três fases da posição de Jesus relativamente à Lei Talmúdica.

A primeira fase “foi a afirmação de que Jesus não veio para menosprezar a lei, mas para acrescentar a ela certas normas morais”.

Na segunda, a constatação de que “certos regulamentos da lei eram concessões às fraquezas humanas (*sklerorkardia*), mas que uma pessoa deveria tentar superá-las e buscar um padrão mais elevado”.

A terceira fase, “expressa no Sermão da Montanha, não poderia ser compreendida de acordo com o Direito Talmúdico normal”.

Dado o caráter inovador das novas normas ensinadas por Jesus, dele foi dito tratar-se de um novo Moisés (Atos 3:22, João 6:14, 7:40), o que provocou rejeição por parte dos rabinos, que achavam que ele estava criando um novo sistema ético e de lei, e uma nova religião. Em razão disso, os rabinos proibiram qualquer mudança legal realizada através da profecia, a não ser aquelas propostas pelos próprios rabinos, a partir da interpretação do espírito (da intenção) da Torá.

Em seu livro *Da Influência do Cristianismo sobre o direito civil dos Romanos*, TROPLONG

(1947) limita-se às influências pelas quais o cristianismo modificou as relações civis, o direito privado. Ocupa-se unicamente do direito civil, situando o contributo do cristianismo na história do direito romano.

Sua obra pretende iluminar mais ainda a seguinte questão: "... se o cristianismo imprimiu ao direito um forte impulso civilizador, o movimento não alcançou, no entanto, sua finalidade senão depois de haver recebido da Idade Média o contragolpe que o impeliu até o Código Civil" [refere-se aqui ao Código Napoleão] (1947, p. 10 et passim). A conclusão de seu trabalho é que "o direito romano foi melhor na época cristã do que nas idades anteriores mais brilhantes; e quanto de contrários se disse não é mais do que um paradoxo ou um equívoco. Porém foi inferior às legislações modernas, nascidas à sombra do cristianismo e melhor penetradas de seu espírito".

Para esse autor, o direito romano passou por três grandes períodos: o aristocrático, o filosófico e o período cristão.

Para ele a civilização romana desenvolveu-se sob um dualismo: "No direito privado, que refletiu tão vivamente as idéias religiosas e políticas de Roma, preside quase todas as relações. Sua fórmula mais ampla e mais elevada é o *jus civile*, e a *aequitas*, oposto sem cessar um ao outro, como dois princípios distintos e desiguais. Daí um direito duplo quase em todas as coisas; um parentesco civil (*agnatio*) e um parentesco natural (*cognatio*); o matrimônio civil (*justa nuptiae*) e a união natural do concubinato (*concubinitus*); a propriedade romana (*dominium ex jure Quiritum*) e a propriedade natural (*in bonis*); o testamento e os concílios; os contratos de direito estrito (*stricti juris*) e os contratos de boa-fé (*bonae fidei*), etc".

Todo o segredo da história do direito romano reside nas palavras equidade e direito civil. "A equidade é o que outros chamaram de direito natural. (...) A equidade dá como base aos códigos que formula, a liberdade e a igualdade, os sentimentos da natureza, os afetos espontâneos no homem, as

inspirações da reta razão. Porém a preponderância da equidade é tardia na marcha da civilização". E acrescenta: "Ao contrário, o direito civil, quando se move em esfera distinta da equidade e quando se adorna com o título de *direito estrito*, não é senão um conjunto de criações artificiais e arbitrárias, cuja finalidade consiste em governar por representações materiais o espírito do homem, incapaz ainda de deixar-se governar pela razão".

Com efeito, para TROP LONG (1947), "o direito civil romano caracterizou-se em sua origem por aquela rudeza teocrática e aristocrática". "Saiu do seio de um patriciado religioso, militar e político, que gravou nele suas recordações de conquista, seus instintos de imobilidade, o gênio formalista, cioso, dominador, alimentado na escola sombria e forte da teocracia etrusca". Mais adiante, afirma: "Não busquemos nesse direito primitivo a ação eficaz da equidade natural, nem a voz da humanidade que fala tão alto nos povos civilizados. A noção simples e ingênua do justo e do injusto está desfigurada nele, pela feroz envoltura de instituições que sacrificam a natureza à necessidade política, a verdade inata aos artifícios legais, a liberdade às fórmulas sacramentais".

TROP LONG (1947) ensina igualmente que

"Segundo a lei das Doze Tábuas (expressão própria de um direito comum a todos os povos heróicos), o que obriga o homem não é a consciência, não é a noção do justo e do injusto: é a palavra, é a religião da letra: *uti lingua nuncupassit, ita jus esto*. Tudo o que está fora da fórmula empregada considera-se como não prometido. Por exemplo, o vendedor dissimula um vício oculto da coisa que vende, sem que esteja obrigado a garantir por ele diante do comprador, porque não se comprometeu em nada sobre o particular pela palavra."

Mas houve uma mudança no enfoque mesmo da justiça, com conseqüências na questão referente à boa-fé. Assim, escreve:



“Os juriconsultos compreenderam, no entanto, que era impossível estar mais tempo cativo naquele círculo completamente material, e seu gênio filosófico elevou-se à idéia de uma justiça abstrata, superior às palavras. Aquílio, colega de Cícero, publicou suas fórmulas contra o dolo. Desde então a boa-fé começou a ser levada em conta na interpretação das convenções. Aqui, pois, como na família, como na propriedade, a equidade tomou seu posto ao lado do direito civil.”

O período aristocrático cede, então, lugar ao período filosófico:

“A filosofia entrou no direito romano; rompeu o círculo inflexível traçado pelo patriciado. A idade filosófica começa; seu ponto inicial está no século de Cícero. Veremo-la crescer pouco a pouco, particularmente sob os auspícios do estoicismo. Provaremos, todavia, que o estoicismo está longe de tê-lo feito tudo, e que desde Nero até Constantino, o direito civil sofreu a ação indireta do cristianismo, que influía sobre todas as coisas.”

Ainda referindo-se a Cícero, escreve ele: “Filósofo e homem de Estado, declara que não é nas Doze Tábuas aonde se deve buscar a fonte e a regra do direito, senão nas profundezas da razão; que a lei é a equidade, a razão suprema gravada em nossa natureza, inscrita em todos os corações, imutável, eterna (...)”.

O cristianismo surge, portanto, durante o período filosófico do direito romano.

“Tudo o que de princípios civilizadores havia disseminado nas diversas escolas filosóficas que compartilhavam as altas inteligências da sociedade pagã, possuía-o o cristianismo com maior clareza, e sobretudo com a vantagem de um sistema homogêneo em que todas as grandes verdades estavam coordenadas com admirável união, e colocadas sob a salvaguarda de uma fé ardente. Ademais, daquele

vaso de terra que, como dizia S. Paulo, encerrava os tesouros de Jesus Cristo, escapavam as noções de moral que iriam ao encontro das massas desamparadas pela filosofia, e revelava-lhes o verdadeiro destino da humanidade nesta Terra e depois da vida.

“O cristianismo, com efeito, não foi somente um progresso com relação às verdades admitidas antes dele, que ampliou, completado e revestido de caráter mais sublime, e de força mais simpática; senão foi também (e isso ao pé da letra, ainda para os mais incrédulos) uma descida do espírito do alto sobre as classes deserdadas da ciência e engolfadas nas trevas do politeísmo.”

E acrescenta: “A filosofia antiga, além de seus méritos, incorreu no equívoco imperdoável de permanecer fria ante os males da humanidade. Fechada no campo da especulação, em benefício de alguns homens notáveis, foi ocupação ou diversão da inteligência, jamais tentativa enérgica e valente para reformar amplamente a sociedade e tirá-la de seus costumes de corrupção e de desumanidade”. E conclui: “Foi ela que careceu da virtude que inspirou particularmente o cristianismo, a caridade”.

O cristianismo supera as idéias de fraternidade humana não desconhecidas por Platão, indo além dos ideais de cidadania de Cícero e os de sermos membros de uma mesma família, pregados por Sêneca. O cristianismo os superou, “porque proclamou não somente o parentesco, mas também a fraternidade e a solidariedade universais; porque assentou sobre esta base sua moral afetuosa de caridade, de igualdade, e sua prática infatigável de abnegação, de sacrifício, de assistência desinteressada ao próximo”. E acrescenta TROPLONG (1947):

“Assim, pois, enquanto a filosofia articulava nos cumes intelectuais os rudimentos fragmentários do perfeccionismo humano, o cristianismo levava às nações os princípios desenvolvidos e a imediata aplicação des-

ses rudimentos fragmentários do aperfeiçoamento humano, e sua imediata aplicação em todas as categorias da sociedade. Só o valor que demonstrou nessa empreitada bastaria para que pudesse anunciar-se como uma sabedoria nova, distinta da filosofia pagã.”

Desse modo, “a lei nova recomenda aos homens que permaneçam unidos pela comunidade do afeto; que haja entre eles ternura fraternal, por considerar-se uns como membros dos outros; que se ajudem com sincera caridade; que não devolvam o mal com o mal, mas que amem o próximo como a si mesmos, e que saibam que quando um homem sofre, todos sofrem com ele”. Essa era a nova moral.

Depois do cristianismo, a filosofia do direito não foi mais a mesma. Com efeito, assinala TROP LONG (1947):

“... quando chegamos aos jurisconsultos romanos que floresciam depois da era cristã e Sêneca, a linguagem da filosofia do direito é muito diferente. ‘A servidão, disse Florentino, é uma prescrição do direito das gentes pelo qual alguém está submetido ao domínio de outro contra a natureza: *contra naturam*’. ‘A natureza estabeleceu entre os homens certo parentesco’, disse o mesmo jurisconsulto: *inter nos cognationem quamdam natura constituit*. Estas palavras são de Sêneca, a quem, a seguir, podemos chamar, com os Padres da primitiva Igreja, *Seneca noster*.”

Ele cita igualmente, a esse propósito, o grande jurisconsulto Ulpiano, quando este afirma: “No que concerne ao direito natural, todos os homens são iguais” (*Quia quod ad jus naturale attinet, omnes aequales sunt*). “Para o direito natural todos os homens nascem livres.” (*Jure naturali omnes liberi nascerentur*). Continua TROP LONG (1947): “Não é, pois, a natureza que faz os escravos; a teoria de Aristóteles tornou-se antiga”. E conclui:

“Assim, aí está a filosofia do direito em posseção dos grandes prin-

cípios de igualdade e liberdade que formam a base do cristianismo; é aí que protesta, em nome da natureza, contra a mais terrível das desigualdades sociais e que faz eco das máximas evangélicas. [...] Estas grandes verdades que admiramos em Florentino e Ulpiano, as professava o cristianismo abertamente fazia século e meio, com todo valor, ao preço do sangue de seus mártires.”

A equidade faz, dessa maneira, sua entrada no mundo do direito. Tertuliano declara que se deve buscar nela o critério de uma boa lei.

Fazendo um balanço dos avanços no campo do contributo do cristianismo no campo do direito, TROP LONG (1947) enumera:

“a igualdade apoderou-se das pessoas e das coisas, acaba a diferença entre os libertos e nivela a categoria dos homens livres, melhora a condição dos escravos; não mais se faz distinção entre parentesco masculino (*agnatio*) e feminino (*cognatio*); equipara as coisas *mancipi* e as coisas *nec mancipi*; cessam a diferença entre a propriedade civil e a propriedade natural; entre a usucapião e a prescrição. Generalizam-se as idéias de Constantino sobre os pecúlios, aumentando assim os direitos dos filhos de família. Filhas e netos são considerados iguais para as condições de deserdação. O pátrio poder cede lugar aos laços de sangue e de afeto. Desaparecem as ficções. A emancipação não rompe o vínculo com a família; a família civil confunde-se com a família natural, a equidade arrebatada à adoção os direitos exagerados que havia tomado do direito civil. As formas minuciosas e sacramentais ficam completamente proscritas nos testamentos, as estipulações, o procedimento, etc. A ação de inoficiosidade que por um excessivo amor à lógica atacava o testamento em sua essência mesma, não faz outra coisa

que converter suas disposições em redutíveis. A diferenças entre os legados *per damnationem, per vindicationem, per praeceptionem et sinendi modo*, são suprimidas; todos os legados confundem-se em certa assimilação que a razão impõe. Ademais, os fideicomissos os são igualados e operam diretamente. O privilégio dos soldados de aceitar sucessão sob benefício de inventário fica estendido a todo o mundo. Justiniano aboliu o andaime das leis caducas, já desmantelado por Constantino. Concede às mulheres fortes garantias para a conservação de seus dotes, e cria em seu favor uma hipoteca geral tácita. Abaixa a 6 por cento os juros do dinheiro, que antes dele elevava-se em torno de 12 por cento.”

Sem se falar na teoria das sucessões devida a Justiniano, que ostenta um caráter novo e original.

TROPLONG (1947), no final de sua obra, conclui: “... a filosofia cristã tão clara, tão simples, tão atraente, foi, sem embargo, menos conhecida das pessoas de letras e das pessoas mundanas do que dos muitos sonhadores da Antigüidade. Essa filosofia cristã é, no entanto, a base de nossa existência social; alimenta a raiz de nosso direito, e vivemos mais ainda por ela do que pelas idéias escapadas da ruína do mundo grego e do mundo romano”.

### *Apêndice*

Não se deve confundir a influência do cristianismo no Direito Romano, e, a partir deste, em outros ordenamentos jurídicos, com o Direito Canônico propriamente dito, embora sendo este fundado em princípios cristãos e em institutos do Direito Romano clássico. Muito menos com o Direito Eclesiástico, ou ainda com as formulações ou concepções doutrinárias e legais preconizadas pelos primeiros reformadores, como Lutero e Calvino, bem como seus seguidores. Por isso,

no presente Apêndice, damos algumas informações sucintas sobre o assunto, por entender a distinção de utilidade.

### *Direito canônico*

O direito canônico surgiu da necessidade de a Igreja dotar-se de normas para regular o culto, o recrutamento e formação dos sacerdotes, o estatuto daqueles que exercem o ministério, direitos e obrigações de seus membros, patrimônio, etc. Os legisladores da Igreja inspiraram-se nos Evangelhos e nas Epístolas para construir seu direito no que tange à forma de conduta individual, familiar e social. O direito canônico tem como base costumes oriundos da tradição judaica e do mundo greco-romano, em que a Igreja efetivamente nasceu. O direito romano exerceu influência notória no direito canônico, fazendo-se sentir mais a partir do século XI até o século XIII, no período do chamado “renascimento do direito romano”, movimento que influencia todo o mundo ocidental. O direito romano deu-lhe a forma e a moldura necessárias, tais como conceitos e institutos relativos a pessoa, contrato, obrigações, provas, mandato e representação, matrimônio, processo, etc.

O conceito romanista da boa-fé é basicamente objetivo e se funda na honradez, na fidelidade e na lealdade no comércio jurídico, e não na ignorância ou na convicção, dados subjetivos, dos contraentes. O Direito Canônico considera a não-observância ao princípio da boa-fé nas relações jurídicas como uma transgressão pecaminosa. Com uma visão axiológica, transforma-o em valor subjetivado, interno, mas capaz de produzir efeitos no campo jurídico.

A grande quantidade de documentos jurídicos da Igreja foi coligida, do século VI ao XII, sob o título de *Coleções Canônicas*; quanto às *decretais* (respostas dos papas às consultas dos bispos), vieram a lume em coleções organizadas por ordem dos papas no século XIII e início do seguinte. Com a fragmentação do Estado Romano e a conse-

quente divisão dos territórios em feudos, com senhores e vassalos, prevaleceu o Direito Canônico, sendo a Igreja Católica a única instituição capaz, mesmo abstratamente, de ocupar o “poder temporal”.

Em 1917, a Igreja Romana reuniu sua legislação em um código e, em 1983, o papa João Paulo II promulgou um novo código.

Por extensão, pode-se dizer que direito canônico são normas jurídicas criadas pelas Igrejas cristãs, por meio de seus órgãos competentes, para regulamentar o funcionamento interno da instituição; regulamento interno; conjunto de regras internas das Igrejas que definem sua forma de organização e funcionamento. As Igrejas reformadas (calvinistas) atribuem mais importância ao Direito Canônico do que as Igrejas Luteranas.

#### *Direito eclesiástico*

Conjunto de normas legais emanadas do Estado para regulamentar a existência das Igrejas como pessoa jurídica. Trata-se de uma regulamentação externa às Igrejas. O Direito Eclesiástico é mais importante nos países majoritariamente luteranos do que nos outros onde a Igreja numericamente mais importante seja reformada (calvinista). No Direito Brasileiro, as igrejas são associações sem fins lucrativos, tratadas como tal pelo Código Civil.

#### *Direito e protestantismo*

Lutero publica em 1522 *De regno Dei et potestate saeculari*, em que avança suas concepções do direito, analisando com rigor, sob o aspecto jurídico, os Príncipes alemães. Entre 1522 e 1526, Lutero constrói sua teoria sobre os dois reinados e sua separação. Assim, na obra *Da autoridade temporal e em que medida se lhe deve obediência*, de 1523, defende a separação das duas esferas de poder, o temporal e o espiritual, entre a Igreja e o Estado. A jurisdição da Igreja não deve imiscuir-se na área civil, assim como um príncipe, embora cristão, não tem poderes

na esfera espiritual. Lutero defende, igualmente, o direito de desobediência do povo se a conduta do príncipe não estiver pautada pelo senso de justiça, posto que ninguém pode ir contra o direito. Para Lutero, direito e justiça se confundem, embora se saiba que nem sempre isso aconteça. Para ele, justiça seria a vontade de Deus.

Quanto a Calvino, o direito deve estar ligado à legitimidade do Príncipe (que seria o Magistrado), com o intuito de controlar as paixões humanas. Ele louva-se, nessa tese, em *Romanos 13*. As concepções calvinistas correspondem ao direito natural, que antecede ao Estado. Essa lei natural chegou até nós pela Lei de Deus revelada a Moisés, que é um exemplo da equidade, reflexo do direito natural inspirado pelo Senhor. Toda norma legal que contrarie esse princípio não é efetivamente lei. Portanto, além da legitimidade do legislador, é preciso que o conteúdo da norma jurídica seja examinada e aceita como lei. As “leis bárbaras e bestiais”, como ele próprio escreveu, não devem ser reconhecidas como leis. As leis, dessarte, não devem ir contra os Mandamentos nem contra a moral. A Igreja, separada do Estado, deve estar vigilante para adverti-lo, se for o caso, quando uma lei for inaceitável, opondo-se a ela. Os cristãos devem obediência, na esfera civil, às leis justas editadas por um Magistrado legítimo, pelo fato de a Igreja não estar fora da sociedade. No entanto, tudo o que se refira à sua organização interna, a seu direito canônico, é da competência da Igreja.

Com a Reforma, as Igrejas reformadas não aceitaram o direito estatal, marcado pelo absolutismo de “direito divino”, sendo o catolicismo uma religião de Estado. Elas exigiam, portanto, um Estado neutro, laico. Ao Estado caberia tão-somente regular o direito civil. Por essa via, a posição dos protestantes foram determinantes na laicização do direito e do Estado.

O teólogo K. Barth ocupou-se com temas concernentes ao direito e à justiça. Para ele, o direito, embora provisório e precário, é im-

prescindível para assegurar a ordem e a paz na sociedade, ordem e paz mais duradouras. No âmbito da Igreja, o direito é um *jus humanum* e não um *jus divinum*. Para Barth, a perfeição da sociedade e do Estado é sempre um vir-a-ser, uma permanente busca. À Igreja cabe, mediante o exemplo, incentivar o Estado a melhorar o seu sistema legal no sentido de haver mais justiça, baseado na confiança de todos em cada um, demonstrando, para o Estado, que isso é possível. O Estado deve reconhecer a liberdade da Igreja de anunciar a justificação pelo sacrifício de Jesus. O reconhecimento desse direito significa o reconhecimento de todo direito humano.

### Notas

<sup>1</sup> KOSOVSKI, Ester. Um Mestre de Gerações. In: NISKIER, Arnaldo (org.). *Contribuição dos Judeus ao desenvolvimento brasileiro*, p. 49-55.

<sup>2</sup> Os Padres da Igreja ou Santos Padres, assim chamados porque são considerados os “pais” da Igreja pelo fato de darem fundamentação teológica à doutrina cristã. No Ocidente, são eles: Santo Atanásio, São Cipriano, Santo Ambrósio, Santo Agostinho, São Jerônimo, Santo Hilário, São Gregório Magno. No Oriente: São Basílio Magno, São Gregório Nazianzeno, São Gregório de Nissa, São João Crisóstomo, além de Orígenes, Tertuliano e Clemente de Alexandria, que não constam do catálogo dos santos da Igreja Católica.

### Bibliografia

ARNAUD, André-Jean (Coord.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 953 p. (org. da edição brasileira Vicente de Paulo Barreto).

BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. 168 p.

CARBASSE, Jean- Marie. *Introduction historique au droit pénal*. Paris: PUF, 1990. (Coll. Droit fondamental, n. 27).

CHATEAUBRIAND, François René Vicomte de. *O gênio do cristianismo*. Tradução de Camilo Castelo

Branco Rio de Janeiro: Jackson, 1964. 2 v. (Clássicos Jackson).

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. 1.406 p.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: Parte Geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 550 p.

FALK, Ze'ev W. *O direito talmúdico*. São Paulo: Perspectiva 1988. 91 p.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. 368 p.

GARDNER, Paul. *Quem é quem na bíblia sagrada*. São Paulo: Vida, 1999. 674 p.

LASSARD, Yves. *Histoire du droit des obligations*. Disponível em: <<http://www.upmf-grenoble.fr/Haiti/cours/intro.html>>. Acesso em 10 out. 2001

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito divl*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000. 460 p.

MONESTIER, Martin. *Peines de mort*. Paris: Le cherche midi, 1997.

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 412 p.

NISKIER, Arnaldo (Coord.). *Contribuição dos judeus ao desenvolvimento brasileiro*. Rio de Janeiro: Academia Brasileira de Letras, 1999. 224 p.

PÉPIN, Jean. “Hellénisme et christianisme”. In: \_\_\_\_\_. *La philosophie de François Châtelet*, Marabout, 1979. t. 1, p. 175 et seq.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. II (Teoria Geral das Obrigações).

POTHIER, Robert Joseph. *Traité des obligations I: oeuvres de Pothier*. [S. l.]: M. Siffrein, 1821.

SCHENK, Christine. *Jésus et les femmes*. Disponível em: <<http://www.futurechurch.org/french/Jesus.shtml>>. Acesso em 10 out. 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.

THOMASIIUS, Cristiano. *Fundamenta juris natural et gentium*. 1705.

TROP LONG, Raymond Theodore. *La influencia del cristianismo en el derecho civil romano*. Tradução de Santiago Cunchillos Manterola. Buenos Aires: Desclée de Brouwer, 1947. 210 p.

# Os princípios do direito securitário

Frank Larrúbia Shih

## Sumário

1. O risco permeia a vida. 2. A origem do seguro. 3. A formação do Direito Securitário. 4. Seguro social e seguro privado. 5. Os princípios do Direito Securitário. 6. Princípio do mutualismo. 7. Princípio da dispersão dos riscos. 8. Princípio do absenteísmo. 9. Princípio da pulverização dos riscos. 10. Princípio da boa-fé securitária. 11. Princípio indenitário. 12. Princípio da irredutibilidade do ‘pretium periculi’. 13. Conclusão.

### *1. O risco permeia a vida*

A aventura da humanidade sempre foi marcada por infortúnios de toda ordem. As tragédias e as desgraças que abatem os homens são uma constante, provocando perdas de vidas e de patrimônio, sendo histórica a arguta frase de Montesquieu de que “a adversidade é a nossa mãe, a prosperidade é apenas nossa madrasta”.

Presos às adversidades da vida e às angústias das necessidades, os homens necessitam de bens materiais para a resolução de suas vidas terrenas, o que gera um natural apego aos bens da vida – uns mais, outros menos –, mas sempre inclinados a essa indiscutível verdade<sup>1</sup>. Aliás, não toca como exagero quando se diz que “os homens esquecem a morte do pai antes que a perda do patrimônio” (Maquiavel).

Desastres horríveis e cinematográficos que vão desde o Titanic até ao World Trade Center revelam que absolutamente ninguém

Frank Larrúbia Shih é Procurador Federal e Professor na Pós-Graduação da Universidade Estácio de Sá/RJ.

escapa das contingências da vida. É uma morte, um acidente, um incêndio, uma enchente, um desabamento, em qualquer momento, em qualquer lugar. Tudo isso assusta o homem e causa enorme sofrimento, perturbando o seu instinto de sobrevivência.

Tentando entender a vida, os homens logo percebem que a vida ultrapassa qualquer entendimento e o sofrimento causado pelas perdas cria um sentimento de união, de solidariedade entre os homens, não porque ficaram bons e purificados, mas porque aquela é um fator imprescindível para superação das dificuldades, que, em quantidade e qualidade, são maiores que os homens.

E nisso tudo reside a mais antiga semente do que hoje denominamos *seguro*, um mecanismo criado pelo homem para tentar reparar ou amenizar as perdas da vida, pois, como já dizia Guimarães Rosa, “viver é negócio muito perigoso”.

## 2. A origem do seguro

Os contratos de seguros que são realizados todos os dias em nossa época atual desafiam a criatividade, tamanha a diversificação que alcançou esse instituto. Mas nem sempre foi assim. A própria origem do seguro é desconhecida, pois não poderia surgir, por óbvio, como um produto perfeito e acabado. Decorrente de uma lenta evolução, a maturidade do seguro seguiu a mesma sorte da maturidade do comércio, coincidindo a intensificação do seguro com a expansão marítima nos séculos XIV e XV. Aliás, já na obra de Shakespeare, *O mercador de Veneza*, ato I, cena I, tem-se o registro dessas preocupações, quando Salânio assevera:

“Podeis crer-me senhor: caso eu tivesse tanta carga no mar, a maior parte de minhas afeições navegaria com minhas esperanças. A toda hora folhinhas arrancara de erva, para ver de onde sopra o vento; debruçado nos mapas, sempre, procurava portos, embarcadiros, rotas, sendo certo que me deixara louco tudo o quanto me

fizesse apreensivo pela sorte do meu carregamento”.

E como as idéias governam o mundo, o aprimoramento do seguro não tardou de acontecer, em especial na Revolução Industrial, que inseminou o capitalismo industrial e financeiro já sob o prisma de uma economia internacional.

No Brasil, o surgimento do seguro foi uma decorrência da influência européia e ganhou maior intensidade com a vinda da Família Real Portuguesa, em 1808. A partir de então, foram diversas as regulamentações que se seguiram, encontrando pouso nos Códigos Civil e Comercial, sendo igualmente relevante o atual Decreto-lei 73/66.

Mas a compreensão atual do seguro exige do estudioso ultrapassar aqueles diplomas legais, até porque o processo de globalização tem causado profundo impacto na produção do direito interno por meio da *função ordenadora expletiva*, que conforma, legítima e hegemoniza os valores do capitalismo dentro do ordenamento jurídico. É uma nova dimensão e complexidade que examinaremos adiante.

## 3. A formação do Direito Securitário

Se o comércio nacional e internacional do seguro está sob os holofotes do requinte e da modernidade, o mesmo não se pode dizer da legislação interna que o rege. Os diplomas legais são peças de antiquário – o Código Comercial de 1850; o Código Civil de 1916 e um Decreto-lei de 1966 – que, embora ainda cumpram sua importante função, reconhecidamente estão devassados para a dinamização atual do seguro. Está na jurisprudência a tarefa de interpretar aquelas normas jurídicas de forma adequada à nova realidade. Conseqüência disso é que, às vezes, publicam-se decisões malfazejas em matéria securitária, que não guardam nenhuma sintonia com a realidade presente.

Com o advento do novo Código Civil – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 –,

uma nova roupagem jurídica será dada à matéria securitária, com inovações substanciais importantes, mas se observa em alguns dispositivos um lamentável retrocesso, desafiando a proteção dada pela legislação consumerista ao segurado-consumidor. Polêmicas surgirão.

No direito pátrio, há uma antiga tendência em não se reconhecer a autonomia científica do direito securitário porque o estudo do seguro sempre partiu do Direito Civil, sendo aquele um ramo deste. Assim, estuda-se o contrato de seguro, ao lado dos demais contratos que são regidos pelo Código Civil. Aliás, não é por outra razão que a maior parte das obras jurídicas disponíveis atualmente – e não são muitas – partem sempre da noção elementar do contrato de seguro.

Essa situação estagnada deve-se ao fato da inexistência de um Código de Seguros no Brasil. O estudo dos seguros no direito pátrio fica formalmente encarcerado dentro do Código Civil e Comercial, sem que o estudioso perceba, às vezes, a atual existência de princípios *específicos e diferenciados* que dão novo contorno à matéria securitária, digna de métodos próprios. Vale dizer, cientificamente autônomo em relação ao Direito Civil. É claro que muitos princípios do Direito Civil são aplicáveis à matéria securitária, até porque inexistente autonomia absoluta entre os ramos do Direito. Mas, no Direito Securitário, há princípios que lhe são exclusivos.

Situação semelhante ocorre com as sociedades comerciais. Têm suas origens formais no Código Comercial, mas atualmente têm autonomia científica dada pela legislação superveniente, com novos conceitos, princípios e métodos próprios, configurando o chamado *Direito Societário*, apesar de inexistir um Código para tanto.

Como a proposta de nosso trabalho é o exame do seguro sob o prisma de conceitos e princípios atuais, passamos a reconhecer a autonomia científica do *Direito Securitário*, libertando-se do regime antigo que não mais se compraz com os dias atuais.

Cabe agora uma indagação: se a legislação que disciplina o seguro brasileiro é tão antiquada, como é possível a existência de contratos de seguros tão modernos e diversificados? Em parte, já respondida, a jurisprudência tem proporcionado adequação da legislação aos novos modelos contratuais. Por outro lado, existe uma situação peculiar em que as *normas infralegais* ditadas pelo Executivo ou órgãos públicos acabam criando ou inovando figuras contratuais sem que sejam acoimadas de ilegais porque são coordenadas pelas forças do mercado e a sua complexidade não permite a fácil constatação. Essas normas infralegais vêm preenchendo sutilmente os espaços vazios deixados pela legislação antiquada e proporcionam ampla liberdade “legislativa” aos interesses de grupos empresariais. Por essa razão, continuar louvando um modelo jurídico que negue a autonomia do Direito Securitário é colocar uma enorme pedra nos avanços de modernidade que o instituto reclama. A realidade é o funeral das ilusões.

O Brasil precisa de um Código de Seguros<sup>2</sup>.

#### 4. Seguro social e seguro privado

O regime de seguridade social no Brasil é disciplinado na Constituição Federal e compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. É financiada por toda sociedade na forma quatripartite do art. 195 da *Lex Magna*. Na parte de previdência social, o art. 202 (redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98) estabelece expressamente o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime de previdência social, com modelo facultativo. Via de conseqüência, editou-se a Lei Complementar nº 109/2001, que deu nova *performance* jurídica ao regime de previdência privada no país.



A medida tem o claro sinal de aliviar o peso orçamentário do Governo na parte de previdência social e favorece a classe empresarial, que ganhou novo fôlego nesse segmento do mercado. Quanto ao consumidor, ainda não é possível prever os verdadeiros resultados, pois geralmente os planos são de longa duração e têm sua sorte definida pela estabilidade econômica. Mas a verdade é filha do tempo. O que se tem certeza é que o passado do regime de previdência privada no país foi catastrófico, no qual muitos beneficiários investiram anos a fio em fundo vazio. Uma espalhafatosa barbáridade, tudo aos olhos do Poder Público.

*A propósito do tema, paira atualmente no mercado previdenciário um grande atrativo sobre os Planos Geradores de Benefício Livre – PGBL, que conferem ao consumidor, além da dedução no imposto de renda, uma ampla margem de flexibilidade em seu perfil, tais como rendimentos, portabilidade e resgate.*

O objeto de nosso trabalho é o *seguro privado*, que pressupõe o consenso das partes para sua últimação. É explorado pela iniciativa privada, realizado sob a forma contratual e regido atualmente por princípios diferenciados que informam o Direito Securitário. Como o olho de todas as virtudes é a prudência, não deve ser confundido o seguro privado com o seguro social. Para tanto, reside na própria lei o divisor entre um e outro: “consideram-se operações de seguros privados os seguros de coisas, pessoas, bens, responsabilidades, obrigações, direitos e garantias”. E ainda: “ficam excluídos das disposições deste Decreto-lei os seguros do âmbito da Previdência Social, regidos pela legislação especial pertinente” (Dec.-lei nº 73/66, art. 3º, parágrafo único). Aqui, *interpretatio cessat in claris*.

### 5. Os Princípios do Direito Securitário

Trata-se de princípios que regem o direito securitário porque exprimem a noção de

mandamento nuclear de um sistema, irradiando sobre as normas para lhes definir espírito e fixar critério para a exata compreensão e inteligência das normas que regem a matéria securitária.

Cabe anotar que, no excelso magistério de Pedro ALVIM (Op. Cit., p. 59-65), alguns dos princípios são tratados – meramente – como normas técnicas, o que a nosso ver traduz-se em uma *capitis deminutio* no exame do tema, pois aqueles têm previsão jurídico-normativa dentro do sistema (normas-princípio), orientadora da função social, econômica e jurídica dos seguros, a justificar plenamente a sua inserção dentro da categoria de princípios jurídicos.

*Para J. M. Leoni Lopes de OLIVEIRA (2001, p. 179-180), os princípios dizem respeito ao Direito Natural ou a um ordenamento jurídico determinado: “entretanto, a forma ampla adotada em nosso art. 4º, LICC (‘quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com (...) os princípios gerais de direito’), nos permite entender como princípios, tanto os ligados ao ideal de justiça, como os que informam o nosso ordenamento jurídico”<sup>4</sup>.*

O princípio reina sobre todas as normas.

### 6. Princípio do mutualismo

O alicerce do seguro é o mutualismo, que pressupõe a contribuição de várias pessoas para a formação de um fundo comum, pois este é que suportará o pagamento dos sinistros. Portanto, o mutualismo se efetiva não pela relação jurídico-contratual isolada, mas sim pela *rede* formada pelo plexo contratual dos inúmeros segurados. Por outro lado, o fundo comum não é propriedade da seguradora, mas sim propriedade e destinação comunitária de todos os segurados, ou, no elegante magistério de J.J. Calmon de Passos, “o fundo comum é uma universalidade que se qualifica por interesses transindividuais por força de sua destinação” (RT 763/98).

O princípio do mutualismo é, assim, a necessária cooperação da coletividade de

segurados para a formação do fundo comum, sem o qual o seguro não pode existir.

Esse princípio encontra sua consagração em vários dispositivos do Decreto-lei nº 73/66, todos indicativos de que o prêmio é a essência do próprio seguro. Não se trata de preservar o lucro da seguradora, porque as indenizações, como visto, não saem do seu patrimônio. O lucro da seguradora, que obviamente existe, não constitui a integridade do prêmio. Daí a importância dada pela lei para a preservação do fundo comum: “A obrigação do pagamento do prêmio pelo segurado vigorará a partir do dia previsto na apólice ou bilhete de seguro, ficando suspensa a cobertura do seguro até o pagamento do prêmio e demais encargos”. E ainda: “qualquer indenização decorrente do contrato de seguros dependerá de pagamento do prêmio devido, antes da ocorrência do sinistro”. Até mesmo para participar de licitações abertas pelo Poder Público, é indispensável comprovar o pagamento dos prêmios de seguros legalmente obrigatórios (lei cit., arts. 12 e seu parágrafo único e 22, parágrafo único).

Medindo cem vezes, mas cortando uma só, o art 30 do Dec-lei nº 73/66 extrai o princípio do mutualismo em sua clareza solar: “as sociedades seguradoras não poderão conceder aos segurados comissões ou bonificações de qualquer espécie, nem vantagens especiais que importem em dispensa ou redução de prêmio”.

Ao contrário do atual, o novo Código Civil acentuou, com insistência, o princípio do mutualismo, alertando expressamente que não há indenização sem o correspondente pagamento do prêmio (art. 757. “Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo à pessoa ou coisa, contra riscos predeterminados”; art. 763. “Não terá direito à indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação”; art. 764. “Salvo disposição especial, o fato de se não ter verifica-

do o risco, em previsão do qual se faz o seguro, não exime o segurado de pagar o prêmio”).

No exame de casos concretos, a aplicação do princípio do mutualismo tem sua colmatação quando conjugado com outros princípios do direito securitário, conforme se denota no percuciente aresto do Desembargador Sérgio Cavalieri Filho, com a maestria que lhe é peculiar:

*SEGURO SAÚDE. CONTRATO ALEATÓRIO. OMISSÃO DE DOENÇA PELO SEGURADO. MÁ-FÉ DO SEGURADO. EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO.*

“*Seguro de saúde. Declaração feita a Seguradora com omissão de doença pré-existente. Violação do Princípio da boa-fé. A responsabilidade do segurador é fundada no risco contratual, isto é, nos riscos assumidos no contrato, razão pela qual, mais do que em qualquer outro negócio jurídico, as cláusulas do contrato de seguro, desde que válidas e não abusivas, devem ser respeitadas por ambas as partes. Disso depende também o seu equilíbrio econômico, porquanto o valor do prêmio é estabelecido com base nos cálculos estatísticos e atuariais; qualquer alteração nessa equação importa em quebra da mutualidade. Risco e mutualismo, entretanto, não andarão juntos sem a boa-fé, razão pela qual exige-se a mais estrita boa-fé tanto do segurado como do segurador. A omissão intencional do segurado, a respeito de doença anterior ao contrato, é causa de exclusão da cobertura, consoante artigo 1.444 do C. Civil, pois afasta o próprio risco, a álea, que é elemento essencial do seguro. Assim, provado que a beneficiária do seguro nasceu com gravíssimos problemas de saúde, e já havia sido submetida à cirurgia cardíaca pouco antes da celebração do contrato, circunstâncias essas omitidas quando do preenchimento da proposta, resulta evidencia-*

da a má-fé do segurado capaz de ensejar a exclusão da cobertura. Proviemento do recurso. (LCR) Vencido o Des. Gustavo Leite que negava proviemento ao recurso” (TJERJ, Apelação Cível nº 2000.001.01442, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. Sergio Cavaliéri Filho, j. em 21/03/2000).

Todavia, a aplicação desse princípio nem sempre sugere a simplicidade que suscita, pois *impia sub dulci melle venena latent* (“sob o doce mel escondem-se venenos terríveis”). Isso porque o Supremo Tribunal Federal tem lealdade cartaginesa em relação ao princípio em exame, a exemplo da ADIN Nº 1.003-DF, no polêmico art. 7º da Lei nº 6.194/74 (DPVAT), que autoriza o pagamento da indenização ainda que o prêmio do seguro não esteja pago ou vencido. Nessa mesma esteira, o Superior Tribunal de Justiça editou a *Súmula nº 257*: “a falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização. Além disso, a despeito da jurisprudência encontrar-se então dividida em relação ao tema, já havia uma onda caminhando nesse sentido, sendo digno de nota a própria Federação Nacional das Empresas de Seguros Privados e de Capitalização – FENASEG, em sua Circular DPVAT SIN 049/96 (“enquanto o Supremo não decidir, as seguradoras conveniadas devem pagar normalmente o sinistro, independentemente da prova do pagamento do prêmio, no prazo de 15 dias a contar da entrega da documentação, conforme estabelecem as normas”), e a posição da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (Pareceres/PRGER/Contencioso/nos: 10/95; 785/96; 883/96 e 891/96).

Em nosso ensaio “*atualidades jurídicas no seguro privado*” (1999, p. 137-144), já alertávamos que decisões naquele aporte violavam o princípio do mutualismo:

“O Convênio DPVAT, para cumprir a relevante função social exigida

na lei, necessita impreterivelmente dos recursos próprios para ultimar as indenizações sofridas pelas vítimas de trânsito. Há nisso um consenso óbvio porque é um fato incontestável que o prêmio pago no seguro obrigatório é o *recurso indeclinável e essencial* à existência desse próprio sistema securitário. Ora, a se admitir como constitucional o art. 7º da Lei nº 6.194/74, teremos uma interpretação cujo resultado flagrante é a quebra do próprio sistema, pois será imposto ao Convênio o dever legal de custear *indenizações sem o respectivo lastro*. É dizer, *mutila-se* o objeto primário da lei que é justamente amparar e proteger as vítimas de trânsito”.

Compreenda-se: o cunho social que reveste o seguro DPVAT foi o argumento mais eloquente e arvorado para o sacrifício daquele princípio, que na sua essência tem um cunho social tão importante quanto – senão mais – o alegado. Como se vê, na jurisprudência há vícios com aparência de virtudes: em matéria de DPVAT, prevalece o teor da súmula nº 257, do STJ. Aqui, o princípio do mutualismo está relativizado, para os que adotam palavras otimistas.

Esse arcabouço jurisprudencial mudará com o Código Civil venturo? Creio que não. A Lei do DPVAT é especial em relação ao *Codex Civil* e o artigo 7º daquela lei constitui justamente uma exceção às normas gerais e assim permanecerá em relação às vindouras, ou seja, permanecerá o substrato do sistema, de modo que a disposição geral não revogará a especial.

### 7. Princípio da dispersão dos riscos

Referido princípio preconiza a responsabilidade do segurador dentro dos riscos prováveis e sujeitos a uma regularidade, excluídos – ou dispersados – aqueles eventos isolados que – embora da mesma natureza – possam inviabilizar a *performance* do seguro contratado. É princípio vivo na contratação dos seguros, caracterizado na forma de *riscos ex-*

*cluídos* na apólice. Sua fonte legal é o art. 1.460, do *Codex Civil*, assim disposto: “quando a apólice limitar ou particularizar os riscos do seguro, não responderá por outros o segurador”. Por outro lado, o contrato sempre consignará os riscos assumidos (art. 1434). O novo Código Civil não esqueceu desse princípio, dando-lhe, porém, uma redação mais elegante: art. 759. “A emissão da apólice deverá ser precedida de proposta escrita com declaração dos elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco”.

Assim, por exemplo, é comum no seguro automóvel a chamada *cobertura compreensiva*, que garante os riscos de colisão, incêndio, roubo e furto, como sinistros mais comuns no dia-a-dia. Mas geralmente são excluídos sinistros como ato de hostilidade (v.g. depredação popular), causado por guerra ou radiação nuclear, pois, embora também causem danos, constituem riscos isolados, com índice de sinistralidade diferenciado. A inclusão desses riscos isolados afeta a *performance* econômica do seguro. Explica-se: para as seguradoras, o seguro automóvel é um *produto comercial*, que compete vorazmente no mercado. A inclusão daqueles riscos mais raros encarece o prêmio sem que haja expectativa de retorno por parte do consumidor, que vê e prefere contratar por um preço mais em conta a cobertura contra os riscos que acredita mais prováveis em seu automóvel. Juridicamente, a dispersão ou não do risco isolado aumenta ou atenua a responsabilidade do segurador.

O princípio da dispersão dos riscos encontra na jurisprudência a sua instrumentação mais útil à elucidação de controvérsias envolvendo liquidação de sinistros:

**SEGURO HABITACIONAL. SEGURO DE RISCOS DIVERSOS. DANOS CAUSADOS POR VENTOS. VIOLENTOS. CLÁUSULA CONTRATUAL. LIMITAÇÃO. ADMISSIBILIDADE. CHUVAS TORRENCIAIS. EXCLUSÃO DA INDENIZAÇÃO.**

“Embargos infringentes. Contrato de *seguro*. *Seguro* de imóvel. Cláusula

limitativa de *risco*. Admissibilidade. Dano não alcançado pela cobertura contratada. Não reconhecimento do dever de indenizar. Quer pelo regime do Código Civil (art. 1460), quer à luz dos princípios que inspiram o sistema de defesa do consumidor (art. 54, par. 4.), não estão proibidas, nos contratos de *seguro*, as cláusulas limitativas de *risco*, desde que redigidas com destaque e não contenham restrições abusivas. Não se pode ter como abusiva cláusula inserida em contrato de *seguro* de imóvel, situado em região montanhosa e sujeita a intensas precipitações pluviométricas, que exclui da cobertura a recomposição de danos causados por chuvas, o que, certamente, por elevação do *risco*, importaria sensível encarecimento do prêmio. Fundando-se o contrato de *seguro* principalmente no *risco*, calculado por operações estatísticas e atuariais, a interpretação extensiva da cláusula limitativa de *risco*, para fazer compreender na cobertura *riscos* que dela estavam *excluídos*, importa desequilíbrio do contrato em prejuízo do segurador, pela defasagem do prêmio. Se o contrato limita a cobertura ao ressarcimento dos danos diretamente causados por vendaval, não se pode entender que nela está incluída a reparação daqueles decorrentes de chuvas intensas, sob pena de alterar-se a equação atuarial de equilíbrio do contrato. Recurso provido nos termos do voto vencido”. (TJERJ, Emb. Infring. na Ap. Cível nº 15.838/99, Rel. Des. Carlos Raymundo Cardoso, ac. unân., j. em 14/06/2000).

De igual medida, a consideração e compreensão do princípio da dispersão dos riscos tem especial importância na seara administrativa, nos embates envolvendo segurados e seguradoras, sob o ponto de vista infracional:

Processo SUSEP nº: 15414.002059/97-36.

Parecer/PRGER/Contencioso/nº 1.377/97.

DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGURO DE VIDA. ALEGAÇÃO DE DOENÇA PREEXISTENTE. PROVAS FRACTIVAS. DEVER DE INDENIZAR. APLICAÇÃO DA PENALIDADE.

“Trata o presente processo de denúncia oferecida por Josélia Trindade Pinheiro contra Sul América Seguros S.A., por recusa de indenização em seguro de vida, sob o argumento de doença preexistente.

Acolho o parecer circunstanciado de fls. 33/4, como relatório dos fatos (Deliberação SUSEP nº 007/97, art. 14).

Tenho exposto em meus pareceres que a comprovação da doença preexistente há que ser séria e contundente, mostrando o nexo de causalidade bem como prova inequívoca de que o segurado tinha conhecimento de sua doença ao tempo de sua proposta.

Nos autos, verifico que as declarações médicas são *posteriores* à aceitação do seguro (01.04.96) e que não evidenciam tratamento médico de nenhuma doença *antes* do laço contratual, razão pela qual vejo afastadas as sanções do art. 1.444, do Código Civil (fls. 21/4 e 29).

De igual partida opinei no Parecer/PRGER/Contencioso/nº 631/97 (Processo SUSEP nº 15414.000565/97-90): ‘5. o ponto de prova é, portanto, saber se o segurado tinha conhecimento de sua moléstia *ANTES* da contratação do seguro; 6. De início, convém lembrar que não é a pré-existência da doença que exclui os efeitos do contrato, mas sim o conhecimento daquela pelo segurado na época da celebração deste, que, se verificada a má-fé, sofrerá os rigores do art. 1.444, do CC’.

Neste passo, a recusa da seguradora em liquidar o sinistro tipifica a infração ao art. 88, do Decreto-lei nº 73/66, com penalidade prevista no art.

5º, inciso VII, das Normas Anexas à Resolução CNSP nº 14/95.

Pela APLICAÇÃO DA PENALIDADE é o meu parecer.”

PRGER, 30 de setembro de 1997.

Frank Larrúbia Shih, Procurador Federal.

Em outras situações, mesmo com toda a proteção hoje deferida ao consumidor, ainda assim há segurados que contratam seguros em *tabula rasa*, alimentando uma expectativa otimista de que o seguro contratado o põe a salvo de todos os infortúnios, descuidando-se em saber o que exatamente contratou. Pode também ser vítima quando contrata seguro como operação casada de um empréstimo que obteve no banco ou, ainda, nos casos de desinformação completa do segurado nos seguros coletivos, em que somente se ouve a voz ativa do estipulante e da seguradora. Ora, “o que não se compreende não se possui” (Goethe), resultando que o princípio da dispersão dos riscos, nesses casos, é um vetor absolutório para a responsabilidade do segurador, conforme já constatamos na prática:

Processo SUSEP nº: 15414.003005/97-41.

Parecer/PRGER/Contencioso/nº 1.925/97.

DIREITO CIVIL. SEGURO DE ACIDENTES PESSOAIS. RISCO NÃO ASSUMIDO. IMPROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA. INAPLICABILIDADE DE SANÇÃO.

“José Estrela reclama contra Sul América Cia. de Seguros por recusa na liquidação de sinistro, face à invalidez permanente causada por doença.

Adoto o relatório circunstanciado de fls. 39 (Deliberação SUSEP nº 07/97, art. 14).

O DEFIS entende que a denúncia é improcedente porque o contrato de seguro firmado não compreende aquela modalidade de risco.

A apólice nº 04809 (fls. 28/36) especifica as modalidades de riscos as-

sumidas pela seguradora, não compreendendo, realmente, nenhum risco decorrente de invalidez permanente por doença.

Por sua vez, às fls. 03 bem evidencia que a invalidez foi motivada por doença, tornando claro e veraz que a recusa da seguradora é justificada.

Portanto, não há justa causa para impor qualquer penalidade, razão pela qual opino neste sentido”.

PRGER, 10 de dezembro de 1997.

Frank Larrúbia Shih, Procurador Federal.

O art. 2º do Decreto-lei nº 73/66 informa que “o controle do Estado se exercerá pelos órgãos instituídos neste decreto-lei, no interesse dos segurados e beneficiários dos contratos de seguro”. Neste controle – poder de polícia – foram editados os Enunciados de nº 18 e 19 da Procuradoria-Geral da SUSEP<sup>3</sup>, significativos na restrição imposta ao princípio da dispersão dos riscos:

*Enunciado nº 18-PRGER:* “é vedada a inclusão de cláusula excluindo o suicídio não premeditado em contrato de seguro de vida e de previdência privada”<sup>4</sup>.

*Enunciado nº 19-PRGER:* “a mera alegação de excludente de cobertura não é suficiente para desobrigar a seguradora, impondo-se para a isenção da responsabilidade, a demonstração do nexo de causalidade entre a excludente alegada e o sinistro ocorrido”.

### 8. Princípio do *absenteísmo*

É princípio peculiar do Direito Securitário e tem aplicação em todas as espécies de seguro. Tem sua fonte no art. 1.454 do *Codex Civil*: “enquanto vigorar o contrato, o segurado abster-se-á de tudo quanto possa aumentar os riscos ou seja contrário aos termos do estipulado, sob pena de perder o direito ao seguro”. Em sede judicial, a matéria é muito delicada, tanto que o art. 1.456 autoriza o magistrado aplicar a equidade,

atento às circunstâncias reais, e não em probabilidades infundadas, quanto à agravação dos riscos.

Anote-se que o princípio do *absenteísmo* refere-se aos *atos do segurado* que possam agravar os riscos, o que não se confunde com os *incidentes agravadores do risco*, pois nestes há o dever jurídico do segurado em comunicar ao segurador e, portanto, exige-se uma postura comissiva. O novo Código Civil contempla o presente princípio: art. 768. “o segurado perderá o direito à garantia se agravar intencionalmente o risco objeto do contrato”. A mesma sanção civil está prevista no art. 769, para as hipóteses de omissão dolosa.

O princípio do *absenteísmo* tem importantíssima e laureada função jurídica porque, uma vez violado, traz como sanção civil a perda da indenização. A aplicação desse princípio envolve um dos temas mais em voga que é a fraude no seguro e os meios para sua prevenção. Os ramos de incêndio, automóvel facultativo e DPVAT são as áreas mais sensíveis, sendo marcados por prejuízos que se estendem para toda a coletividade, conforme a proficiente exposição de José SOLLERO FILHO:

“As seguradoras resultaram o crescimento do número de casos fraudulentos e dos valores envolvidos. Mas o prejuízo não é só das seguradoras, mas também da economia nacional e de cada um de nós em particular, pois quando pagamos elevadas taxas pelo seguro de nossa casa ou de um automóvel, isso é consequência da fraude que campeia, pelo que dizem os jornais, na própria polícia” (1994, p. 30).

Em um caso concreto de seguro de transporte terrestre, verificamos que o segurado confessou nos autos que a embalagem para o transporte do material segurado era mesmo imprópria, muito embora tenha imputado essa responsabilidade ao fabricante, estranho da relação jurídico-securitária. Nessas circunstâncias, presente a disponibili-

dade do direito patrimonial envolvido, entendemos que a produção de prova pericial era dispensável ante as afirmações do próprio reclamante e dos termos do contrato, prestigiando a aplicação tanto do princípio da dispersão dos riscos quanto do *princípio do absentéismo*:

Processo SUSEP nº: 15414.002530/97-86.

Parecer/PRGER/Contencioso/nº 1.654/97.

DIREITO ADMINISTRATIVO. SEGURO DE TRANSPORTE. ROMPIMENTO DE EMBALAGENS. RISCO NÃO COBERTO. FALTA DE PROVAS PARA O EMBASAMENTO DA DENÚNCIA. INAPLICABILIDADE DE SANÇÃO.

“Centrais Elétricas do Norte do Brasil – ELETRONORTE denuncia Sul América Cia. Nacional de Seguros, face à recusa desta em liquidar sinistro em seguro de transporte terrestre.

Recebo o relatório circunstanciado de fls. 31/2 (Deliberação SUSEP 07/97, art. 14).

Denoto nos autos que a recusa da seguradora deu-se em razão de rompimento das embalagens que transportavam os equipamentos segurados, sendo aguçada a observação do DEFIS, neste sentido: “considerando-se os argumentos das partes, constatamos que ambos giram em torno do mesmo ponto, ou seja: fragilidade da embalagem, pois a reclamada alega que o sinistro ocorreu devido a precariedade do material utilizado para embalar o equipamento, visto que era do conhecimento da ELETRONORTE as péssimas condições de conservação das estradas na região. Por outro lado, a reclamante alega que a responsabilidade pela embalagem para o transporte do equipamento seria do fabricante” (fls. 82).

Assiste razão à seguradora.

Isto porque o contrato de seguro não deixa margem de dúvida tratar-

se de RISCO NÃO COBERTO, pois “a Cia. não toma a seu cargo as perdas e danos direta ou indiretamente resultante de: atos ou fatos do segurado, do embarcador, do destinatário ou seus empregados, prepostos, agentes representantes ou seus sucessores: mau condicionamento, insuficiência ou impropriedade da embalagem” (Condições Gerais – itens 2.1 e 2.1.3 – fls. 04).

*Não se pode olvidar, outrossim, que é obrigação do segurado abster-se de tudo quanto possa aumentar os riscos ou seja contrário aos termos estipulados, sob pena de perder o direito ao seguro (art. 1.454, CC).*

Se é certo que a comprovação da culpa do segurado recomenda a produção de perícia e outras provas em direito, conforme anotado pelo DEFIS, mostra-se certo também que o próprio segurado *reconheceu* a fragilidade das embalagens, muito embora imputando essa responsabilidade ao fabricante. Vale dizer: há forte indício de que o segurado não teve o zelo que dele se espera para evitar a ocorrência do sinistro, conforme o espírito do art. 1.454, do Codex Civil.

Nesta linha de idéias, não concordo com a conclusão do DEFIS no sentido de que não compete à SUSEP a apreciação do caso por falta de atribuição legal. Não é assim. A matéria é securitária, de competência desta autarquia, mas a insuficiência de provas não permite um juízo de valoração repressivo com relação à seguradora, fato este que me parece mais do que evidente nos autos.

Isto posto, opino pela INAPLICABILIDADE de qualquer sanção à seguradora.

É o parecer.”

PRGER, 30 de outubro de 1997.

Frank Larrúbia Shih, Procurador Federal.

### 9. Princípio da pulverização dos riscos

Esse princípio é de aplicação exclusiva do Direito Securitário e preconiza transferir (pulverizar) os riscos para outro ente segurador toda vez que excedida a capacidade de retenção de responsabilidade de uma seguradora. Tem seu baldrame no art. 79 do Decreto-lei nº 73/66, assim disposto: “é vedado às sociedades seguradoras reter responsabilidades cujo valor ultrapasse os limites técnicos, fixados pela SUSEP, de acordo com as normas aprovadas pelo CNSP, e que levarão em conta: (...)”<sup>5</sup>

À evidência, a capacidade econômico-financeira de qualquer seguradora tem seus limites. A concentração excessiva de riscos anormais em sua carteira pode comprometer seriamente a estabilidade da mesma, situação em que a sua insegurança não seria – formalmente – muito diferente da insegurança do próprio segurado.

O nivelamento dos riscos dar-se-á por três práticas muito conhecidas no ramo securitário: *o resseguro, a retrocessão e o cosseguro*. No primeiro, há transferência total ou parcial da responsabilidade para o ressegurador (seguro do seguro); a retrocessão é o resseguro em segundo grau, ou seja, o resseguro do resseguro. No cosseguro, o que existe é a contratação simultânea do segurado com várias seguradoras. Todos têm em comum o fracionamento do seguro e aplicação desses institutos na cobertura de sinistros vultosos, de bens como satélites, aviões de companhias aéreas, navios de empresas marítimas, etc. Por critério de coerência, voltaremos a esse tema em capítulo mais oportuno.

A reflexão sobre o princípio da pulverização dos riscos não é mero exercício acadêmico, porquanto esse princípio qualifica a responsabilidade dos órgãos seguradores, vertido em uma estreita relação com o fenômeno processual do litisconsórcio, conforme se denota na jurisprudência:

INDENIZAÇÃO. SEGURO. DENUNCIÇÃO DA LIDE AO “INSTITUTO

DE RESSEGUROS DO BRASIL – IRB”. ADMISSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. PROVA PERICIAL.

“Ainda que revogado o art. 68 do Decreto-lei nº 73, de 21.11.66, pelo art. 12 da Lei nº 9.932, de 20.12.99, é cabível a denúncia da lide pela companhia de seguros ao “IRB”, a fim de assegurar o direito regressivo contra este.

- Realização da prova pericial que não foi definitivamente afastada pelo Juízo de Direito. Imprescindibilidade, de todo modo, de reexame da matéria probatória, a fim de certificar-se sobre a pertinência de sua efetivação no caso (súmula 07-STJ). Recurso especial conhecido, em parte, e provido”. (REsp 125573/PR, Min. Barros Monteiro, D.J. 24/09/2001).

Cumprido alertar, não obstante, que em sede de defesa do consumidor a denúncia da lide ao órgão ressegurador é vedada pelo art. 101, inciso II, da Lei nº 8.078/90.

Acerca do panorama que envolve o IRB atualmente, remetemos o leitor à polêmica Lei nº 9.932/99.

### 10. Princípio da boa-fé securitária

O princípio da boa-fé securitária está fundado nos arts. 1.443 e 1.444 do Código Civil (“o segurado e o segurador são obrigados a guardar no contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, assim a respeito do objeto, como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”; “se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influenciar na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido”).

Com mais *performance* técnica, o novo Código Civil também assinala a presença do princípio da boa-fé securitária: art. 765. “O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstân-



cias e declarações a ele concernentes”; art. 766. “Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”.

O princípio da boa-fé é um princípio geral do direito e tem valor genérico que orienta a compreensão e aplicação do sistema jurídico. Isso porque as relações jurídicas devem ser laureadas de comportamento ético, honesto e leal. Por vezes, é a própria lei que sinaliza expressamente a boa-fé como principal rumo a ser considerado nos casos concretos, como por exemplo, “o possuidor de boa-fé não responde pela perda ou deterioração da coisa a que não der causa;” ou ainda, “o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, ainda provando-se depois que não era credor” (CC, arts. 514 e 935).

Na doutrina, a boa-fé pode ser subjetiva ou objetiva. Na primeira, indaga-se a intenção do sujeito, considerado o seu prisma psicológico. São as atitudes que irradiam do seu caráter, o seu feitio moral. Como se sabe, o talento educa-se na calma, mas o caráter é no tumulto da vida. Na boa-fé objetiva, o que se tem é um critério objetivo de valoração da conduta, fundado em regras objetivas, um *stantard*.

Didaticamente, adotamos a expressão *princípio da boa-fé securitária* porque, em matéria securitária, a boa-fé é analisada sob o prisma objetivo, fundado em regras objetivas de valoração. Aqui, pouco importa se o homem é mais volúvel que uma pluma. É o fato concreto definido em lei que é apurado: veracidade do objeto; das circunstâncias; das declarações. Assim, quando no contrato de seguro o proponente faz declarações falsas, presume-se que agiu de má-fé, ainda que tenha apenas assim agido por levianidade ou falta de zelo. Compreenda-se: entre todos os contratos existentes, o contrato de seguro é fundamentalmente *bonae fidei*, pois o segurador fica à mercê dos elementos fornecidos pelo segurado para calcular o

prêmio e assumir o risco. É indubitoso que a má-fé do segurado produz conseqüências muito mais graves que a do segurador, o que justifica o tratamento mais rigoroso dado pelo Código Civil. Observe-se que, quando o segurado faz declarações falsas, que possam influenciar na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, ele perde o valor do seguro (indenização) e ainda tem de pagar o prêmio vencido. Vale dizer, o Código Civil dá dupla chibatada no segurado insincero. Ora, o modo diferenciado como a lei trata as declarações nos contratos de seguro revela a elevada importância da boa-fé nessas espécies contratuais, o que – igualmente – qualifica com traje diferenciado o princípio da boa-fé.

Portanto, a par dessas considerações, preferimos adotar a expressão “*princípio da boa-fé securitária*” uma vez que ela revela e informa ao intérprete do direito as especificidades a serem seguidas no trato das questões que envolvem a matéria securitária. É verdadeira bússola de orientação.

Em sede de legislação consumerista, a aplicação desse princípio qualificado exige maior habilidade do intérprete uma vez que a sua inteireza somente será preservada se o segurador não infringir as disposições protetivas do consumidor. Imagine-se um segurado que preste informações incorretas ou omita dados importantes motivado pela orientação de funcionário da própria seguradora. Ou então a contratação de seguro como exigência para a obtenção de um empréstimo bancário. Essas situações constituem práticas abusivas (CDC, art. 39, I e IV) e podem flagelar o argumento da violação do princípio da boa-fé securitária, na medida em que a própria seguradora é a precursora da situação sobre a qual se insurge. É a hipótese do acórdão abaixo transcrito:

SEGURO DE VIDA. INCAPACIDADE PARA O SERVIÇO. INDENIZAÇÃO. RECUSA DE PAGAMENTO. OMISSÃO DE DOENÇA PELO SEGU-RADO. INOCORRÊNCIA. BOA-FÉ. CULPA *IN ELIGENDO*. CULPA *IN VI-*

**GILANDO. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA.**

”Ação Ordinária. *Seguro* de vida. Incapacidade profissional que, configurada, justifica o pedido de pagamento da indenização. Seguradora que, alegando doença pretérita, sustenta cerceamento de defesa porque não teria sido deferida oitiva do perito em audiência. Manifestação da parte sobre o laudo pericial que não foi no sentido de qualquer falha ou obscuridade da prova técnica, ocorrendo preclusão lógica do direito de inquirir o “expert”. Julgamento antecipado da lide que se impunha. Contratação do *seguro* que, tendo se dado por intermédio do Banco do Brasil, foi feita com a orientação da funcionária responsável para não preenchimento da informação sobre a doença pretérita, que seria irrelevante, porque ocorrida há mais de três anos. Declaração da referida funcionária em Juízo que assim confirma. Omissão de informação que, sendo derivada de ato praticado por agente da instituição delegada e autorizada pela seguradora, importa para ela inequívoca responsabilidade por culpa “in eligendo” e “in vigilando”, obrigando-a a indenizar, mormente porque a segurada não teve qualquer culpa ou dolo na omissão. Prova pericial, ademais, no sentido de que a incapacidade presente não guarda qualquer relação com a doença pretérita. Recurso desprovido”. (TJERJ, Ap. Cív. 2000.001.17522, Décima Oitava Câmara Cív., ac. unân, Des. Binato de Castro, j. em 20/02/2001 – ementário 25/2001 - nº 36 –30/08/2001).

Cumpra-se acentuar que o princípio da boa-fé securitária não exige a seguradora do ônus de provar a má-fé do segurado, mas se exonera da responsabilidade – em regra – com a demonstração objetiva. Aliás, em sede de fiscalização, deve-se observar o enunciado abaixo:

Enunciado nº 41 – PRGER: “Para justificar o não cumprimento da obrigação ajustada, cabe à sociedade fiscalizada o ônus de provar a ocorrência de má-fé quanto às circunstâncias, objeto e declarações concernentes ao contrato firmado”.

Nessa esteira, trago à colação o parecer aprovado pela Procuradoria-Geral da SUSEP, como paradigma para situações envoltas em declarações argüidas como falsas pela seguradora, em seguros de vida, espécie contratual mais sensível ao princípio da boa-fé securitária.

Processo SUSEP nº 005.016/95.

Parecer/PRGER/Contencioso/nº 1.133/95.

EMENTA: SEGURO DE VIDA. DECLARAÇÕES FALSAS DO SEGURADO. ÔNUS DA PROVA. PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA.

“O Conselho Diretor da SUSEP, através de reunião ordinária realizada em 25.09.95, decidiu pela baixa dos autos em epígrafe, com o fito de que a PRGER elabore competente parecer conclusivo tocante à matéria em exame, inclusive para adoção do mesmo como referência para casos semelhantes.

Trata-se de contrato de seguro de vida individual realizado por Paulo Camargo Arruda e AGF Brasil Seguros, ocorrendo posteriormente o falecimento do segurado, na vigência da apólice, em 17.07.94, conforme comprova a cópia do atestado de óbito acostado às fls. 10.

Em razão da recusa de indenizar a beneficiária (esposa), a seguradora foi regularmente notificada para se manifestar, apresentando como defesa o argumento da ausência de veracidade nas informações prestadas pelo segurado, por fato de doença preexistente, configurando-se a má-fé tipificada nos arts. 1.433 e 1.444, do Codex Civil.

Houve o regular trâmite do feito, observados os preceitos processuais da Res. CNSP nº 16/91.

No mérito, a DERSP concluiu pela procedência da denúncia, com amparo em judicioso parecer da Procuradora em exercício naquela regional (fls. 74/9).

Irresignada com a decisão supracitada, a seguradora interpôs recurso direcionado ao Conselho Diretor, sustentando substancialmente as mesmas razões anteriormente esposadas.

Contra-razões da denunciante às fls. 99/101, prestigiando a decisão administrativa.

Em prévia, a PRGER opinou pelo não conhecimento do recurso em voga, face à intempestividade do mesmo (fls. 103/4).

É o relatório. Passo a opinar.

Em detida análise ao acervo probatório inserto nos autos, vislumbro o fato objetivo do evento morte natural do segurado, dentro da vigência do prazo da apólice, sendo certo que tal fato não é contestado pela seguradora.

A título de excluir o dever jurídico imposto pelo laço da relação contratual securitária, a seguradora sustenta a preexistência de doença ao tempo do contrato, bem como releva o comportamento de má-fé do segurado.

O cerne da questão, portanto, verte-se em exatificar se houve, ou não, a declaração falsa do segurado. Em caso afirmativo, exclui-se a responsabilidade da seguradora. Do contrário, a mesma tem o dever de indenizar.

Às partes interessadas neste processo foi assegurada ampla defesa, sendo notório que a seguradora não logrou êxito em trazer aos autos prova cabal para fins de evidenciar suporte concreto às suas alegações.

É importante ressaltar que as razões da denunciada não são mais nem menos que as razões da denunciante,

pois, mesmo no processo administrativo há que se observar o princípio do tratamento de igualdade entre as partes, pois aquele subsume-se aos princípios diretivos da teoria geral do processo, respeitadas as suas peculiaridades.

O impasse em questão não se depreende insuperável, pois o Judiciário já enfrentou, à saciedade, o item em análise, razão pela qual filio-me à corrente majoritária da jurisprudência para propor a solução do presente processo, tendo em vista as reiteradas decisões judiciais no mesmo sentido desaconselham comportamento diverso por parte da Administração, face a preponderância da instância judicial sobre a administrativa.

Desse prisma, peço vênia para trazer à colação alguns julgados perfeitamente aplicáveis ao caso *sub examine*:

“Cabe à seguradora, que dispensa o exame médico, quando da realização do contrato de seguro, provar inequivocamente a ocorrência de má-fé de parte do segurado. Não comprovada a má-fé, o contrato é válido e obriga a seguradora a efetuar o pagamento do seguro (TJSC – Ap. Cív. 21.883 – Joinville – j. 4.12.84)”.

“O contrato de seguro, típico de adesão, deve ser interpretado, em caso de dúvida, no interesse do segurado e dos beneficiários (TJSP – Ap. Cív. 94.118-2 – 16ª. C.-j. 25.9.85)”.

“A má-fé do segurado só opera entre este e o segurador, produzindo a resolução do contrato e a ‘sanctio iures’ do pagamento do prêmio vencido (art. 1.444, do CC). Não alcança, entretanto, os beneficiários, no seguro de vida, depois de realizado o respectivo risco (morte), porque eles recebem o título de dívida líquida, certa e exigível sem terem participado do ato (TJPR – Ap. Cív. 690/80 – Curitiba – j. 10.6.80)”.

“Não tendo a seguradora exigido exame de sanidade física do segurado e, de outro lado, recebido os prêmios, o contrato se perfectibilizou, descabendo à seguradora argüir, para não cumprir a sua obrigação, moléstia preexistente do segurado. Omitindo o segurado falecido doença não considerada grave, não se pode dizer que agiu com malícia ou ausência de boa-fé, máxime se comprovado tenha ele preenchido a proposta de seguro. A má-fé não se presume (TJSC – Ap. Cív. 22.107 – Chapecó – j. 7.3.85)”.

“Ignorando o segurado ser portador de moléstia incurável, presume-se a boa-fé ao assinar declaração impressa de que está em boas condições de saúde, não podendo, portanto, a seguradora fugir ao pagamento do seguro de vida (RT 595/126)”.

“Não ficando escorreitamente demonstrado ter o segurado agido de má-fé ao preencher a proposta de seguro, irrecusável se faz o direito de sua beneficiária de colher o valor do seguro correspondente (RT 538/235)”.

“Age de boa-fé o segurado que, à época da assinatura do contrato, desconhecia ser portador de tumor maligno, mormente quando a seguradora não exigiu o necessário exame médico ou furtou-se a obter maiores esclarecimentos sobre as declarações do proponente (RT529/237)”.

“Cuidando-se de contrato de adesão, a tendência legislativa é favorecer o segurado, que não tem outra alternativa senão aderir às condições preestabelecidas pelos seguradores. Demais disso, a má-fé não se pressupõe. Deve resultar plenamente demonstrada pela prova nos autos; na dúvida, o segurador responde sempre pela obrigação (RT 585/127)”.

“Não havendo indícios de que o segurado tivesse ciência de sua cirrose hepática, nem de que seu estado era

mais ou menos grave, a ponto de vir a falecer pouco mais de um ano depois de firmado a proposta de seguro, não há que se falar em má-fé (TACivSP – Ap. Cív. 304.254 – 5ª, C. – j. 18.5.83)”.

“Se a seguradora, em caso de seguro de vida, dispensa o exame médico e depois aceita a proposta, apesar de seu representante não haver questionado o proponente, só mesmo a prova inequívoca da má-fé poderia elidir a presunção oposta, que milita em favor de quem simplesmente adere a contrato pré-estabelecido por insistência de outro contratante (TACivSP – Ap. 306994 – 5ª, C. j. 28.10.83)”.

Enfim, o que de mais geral pode-se afirmar é que, na dúvida quanto a má-fé do segurado, esta se resolve a favor deste, ou de seus beneficiários, valendo repisar que a má-fé não se presume, devendo ser inequivocamente demonstrada pela seguradora, a quem compete o *onus probandi*.

Isto posto, opino no mérito pelo não acolhimento do recurso de fls. 81/5, na hipótese do ilustre Colegiado desconsiderar a intempestividade do mesmo.

Por derradeiro, submeto à apreciação da Ilma. Sra. Subprocuradora-Geral do Contencioso, para as providências de estilo.

É o parecer.”

PRGER, 01 de novembro de 1995.

Frank Larrúbia Shih – Procurador Federal.

Em se tratando especialmente de seguro de vida – individual ou coletivo –, a comprovação da doença preexistente não se limita à demonstração de que a doença já existia ao tempo da contratação. É necessário que o segurado já tivesse ciência do seu estado mórbido (Parecer/PRGER/Contencioso/nº 1.315/97; 1.377/97; 1.955/97). Todavia, há entendimento de que a indenização é devida, ainda que o segurado tivesse conhecimento de sua doença, mas não sen-

do esta a causa do sinistro. É, por exemplo, o caso do segurado que contrata seguro de vida declarando perfeita saúde e vem a falecer de ataque cardíaco (morte natural), sem nenhuma relação de causa e efeito com o câncer maligno de que sabia ser portador. *Quid iures?* A questão aqui ainda é esverdeada pela discórdia de opiniões.

### 11. Princípio indenitário

Entre todos os outros princípios do direito securitário, o princípio indenitário tem seu raio de ação limitado aos seguros de dano. Está positivado na primeira parte do artigo 1.437 do Código Civil, na incisiva expressão “não se pode segurar uma coisa por mais do que valha, nem pelo seu todo mais de uma vez”. Embora tenha sua aplicabilidade restrita aos seguros de dano, a sua inserção entre os demais princípios se justifica em face da elevada importância que esse princípio representa para a compreensão de inúmeras questões que envolvem a matéria securitária.

Na vigência do novo Código Civil, o princípio indenitário está previsto no art. 778, *in litteris*: “Nos seguros de dano, a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato, sob pena do disposto no art. 766, e sem prejuízo da ação penal que no caso couber”.

Esse princípio afasta qualquer espírito especulativo em relação aos seguros de danos, alertando que o seguro aqui somente se presta para recomposição do dano sofrido, pois o segurado só receberá aquilo que efetivamente perdeu, nos termos do contrato. O intuito de lucro está afastado e a má-fé do segurado é, caso faça contratações simultâneas sobre o mesmo bem, reprimida severamente com a nulidade do contrato, a perda do prêmio e, se for o caso, a *persecutio criminis* (CC, art. 1.438).

A singeleza desse princípio e a facilidade de sua compreensão deveriam proporcionar ao intérprete do direito um certo con-

forto, dispensando-o de maiores indagações. Mas em direito é preciso cautela: quanto mais profundo o rio, menos ruidosa é a correnteza. As aparências enganam. O princípio *sub oculi* foi protagonista de uma das mais acirradas controvérsias no Judiciário, envolvendo seguro facultativo de automóvel, no embate valor da apólice *versus* valor médio de mercado.

Em síntese, a quizila era a seguinte: em seguro facultativo de automóvel – ocorrido o sinistro (perda total) –, a seguradora indenizava o segurado pelo valor médio de mercado, pois o veículo ia sofrendo depreciação do seu valor com o passar dos meses. Logo, pelo princípio indenitário, o segurado se locupletaria se recebesse a indenização prevista inicialmente na apólice, pois esse valor não mais representaria o *real valor* do automóvel ao tempo do sinistro. Todavia, esse entendimento foi energeticamente reprimido em muitas decisões judiciais, pois a seguradora calculava o prêmio pelo valor inicial constante na apólice e não restituía a diferença ao segurado conforme a paulatina depreciação do veículo, o que fez crer a responsabilidade em indenizar pelo valor prefixado na apólice. Quer dizer, se pelo princípio indenitário o segurado não podia enriquecer, a seguradora também não.

O tema foi objeto de estudo do preclaro Ernesto TZIRULNIK, em artigo intitulado “Princípio Indenitário no Contrato de Seguro”, marcado pelo amplo e profundo exame da legislação, da doutrina e da jurisprudência, conclusivo assim: “em síntese, à vista do exposto, entendemos perfeitamente válidas, legítimas, lícitas e eficazes as cláusulas insertas nas apólices do ramo automóveis, segundo as quais, em caso de perda total, o valor da contraprestação indenizatória será o valor médio de mercado do veículo assegurado, à época de sua realização” (1999, p. 89-121).

Mas a jurisprudência majoritária tinha outros propósitos em relação ao tema, pois o Código de Defesa do Consumidor era a

referência mais tônica nas decisões, sendo o valor expresso na apólice a tese mais simpática para a liquidação dos sinistros em automóveis com perda total (TJERJ, ementa nº 41/98, D.O.E.R.J. 25-6-98, p. 176; ementa nº 40/99, D.O.E.R.J. 25-3-99, p. 192; Turmas Recursais dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, ementa cível nº 01/99; TAMG, in RJTAMG 63/271; TAMG, ac. unân. da 3ª. câm. civ., Ap. 225873-3/00, Des. Kildare Carvalho, j. 6/11/96; 1ª. TACivSP, ac. unân. da 2ª. câm. Esp., Ap. 682755-7/00, j. 20/4/98; TJRS, ac. unân., da 5ª. câm. Cív., Ap. 598441111, in ADCOAS 8175751).

O momento mais sublime foi a manifestação inaugural do STJ sobre o tema, ministrando um ansiolítico para as decisões dos tribunais e de primeira instância:

“SEGURO AUTOMÓVEL. INDENIZAÇÃO. VALOR. APÓLICE. A Seção, por maioria, declarou que no contrato de seguro automóvel, quando houver perda total do bem, a indenização deve ser paga conforme o preço ajustado na apólice, e não pelo preço de mercado” (EREsp 176.890-MG, Rel. Min. Waldemar Zveiter, julgado em 22/9/1999 – Informativo do STJ nº 33 e D.O.E.R.J em 11-10-99, p. 5).

Com essa decisão, fechou-se o cerco em torno do tema. Ora, lembrando Euclides da Cunha, “viver é adaptar-se”, não podia o mercado segurador ficar refém de um modelo antigo de seguro facultativo de automóveis, com um indigesto tempero jurisprudencial a seu desfavor. Coincidência ou não, editou-se a Circular SUSEP nº 145/2000<sup>6</sup>, com o curioso mecanismo de *valor determinado* (indeniza-se pelo valor previsto na apólice, mas se paga o prêmio também maior) e o *valor de mercado referenciado* (indeniza-se por uma tabela de referência de cotação para veículo, com fator de ajuste aplicável à data de liquidação do sinistro). Assim, a nova geração de contratos de seguros facultativos de automóveis ficou livre da armadilha jurisprudencial, que agora se

encontra sepultada por ato normativo. Está “preservado”, em todo o seu esplendor, o princípio indenitário.

## 12. Princípio da irredutibilidade do ‘pretium periculi’

Trata-se de princípio novo, consagrado expressamente no art. 770 do novo Código Civil: “Salvo disposição em contrário, a diminuição do risco no curso do contrato não acarreta a redução do prêmio estipulado; mas se a redução do risco for considerável, o segurado poderá exigir a revisão do prêmio, ou a resolução do contrato”.

Na sistemática atual, a redução do prêmio é admitida e pode ser exigida pelo segurado, pois no cálculo do prêmio inserem-se dados que podem sofrer variações para mais ou para menos, influenciando no valor do prêmio. A propósito, vimos que esse foi um dos fundamentos de escol usado pelos tribunais para justificar a indenização do seguro facultativo de automóvel pelo preço da apólice, pois as seguradoras não praticavam a redução do prêmio a favor do segurado com a desvalorização do veículo (tópico anterior).

Todavia, pela nova disposição citada, a irredutibilidade do prêmio será a regra, ainda que haja diminuição do risco no curso do contrato. As exceções ao princípio estão previstas no mesmo artigo: a) salvo disposição das partes em contrário; b) se for considerável a redução do risco. A primeira exceção será de insignificante aplicação na prática, pois os contratos securitários são padronizados, inexistindo margem de negociabilidade do segurado na cláusula premial, que é calculada e estipulada unilateralmente pelo ente segurador, por critérios e dados atuariais inimagináveis ao mortal segurado. A segunda exceção, “redução considerável do risco”, é conceito indeterminado, sujeito à valoração subjetiva e a números cabalísticos. É aconselhável regulamentação da SUSEP para definir critérios para o que se possa en-

tender por “redução considerável”, a título de coibir abusos pela retenção integral e indevida do prêmio, amparada em falsa premissa de legalidade.

Não obstante essas considerações atreladas ao prisma da proteção consumerista, a consagração do *princípio da irredutibilidade do ‘pretium periculi’* vem prestar uma vitoriosa contribuição à *teoria da indivisibilidade do prêmio*. Dita teoria preconiza que os riscos devem ser considerados não isoladamente, mas no seu conjunto, pois os riscos não se distribuem igualmente por todo o período, podendo sofrer concentrações em determinadas fases (ex.: o seguro incêndio torna-se mais crítico durante os períodos de seca). Nessas circunstâncias, a devolução parcial do prêmio ao segurado poderia falsear a estabilidade dos cálculos e as operações do segurador. O princípio da irredutibilidade do prêmio seria, assim, um dique de segurança para as entidades seguradoras.

A teoria da indivisibilidade do prêmio, que atualmente está vocacionada para os seguros marítimos, certamente terá sua expansão aos outros ramos securitários por força do princípio da irredutibilidade do *pretium periculi*.

### 13. Conclusão

O estudo do seguro sob os conceitos e princípios atuais informa a autonomia científica do *direito securitário*, não obstante a inexistência de um Código de Seguros no Brasil.

Os princípios do direito securitário expressam a noção de mandamento nuclear de um sistema e têm a qualificação de princípios jurídicos, tanto no Código Civil atual quanto no seu sucessor (Lei nº 10.406/2002).

O *princípio da irredutibilidade do ‘pretium periculi’* é o novel princípio que vindica o Código Civil venturo, o qual redimensionará a teoria da indivisibilidade do prêmio para os outros ramos securitários.

### Notas

<sup>1</sup> É o nosso atual estilo obsessivo de consumo, bem retratado no personagem de Tyler Durden, que em certa passagem do filme “Clube da Luta” ensina: “vejo aqui os homens mais fortes e inteligentes do mundo. E vejo todo esse talento sendo desperdiçado. Uma geração inteira enchendo tanques, servindo mesas ou escravos de colarinho branco. A propaganda nos faz correr atrás de coisas... trabalhos que odiamos... para acabar comprando o que não precisamos. Somos ‘filhos do meio’ da história. Homens sem lugar. Não temos a Grande Guerra e nem a Grande Depressão. Nossa grande guerra é espiritual. Nossa grande depressão são nossas vidas. Fomos criados para acreditar que um dia seremos ricos, estrelas de cinema e do rock... mas não seremos. E estamos aos poucos aprendendo isso. E estamos muito, muito zangados..” No intróito, segue a mensagem *this is your life*: “Você abre a porta e entra. Está dentro do seu coração. Imagine que sua dor é uma bola de neve que vai curar você. Isso mesmo. É a sua dor. A dor é uma bola de neve que vai curar você. Acho que não. Esta é sua vida. É a última gota pra você. Melhor do que isso não pode ficar. Esta é sua vida, que acaba um minuto por vez. Isto não é um seminário. Nem um retiro de fim de semana. De onde você está não pode imaginar como será o fundo. Somente após uma desgraça conseguirá despertar. Somente depois de perder tudo, poderá fazer o que quiser. Nada é estático. Tudo é movimento. E tudo esta desmoronando. Esta é sua vida. Melhor do que isso não pode ficar. Esta é sua vida. E ela acaba um minuto por vez. Você não é um ser bonito e admirável. Você é igual à decadência refletida em tudo. Todos fazendo parte da mesma podridão. Somos o único lixo que canta e dança no mundo. Você não é sua conta bancária. Nem as roupas que usa. Você não é o conteúdo de sua carteira. Você não é seu câncer de intestino. Você não é o carro que dirige. Você não é suas malditas ‘gatinhas’. Você precisa desistir. Você precisa saber que vai morrer um dia. Antes disso você é um inútil. Será que serei completo? Será que nunca ficarei contente? Será que não vou me libertar de suas regras rígidas? Será que não vou-me libertar de sua arte inteligente? Será que não vou-me libertar dos pecados e do perfeccionismo? Digo: você precisa desistir. Digo: evolua mesmo se você desmoronar por dentro. Esta é sua vida. Melhor do que isso não pode ficar. Esta é sua vida. E ela acaba um minuto por vez. Você precisa desistir. Estou avisando que terá sua chance” (O CLUBE da Luta, 1999).

<sup>2</sup> Pedro Alvim noticia a 10ª Conferência Brasileira de Seguros Privados, realizada na cidade de São Paulo, em outubro de 1977, ocasião em que foi apresentada proposição para a conveniência da unificação do direito de seguro. Contudo, obser-

vou: “com o propósito de facilitar o andamento dos trabalhos, o autor deste livro elaborou um esboço do que seria a lei única sobre seguros, contendo mais de trezentos dispositivos sobre as normas jurídicas em vigor e que se achavam esparsas em códigos, leis, resoluções e portarias. A iniciativa infelizmente não prosperou, por falta de maior interesse do mercado segurador” (1999, p. 92).

<sup>3</sup> Os Enunciados da Procuradoria-Geral da SUSEP foram instituídos pela Instrução SUSEP nº 17/98 e posteriormente substituída pela Instrução SUSEP nº 19/99. São de observância obrigatória para os procedimentos de instrução e análise dos processos administrativos que, no âmbito da autarquia, tratem de assuntos a eles pertinentes (art. 2º).

<sup>4</sup> A propósito do tema, é o teor da Súmula 61, do STJ, art. 1440, parágrafo único, do Código Civil (BRASIL).

<sup>5</sup> Respeitante a obrigatoriedade de resseguro no IRB, cumpre anotar que atualmente inexistente o monopólio estatal do resseguro. Todavia, a Lei nº 9.932/99 transferiu as atribuições do IRB para a Superintendência de Seguros Privados- SUSEP (Autarquia Federal), sendo que seu art. 1º, na expressão “incluindo a competência para conceder autorizações”, encontra-se com sua eficácia suspensa por liminar concedida na ADIN nº 2223.

<sup>6</sup> Essa circular é um modelo mais sofisticado do que foi a sua antecessora, a revogada Circular SUSEP nº 88/99.

## Bibliografia

ALVIM, P. *O contrato de seguro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, 547 p.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 61. O seguro de vida cobre suicídio não premeditado. In: \_\_\_\_\_. *Código Civil*. [S.l.]: [s.n.], [19- -?].

CLUBE da luta. Direção: David Fincher. Produção: Ross Bell; Cean Chafin e Art Linson. Roteiro: Tim Uhls. Intérpretes: Brad Pitt; Edward Norton; Helena Bonham Carter; Meat Loof; Tared Leto e outros. [S.l.]: FOX 2000 PICTURES; Regency Enterprises, 1999. 1 filme (140 min), son., color, 35 mm.

OLIVEIRA, T. M. L. LOPES de. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Lúmen Túrís: Rio de Janeiro, 2001. v. 1.

SHIH, F. L. Atualizadas jurídicas no seguro privado. *Revista de Informações Legislativa*, Brasília, n. 144, p. 137-144, out./dez. 1999.

SOLLERO FILHO, T. O seguro, esse desconhecido. In: SEMINÁRIO DO CENTRO DE DEBATES E ESTUDOS – CEDES, M EMERJ, 1994, Rio de Janeiro. *Exposição*. Rio de Janeiro: [s. n], 1994.

TZIRULNIK, E. Princípio indenitário no contrato de seguro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 759, p. 89-121, jan. 1999.



# Crítica política à idéia de democracia digital

Nerione Cardoso Jr.

## Súmario

1. Introdução. 2. Um novo conceito. 3. Uma nova democracia? 4. Mas qual democracia direta? 5. Algumas experiências concretas sobre a utilização da Internet em eleições. 6. A crítica da ciência política à democracia digital. 7. Considerações finais.

“Os bits não podem ser comidos, ninguém pode vestir-se com eles ou usá-los como refúgio (...) Sou alérgico à palavra ‘política’ ”  
Nicholas Negroponte

## 1. Introdução

Como o título indica, este artigo objetiva apresentar uma crítica política à idéia do surgimento de uma democracia digital na Era da Informação. Inicialmente, discutiremos o conceito de democracia digital (e-democracia) e de governo eletrônico (e-governo) e, em seguida, apresentaremos as tendências apontadas por estudiosos da Sociedade da Informação, na sua maioria otimistas quanto ao impacto das tecnologias de comunicação mediadas por computadores na construção de uma nova democracia participativa e até no (res)surgimento da democracia direta. Discutiremos, posteriormente, o conceito e as limitações atuais da implementação desta última.

Nerione Cardoso Jr. é Analista Legislativo do Senado Federal, bacharel em Economia pela Universidade de Brasília e mestrando em Ciência Política da Universidade de Brasília.

Aproveitaremos para analisar algumas experiências concretas de utilização da Internet no processo eleitoral, destacando as dificuldades práticas surgidas, não sem antes verificarmos os limites da democracia direta na visão de Noberto Bobbio.

Por último, apresentaremos as críticas formuladas pelo cientista político Benjamin Barber, subsidiadas por algumas pontuações feitas por Giovanni Sartori e Octávio Ianni, às previsões otimistas quanto ao aperfeiçoamento da democracia em razão da utilização cidadã das redes de computadores.

## 2. *Um novo conceito*

Necessitamos, antes de mais nada, definir o conceito de “democracia digital” que adotamos neste trabalho. Assumimos que o mesmo seja sinônimo do que se denomina “democracia eletrônica” (ou e-democracia, ciberdemocracia, democracia *online* ou mesmo democracia virtual). Como bem esclarece MOORE (1999, p. 55), “... the term is used to refer to everything from community networking and online discussion of issues, to e-mail lobbying of elected representatives.” Assim como ele, “what I’d like to discuss here is one of the more radical definitions of the term: the use of electronic networking to bring about more direct form of democracy, to short-circuit the representative process and look more to net-supported plebiscites and ‘official’ online debates in deciding issues of government policy”<sup>1</sup>.

Essa definição mais radical feita por Moore do termo “democracia eletrônica” seria, ao nosso ver, correspondente à democracia digital na sua modalidade de democracia direta.

KORAC-KAKABADSE e KORAC-KAKABADSE (1999, p. 214-215) desdobram ainda mais aquele conceito, afirmando existir quatro variantes da democracia eletrônica: 1) a “burocracia eletrônica”, voltada para disseminar informações governamentais via Internet; 2) a “gestão da informação”, que aperfeiçoa a efetividade dos serviços gover-

namentais disponíveis na Internet; 3) o “modelo populista”, considerado por muitos teóricos como “democracia direta”, permitindo o voto e o debate *online* dos eleitores com os governantes; e 4) o “modelo da sociedade civil”, que busca reforçar as conexões entre os cidadãos por meio do debate autônomo dos assuntos públicos, dentro de um processo mais profundo de transformação cultural viabilizada pelas tecnologias de informação e comunicação digitais.

A primeira e a segunda concepção acima reunidas podem ser classificadas como e-governo ou governo eletrônico, e as duas últimas, como democracia digital. Segundo o Relatório do Desenvolvimento Humano 2001 do PNUD-ONU,

“Broadly defined, e-government can include virtually all information and communication technology (ICT) platforms and applications in use by the public sector. For the purpose of this report, however, e-government is defined as: utilizing the internet and the world-wide-web for delivering government information and services to citizens” (PNUD, 2001, p. 1)<sup>2</sup>.

Assim, como Korac-Kakabadse, também consideramos democracia digital<sup>3</sup> aquela democracia que se utiliza da rede de computadores (Internet), no atual processo de convergência tecnológica de mídias digitais (telemática), para viabilizar uma substantiva participação interativa dos cidadãos-eleitores nas decisões legislativas e governamentais, seja por meio de fóruns de discussão, disseminação de informações, comunicação, contribuições para elaboração legislativa ou até mesmo pelo voto.

## 3. *Uma nova democracia?*

Neste início de século XXI, os políticos, os partidos, as instituições políticas e o próprio Estado enfrentam uma grave crise de legitimidade e governabilidade (CASTELLS, 2001), respectivamente, impactados pelos principais fatores que também são considerados como sérias ameaças à democracia

ocidental: 1) a decadência e mercantilização da “esfera pública” (HABERMAS, 1984) e predomínio das questões econômicas sobre as questões políticas (ARENDDT, 2001); 2) o declínio do “homem público” (SENNET, 1998) em razão do individualismo narcísico, transformando a vida pública em “questão de obrigação formal” (fazendo rimar cidadania com apatia política); 3) a redução da governabilidade e do poder do Estado-Nação diante do processo de “globalização”, considerando-se o livre fluxo dos recursos financeiros internacionais (HELD; MCGREW, 2001), em que a política “pode” cada vez menos, e da gerência transnacional dos recursos produtivos por parte das empresas multinacionais, cujo poder financeiro estaria sobrepujando o poder dos Estados-nação e ameaçando a própria democracia ocidental (HERTZ, 2002); 4) as sucessivas denúncias de corrupção e “ineficiência” dos Parlamentos e dos governos representativos; 5) a transformação da política em “espetáculo” e dos cidadãos em consumidores (DEBORD, 1997); e 6) o fim das ideologias diante da hegemonia da democracia liberal “triumfante” (FUKUYAMA, 1992, ao falar no “fim da história”), ou em outros termos, o novo imperialismo do “pensamento único” neoliberal (SANTOS, 2001).

Nesse contexto, em que se fala até da “morte da política”, as novas tecnologias de informação e comunicação, em especial a Internet, apresentam-se para inúmeros teóricos, especialmente norte-americanos, como uma possibilidade concreta para o aperfeiçoamento da democracia pelo aumento da participação política do cidadão<sup>4</sup>, haja vista o crescente desinteresse dos cidadãos dos EUA pela política (altos índices de abstenção eleitoral).

A utilização das novas tecnologias de informação mediadas por computador no aperfeiçoamento das práticas democráticas ocorreria de quatro maneiras principais: 1º) pela maior divulgação de informações governamentais que habilitariam o cidadão no exercício mais consciente de seus direitos e

obrigações (nesse sentido, recorre-se frequentemente à famosa idéia de Thomas Jefferson<sup>5</sup> de que o cidadão necessita estar bem informado para poder efetivamente participar da vida política); 2º) pela viabilização de uma maior conexão dos eleitores com seus representantes mediante o correio eletrônico (interatividade) e maior interconexão entre os próprios cidadãos, encurtando o espaço; 3º) pelo alargamento da participação dos cidadãos no processo legislativo; e 4º) pelo surgimento, previsto por alguns autores que vão ainda mais longe neste exercício de futurologia, de uma *Ágora* virtual, a democracia direta eletrônica, viabilizando a participação dos eleitores nos debates e votações parlamentares; afinal, as redes de computadores possibilitam a comunicação quase instantânea, na velocidade da luz, decretando a desnecessidade da mediação representativa parlamentar ao facultar aos cidadãos o voto eletrônico à distância nas matérias legislativas de seus interesses. Os mais otimistas afirmam até que estaríamos rumo ao futuro governo mundial mediatizado pela rede mundial de computadores.

Masuda, teórico pioneiro da “Sociedade da Informação”, já apontava, nos idos dos anos 60:

“Consideremos agora a questão de um possível sistema político para a sociedade da informação. A nossa conclusão é que este deverá ser do tipo *democracia participativa*. [...] O sistema político atual é do tipo *democracia parlamentar*, no qual o povo elege os seus representantes pelo voto e só participa indiretamente da tomada de decisões, pois as ações políticas se encontram nas mãos desses representantes do povo. Em outras palavras, trata-se de uma democracia indireta” (MASUDA, 1982, p. 127).

E como essa transformação seria possível? Masuda vai ao cerne da questão:

“Um dos principais obstáculos à participação direta dos cidadãos na elaboração de políticas nacionais era

técnico. Considerar qualquer proposta dessa ordem envolveria o trabalho de um grande número de pessoas e um longo período do tempo, além de um custo tremendo. Isso fica claro se nos lembrarmos de como é realizado um plebiscito nacional. Mas agora, o notável desenvolvimento das tecnologias de telecomunicações e informática solucionou esse problema de vez. O desenvolvimento dos satélites de comunicações e dos computadores domésticos, em particular, oferece uma solução para os problemas de pessoal, tempo e custos. Além disso, os cidadãos ficam capacitados a participar do processo não apenas uma vez, mas repetidamente” (p. 129-130).

Vale lembrar que essa discussão sobre a utilização prática dos computadores na participação política iniciou-se e tomou impulso nos EUA, país de vanguarda na pesquisa e fabricação de computadores eletrônicos.

“The notion of a nationwide network for participatory politics goes back to the 1940s, when scientist Buckminster Fuller first proposed voting on the issues of the day via telephone. Psychologist Erich Fromm, in his 1955 book *The Sane Society*, wrote of ‘a true House of Commons’, where citizens would vote on the issues ‘with the help of the technical devices we have today’. In 1982, futurist Alvin Toffler wrote that such a system ‘would strike a devastating blow at the special interest groups and lobbies who infect most parliaments’. Perot, in fact, has been advocating the electronic town hall for twenty years. It’s just that no one took him seriously – that is, until public frustration with ineffective government reached a crescendo in 1992” (SCHWARTZ, 1994) <sup>6</sup>.

Vejamos como Alvin TOFFLER, um dos mais renomados futurólogos da Sociedade da Informação, enxerga a questão. Em seu bestseller lançado em 1980, “A Terceira

Onda”, um capítulo inteiro é dedicado ao que denomina “O Mausoléu Político”, em que descreve uma “revolução política” em curso que estaria transformando em obsoleta as atuais instituições políticas, imersas numa crise de “vazio político”, no qual, “mais do que raiva, os cidadãos atualmente expressam repulsa e desprezo por seus líderes políticos e funcionários políticos. Sentem que o sistema político (...) está quebrado (...) há um vácuo de poder se difundindo” (1995, p. 390). E mais ainda: “A aceleração da mudança sobrepujou a capacidade decisional das nossas instituições, tornando as estruturas políticas de hoje obsoletas, independentemente da ideologia ou liderança partidária” (p. 401). Para Toffler, a própria democracia representativa estaria superada por sua ineficiência: “o colapso da barganha, a diluição da decisão, o agravamento da paralisia das instituições representativas” (p. 419). Qual seria a solução? Toffler, no capítulo seguinte “A Democracia do Século XXI”, indica a democracia direta, pois

“as velhas limitações da comunicação não são mais obstáculo [...] usando computadores avançados, satélites, telefones, cabo, técnicas de apuração de votos [...] a coletividade educada de cidadãos, pela primeira vez na história, começa a tomar muitas das suas próprias decisões políticas” (p. 421).

Num outro livro mais recente, “Previsões e Premissas”, Alvin Toffler é mais comedido em suas previsões quanto ao futuro da democracia na Era da Informação: “O amanhã trará mais ou menos democracia? Depende, pelo menos em parte, de nossas próprias ações” (1987, p. 117). Entretanto, esse autor também vincula fortemente o nosso futuro político às tecnologias de informação: “Mas para compreender as perspectivas da democracia precisamos compreender o novo papel das informações em nossa vida política” (p. 117).

E mais ainda:

“O computador produz um número incrível de impactos sobre o sistema político. Sistemas de computadores

grandes e fortemente centralizados aumentam o poder do Estado sobre o indivíduo. Computadores pequenos, descentralizados, e rede de computadores podem ser usados para fortalecer o poder do indivíduo. [...] O computador poderia – e enfatizo o poderia – ser o amigo mais importante da democracia, desde a urna eleitoral. Mas também ser voltado contra nós” (p. 132-133).

Essa última afirmação merece ser ressaltada, haja vista que as novas tecnologias de informação possibilitam uma vigilância sem precedente do Estado sobre o cidadão.

Como assinalado no trecho citado mais acima, o então candidato nos EUA à presidência da república na campanha de 1992 Ross Perot e o vice-presidente Al Gore na campanha de 2002 defenderam a criação de câmaras municipais eletrônicas. “The guiding logic of Ross Perot’s ‘United We Stand’ alliance, enabled by ‘eletronic town links’ for town meetings, was to facilitate discussion and a wider-ranging debate at the grassroots level and not at the lobbyists level”<sup>7</sup> (KORACK-KAKKABADSE, 1999, p. 217).

Dessa forma, as novas tecnologias da comunicação na forma da telemática, convergência da tecnologia dos computadores com os meios de telecomunicação, viabilizariam a reedição contemporânea da democracia direta nos moldes da Grécia antiga, transmutada posteriormente no Ocidente em democracia representativa em razão das dificuldades organizacionais advindas do crescimento da população e da crescente complexidade histórica das sociedades (DAHL, 1989). Afinal, seria impossível reunirmos os cidadãos nas praças públicas das cidades contemporâneas para deliberarmos sobre os assuntos públicos conforme acontecia na Ágora grega. Entretanto, as restrições indicadas por Aristóteles, e depois por ROUSSEAU<sup>8</sup> (1999), quanto à democracia direta, estariam superadas pela Internet na visão otimista destes autores:

“Aristotle argued in the fourth century BC democracies larger than a

small city-state, such as Athens. One reason was that in a democracy all citizens should be able to assemble at one place to hear a speaker. Thus, the range of the human voice limited democracy’s size [...] After the birth of the United States, a huge democracy by historical standards, such arguments were discarded, and Aristotle’s model was seen as one version of democracy: direct democracy”<sup>9</sup> (KORACK-KAKKABADSE, 1999, p. 212-213).

Outros importantes teóricos da Sociedade da Informação elaboram uma análise semelhante à de Alvin Toffler: NAISBIT chegou a declarar a “morte da democracia representativa e do sistema partidário”:

“A democracia participativa está revolucionando a política municipal nos Estados Unidos e agitando-se para mudar o rumo também do governo nacional. Os anos 70 marcam o começo da era participativa na política e um crescimento sem precedentes no uso de plebiscitos e projetos de lei originados das próprias comunidades. Estas votações [...] satisfazem as necessidades da ‘democracia direta’, o coração e a alma da democracia participativa. [...] O fato é que ultrapassamos a utilidade histórica da democracia representativa e todos intuimos que está obsoleta. [...] Esta morte da democracia representativa assinala também o fim do sistema partidário tradicional.[...] Os políticos importam cada vez menos” (1982, p. 157-159).

Esse mesmo autor previu que “o computador será a chave do estilo de administração em rede que começa a surgir” (p. 199), configurando o que ele denomina “comunicação lateral intensiva”, em substituição ao fracasso das administrações em hierarquia, do poder concentrado. Assim, as novas tecnologias de informação viabilizariam uma mudança política estrutural tanto dentro das empresas como em termos públicos, local e nacionalmente.

Nicholas NEGROPONTE aponta para a redução das instituições públicas como mediadoras entre o cidadão e o governo da coisa pública, na sua já clássica descrição da era digital: “Assim como uma força da natureza, a era digital não pode ser negada ou detida. Ela dispõe de quatro características muito poderosas, as quais determinarão seu triunfo final: a descentralização, a globalização, a harmonização e a capacitação” (2002, p. 216). Notem que o liberalismo, a globalização e a descentralização governamental são as ideologias de pano-de-fundo da era digital de Negroponte. Um estado mínimo numa democracia de cidadãos conectados em rede digital.

Manuel Castells, assim como Toffler, afirma que o Estado-Nação, em sua crise de legitimidade e governabilidade, não condiz com a Era da Informação, devendo ser substituído pelo Estado-Rede, cujo paradigma seria a União Européia. CASTELLS destaca a descentralização dessa nova forma de governar e ressalta que a participação do cidadão também é necessária para a factibilidade dessa nova forma de Estado: “A participação cidadã funciona mais eficazmente em nível local, mas os novos dispositivos tecnológicos (Internet, por exemplo) podem ampliar formas de consultas e de co-decisão a todos os âmbitos do Estado” (2001, p. 167). CASTELLS, entretanto, menos sujeito ao determinismo tecnológico que afeta a maioria dos teóricos da Sociedade da Informação aqui apresentados, alerta-nos, na sequência de sua argumentação: “É impensável uma democracia soviét-eletrônica no ciberespaço político, porque, na realidade, a ‘democracia direta’ contém o germe da ditadura, como disse Bobbio<sup>10</sup>, e como Rosa Luxemburgo advertiu a Lênin” (p. 167). Na sua obra mais recente, ele completa: “The Internet cannot provide a technological fix to the crisis of democracy” (2001, p. 156).

ARTERTON (1987), em seu consistente livro “Teledemocracy”, alerta-nos para outro importante detalhe nessa questão da utilização política da tecnologia de comunica-

ção mediada por computador. Após o estudo de inúmeras iniciativas ocorridas em diversos estados norte-americanos, conclui que essa tecnologia servirá muito mais para o aperfeiçoamento da democracia representativa do que para a sua substituição por uma democracia direta eletrônica. Além do mais,

“Technology can make teledemocracy, in the sense of pluralist dialogues, possible. And every case where communications media were used to allow citizens to interact with public officials, the results were beneficial [...] The broadening of citizen participation itself created pressures upon public leaders to accept those influences [...] *The communication revolution promises citizens more than mere electronic voting. Regular interaction with fellow citizen and with political authorities constitutes a more complete and educational form of participation. Applications of technology in this matter allow incremental modifications of the existing political machinery*”<sup>11</sup> [grifo nosso] (1987, p. 220).

O teórico das comunidades virtuais, Howard RHEINGOLD (1996), por sua vez, é muito mais cauteloso na sua análise sobre a possibilidade revolucionária do uso do computador nas práticas democráticas. Menos sujeito ao determinismo tecnológico, esse autor condiciona uma possível revolução da participação política democrática ao desenvolvimento da própria esfera pública (na acepção de Habermas), *locus* das trocas públicas de opinião sobre assuntos públicos. Caberá aos usuários da Internet uma opção, ainda em aberto, entre uma utilização essencialmente individualista da comunicação mediada por computador ou uma maior participação nas discussões políticas.

#### 4. Mas qual democracia direta?

Retornando à crítica feita pelos teóricos da sociedade da informação à democracia representativa, necessitamos dimensionar melhor a solução apontada por muitos.

Quando tematiza-se a democracia direta, ROUSSEAU, o teórico moderno da democracia, merece ser revisitado: “Se tomarmos no rigor da acepção, nunca existiu verdadeira democracia, nem jamais existirá [...] Não se pode imaginar que o povo permaneça constantemente reunido para ocupar-se dos negócios públicos” (1999, p. 83).

Ora, nas diferentes avaliações apresentadas neste ensaio sobre a crise atual da democracia representativa, inúmeras referências foram feitas ao crescente desinteresse dos cidadãos pela participação na esfera pública, cujo principal termômetro residiria nos altos índices de abstenção eleitoral (e.g. EUA e França). O consumismo, o individualismo e a descrença política estão entre os motivos elencados. Faria sentido a reedição (mesmo que eletrônica) da democracia direta a partir desse alerta feito por Rousseau há mais de duzentos anos? É difícil imaginar um cenário em que os cidadãos dedicassem boa parte de seu tempo às discussões e votações exigidas pela democracia contemporânea, num contexto socioeconômico tão complexo, não é mesmo? Conforme Norberto BOBBIO,

“É evidente que, se por democracia direta se entende literalmente a participação de todos os cidadãos em todas as decisões a eles pertinentes, a proposta é insensata. Que todos decidam sobre tudo em sociedades sempre mais complexas como são as modernas sociedades industriais é algo materialmente impossível. E também não é desejável humanamente, isto é, do ponto de vista do desenvolvimento ético e intelectual da humanidade (...) o indivíduo rousseauiano conclamando a participar da manhã à noite para exercer os seus deveres de cidadão não seria o homem total mas o cidadão total” (2000, p. 54-55).

Na visão de BOBBIO, essa democracia direta rousseauiana, ideal ressuscitado por inúmeros teóricos da sociedade da informação *hi-tech*, traz embutido o germe do totali-

tarismo, conforme apontado no tópico anterior deste trabalho:

“O cidadão total e o Estado total são as duas faces da mesma moeda (...) têm em comum o mesmo princípio: que tudo é política, ou seja, a redução de todos os interesses humanos aos interesses da pólis, a politização integral do homem, a resolução do homem no cidadão, a completa eliminação da esfera privada na esfera pública e assim por diante” (p. 55).

Para Bobbio, o *referendum* seria a outra característica essencial da democracia direta, instrumento que mostraria inadequado para a condução das coisas públicas; o referendo é um instrumento extraordinário cuja utilização deve ser limitada às circunstâncias extraordinárias. Esse pensador italiano afirma que o mais próximo que atualmente poderíamos chegar do ideal de democracia direta seria o caso da democracia representativa aperfeiçoada, em que as representações seriam revogáveis, permitindo aos cidadãos um efetivo controle sobre aqueles escolhidos para conduzirem as aspirações populares.

Por fim, merece destaque a ressalva de natureza teórico-política feita pelo cientista político argentino Guillermo O'DONNELL (2002, p. 69) de que as principais teorizações e conceituações existentes na Ciência Política contemporânea (*mainstream*), referentes à democracia, foram elaboradas para as sociedades mais desenvolvidas do hemisfério norte e por teóricos daquelas mesmas regiões; dessa forma, muitas características específicas das democracias existentes ao sul do Equador não estão ainda devidamente tematizadas.

Antes de apresentarmos a crítica de Benjamin Barber à democracia digital, vejamos algumas experiências de utilização eleitoral da Internet.

##### 5. Algumas experiências concretas sobre a utilização da Internet em eleições

A Califórnia foi o primeiro estado norte-americano a formalmente estudar a utiliza-

ção da Internet nas votações. A maior preocupação reside na questão de segurança do processo. Atualmente é possível que os residentes daquele estado possam realizar seus registros eleitorais, embora seja necessário uma posterior confirmação dos mesmos por meio da aposição de assinaturas (MONTEIRO, 2001, p. 39).

HADE, MUSSO e WEARE analisaram os sítios na Internet das câmaras municipais da Califórnia durante os anos de 1996 e 1997 em busca de evidências empíricas do grau de interatividade democrática dos mesmos. Os resultados apontaram que apenas poucas “web páginas” efetivamente proveram acessibilidade às informações governamentais e canais de comunicação para os cidadãos. Na sua grande maioria,

“... an important feature of the internet is rarely used in ways that can reasonably be thought to lead to incremental reform, let alone democratic renewal[...] we found that the current city use of web technology does little, if anything, to foster this type of democratic revitalisation”<sup>12</sup> (1999, p. 115).

As primeiras experiências em que os eleitores puderam votar pela Internet ocorreram no primeiro semestre de 2000 nos Estados Unidos, nas eleições primárias para a presidência da república: em janeiro, no estado do Alaska, os eleitores do Partido Republicano puderam utilizar essa tecnologia na escolha do seu candidato. “Of the 3,100 people eligible to vote by Internet in that race, only 35 cast ballots. And not all of those people were even in Alaska; members of the state’s congressional delegation voted via Web from Washington” (WOLF, 2000); em março, no estado do Arizona, mais de 25.000 eleitores do Partido Democrata votaram *online*, num universo total de 843.000 eleitores registrados, o que foi considerado como o primeiro caso de sucesso nesse tipo de votação eletrônica. Vale acrescentar que ambas as eleições via Internet foram viabilizadas por empresas privadas, que adotaram soluções tecnológicas bem diferentes.

No Alaska, a empresa “VoteHere.net” optou pela distribuição de um *software* específico, enquanto, no Arizona, a empresa “Election.com” apresentou uma solução de sistema que não exigia a instalação de um *software* a parte; o único problema é que versões mais antigas dos *browsers* não conseguiram conectar-se ao programa de votação. Os eleitores receberam senhas pelo correio e tinham que responder algumas questões verificadoras *online* no momento da votação como forma de dar maior confiabilidade ao sistema.

O sucesso obtido com as votações *online* das primárias do Partido Democrata no Arizona estimulou inúmeros estudos de implementação de eleições via Internet em vários estados norte-americanos, apesar de inúmeras críticas ao caráter elitista dessa facilidade, que acabou beneficiando desproporcionalmente os proprietários de computadores (a despeito da instalação de inúmeros computadores para votação em lugares públicos).

O cientista político norte-americano Michael Cornfield, professor da George Washington University, mostra-se mais cauteloso; na sua avaliação, os políticos do seu país ainda não descobriram o potencial político da Internet e não estão promovendo discussões *online*. Para esse estudioso, mesmo que as eleições fossem realizadas via Internet, seria prematuro afirmar que a rede de computadores poderá efetivamente aumentar a participação política no processo eleitoral: “Já fazemos experiências envolvendo novas tecnologias desde a década de 70 e o impacto sobre as pessoas sempre foi nulo” (apud. TRAVALLONI; LEITE, 2002).

Inúmeros países da Europa, mais Austrália e Nova Zelândia, estão estudando a possibilidade de se utilizar o voto eletrônico via Internet; no entanto, questões de segurança, confiabilidade e, principalmente, preservação do sigilo do voto estão em debate. A Suíça anunciou (Cantão de Genebra) que irá realizar, ainda em 2002, as primeiras eleições pela Internet do mundo, num sistema imune a fraudes; “mas a intro-



dução da e-democracia só está sendo possível graças ao amplo uso da Internet no país. Segundo dados da Secretaria de Economia do país, 57% dos suíços possuem computadores em casa e 44% navegam na Internet quase todos os dias” (CHADE, 2001).

Segundo Monteiro,

“Provavelmente a melhor síntese sobre o uso da Internet para votar é dada pela California Internet Task Force (2000): a tecnologia existente é suficiente para permitir a realização de eleições na Internet, no entanto os níveis de segurança e privacidade requeridos podem levar ao desenho de um sistema tão complexo que não ofereça benefícios perceptíveis aos utilizadores” (2001, p. 70).

Talvez a experiência dos eleitores do Partido Democrata do Arizona, acima descrita, corrobore esse ponto de vista.

Por fim, Pierre LÉVY é, ao nosso ver, detentor de uma conceituação mais factível e menos otimista do que seria a democracia eletrônica:

“A respeito deste último ponto, que muitas vezes gera mal-entendidos, esclareço que a difusão de propagandas governamentais sobre a rede, o anúncio dos endereços eletrônicos dos líderes políticos, ou a organização de referendos pela Internet nada mais são do que as caricaturas de democracia eletrônica. *A verdadeira democracia eletrônica* consiste em encorajar, tanto quanto possível – graças às possibilidades de comunicação interativa e coletiva oferecidas pelo ciberespaço –, a expressão e a elaboração dos problemas da cidade pelos próprios cidadãos, a auto-organização das comunidades locais, a participação nas deliberações por parte dos grupos diretamente afetados pelas decisões, a transparência das políticas públicas e sua avaliação pelos cidadãos” [grifo nosso] (1999, p. 186).

Em outro texto seu, Pierre LÉVY adianta parte da crítica política ao determinismo tec-

nológico em face dos potenciais democráticos da Internet que apresentaremos no tópico seguinte:

“*Mas o interesse final reside menos na conexão física (...) do que no tipo de utilização adotado: passivo e unidirecional ou dialógico e interativo? Emancipador ou criador de novas dependências? É sobre isso que os governos, os partidos políticos, as associações e as boas vontades podem e devem intervir. Entregue a sua inércia histórica, o fenômeno de interconexão em curso reforça naturalmente a centralidade – logo o poder – dos centros intelectuais, econômicos e políticos já estabelecidos. Mas também é apropriado – um não exclui o outro – por movimentos sociais, redes de solidariedade, iniciativas de desenvolvimento, projetos pedagógicos, formas mutantes de cooperação e de trocas de conhecimento, experiências de democracia mais participativa. (...) Cada vez mais será um poder nascido da capacidade de aprender e de trabalhar de maneira cooperativa*” [grifo nosso] (2000, p. 205).

## 6. A crítica da ciência política à democracia digital

Em 1984, portanto antes do surgimento da Internet e da WWW, Benjamin Barber foi um dos primeiros cientistas políticos a anteciper os possíveis impactos positivos das novas tecnologias de informação e comunicação (TCI) no “fortalecimento” do sistema democrático. No seu clássico “Strong Democracy”, elencou como perspectivas positivas da conexão em rede dos indivíduos e instituições o aprofundamento da educação cívica, a ampliação do acesso às informações e o aumento da participação política dos cidadãos em fóruns de debates.

Desde então, Barber tem participado ativamente no debate sobre o impacto das TCIs no sistema democrático, tornando-se uma referência crítica obrigatória nessa questão. Em sua reflexão mais recente sobre o tema,

BARBER afirma que as tecnologias tendem mais a refletir do que alterar a cultura da qual emergem.

“There is no reason to think things different with new technologies. If the dominant moments of modern society are democratic and civil [...] the technologies are likely to improve democracy [...] If these moments are primarily commercial, private, material and consumerist, however, then the technologies will also become commercial, private, material, and consumerist. *Technology cannot save us from ourselves; it can only reflect all too candidly who we are*”<sup>13</sup> [grifo nosso] (2001, p. 43).

Dando seqüência ao seu pensamento, Benjamin Barber nos alerta para o fato de a Internet ser, nos dias de hoje, predominantemente comercial (aproximadamente 95%), a despeito do seu enorme potencial de uso educacional e cultural.

Barber nos adverte que as discussões sobre a utilização das novas tecnologias das telecomunicações e a democracia ainda estão inconclusas, principalmente pelo fato de que os especialistas em tecnologia conhecem pouco sobre democracia e os especialistas em democracia, por sua vez, conhecem pouco sobre tecnologia. “We can only comprehend how technology affects democracy when we understand the character and nature of democracy itself, something too often taken for granted”<sup>14</sup> (p. 42).

Ao seu ver, as inovações da tecnologia telemática impactam de maneira diferente os diferentes tipos de democracia. A principal característica da comunicação via rede de computadores, a velocidade instantânea, não seria útil para a democracia representativa, vez que o processo legislativo requer inúmeras e discutidas leituras dos projetos de lei, buscando-se evitar decisões precipitadas que afetarão a vida de toda uma comunidade. O grande desafio é condicionar a velocidade dessa tecnologia sem bloquear suas possibilidades de transformação. Por

outro lado, essa mesma velocidade seria bem mais aceitável para outro tipo de democracia, a plebiscitária, baseada em enquetes instantâneas, apesar do risco de manipulação da opinião das massas.

A outra característica das tecnologias digitais é sua tendência de simplicidade reducionista “(...)to binary dualismo that, in political terms, facilitate representative democracy with its yea/nay referendums”<sup>15</sup> (p. 44); por outro lado, esse dualismo sim/não seria prejudicial para uma “democracia forte” (*strong democracy*)<sup>16</sup>, em que o debate complexo demanda múltiplas escolhas em razão de múltiplas opções políticas decisórias. Para Benjamin Barber, a comunicação horizontal, via Internet, sem intermediação de estruturas hierarquizadas, seria bastante útil para a democracia direta, mas seria um desastre para a democracia participativa, pois esta exige um filtro para as paixões populares e imediatistas no processo legislativo.

A terceira característica da Internet apontada por Barber seria a tendência de “isolar, dividir e atomizar os indivíduos”<sup>17</sup>. O autor lembra que, mesmo na *hi-tech* “comunidade virtual”, as pessoas interagem com o ciberespaço através de uma interface solitária. O cientista político ressalta ainda que a maioria das comunidades virtuais existentes é o resultado da reunião de interesses estreitos e “it is one thing to use the Internet to reinforce an existing community; it is quite another to create a community from pixels alone”<sup>18</sup> (p. 45). Barber aqui reforça avaliação semelhante anteriormente feita pelo renomado teórico das comunidades virtuais, Howard RHEINGOLD (1993).

Depois de fazer uma crítica ao fato de que a Internet reforçou o caráter comercial e consumista da sociedade e advogar a necessidade da universalização do acesso ao mundo digital, inclusive por meio de uma política de *software* livre, Barber declara que as novas tecnologias de comunicação necessitam ser efetivamente programadas no intuito de beneficiarem a democracia. Para

tanto, os cidadãos deveriam se fazer ouvir na elaboração das políticas de tecnologia.

“New technology is only an instrument of communication. It cannot determine we will say and to whom we will say it [...] while we are able to talk to strangers around the world, many of our problems today arise from the fact that we no longer know how to talk to neighbors, to husbands, to wives, and to fellow citizens”<sup>19</sup> (BARBER, 1995, p. 47).

O futuro de nossas democracias dependeria da qualidade das nossas instituições e do caráter dos nossos cidadãos, e não da qualidade e caráter das nossas tecnologias.

Em outro artigo, publicado entre os anos 1998 e 1999, Benjamin BARBER nos aponta três diferentes e possíveis cenários para a relação democracia e novas tecnologias:

1) No cenário denominado “Pangloss”, a utilização social da tecnologia ficaria a cargo exclusivo das forças de mercado, o que reforçaria o atual caráter consumista e de entretenimento da Internet, além de replicar as desigualdades atualmente existentes de inclusão social dentro dos países e entre países,

“...a technology whose cheapness and university promises a new communicative egalitarianism is, in fact, replicating in the domain of information the inequality that otherwise characterizes market relations in the West. Increasingly gap can be described between information-rich and information-poor segments of Western nations”<sup>20</sup> (1998-1999, p. 582).

O cientista político Giovanni SARTORI nos faz um alerta semelhante, destacando que a natureza essencialmente individualizada<sup>21</sup> da comunicação mediada por computador poderá reforçar a atomização social-consumista e a redução da esfera pública, ameaçando ainda mais a democracia:

“Quero acrescentar que os profetas do novo mundo digital fingem não perceber (ou não se apercebem de fato) que as interações na rede são somente

um pálido substitutivo das interações cara-a-cara, isto é, das verdadeiras interações. O interagir, que consiste em um intercâmbio de mensagens por meio de computadores pessoais, é um contato empobrecido que afinal nos deixa sempre sozinhos diante de um teclado (...) O resultado que nos aguarda é uma *solidão eletrônica* (...) Neste sentido, portanto, é difícil ficarmos numa situação pior do que esta em que nos encontramos com relação à democracia, cujo sujeito – o povo – deveria agir *compartilhando* um sistema *democrático*” (2001, p. 40 e 116).

2) O cenário “Pandora”: esse seria a pior perspectiva para a democracia, pois nele o governo utilizaria as novas tecnologias de comunicação mediadas por computador para controlar, padronizar e reprimir a sociedade. Tais tecnologias de fato possuem um enorme potencial de vigilância, e Barber cita o poder que as empresas de crédito da Europa e dos EUA têm em razão dos gigantes arquivos de informações pessoais que construíram sobre a vida de consumo de seus clientes. Além do mais, a atual tendência de surgimento de grandes conglomerados anglo-americanos das telecomunicações e monopólios de *softwares* (e.g. Microsoft, Murdoch, AOL-Time-Warner) pode ser um “perigoso facilitador da tirania”:

“There is no tyranny more dangerous than an invisible and benign tyranny, one in which subjects are complacent in their victimization, and in which enslavement is a product of circumstance rather than intention. Technology need not inevitably corrupt democracy, but its potential for benign cannot be ignored”<sup>22</sup> (BARBER, 1998-1999, p. 581-582).

Barber se pergunta então: quem irá prevenir que a mídia controle os seus clientes e consumidores?

Octávio IANNI, num artigo intitulado “O príncipe eletrônico”, expressa a mesma preocupação quanto à redução do cidadão

a consumidor e ao controle da mídia pelas megacorporações:

“Um capítulo fundamental da ‘democracia eletrônica’ envolve a convergência e a mobilização de mercado e marketing, mercadorias e idéias, opiniões e comportamentos, inquietações e convicções (...) Esse é o contexto no qual estão presentes as corporações transnacionais. Interessadas no comércio de mercadorias e na publicidade, bem como na expansão dos mercados e no crescimento do consumo (...) Sem esquecer que grande parte da mídia organiza-se em corporações e, muitas vezes, faz parte de conglomerados também transnacionais. Há, portanto, toda uma vasta e complexa rede de articulações corporativas envolvendo mercados e idéias, mercadoria e democracia, lucratividade e cidadania (...) São muitos os caminhos, assim como as redes, que conduzem à política eletrônica, à democracia eletrônica, à tirania eletrônica ou ao príncipe eletrônico (...) o arquiteto do *ágora* eletrônico, no qual todos estão representados, refletidos (...) sem o risco da convivência nem da experiência” (2001, p. 66-67 e 69).

Giovanni SARTORI nos alerta para problema semelhante em sua crítica ao otimismo determinista tecnológico de Negroponte (de que tratamos anteriormente) em enxergar um futuro dominado pela indústria eletrônica de computadores:

“E no final o poder passa para o Grande Irmão eletrônico [pois] os computadores não são entidades metafísicas; são máquinas geridas por pessoas de carne e osso. Negroponte sobrevoa, portanto, o Grande Irmão. O qual, na realidade, não vai ser um Grande Irmão no singular. Entretanto, isso não elimina o fato de que a ‘tecnópole’ digital vai ser gerida por uma raça entregue a pequeníssimas *élites*, dominada por cérebros-tecnológicos alta-

mente dotados, e que se resolverá – na visão de Neil Postman – em uma ‘tecnocracia que se tornou totalitária’, que plasma tudo e todos à própria imagem e semelhança” (2001, p. 118).

Esse cenário aqui descrito apontado por Barber é fonte de preocupação de inúmeros outros autores contemporâneos, especialmente sociólogos, na tematização do que denominam a “sociedade vigiada”: a crescente utilização de tecnologias eletrônicas de informação e comunicação está permitindo que grandes corporações financeiras monitorem a vida de seus clientes, assim como a ampla disseminação de câmeras de circuito interno está reduzindo a nossa privacidade, apenas para indicar os exemplos mais citados. Talvez o risco mais imediato não seja o “príncipe eletrônico” e sim a reedição eletrônica do Panóptico de Jeremy Bentham.

3) O cenário “Jeffersoniano”: nessa perspectiva, os cidadãos e o governo mobilizam-se para adaptar as características das redes de computadores em prol da democracia: a) estimulando a participação cidadã, promessa que a televisão não cumpriu (induziu, sim, a maior passividade do telespectador); b) disseminando as informações públicas e promovendo a instalação de telecentros comunitários de acesso à WWW; c) promovendo a educação cívica; e, d) auxiliando na transposição da barreira do paroquialismo da política regional e do chauvinismo da política nacional.

Nesse cenário otimista, as novas tecnologias da telemática serão um excelente instrumento para o engajamento dos cidadãos no debate das coisas públicas de suas comunidades: “It was always Jefferson’s belief that inadequacies of democracy were best remedied by more democracy: that civic incompetence was not a reason to disempower citizens, but empowerment a remedy to redress incompetence”<sup>23</sup> (BARBER, 1998-1999, p. 584).

Para Barber, esse cenário favorece a construção do que ela denomina “strong democracy” (democracia forte), ultrapassando a

democracia representativa formal<sup>24</sup>, em que o cidadão se faz presente basicamente apenas nos períodos eleitorais.

Por fim, numa crítica feita ao conceito da “sociedade da informação”, Barber destaca que o enorme volume de informações disponíveis na Internet não seria necessariamente um instrumento para o aperfeiçoamento da democracia e da educação; o problema da sociedade não reside num déficit de informações, e sim num déficit de conhecimento e pensamento crítico. Sabedoria e conhecimento não seriam redutíveis a um maior volume de informações.

### 7. Considerações finais

Acredito que são bastante pertinentes as críticas políticas de Benjamin Barber, de Giovanni Sartori e Octávio Ianni ao determinismo tecnológico dos tecno-profetas da sociedade da informação. O desenvolvimento da tecnologia de informação é socialmente enraizado, e, sendo assim, o impacto da mesma no aperfeiçoamento da democracia irá depender da efetiva qualidade desta última.

Sem dúvida alguma, o anúncio da “morte” da democracia representativa e as profecias de uma ágora digital feitas Negroponte, Toffler e Naisbit são, no mínimo, ingênuos. Devemos encarar com cautela a perspectiva revolucionária da rede de computadores no surgimento de uma nova democracia e consideramos mera utopia política o ressurgimento digital da *Ágora* no ciberespaço. Referendos eletrônicos do tipo “Você decide” não comportam as votações e debates complexos das coisas públicas das sociedades atuais, quiçá uma democracia direta ao estilo rousseauiana, como nos alertou Norberto Bobbio.

Além do mais, não devemos nos descuidar da ameaça à democracia inscrita na redução da cidadania ao consumo, e consequente redução do espaço público (tão bem descritos por Sennet, Arendt e Habermas), que podem ser agravadas em razão das características individualizantes da comuni-

cação mediada por redes de computadores. Isso sem invocarmos o potencial totalitário dessa tecnologia telemática, conforme nos alertou Octávio Ianni, Benjamin Barber e Giovanni Sartori.

Por outro lado, não devemos subestimar o potencial de comunicação interativa da Internet na disseminação seletiva de informações governamentais e na educação para uma cidadania participativa e comunitária. Para tanto, políticas públicas de inclusão digital são requeridas, pois abandonar o desenvolvimento dessas novas tecnologias telemáticas ao livre jogo das forças de mercado significaria reforçar as desigualdades sociais (CASTELLS, 2001) e os problemas democráticos atualmente existentes (no caso brasileiro, vale lembrar o surgimento dos “coronéis eletrônicos” das regiões Norte e Nordeste, elites tradicionais locais que se tornaram proprietárias de redes de televisão).

As experiências de votação através da Internet realizadas nos EUA corroboram as cautelas políticas acima delineadas, pois indicaram as dificuldades dos eleitores do país mais rico do planeta com essa nova possibilidade de participação política, haja vista os problemas técnicos ocorridos que impediram a concretização de inúmeros votos. Cautelas referentes à segurança do voto foram recorrentemente levantadas, bem como o benefício socialmente desigual gerado pelo voto através da rede de computadores.

Além do mais, sem um prévio envolvimento comunitário dos eleitores, condição básica para uma “democracia forte” e sustentável, a mera introdução das novas tecnologias telemáticas apenas reforçaria as práticas políticas existentes, conforme inclusive nos alertou Pierre Lévy (seguindo a idéia principal de Benjamin Barber ao reaver a participação política para o aperfeiçoamento democrático). Como bem afirmou o mais eminente teórico das comunidades virtuais, Howard RHEINGOLD (1993), estas só funcionariam a partir de comunidades previamente existentes. Por extensão, podemos afirmar que uma cidadania eletrônica

só faria sentido a partir de uma cidadania política plena e participativa.

Consideramos oportunas as reflexões de CARTER sobre a democracia que tão bem se adequam à realidade brasileira:

“O principal cenário discutido tem sido essencialmente otimista, onde a super-auto-estrada da informação será capaz de apoiar uma grande gama de novos serviços que aumentarão as capacidades dos cidadãos e permitirá a sua participação numa emergente democracia digital. Contudo, há um sério perigo que este cenário acabe por ignorar as realidades do poder que suportam uma aristocracia da informação em vez de uma democracia digital. Se os cidadãos não tiverem acesso às novas infra-estruturas telemáticas e serviços, o resultado simplesmente reforçará os já existentes padrões de desigualdade com os que tem e os que não têm informação nas nossas comunidades” (1997, p. 178-179).

Para concluir, devemos observar que, na construção da “cidadania digital” brasileira, a despeito das louváveis iniciativas de governo eletrônico (classificada pela ONU entre as 18 melhores do mundo em 2001), deparamos-nos com a superposição de dois analfabetismos: o literário e o digital. Sem resolvermos o primeiro, a inclusão digital fica cada vez mais distante, e a solução de tais questões requer políticas públicas consistentes e duradouras (e.g. investimentos maciços em educação e telecentros comunitários). Caso contrário, o atual “fosso” que separa uma elite econômica conectada (aproximadamente 14 milhões de pessoas, em julho de 2002, segundo pesquisa do Ibope e Retings) do restante da população brasileira, carente de energia elétrica, telefone, computadores etc. só tende a se ampliar com o tempo.

Nas atuais condições da sociedade brasileira, a democracia digital é uma quimera mais distante até que a própria *Ágora* ateniense do século V a.C., bem próxima, isto sim, das sombras enganosas da caverna de Platão.

## Notas

<sup>1</sup> Este termo é utilizado para se referir a tudo desde comunidade em rede e fóruns *online* a lobby de representantes eleitos através de e-mail.[...] O que gostaríamos de discutir aqui é uma das mais radicais definições do termo: o uso da rede eletrônica para viabilizar uma forma mais direta de democracia, para simplificar o processo de representação e voltar-se mais aos plebiscitos mediante a internet e debates ‘oficiais’ *online* para decidir questões de políticas governamentais.

<sup>2</sup> Definido em termos amplos, o e-governo inclui praticamente todas as plataformas de tecnologia de comunicação e informação e aplicações em uso pelo setor público. Para o propósito deste trabalho, entretanto, e-governo é definido como o uso da internet e da *world wide web* para a disseminação de informações e serviços governamentais aos cidadãos.

<sup>3</sup> Preferimos utilizar a denominação “democracia digital” a “democracia eletrônica” uma vez que aquela primeira é mais precisa tecnologicamente, pois remete intuitivamente à rede de computadores.

<sup>4</sup> “Muchos autores – Alvin & Heidi Toffler [...], Peter Drucker[ ...] y Peter Senge [...], entre los más notables – vienen conquistando grandes audiencias para sus tesis en favor del uso estratégico de la información y del conocimiento, para garantizar el éxito de los procesos de planificación y desarrollo de instituciones y negocios. *Y, lo que es más importante, para ampliar las bases de la democracia, a través de sistemas cada vez más creativos y participativos*” [grifo nosso] (MIRANDA, 1996).

<sup>5</sup> “Eu não conheço nenhuma garantia mais segura dos poderes últimos de uma sociedade que o próprio povo; e se nós pensarmos que ele não é instruído o suficiente para exercer o seu controle com uma saudável prudência, o remédio não é retirá-lo dele, mas aperfeiçoá-lo com educação” (apud ARTERTON, 1987, p. 170) [Tradução nossa].

<sup>6</sup> A idéia de uma rede nacional para a participação política reporta aos anos de 1940, quando o cientista Buckminster Fuller propôs, pela primeira vez, a votação dos assuntos do dia pelo telefone. O psicólogo Erich Fromm, no seu livro “The sane society” de 1955, escreveu sobre ‘uma verdadeira Câmara dos Deputados’, em que os cidadãos possam votar os assuntos ‘com a ajuda dos dispositivos técnicos que possuímos hoje’. Em 1982, o futurólogo Alvin Toffler escreveu que tal sistema ‘teria um efeito devastador sobre os grupos de interesses e lobbies que infestam a maioria dos parlamentos’. Perot, de fato, tem defendido as câmaras municipais eletrônicas por mais de vinte anos. Acontece que ninguém o levou a sério – isto é, até a insatisfação pública com a ineficiência governamental ter atingido um crescendo em 1992 (tradução nossa).

<sup>7</sup> A lógica central da aliança de Ross Perot ‘United We Stand’, constituída de links eletrônicos municipais para reuniões cidadinas, era facilitar a discussão e o debate amplo ao nível das bases e não dos lobbistas (tradução nossa).

<sup>8</sup> Por outro lado, quantas coisas difíceis de reunir não supõe tal governo? Primeiro, um Estado muito pequeno, em que seja fácil reunir o povo e onde cada cidadão possa conhecer facilmente todos os outros” (ROUSSEAU, 1999, p. 83).

<sup>9</sup> No quarto século a.C., Aristóteles defendeu democracias maiores que uma pequena cidade-estado, como Atenas. Uma razão seria que na democracia todos os cidadãos devem ser aptos a se reunir em assembléia em determinado lugar para escutar o orador. Assim, o alcance da voz humana limitava o tamanho da democracia [...] Após o nascimento dos Estados Unidos, uma grande democracia para os padrões históricos, tais argumentos foram descartados, e o modelo de Aristóteles passou a ser visto como uma das versões de democracia: a democracia direta (tradução nossa).

<sup>10</sup> Veremos mais adiante a crítica feita por Bobbio à democracia direta.

<sup>11</sup> A tecnologia pode tornar a teledemocracia, no sentido do diálogo pluralista, possível. E em todas as situações em que os meios de comunicação foram usados para permitir que os cidadãos interagissem com a administração pública, os resultados foram benéficos [...] A ampliação da participação cidadã por ela mesma pressionou os líderes públicos a aceitarem essas influências [...] *A revolução das comunicações promete mais aos cidadãos do que apenas o voto eletrônico*. A interação regular com os cidadãos e com as autoridades políticas constitui uma forma mais completa e educacional de participação. *A utilização da tecnologia nessa questão permite modificações paulatinas na maquinaria política existente* (tradução e grifos nossos).

<sup>12</sup> ...grande parte da Internet raramente é utilizada de maneira a se poder pensar razoavelmente que conduza a reformas paulatinas, quanto mais à renovação democrática [...] descobrimos que o atual uso da tecnologia web nas cidades faz pouco, se não nada, para fomentar a revitalização da democracia (tradução nossa).

<sup>13</sup> Não existem motivos para se pensar as coisas de maneira diferente com as novas tecnologias. Se o momento predominante da sociedade for democrático e civil [...] as tecnologias provavelmente irão aperfeiçoar a democracia [...] Entretanto, se o momento for basicamente comercial, privado, material e consumista, então a tecnologia também será comercial, privada, material e consumista. A tecnologia não nos pode salvar de nós mesmos; ela apenas pode refletir muito francamente quem somos (tradução nossa).

<sup>14</sup> Nós só compreenderemos como a tecnologia afeta a democracia quando entendermos o caráter

e a natureza da própria democracia, algo muitas vezes desconsiderado (tradução nossa).

<sup>15</sup> ...dualismo binário que, em termos políticos, facilita a democracia representativa com seus referendos sim/não (tradução nossa).

<sup>16</sup> “A democracia forte baseia-se na idéia de uma comunidade autônoma de cidadãos que estão unidos menos por interesses homogêneos do que pela educação cívica, e que são capazes de buscar objetivos comuns e de agir com reciprocidade graças à sua boa índole. A democracia forte é compatível, ou melhor, depende da política do conflito, da sociologia do pluralismo e da separação entre as esferas de ação pública e privada” (Barber apud PUTNAM, 1996).

<sup>17</sup> Lembrando que PITKIN afirmou: “Los científicos de la política saben desde hace mucho tiempo que ‘votar é essencialmente un ato de grupo’. Al votar, de hecho percibimos la realidad política a través de la gente con la cual estamos en contacto. La mayoría de nosotros estamos bajo la influencia de los medios de comunicación de masas sólo en un proceso que tiene dos etapas: a través de las percepciones de otras gentes y por medio de las reacciones ante ellas” (1985, p. 248).

<sup>18</sup> Uma coisa é usar a Internet para reforçar uma comunidade pré-existente. Outra bem diferente é criar uma comunidade nova a partir somente de pixels (tradução nossa).

<sup>19</sup> A nova tecnologia é apenas um instrumento de comunicação. Ela não pode determinar o que iremos dizer e para quem iremos dizer [...] enquanto somos capazes de falar com estrangeiros pelo mundo afora, muitos dos nossos problemas atuais surgem do fato de não sabermos mais como conversar com nossos vizinhos, com maridos, esposas e com nossos companheiros de cidadania (tradução nossa).

<sup>20</sup> Uma tecnologia cujo barateamento e universalização promete um novo igualitarismo comunicativo está, de fato, aumentando, no âmbito da informação, a desigualdade que de outra forma caracteriza as relações de mercado no Ocidente. Podemos constatar uma distância crescente entre segmentos bem informados e segmentos pobres em informação nas nações ocidentais (tradução nossa).

<sup>21</sup> Além do que, como Adam PRZEWORSKI (1994, p. 26 e 28) destaca, “numa democracia, várias forças políticas competem entre si dentro de estruturas institucionais [...] As sociedades democráticas são habitadas não por indivíduos que agem livremente, mas por organizações coletivas que coagem aqueles cujos interesses representam”.

<sup>22</sup> Não existe tirania mais perigosa que a tirania invisível e benigna, em que os sujeitos são complacentes com as perseguições e em que a escravização é produto da circunstância e não da intenção.

A tecnologia não precisa inevitavelmente corromper a democracia, mas o seu potencial positivo não pode ser ignorado (tradução nossa).

<sup>23</sup> Jefferson sempre acreditou que as inadequações da democracia eram melhor remediadas com mais democracia: que a incompetência cívica não seria motivo para se retirar poder dos cidadãos, mas o fortalecimento destes seria o remédio para se reparar aquela incompetência (tradução nossa).

<sup>24</sup> Embora destacando que, para Hanna PIK-TIN (1985, p. 257), um governo genuinamente representativo seria marcado não pelo controle dos governantes sobre os cidadãos, e sim, ao contrário, pelo controle dos cidadãos sobre o governo. Nesse sentido, a Internet pode ser uma tecnologia útil para o aperfeiçoamento da democracia representativa num processo de “accountability”.

### Bibliografia

- ARENDR, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- ARTERTON, F. Christopher. *Teledemocracy: can technology protect democracy?* EUA: Sage Publications, 1987.
- BARBER, Benjamin. Three scenarios for the future of technology and strong democracy. *Political Science Quarterly*, [S. l.] v. 113, n. 4, 1998-1999.
- \_\_\_\_\_. The uncertainty of digital politics. democracy's uneasy relationship with Information technology. *Harvard International Review*, [S. l.], primavera 2001.
- CARTER, Dave. “Democracia Digital” ou “Aristocracia da Informação?” In: LOADER, Brian D. (org.). *A política do Ciberespaço: política, tecnologia e reestruturação global*. Portugal: Instituto Piaget, 1997.
- CASTELLS, Manuel. Para o Estado-rede: globalização econômica e instituições políticas na era da informação. In: PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; WILHEIM, Jorge; SOLA, Lourdes (org.). *Sociedade e Estado em transformação*. São Paulo: UNESP, 2001.
- \_\_\_\_\_. *The internet galaxy: reflections in the Internet, Business, and society*. Nova York: Oxford University Press, 2001a.
- CHADE, JAMIL. Suíça promove primeiras eleições pela Internet. *Agência Estado*, São Paulo, 12 abr. 2001. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/ages-tado/noticias/2001/abr/12/99.htm>>. Acesso em: [2002?].
- DAHL, Robert A. *Democracy and its critics*. New Haven: Yale University Press, 1989.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- FERREIRA, José Ribeiro. *A democracia na Grécia antiga*. Coimbra: Livraria Minerva, 1990.
- FUKUYAMA, Francis. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.
- HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural da esfera pública*. Rio de Janeiro: Biblioteca Tempo Universitário, 1984.
- HALE, Matthew; MUSSO, Juliet; WEARE, Christopher. Californian web pages. In: HAGUE, Barry N.; LOADER, Brian D. (org.). *Digital Democracy: discourse and decision making in the information age*. Londres: Routledge, 1999.
- HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- HERTZ, Norrena. “O mundo dominado”. *Época*, [S. l.], n. 219, p. 13-17, 29 jul. 2002.
- IANNI, Octávio. “O príncipe eletrônico”. In: DO-WBOR, Ladsilau et al. (orgs.). *Desafios da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- KORAC-KAKABADSE, Andrew; KORAC-KAKABADSE, Nada. Information technology's impact on the quality of democracy: reinventing the 'democratic vessel'. In: HEEKS, Richard. (org.). *Reinventing government in the information age: international practice in it-enabled public sector reform*. Londres: Routledge, 1999.
- LÉVY, Pierre. A Revolução contemporânea em matéria de comunicação. In: MARTINS, Francisco Menezes; SILVA, Juremir Machado da (orgs.). *Para navegar no século XXI*. 2. ed. Porto Alegre: Sulina/Edipucrs, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999.
- MASUDA, Yoneji. *A sociedade da informação como sociedade pós-industrial*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1982.
- MIRANDA, Antonio Lisboa Carvalho de. Globalization y sistemas de informacion: nuevos paradigmas y nuevos desafios. In: *Ciência da Informação*, [S. l.], v. 3, n. 3, 1996.
- MONTEIRO, Américo et al. *Sistemas eletrônicos de votação*. Lisboa: Faculdade de Ciências da Universidade de Lisboa, out. 2001. Disponível em: <<http://www.di.fc.ul.pt/biblioteca/tech-reports>>. Acesso em: [2002?].
- MOORE, Richard K. Democracy and cyberspace. In: HAGUE, Barry N.; LOADER, Brian D. (org.).



- Digital democracy: discourse and decision making in the information age*. Londres: Routledge, 1999.
- NAISBIT, John. *Megatendências*. São Paulo: Abril Cultural, 1982.
- O'DONNELL, Guillermo. As democracias sul-americanas contemporâneas. *Política externa*, [S. l.], v. 2, n. 1, jun./ago. 2002, p. 66-77.
- PITKIN, Hanna Fenichel. *El concepto de representación*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PNUD-ONU. *Human development report 2001: making new technologies work for human development*. Disponível em: <<http://www.undp.org/hdr2001>>. Acesso em: [2002?].
- PUTNAM, Robert D. *Comunidade e democracia: a experiência da Itália moderna*. Rio de Janeiro: FGV, 1993.
- PRZEWORSKI, Adam. *democracia e mercado no leste europeu e na américa latina*. Rio de Janeiro: Relume Dumara, 1994.
- RHEINGOLD, Howard. Community development. *The Cybersociety of the Future*. Disponível em: <<http://www.partnerships.org.uk/bol/howard.htm>>. Acesso em [2002?].
- RHEINGOLD, Howard. *Comunidade virtual*. Lisboa: Gradiva, 1993.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. *O contrato social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2001.
- SARTORI, Giovanni. *Homo videns: televisão e pós-pensamento*. Bauru: EDUSC, 2001.
- SCHWARTZ, Evan I. Direct democracy: are you ready for the democracy channel? *Revista Wired*, jan. 1994. Disponível em: <[http://www.wired.com/wired/archive/2.01/e.dem\\_pr.html](http://www.wired.com/wired/archive/2.01/e.dem_pr.html)>. Acesso em: [2002?].
- SENNET, Richard. *O declínio do homem público*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- TOFFER, Alvin. *A terceira onda*. 21 ed. Rio de Janeiro: Record, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Previsões e premissas*. Rio de Janeiro: Record, 1987.
- TRAVALLONI, Elisa; LEITE, Clara. Internet não influencia eleições nos EUA. *Jornal do Brasil*, 20 jun. 2002. Disponível em: <<http://jbonline.terra.com.br/inter/internet/eleicoes.html>>. Acesso em 2002.
- WOLF, Richard. Arizona voters click into history. *USA Today*. Disponível em: <<http://www.usatoday.com/life/cyber/tech/cth533.htm>>. Acesso em: [2002?].

## **Rússia – 2ª parte**

### **A Revolução Comunista – os líderes**

Hugo Hortêncio de Aguiar

#### Sumário

1. Introdução. 1.1. Conceitos básicos sobre revoluções. 1.2. Terminologia. 2. A Revolução Comunista. 2.1. Antecedentes da Revolução. 2.2. Etapas revolucionárias. 3. Os líderes. 3.1. Kerenski. 3.2. Trotski. 3.3. Lênin.

#### *1. Introdução*

Não vamos descrever a Revolução Comunista de 1917, na Rússia, em pormenores. Seria necessário, para isso, um livro bastante volumoso, mas já inadequado para a maioria dos leitores desta Revista que, pelos seus inúmeros encargos oficiais, dispõem de tempo cronometrado para os demais afazeres. O que tentaremos fazer é ressaltar os episódios mais marcantes, analisados à luz de enfoques até hoje pouco explorados, e esclarecer aspectos fundamentais de uma terminologia específica que não chega a ser adulterada, mas controvertida em algumas amostras essenciais.

Apresentaremos, também desde logo, algumas idéias gerais, aceitas universalmente, sobre a filosofia e o mecanismo das revoluções, e a interpretação legítima de algumas organizações, básica para o entendimento das ações que promoveram a mudança violenta e radical das instituições fundamentais do Império Russo.

#### *1.1. Conceitos básicos sobre revoluções*

Os exemplos citados se devem ao fato de serem duas Revoluções bem conhecidas e

Hugo Hortêncio de Aguiar é militar reformado, especialista em culturas e línguas do Oriente Médio e das ex-Repúblicas Soviéticas.

estudadas, sendo os seus eventos principais recordados facilmente: a Revolução Francesa e a Revolução Comunista na Rússia. Do sucesso dessas duas depreendemos as seguintes premissas:

a) toda revolução, para ser bem sucedida, deve apresentar uma motivação internacional, isto é, uma causa de sensibilização da opinião pública mundial, a fim de captar a simpatia do maior número possível de nações, com os conseqüentes reflexos positivos. Essa motivação geralmente coincide com o objetivo principal que, tudo indica, foi a queda da monarquia na Revolução Francesa e a eliminação do tsarismo na Revolução Comunista da Rússia. Mas há casos em que o objetivo principal dos revolucionários, apresentado ao concerto das nações, é aparente. Por outro lado, há sempre vários objetivos secundários;

b) nenhuma revolução atinge todos os fins propostos inicialmente. Após dezesseis anos, a Revolução Francesa (da Liberdade) coroava Napoleão Bonaparte (Notre Dame, 1806) como Imperador absolutista. Menos de quatro anos depois da vitória comunista, que liquidou com tudo assemelhado a livre mercado, foi publicada a NEP (Nova Política Econômica), com pleno sabor capitalista;

c) toda revolução é autofágica. É uma conseqüência do item anterior. Com os resultados negativos que sempre surgem, e com as diversas tendências dos revolucionários, alguns descontentes, os mais fracos politicamente são alijados do poder ou, simplesmente, executados. Como exemplos, bastaria citar Robespierre na França e Trotski na Rússia;

d) finalmente, a célebre advertência de Louis de Saint-Just (1767-1794), revolucionário e pensador francês: “Aqueles que fazem revolução pela metade não fazem senão cavar suas sepulturas”<sup>1</sup>. O próprio Saint-Just experimentou a sua justeza, pois foi executado. Na Revolução Russa, Kerenski foi o protótipo do infrator desse preceito.

## 1.2. Terminologia

“Bolchevique” é o membro do Partido Bolchevista. É um nome, um substantivo comum. Não é um adjetivo, embora a maioria dos dicionários faça a equivalência desse termo com a palavra “Bolchevista”, que é um adjetivo, rigorosamente falando. Todavia, estamos tratando de Rússia e em russo a nossa terminação “ique” (seria mais internacional “ik”) corresponde ao agente masculino da ação (e “itsa” ao feminino). Em português, é um substantivo comum de dois, pois “bolchevique” tanto é homem quanto mulher. Assim, dizer Partido Bolchevique, embora não constitua propriamente um erro gramatical, é uma inadequação. O mais coerente seria empregarmos o título Partido Bolchevista ou Partido dos Bolcheviques.

Mas dirão alguns leitores que isso é um consuetudinário utilitário, que essa forma de substantivo adjetivado é uma tolerância gramatical com largo emprego, pois dizemos também Partido Democrata e não Partido Democrático. Muito bem, aceitamos o argumento. No entanto, tratando-se de uma publicação do nível cultural desta Revista, temos que saber, pelo menos, “em que águas estamos navegando”.

“Bolchevista” – Partido Bolchevista é o Partido das “medidas maiores, mais radicais”. Não é o Partido da Maioria. O adjetivo tem origem na palavra russa “bol ‘che’”(maior, mais). Se fosse maioria, a origem seria “bol ‘chinstivo’” e certamente o nome do Partido seria “Bolchintivista” e não “Bolchevista”.

Dessa vez, não seria um caso de opção gramatical, mas um erro de análise distorcida na apreciação de uma política de ação revolucionária. Os bolchevistas somente estiveram em maioria em duas ou três oportunidades, em reuniões de menor importância, limitadas em número de participantes, e em que os bolchevistas obtiveram maioria de votos pela retirada ostensiva dos opositores, chocados com a agressividade oral dos

leninistas. A vez em que os bolchevistas estiveram em maioria “para valer” foi no Soviète de Petrogrado (já era o nome da ex-São Petersburgo), em pleno período revolucionário de outubro de 1917.

“Menchevique e Menchevista” têm exatamente o significado oposto ao que dissemos para “Bolchevique e Bolchevista”. Esses termos têm origem na palavra russa “men ‘che” (menor, menos). A melhor prática é seguir a terminologia francesa “Maximaliste e Minimaliste”, respectivamente para “Bolchevista e Menchevista”.

“Internacionais” – Esclarecemos que esse termo não designa reuniões, congressos, concílios ou conferências, de caráter episódico ou conjuntural, mas sim organizações permanentes internacionais, ou pelo menos com essa pretensão. Foram três as mais notórias:

A primeira Internacional foi a Associação Internacional de Trabalhadores formada em Londres, em 1864, sob a liderança de Karl Marx, com a finalidade de reunir os trabalhadores do mundo inteiro para realizar os objetivos do Manifesto Comunista. Essa Associação defendia a idéia de uma revolução espontânea daqueles, o que a levou, sistematicamente, ao choque doutrinário com os extremados (como Bakunin) e à sua dissolução em 1876.

A Segunda Internacional, chamada Internacional Socialista, foi organizada em Paris, em 1889, mas com escritório central em Bruxelas. Foi tipicamente uma Associação de grupos socialistas europeus, com grande teor nacionalista, e nela tomaram parte, algumas vezes, Lênin e Trotski. Os assuntos mais discutidos eram os trabalhistas. A Associação dissolveu-se com a Primeira Guerra Mundial.

A Terceira Internacional foi formada em Moscou por Lênin, em 1919, e seu nome era Terceira Associação Comunista Internacional de Trabalhadores, mais conhecida como Comintern, não somente a combinação das nove primeiras letras de Comunista e Internacional, mas também com a idéia fixa de

criar um logotipo motivador de sua ação permanente de difusão do comunismo pelo mundo inteiro. Essa organização foi de caráter absolutamente bolchevista (nome mudado para “comunista” desde 1917), embora sob a presidência de Zinoviev, um socialista menchevista, que se transferira, com algumas reservas, para as hostes leninistas. A Terceira Internacional, ou Comintern, foi dissolvida em 1943 por Stalin, que “matou dois coelhos com uma cajadada”.

Primeiro, atendeu os aliados nessa pretensão, em troca de tanques a serem desembarcados no porto de Murmansk, e de outras ajudas na guerra contra os alemães. Em segundo lugar, acabou com a Terceira Internacional, que detestava, e cujo primeiro Presidente, Zinoviev, mandou depois fuzilar.

Sobre “Internacionais”, não convém dizermos mais nada neste ponto da exposição, e somente fazê-lo quando o conteúdo histórico exigir.

Socialismo – As definições apresentadas a seguir são todas de fonte russa, editadas em pleno regime comunista.

Tanto quanto na imprensa ocidental, a imprensa soviética apresentou, durante todo esse período de mando comunista, um volume apreciável de matéria versando sobre “socialismo”, o que podemos constatar nas publicações mais difundidas, como “Voprós Istórii” (Questões de História), “Voprós Filosófii” (Questões de Filosofia) e “Cotchinênia” (Obras). Mas esse cabedal imenso de discussões teóricas é mais interessante e adequado para cientistas políticos. Quanto a nós, ficamos com apenas uma publicação de consulta fácil, um dicionário com a amplitude de uma enciclopédia e que, sobre “socialismo”, apresenta três parágrafos, todos equivalentes na definição do termo. É uma fonte absolutamente comunista:

“Dicionário da Língua Russa”, de Serguêi Ivanovitch OJEGOV (1964).

Respectivamente às páginas de nº 280, quando conceitua “comunismo”, 742, quando conceitua “socialismo”, e 834, quando conceitua “fase”, apresenta a mesma defi-

nição, qual seja, “período definido no desenvolvimento histórico de qualquer processo social”.

Soviete – A palavra, tanto em russo como na maioria dos idiomas, tem três significados: 1º) orientação dada a uma pessoa, ou grupo de pessoas, para um procedimento, para a execução de uma ação; 2º) organização institucional, como Conselho de Ministros, Conselho Universitário ou Conselho de Justiça; e 3º) assembleia não permanente, por exemplo “Concílio”<sup>2</sup> de cardeais, para eleição do Papa.

Em russo, a palavra é uma combinação de “so”, “com”, com “viete”, “grupo, ramo, facção”.

Nos dois primeiros sentidos, tudo igual ao português. No terceiro sentido, o “soviete”, embora conjuntural, apresentava uma grande tendência para se tornar permanente, o que aconteceu de fato após a vitória da Revolução, com todos os Sovietes institucionalizados.

No terceiro sentido, o “soviete”, embora conjuntural, apresentava uma grande tendência para se tornar permanente, o que aconteceu de fato após a vitória da Revolução, com todos os Sovietes institucionalizados.

Além disso, o “soviete” russo apresentava duas características próprias: 1ª) respondia a um novo tipo de liderança introduzido pela revolução que era a “colegiada” e “coletiva”; 2ª) a maior diferença, porém, dos nossos “conselhos”, era a sua função efetiva de comando de ações, pelo menos a partir do Soviete de Petrogrado.

Por isso, os mencheviques queriam um soviete mais amplo, mais numeroso, representado com várias correntes de pensamento, o que traria, no final, um consenso de moderação.

Os bolchevistas, ao contrário, seguiam naturalmente a idéia de Lênin, qual seja, reduzir o número de integrantes, escolhendo somente aqueles que optassem por uma linha de conduta em que tudo fosse sacrificado pela Revolução: família, amigos, instituições, tudo enfim. Além disso, os escolhi-

dos deviam encarar as missões determinadas, mesmo aéticas, com disposição, chegando mesmo ao crime, se necessário. O que Lênin desejava era uma elite altamente revolucionária, terrorista, sem democracia entre eles. Um pequeno número de homens, ou só um homem, deveria tomar as últimas decisões. Esse pensamento era o que caracterizava o “leninismo”, a instrumentalização efetiva, prática, da teoria de Marx (a revolução que Karl Marx preconizava era a “espontânea” dos trabalhadores, política, até mesmo violenta, se necessário fosse, mas sem liderança de Partidos).

Os bolchevistas só obtiveram maioria no Soviete de Petrogrado em setembro de 1917, o que foi decisivo para o levante final de outubro.

A sigla “Marxista-Leninista” foi um adocante muito apreciado por Lênin, como uma forma de não ferir a sensibilidade dos autênticos seguidores da teoria revolucionária de Karl Marx que ele, Lênin, julgava simplesmente utópica.

Infelizmente, para toda a humanidade, Lênin estava com a razão, mas somente quanto à mecânica da Revolução. Quanto aos objetivos, é difícil julgarmos qual, dos dois, foi mais utópico.

## 2. A Revolução Comunista

### 2.1. Antecedentes da Revolução

Podem ficar tranqüilos os caros leitores que não vão assistir ao filme enfadonho, repetitivo e vulgarizado, desfilando os eventos que, com o nome de “antecedentes”, constituem as causas históricas, políticas, sociais, econômicas e militares que costumam preceder as mudanças de vulto na história. Tratando-se da Revolução Comunista na Rússia, não bastaria um só filme, mas um seriado, que pode ser conseguido facilmente nas nossas bibliotecas ou até mesmo no comércio especializado (livros).

Em vez disso, vamos dar uma visão de conjunto, esquematizada, da revolução que

durou praticamente o primeiro quarto do século XX, chamando desde logo a atenção para a seqüência de ação política que caracterizou a formação das organizações comunistas e também as etapas das ações revolucionárias, propriamente ditas, trabalhismo, menchevismo e bolchevismo:

Internacionais – a primeira, em Londres (trabalhista); a segunda, em Paris, socialista, (menchevista); e a terceira, em Moscou, comunista (bolchevista).

Soviets – o primeiro conjunto (só trabalhadores), em 1905; o segundo conjunto (menchevistas e outros), em fevereiro de 1917; e o terceiro conjunto (maioria de bolchevistas), em setembro de 1917.

Etapas Revolucionárias - A primeira, em 1905 (predominância das ações trabalhistas); a segunda, em, fevereiro de 1917 (menchevista); e a terceira, em outubro de 1917 (bolchevista).

## 2.2. *Etapas revolucionárias*

### 2.2.1. *Primeira etapa*

Há um consenso geral atualmente, entre historiadores, analistas e estudiosos da matéria, em considerar os acontecimentos do ano de 1905 como centro cronológico, primeira etapa da Revolução Comunista na Rússia, e não como antecedentes da tomada do poder em outubro.

O quadro histórico justifica essa posição. Assim, como antecedente dessa etapa inicial da Revolução, poderia ser considerado tanto o conjunto de derrotas militares, em mar e em terra, sofridas pela Rússia ante o Japão na guerra de 1904, cujos efeitos foram humilhantes para a primeira, quanto o patriotismo russo ferido e um tratado de paz vergonhoso.

Com o Império abalado, explodiram as greves e manifestações políticas, entre elas a do Padre Gapon, que culminou com o domingo “sangrento”, em 22 de janeiro de 1905, na então São Petersburgo, e constituiu o “leitmotiv”<sup>3</sup> indiscutível para a revolta contra a “autocracia”.

A seguir, caracterizando um processo revolucionário em andamento:

1 – greve geral de mais de um milhão de operários, não somente na indústria, mas em todos os serviços públicos; “espontânea”, talvez a maior da história, sem nenhum órgão de planejamento ou direção, isolando o Tsar e amedrontando os governistas;

2 – revolta dos marinheiros do couraçado Potemkin<sup>4</sup>, já com ligações em outros navios da Marinha;

3 – reflexos da greve operária no campo. Sempre se sucederam rebeliões isoladas de camponeses, mesmo na Rússia Moscovita, mas ações de pequeno porte, entre grupos de senhores de terra e seus empregados. Agora, porém, tratava-se de uma ação de grandes proporções, como resposta à ação grevista nas cidades;

4 – formação de um “soviets” em São Petersburgo, só incluindo trabalhadores, com representantes de todas as fábricas, que, no seu conjunto, atingiu o total de 500 trabalhadores. Esse soviets não teve ação de comando sobre os grevistas, mas consultiva (foi o único com essa conduta);

5 – manifestos do Tsar, prometendo liberdades políticas e direitos civis, além de representação parlamentar (as Dumas), embora tudo isso fosse aparente, para ganhar tempo, eis que o absolutismo estava perdendo consistência e, de qualquer modo, foi conseguido um certo equilíbrio entre o governo e a classe operária. Contudo, tinha começado a revolução, e a prova disso é que Lênin voltou de Genebra para ativá-la “oficialmente”. A verdade é que ele, Lênin, não gostava nada daquele tipo de ação revolucionária, bem “à moda Karl Marx”, e tanto fez – e nisso ele era mestre – que desmoralizou o soviets de São Petersburgo. O governo, logo que teve a oportunidade, massacrou os integrantes, com Trotski à frente, sendo este preso. Lênin, com seu procedimento, desgostou uma grande ala bolchevista e, para reparar “aparentemente” a sua culpa, foi para Moscou tentando uma desforra. O re-

sultado foi novo massacre, que terminou com a revolução de 1905. Lênin exilou-se na Europa ocidental.

Relacionemos alguns acontecimentos posteriores à “primeira etapa”:

- 1 – queda do movimento revolucionário;
- 2 – repressão violenta aos seus organizadores;
- 3 – exílio de líderes (Stalin já entre eles);
- 4 – Lênin e Trotski no estrangeiro;
- 5 – assassinato de Stolipin, responsável pela ordem pública;
- 6 – criação da Terceira Duma; e
- 7 – finalmente, a Primeira Guerra Mundial.

Desde 1905 até 1916, com exceção da Primeira Guerra Mundial, todos os itens anteriormente citados perderam muito de sua expressão em face da atuação de um monge da Igreja Ortodoxa, Grigóri Iefimóvitch Raspútin (1872-1916)<sup>5</sup>, que, em sua estada pela Sibéria, fez amizade com um “shaman”<sup>6</sup> e conseguia, aparentemente ou não, realizar as “curas” dos problemas hemofílicos do filho do Tsar, granjeando a simpatia e o apoio, não somente da Tsarina, mas do próprio Tsar e de toda a Corte. Teve enorme influência política no governo, dominou a hierarquia eclesíastica da Igreja Ortodoxa. Entretanto, levou uma vida escandalosa e granjeou, também, inimizades. Foi assassinado em dezembro de 1916.

### 2.2.2. Segunda etapa

Foi chamada de “Revolução de fevereiro-março”, “Revolução de março” e/ou “Revolução Menchevista”<sup>7</sup>.

Essa etapa teve início após dois anos de guerra com a Alemanha, na chamada Frente Oriental, onde a atuação do Exército Russo foi desastrosa, o que forçou o Tsar a visitas freqüentes à linha de frente, procurando levantar o moral da tropa combatente. Com isso, a Capital ficou entregue à administração da dupla Tsarina e Raspútin, que praticamente exerciam o poder, com suas nomeações descabidas e irresponsáveis. As ações que precederam o levante de março foram:

1 – em 1916 – Reunião da Duma, em novembro, com acirradas críticas a elementos do governo e à própria Tsarina, partindo de elementos conservadores do Partido “Kadete” (sigla formada com as iniciais do Partido Constitucional Democrático “K” e “D”). No final de dezembro, assassinato de Raspútin por um sobrinho do Tsar, não suficiente, porém, para parar o descalabro administrativo;

2 – em 1917 – Início, no dia 20 de fevereiro, de greve nas fábricas Putilov, seguindo-se represália, com dezenas de milhares de trabalhadores desempregados e agitando as ruas, sem liderança alguma. Todos os líderes revolucionários estavam ou em capitais européias ou no exílio. Em março, a guarnição militar de São Petersburgo contava com cerca de 150.000 homens, o que parece configurar uma cifra astronômica. Tudo parecia estar a favor do governo. Mas só aparência. Desse número considerável de soldados, quase todos recrutas, somente cerca de um décimo (15.000) podia ser empregado satisfatoriamente. Acresce a tudo isso que os cossacos estavam disponíveis, mas cansados de guerra, e ansiosos para a volta aos lares;

3 – ações revolucionárias – i – protesto do povo no “dia da mulher” (8 de março), invadindo as ruas, contra a guerra com a Alemanha, principalmente; ii – saques de estabelecimentos de gêneros alimentícios; iii – manifestações trabalhistas contra o desemprego; iv – repetição das demonstrações nos dias 9 e 10 de março, com muito mais intensidade; v – pressão da Duma para o governo fazer concessões; vi – repressão violenta, mesmo usando armas de fogo, foi a resposta do Tsar; vii – muitas unidades militares negam-se a atirar no povo; viii – a maioria das unidades militares ficou solidária com os manifestantes, chegando algumas delas a matar seus oficiais; ix – parte de tropa amotinada invadiu as delegacias de polícia e os arsenais, apoderando-se de armamento e munição; x – confraternização da tropa enviada de fora com os amotinados, o que assegurou a conquista, na noite

de 11 de março, de São Petersburgo; xi – em Moscou, como reflexo das ações em São Petersburgo, completa adesão da tropa à causa dos revolucionários e a vitória rápida dos rebeldes; xii – somente na base naval de Kronstadt houve violência, com o assassinato de oficiais; xiii – com a vitória da Revolução de março, foram tomadas medidas devidas para a organização de um governo provisório, conseguido a duras penas com o consenso de deputados da Duma, que não reconheceram o decreto do Tsar dissolvendo aquela Casa; e o primeiro Governo Provisório foi criado com representantes de todos os partidos, tomando parte nele Kerenski. O Soviete de Petrogrado (a cidade mudou de nome) era, desta vez, composto de operários e soldados. Para cada mil operários, um representante e um soldado para cada Companhia. Assim, foi estabelecido um governo “paralelo” ao governo provisório; xiv – no dia 14 de março, o Soviete de Petrogrado expede a “Ordem nº 1”. Em resumo, acabava com a disciplina, a hierarquia e os sinais de respeito no Exército. Além disso, criava Comitês do Soviete nas unidades militares e declarava que as ordens do Governo Provisório só seriam cumpridas se não contrariassem as do Soviete. O exército estava desintegrado; xv – no dia 15 de março, Nicolau II abdica e obtém licença para o exílio na Inglaterra, mas o trem que o levava para Vladivostok, no Oceano Pacífico, onde tomaria lugar no navio, foi detido em Ekaterimburgo. O Tsarismo havia chegado ao fim, configurando o objetivo principal (aparente) da Revolução Comunista. Mas não era só isso o que Lênin queria, como veremos adiante;

4 – o Governo Provisório estava muito enfraquecido, principalmente com a posição em relação à guerra com a Alemanha e somente não caiu imediatamente por causa da ação do próprio Soviete; Kerenski assumiu também o Ministério da Guerra;

5 – depois da vitória de março, era esta a situação do Governo e da Rússia: i – Lênin volta da Suíça e lança as célebres “Teses de

abril”; ii – os Sovietes praticamente constituem o poderio político na Rússia; iii – o exército russo continua sofrendo pesadas derrotas ante os alemães; iv – Lênin passou a fazer propaganda para a verdadeira revolução que ele queria e esquematizou assim: a – “Paz”, conquistando a soldadesca, que não queria mais saber de guerra; b – “Terra para os camponeses”, conquistando as massas do campo; c – “Poder para os Sovietes”, foi a novidade. Ele, Lênin, não gostava muito dos Sovietes, particularmente agora, quando no Congresso Pan-Russo havia cerca de setecentos menchevistas e aproximadamente cem bolchevistas. Os Sovietes eram dominados plenamente pelos menchevistas, os responsáveis pela segunda etapa da Revolução. Lênin esperava futuramente controlar os Sovietes; e

6 – finalmente, Lênin rompe com o Partido Social Democrático, que mudou o nome final “bolchevista” para “comunista”.

A Rússia estava bem madura para o golpe final de Lênin, porém isso só iria ocorrer depois de dois lances intermediários, que não vamos descrever, apenas realizar a crítica sumária de seus fracassos.

O primeiro foi em julho de 1917: Lênin comenta que “foi prematuro, sem liderança, uma turba amotinada de operários correndo pelas ruas, sem objetivo”. Uma crítica indireta a Marx. Também acrescenta que “tinha trazido prejuízo para a Revolução”.

O segundo foi o chamado “levante de direita”, também denominado “revolta dos generais”, em setembro. Kerenski estava à frente do Ministério da Guerra e o General Kornilov era o Chefe de Estado-Maior. Este marchou contra Petrogrado para estabelecer uma ditadura militar. Não chegou lá. Foi preso – a tropa não lhe obedecia – e tudo foi encerrado, à espera do golpe final de Lênin, a Revolução de Outubro, a terceira etapa e a última.

### 2.2.3. Terceira etapa

Foi chamada a Revolução de outubro.



Antes de tudo, precisamos de muita atenção quanto às datas, pois ora são assinaladas no Velho Estilo, ora no Novo Estilo. O Novo Estilo corresponde ao nosso calendário gregoriano, com diferença de treze dias para o Velho Estilo. Assim, como a maioria das publicações consigna as datas de 24 e 25 de outubro para os dois dias decisivos da revolução de outubro, no nosso calendário devemos marcar 6 e 7 de novembro.

Na estruturação das forças revolucionárias, os bolchevistas contavam com os seguintes contingentes operacionais:

1 – grupos de assalto de operários, armados desde o levante de julho e, por incrível que pareça, desde também o levante de direita de setembro, quando receberam, “oficialmente”, armas para defender Petrogrado da ofensiva de Kornilov;

2 – a Guarda Vermelha, instituída pelos bolchevistas há mais de um ano e constituída de trabalhadores munidos de armamento leve, clandestinamente subtraído dos depósitos militares;

3 – os marinheiros da Base Naval de Kronstadt, em sua totalidade;

4 – os marinheiros da frota do Mar Báltico, em sua quase totalidade; e

5 – quase toda a guarnição militar, com pequenas exceções.

Eram os seguintes os órgãos de direção, aliciamento e ligação:

1 – os Comitês de fábricas, além de um representante do Comitê Militar Revolucionário;

2 – os Comitês de Corpos de Tropa, além de um representante do Comitê Militar Revolucionário;

3 – o Soviete de Petrogrado, agora composto de trabalhadores e soldados (desde julho) e já com maioria bolchevista desde setembro, em virtude da difusão das “Teses de abril” e do efeito explosivo do novo “slogan” de Lênin “todo poder aos sovietes”;

4 – o Comitê Militar Revolucionário, organizado com elementos do Soviete, na maioria militares, alguns elementos do futuro “Partido Comunista” (novo nome de “Bolchevista”) e alguns raros elementos civis dos

serviços públicos, especializados, que seriam empregados em ações altamente técnicas; e

5 – finalmente, à testa do Comitê Militar Revolucionário, a “Piatôrca”, um quinteto do mais alto nível revolucionário, com Trotski na liderança, não somente do Comitê Militar Revolucionário, como também de toda a parte operacional da Revolução.

Para qualquer grande decisão, ou mudança de uma já tomada, o líder absoluto era Lênin.

Com relação à população civil das grandes cidades e do campo, propugnava-se apenas continuar a propaganda contra a guerra e por melhores condições de vida, em especial no campo, onde se divulgava uma ampla reforma agrária.

Eis aí um retrato bem aproximado da idéia revolucionária de Vladímir Iliítch Uliânov.

Depois da tumultuada reunião do Comitê Central do Partido Bolchevista, a tese de Lênin, de uma insurreição armada iminente, saiu vitoriosa. Agora só restava realizar a operação nos dias 24 e 25 de outubro (6 e 7 de novembro), pois o planejamento fora minucioso (mostrado a seguir em resumo), lembrando que tudo dito com relação a Petrogrado será válido para outras grandes cidades, naturalmente fazendo a avaliação somente com os elementos disponíveis, militares e civis. Ordenou-se estritamente:

1 – não invadir nenhum órgão da administração burocrática do governo, nem mesmo os Ministérios;

2 – ocupar, com grupos selecionados de operários armados e elementos da Guarda Vermelha, todos os pontos vitais da cidade, absolutamente necessários ao comando do governo e aos serviços públicos essenciais, tais quais pontes, estações ferroviárias, centrais telefônicas, telégrafos, usinas elétricas. Cada grupo de assalto era especializado no objetivo a conquistar. Por exemplo, os operários que trabalhavam nas usinas elétricas foram os designados para ocupá-las e já vinham estudando há tempo os procedimentos para a ação em qualquer imprevisto. E assim por diante;

3 – não assaltar nenhum quartel da guarnição militar. Manter os elementos de ligação todo o tempo colados aos comandantes de tropa comprometidos com o movimento (quase todos), a fim de manter a “neutralidade” da guarnição e informar ao Comitê Militar Revolucionário qualquer mudança de atitude;

4 – manter um grupo de representantes do Comitê Revolucionário aptos para a “neutralização” de qualquer unidade militar que acesse de fora, inclusive com ameaça de violenta repressão futura quando a revolução triunfasse; e

5 – deixar a tomada do Palácio de Inverno para o último lance, pois, com a saída do Tsar, o grande edifício estava sendo refúgio para os governistas desorientados. Além disso, com a cidade conquistada, o assalto ao Palácio seria relativamente fácil e constituiria um evento revolucionário de grande efeito moral e político.

Tudo se passou como planejado, exceto naturalmente algumas pequenas escaramuças entre grupos revolucionários e patrulhas isoladas do governo, mas sem grandes proporções.

As ações começaram por volta de duas horas da manhã do dia 24 de outubro (6 de novembro). Mais ou menos às oito horas, Petrogrado havia sido conquistada. O dia todo foi nervoso. Muitas medidas preventivas e informes desconhecidos que não chegavam a mudar o rumo dos acontecimentos. Foi iniciado o cerco ao Palácio de Inverno até que, depois de alguns disparos do Cruzador Aurora, de rajadas de tiro da Fortaleza de Pedro e Paulo, e ligeiro tiroteio entre os assaltantes e elementos da tropa especial, o Palácio foi invadido. Foi reduzido o número de mortos e feridos. Todos os Ministros do Governo Provisório foram presos e levados para aquela Fortaleza.

Não descrevemos os episódios da conquista de Petrogrado durante os dois dias de efetiva revolução, pois julgamos não tão importantes para a visão geral do conjunto. Em compensação, vamos analisar com al-

guns pormenores a proclamação que Lênin lançou ainda na manhã do dia 24, com Petrogrado já conquistada. Embora haja inúmeros documentos atestando o fato e várias interpretações, estamos trazendo para os leitores a nossa tradução e os nossos comentários, à base da fotocópia da proclamação em russo, um autêntico manuscrito de Lênin, redigido (tudo indica) às pressas, pois contém inúmeros riscos, palavras, frases e até parágrafos inteiros suprimidos e palavras colocadas após a redação. É, contudo, uma fotografia do pensamento revolucionário do grande líder.

O Texto:

Título: “À toda a população” – foi o primeiro. Ele não gostou e riscou. O novo título da proclamação passou a ser “Aos Cidadãos da Rússia”, mais solene e, por que não, mais elitizado. O anterior era muito “vulgarizado”.

Segunda linha: “O poder do Estado passou para as mãos do Comitê Militar Revolucionário”... Trotski, que estava ao lado, pediu para inserir “do órgão do Soviete de Petrogrado” e isso foi feito. A primeira redação falava somente de organização tipicamente bolchevista, enquanto a segunda incluía o Soviete de Petrogrado, liderado por Trotski e que, embora com maioria bolchevista (pela primeira vez), contava com integrantes de todos os partidos revolucionários. O texto ficou assim: “O poder do Estado passou para as mãos do órgão do Soviete de Petrogrado, o Comitê Militar Revolucionário”...

Terceira e quarta linhas: “que está à frente do combate do povo contra o governo”. Riscado e corrigido para “que está à frente do proletariado e da guarnição de Petrogrado”. Se não tinha havido insurreição do povo, era forçoso tirar essa referência. Quem merecia citação eram o proletariado e a guarnição militar.

Quinta, sexta e sétima linhas: constituindo o segundo parágrafo, essas três linhas foram inteiramente canceladas, pois tratavam de um encontro do Soviete de Petrogra-

do para tratar da formação de um governo soviético. Ora, era a última coisa que Lênin desejava – a organização de um governo pelas mãos do Soviete. Ele achava que o Comitê Militar Revolucionário, peça decisiva do Soviete, já conseguira muito poder, e que era preciso controlar, recolocar, toda a situação em suas, de Lênin, mãos.

Décima segunda e décima terceira linhas (finais do manuscrito): a proclamação terminava com as seguintes palavras:

“Viva o socialismo”. Lênin achou singularmente frio e teórico, e mudou para “Viva a revolução de trabalhadores, soldados e camponeses”, significando um apelo às forças concretas e não à teoria.

Continuando em nossa tentativa de concisão sem omissão dos fatos essenciais, elenquemos os momentos políticos mais importantes que imediatamente sucederam à Revolução.

1 – Organização do novo governo, logo na noite de 26 de outubro (8 de novembro), com o nome “Soviete dos Comissários do Povo”, com quinze membros, sendo um Presidente, Lênin, e quatorze Comissários, embora só fossem, de fato, doze Comissariados, correspondendo aos nossos Ministérios. Isso porque o Comissariado dos Negócios Naval e Militar era conduzido por um Comitê de três membros. Dos quinze, os que nos interessam mais de perto eram Lênin, Presidente, Trotski, Relações Exteriores, e Stalin, Nacionalidades, para as biografias;

2 – fuga de Kerenski para a linha de frente, de onde voltaria com o General Krasnov, comandando um destacamento de Cossacos. Estacionaram em Gatchina, cerca de 30 km a sudoeste de Petrogrado.

Grande maioria dos autores é de opinião que, se Kerenski tivesse prosseguido para Petrogrado e entrado na cidade à noite, sem ficar perdendo tempo com proclamações em Gatchina, “a maré da revolução poderia ter mudado”. Não há dúvida de que foi o momento mais dramático para a revolução. Em Petrogrado, o quarteto que assistia Trotski

diretamente – Podvoiski, Antonov Ovseienko, Krilenko e Mekhonoshin – fazia tudo para convencer a tropa da guarnição a sair da cidade e deter os Cossacos de Krasnov, mas a tropa se recusava, alegando que era necessária para a defesa da cidade. Lênin foi cientificado, ficou furioso e ameaçou os assessores de tal maneira que, na segunda tentativa, eles conseguiram, com veemência, fazer a tropa mudar de idéia. Esses elementos de ligação, relatores do fato, escreveram que a repetida citação do nome de Lênin foi decisiva para a saída dos regimentos para fora da cidade. Krasnov foi batido porque os Cossacos não queriam lutar muito, em face de agitadores em suas fileiras com a promessa de volta imediata para as estepes do Don. Os Cossacos terminaram se rendendo. Trotski, já de retorno de outra missão, levou os termos de rendição a Lênin, que transferiu para o palácio Smolni toda a liderança militar, a fim de “vigiá-la”. Não estava seguro de mais nada;

3 – a assinatura do tratado de paz de Brest-Litovsk com a Alemanha, em fevereiro de 1918, foi em condições tão vergonhosas para os russos que Trotski, Comissário das Relações Exteriores, deixou o cargo, assumindo os Negócios Naval e Militar, correspondentes ao nosso antigo Ministério da Guerra. Foi escolhido para o lugar certo. Lênin, mais uma vez, mostrou seu gênio político, porque qualquer outro responsável pelo tratado de paz em questão seria, no mínimo, fuzilado, se não enforcado. O tratado só foi assinado em fevereiro, logo após assegurado o triunfo comunista;

4 – dissolução da Assembléia Nacional Constituinte. Depois da emoção e exaltação revolucionária do fim de 1917, o que estava na ordem do dia era a reunião dos parlamentares, políticos de todos os matizes, em Assembléia Nacional Constituinte, com o vislumbre de eleições em todos os níveis e principalmente com a formação de um governo provisório. Depois das ações armadas nas ruas, foi a vez da política partidária, estando agora os representantes de to-

dos os partidos, inclusive os de extrema-esquerda, já convencidos de que Lênin marchava rapidamente para uma ditadura política, não admitindo um poder paralelo como um Parlamento, legislando e mudando seus decretos. Aqui no Ocidente, muitos analistas não se dão conta de que na Rússia daquele período havia uma elite político-partidária do mais alto gabarito, que ainda sonhava e chegou mesmo a se expor fisicamente por uma democracia liberal e, por isso, as manifestações na Duma (dissolvida pelo Tsar, mas concreta então, sob uma perspectiva bem promissora) foram tão acaloradas que o palácio Tauride foi-se transformando gradativamente num campo de batalha. Tendo perdido para a oposição todos os testes eleitorais para a composição da Assembléia, resolveu Lênin o problema de uma maneira muito simples, típica de sua personalidade: num dia decisivo de reunião dos Constituintes, numa sessão que varou a madrugada, com uma proposta por uma forma republicana de governo, as luzes do palácio foram apagadas, os guardas vermelhos foram cercando o edifício e os parlamentares foram saindo, na rua fria e com a neve caindo, de mansinho e felizes por não terem sido mortos. Foi o fim da Assembléia Constituinte;

5 – depois da dissolução da Assembléia, ocorreu um fato que por si só não significava muito, mas que teve uma grave repercussão futura. Dois ex-Ministros de Kerenski, Andrei Shingarev e Fiodor Kokoshkin, foram assassinados no Hospital Marinski. Eles haviam sido transferidos da prisão para o Hospital por estarem doentes. Os culpados foram identificados como marinheiros da frota do Báltico. Lênin ficou furioso, porque estava estabelecido que, especificamente, as execuções de antigos ministros somente se dariam após julgamento. Houve marchas e contramarchas na prisão dos dois marinheiros assassinos, mas, finalmente, sob pressão forte dos marinheiros do Báltico, o processo não foi adiante, tendo os marinheiros argumentado que fora um ato de terror “político” e, por isso, “justificado”.

É possível que o fato tenha constituído talvez a maior demonstração de fraqueza na liderança de Lênin, cobrada mais tarde, com juros altos, pelos marinheiros da Kronstadt, como veremos adiante;

6 – em agosto de 1918, houve dois atentados de grande repercussão em Moscou: um contra Uritski, Chefe da Tcheka, de Petrogrado, que morreu pouco depois em consequência dele, e outro contra o próprio Lênin, que ficou com apenas duas balas localizadas no ombro e na clavícula. Esse atentado, em especial, provocou uma reação de terror. Nas prisões, quase todos os presos foram fuzilados na mesma noite, e os decretos de Sverdlov – este em substituição a Lênin hospitalizado – atestam que ele, Sverdlov, foi o mais sanguinário, cruel e desumano de todos os líderes bolchevistas daquele período;

7 – o assassinato da família Imperial em Ekaterimburgo<sup>8</sup>, já ocorrido em julho, fora outro acontecimento a merecer uma análise mais pormenorizada. Ocorreu cinco dias antes da entrada da Legião Tchecoslovaca na cidade. A guerra civil já começara há cerca de seis meses. Julgamos, porém, mais acertado deixar a descrição para o final deste texto. Adiantamos, entretanto, que os três motivos historicamente conotados para a execução foram: primeiro – infundir terror nas fileiras inimigas; segundo – infundir, ainda, terror nos combatentes ao lado dos bolchevistas, mostrando que não haveria retorno no movimento; e terceiro – convencer os combatentes amigos que não poderiam falhar em destruir o Exército Branco, pois, se isso acontecesse, seriam arruinados, eis que eram cúmplices no assassinato. Os responsáveis pela ordem de execução foram Lênin e Sverdlov. Trotski nem foi consultado a respeito, mas concordou, despersonalizado como era. Antes, com o Tsar ainda em Petrogrado, advogara um julgamento padrão. Segundo os historiadores, a execução do Tsar e da família não produziu nenhum efeito entre os revolucionários e nem influiu no modo de combater;

8 – a Terceira Internacional, ou Comintern, era uma abreviação da “Terceira Associação Internacional Comunista de Trabalhadores” e foi fundada por Lênin quase que à revelia dos principais bolchevistas, em razão de não haver número de participantes suficiente, sendo todos os presentes contra a proposta. Contudo a idéia de Lênin prevaleceu. Essa organização durou até 1943, quando Stalin a dissolveu;

9 – em março de 1921, houve uma manifestação dos marinheiros da base naval de Kronstadt, contra os excessos do regime e por um governo mais democrático e que representasse os trabalhadores e os camponeses. Os marinheiros declaravam não ser uma rebelião, mas de fato o era. Lênin chamou Trotski e lhe deu carta branca para sufocá-la. Após um “ultimatum” violento, rejeitado, e em face de verdadeiras medidas infantis, tomadas pelos rebeldes, Trotski, tendo reunido o que ele julgava de melhor na guarnição de Petrogrado e até fora, atacou com decisão. Há uma publicação de Emmanuel POLLACK (1959), “The Kronstadt Rebellion”, descrevendo essa insurreição. Contudo, é possível que muitos aspectos não tenham podido ser analisados, pelo menos abrangendo os dois lados, porque dos rebeldes não sobrou ninguém para contar a história. Todos foram mortos. Cerca de cem que fugiram para a Finlândia devem ter morrido de frio ou de doenças. Quando começaram o movimento, eram 16.000 os amotinados;

10 – NEP. Nova Política Econômica – Em agosto de 1921, foi publicada a “Nova Política Econômica”. Com a guerra civil, rebeliões eclodiram por toda parte, principalmente no campo, produzindo milhares e milhares de execuções; a fome clamava por todos os lados, pois não havia produção; foi necessária uma “retirada estratégica, exigindo muita disciplina e impiedade para com os faltosos”. Eis aí como Lênin definiu a NEP. Para os seus críticos, de que era uma volta ao capitalismo, ele declarou que era um “capitalismo estatal”. Verdade ou não, foi

necessária, porquanto, segundo os cálculos de Sverdlov, aproximadamente 27.000.000 (vinte e sete milhões) de pessoas foram afetadas: ou mortas, ou doentes, ou desaparecidas. E essa NEP durou até 1928;

11 – finalmente, queremos encerrar os acontecimentos conseqüentes da revolução comunista de outubro com a descrição da Guerra Civil, que praticamente começou com o tratado de paz de Brest-Litovsk, assinado em fevereiro de 1918, e que durou até 1921. O tratado de paz de Brest-Litovsk desagradou muita gente dentro da Rússia, até mesmo os socialistas revolucionários de esquerda – os legítimos herdeiros dos terroristas da “Naródnaia Vólia”, que assassinaram o Tsar Alexandre II.

Os descontentes, procurando criar um caso, assassinaram o embaixador alemão, realizaram protestos e até um motim.

Os aliados, Estados Unidos, Inglaterra e França, não podiam concordar com a paz em separado com a Alemanha, após concessões de toda natureza, pagando-se aos alemães uma soma enorme de indenização de guerra, ao mesmo tempo em que cortava os débitos com os aliados. Além disso, acabava com a frente oriental. Em apoio aos anti-comunistas, desembarcaram tropas em Murmansk, Archangel, Vladivostok e Odessa. Também os japoneses invadiram a Sibéria e a célebre Legião Tcheca invadiu a Rússia até o centro-leste, ameaçando Ekaterimburgo.

As tropas russas do Exército Branco, reforçadas pelas tropas dos aliados e, principalmente, com regular material de guerra desembarcado, estavam mais ou menos assim dispostas:

1 – ao norte, em direção a Petrogrado, o General Iudenitch, reforçado pelos ingleses;

2 – ao centro, em direção a Moscou, o General Denikin;

3 – bem ao Sul, tropas francesas, desembarcadas em Odessa;

4 – a cavaleiro da Ferrovia Transiberiana, a Legião Tcheca, em direção a Ekaterimburgo; e

5 – até na Sibéria foi estabelecido um governo anticomunista, sob a liderança do Almirante Koltchak.

Essa tropa toda chegou a ocupar 9/10 (nove décimos) da Rússia comunista, chegando às portas de Moscou e, mesmo, cercando Petrogrado. Mas terminou sendo batida. Principais razões:

1 – não havia coordenação entre os aliados. A área era imensa, os meios de comunicação elementares e falhos, e havia muitas rivalidades entre os líderes anticomunistas;

2 – os líderes anticomunistas e os Generais comandantes eram “generais do Tsar”, e o povo preferia qualquer futuro incerto a ter que voltar ao tsarismo; e

3 – era uma intervenção “estrangeira”, o que foi muito bem explorado pela propaganda comunista e até pela pressão popular interna dos aliados.

Do lado comunista, podemos ressaltar a grande qualidade operacional de Trotski, bem como os artifícios usados pelos comunistas para que fosse suprida a falta de armamento e de material. São tantos, que só outro artigo sobre o assunto seria suficiente para esgotá-los. Essas invenções, todavia, constituiriam hoje motivo de riso.

Essa guerra civil custou muito à Rússia. Podemos arriscar, dizendo que nela morreu mais gente que em toda a Primeira Guerra Mundial. Quando terminou, a Rússia estava arrasada e foi forçada a pedir ajuda ao governo americano, com Herbert Hoover à frente, para que os camponeses não morressem de fome, particularmente as mulheres e as crianças. Os americanos, daquela vez, pelo menos, e ao contrário da tradição, “perderam a guerra e ganharam a paz”.

Depois desses acontecimentos, houve um Congresso dos Sovietes da União, em que os representantes da Rússia, Ucrânia, Belorússia e Transcaucásia (Geórgia, Armênia, etc.) assinaram a Declaração e o Tratado de Formação da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas. Em 30 de dezembro de 1922. A partir dessa data, os acontecimentos serão assunto da terceira parte do tema.

### 3. Os líderes

Selecionamos, nesta fase, três líderes, todos do período revolucionário.

#### 3.1. Kerenski

1 – Dados biográficos: Alexandre Feodoróvitch Kerenski nasceu em 1881 em Simbirski, na mesma cidade onde nasceu Lênin. Sobre sua árvore genealógica pouco sabemos; apenas que seu pai, Fiódor Kerenski, era diretor de um ginásio, onde Lênin prestou exame para conseguir o certificado e ficou em condições de entrar para a universidade.

O pai de Kerenski escreveu um relatório sobre Lênin, sobre o qual falaremos adiante, na biografia de Lênin.

Kerenski formou-se em direito pela Universidade de São Petersburgo;

2 – Vida política: Iniciou efetivamente com sua eleição para a Quarta Duma, em 1912. Durante o primeiro governo provisório, foi Ministro da Justiça; no segundo, Ministro da Guerra; e no terceiro, Primeiro Ministro e Ministro da Guerra simultaneamente;

3 – Personalidade: Fraca. Embora enfeixando em suas mãos uma considerável soma de poderes, nunca tomou uma decisão completa, fazendo tudo “pela metade”, como já ressaltamos na primeira parte. Vejamos alguns fatos que atestam a sua personalidade instável e limitada liderança: i – Filiado ao Partido Socialista Revolucionário, ligado aos camponeses, nunca fez nada pelo campo. Pertencia à ala moderada daquele Partido; ii – No primeiro governo provisório, era o único socialista integrante, tendo sido vetado pelo Soviete. Apesar disso, procurou acomodar-se; iii – Aceitou tranquilamente, como Ministro da Justiça do primeiro governo provisório, o “governo paralelo” do Soviete de Petrogrado; iv – Tendo conseguido o exílio de Nicolau II na Inglaterra, o que indica que era um homem de bom coração, foi surpreendido com a detenção da família Imperial em Ekaterimburgo, submetendo-se sem muita oposição a esse

ato de força do Soviete; v – Sua atuação em relação à guerra com a Alemanha foi sempre dúbia; ora conclamando os combatentes com o patriotismo russo, mas sem conseguir recursos, ora, sendo contra qualquer paz em separado; vi – À testa do governo de coalizão, depois do levante fracassado de julho, Kerenski adiou as eleições para a Assembléia Nacional Constituinte, o que constituiu um erro fatal, e nomeou Chefe do Estado-Maior o General Kornilov, partidário de uma ditadura militar. Kornilov avançou contra Petrogrado, tendo deixado de escanteio a Kerenski, julgado muito fraco para governar; vii – Quando já era triunfante a Revolução Comunista, Kerenski fugiu para a linha de frente e conseguiu que o General Krasnov, comandando uma tropa considerável, marchasse contra Petrogrado. Entretanto, estacionaram em Gatchina, 30 km a sudoeste da Capital, onde Kerenski resolveu fazer discursos, conclamando os soldados à luta. É opinião geral dos historiadores que foi o momento mais crítico da Revolução, pois se Krasnov tivesse prosseguido para Petrogrado sem perda de tempo, e entrado na cidade ao anoitecer, “a maré teria virado”. Mas Kerenski, mais uma vez, estava lá, indeciso...; e

4 – O Exílio: Com a vitória comunista, Kerenski exilou-se no estrangeiro, ora em Londres, ora em Paris, ora em Berlim. Há três hipóteses para explicar o exílio obscuro, mas sem perturbação: i – O pai de Kerenski, grande amigo e admirador do pai de Lênin, era quase um tutor escolar de Lênin. Fez muito por ele; ii – Depois da tomada do poder, muitos dirigentes fugiram da Rússia e não foram procurados lá fora, pois os bolchevistas tinham muito o que fazer, pressionados pela crítica situação interna; iii – Kerenski era muito inexpressivo. Não compensava qualquer ação contra ele. Uma figura sem nenhuma significação política.

Ficamos com a última razão, combinada com a segunda. Se Kerenski fosse importante, Lênin não teria levado em conta os motivos de ordem pessoal.

De modo que, para Kerenski, a sepultura que ele cavou para si mesmo, por ter feito revolução “pela metade” (conforme citação de Saint-Just – ver nota 1) foi bem rasa. Usando uma expressão muito empregada no futebol, “saiu barato”.

### 3.2. – *Trotsky*

1 – Dados biográficos: prenome – Lev-Leon-Leo, qualquer um significa “leão”. Não é um nome indicativo de judaísmo, mas não esqueçamos que “leão” é um dos símbolos de Israel.

Patronímico: Davidóvitch (filho de David), o que caracteriza a procedência judaica.

Nome da família (sobrenome): Bronstein. Embora seja um sobrenome alemão, cumpre assinalar que os judeus falavam “ídi-che” (uma mistura de alemão com hebraico) e não apenas habitavam o solo alemão e suas cercanias. Todos se caracterizavam por nomes de família com a terminação “ein”. Acresce a esse fato que muitos deles fizeram parte do movimento socialista mundial judeu.

Nasceu em 1879, de família, portanto, judaica e de classe média.

2 – Vida política: i – iniciou muito cedo, pois juntamente com os pendores literários, demonstrava desde a juventude uma certa fascinação por idéias revolucionárias, o que era comum nas Universidades. Aos dezoito anos foi preso e exilado na Sibéria, de onde fugiu com o nome falso de Trotsky; ii – integrou o Soviete de São Petersburgo na insurreição de 1905, o primeiro Soviete, organizado por trabalhadores, mas aceitava cooperação consultiva de todos os Partidos contra o governo. Com a dissolução do Soviete, Trotsky foi preso; iii – do levante de fevereiro-março, de predominância menchevista, Trotsky praticamente não participou, pois estava exilado na Europa, como a maioria dos líderes revolucionários. Só regressou depois das “Teses de Abril”. Nessa ocasião, havia muitas divergências entre Trotsky e Lênin, que só viriam a se dissipar no levante fracassado de julho, quando Trotsky aderiu

de vez à doutrina de Lênin; iv – durante o levante de Julho, fracassado devido à “falta de liderança”, segundo Lênin, muitos bolchevistas fugiram para a Finlândia, pois a opinião pública estava contra eles. Trotski foi detido, mas por pouco tempo; v – no dia 10 de outubro (23 de outubro pelo Novo Calendário), foi decidida a insurreição armada para os dias 24 e 25 (6 e 7 de novembro, respectivamente). Lênin voltou para a Finlândia e delegou a Trotski todos os pormenores da operação. Os dois já estavam afinados. Trotski planejou, supervisionou e conduziu as ações com a maestria que ele possuía nesse campo: combinando ações militares com imprevistos da atuação desordenada e emocional dos grupos armados civis. A operação foi um sucesso; vi – igualmente, Trotski foi encarregado por Lênin para sufocar a rebelião dos marinheiros da Kronstadt, e realizou a operação com tanto ardor que todos os amotinados foram mortos; vii – finalmente, na guerra civil, sua realização foi ao mais alto nível, tanto operacionalmente como, e principalmente, na organização do Exército Vermelho. Nesse último aspecto, deu uma demonstração de muita personalidade, o que não lhe era próprio: convocou 30.000 (trinta mil) oficiais do antigo Exército Tsarista, geralmente de média e baixa patentes, imprescindíveis para consolidação do comando da tropa. Lênin ficou apavorado, mas “engoliu seco”. Não havia outra solução. Era a consequência natural da “popularização” do antigo Exército Imperial.

Mesmo no levante menchevista de fevereiro-março, com a célebre “Ordem nº 1”, os comandantes graduados eram “eleitos” pelos Comitês do Soviete de Petrogrado nos Corpos de Tropa, aceitáveis para ações políticas na guarnição, porém não sabendo comandar seus escalões numa guerra convencional. Todavia não houve mudança de lado, embora Trotski tenha informado a Lênin que “o Exército Vermelho estava sendo comandado pelos oficiais tsaristas”. Como a desmoralização do Exército começara com o tsarismo, os militares preferiram defender

a “mãezinha russa” contra “os estrangeiros” a qualquer outra motivação.

3 – Personalidade: como anteriormente fizemos referências sobre certas atitudes de Trotski, alusivas à sua personalidade – claudicante, com altos e baixos –, e como já destacamos as operações lideradas por Trotski com sucesso, vamos abordar agora somente aqueles lances históricos que definem o líder político: i – paz com a Alemanha. O bloco revolucionário russo, constituído não somente por bolcheviques, senão também por elementos de quase todos os partidos, era contra uma paz com a Alemanha e advogava uma guerra revolucionária em território alemão. Lênin era contra isso e tinha suas razões. Trotski, que era o Comissário para as Relações Exteriores, ficou entre dois fogos. E apresentou a sua solução “Nem paz, nem guerra”, fórmula que se tornou histórica pelo grau de indecisão e de fraqueza diplomática. O que Trotski pretendia, com isso, era adiar a solução, para um momento de maior pressão do Exército Alemão, que ele sabia iminente, e assinar a paz forçado pelas circunstâncias. Os revolucionários russos, então, compreenderiam os termos da paz que ele, Trotski, já sabia serem contundentes para a Rússia. É verdade que, após o Tratado de Paz de Brest-Litovsk, Trotski deixou aquele Comissariado para ficar com o da Guerra, ainda chamado “Naval e Militar”. Foi para o lugar certo, mas deixou um rastro de conduta dúbia, embaraçosa do ponto de vista diplomático e desastrosa politicamente; ii – Rebelião de Kronstadt. Os marinheiros da Base-Naval de Kronstadt sempre foram a linha de frente dos revolucionários de Petrogrado. Na tomada do poder, em outubro de 1917, eram uma reserva pronta e eficiente para agir em caso de extrema necessidade. Mesmo, também, após a vitória, eram sempre contados entre as decisivas forças para a defesa da Capital, em caso de investida de tropas da frente oriental comandadas por generais do Tsar. Trotski sabia disso muito bem, principalmente em se tratando de tropa operacio-



nal de primeira ordem. Mas sabia também que Lênin esperava uma oportunidade para desforra, embora os marinheiros assassinos dos dois ex-Ministros realmente não fossem da Base Naval, mas da Frota do Báltico, que incluía a Kronstadt. A sua atitude para com os marinheiros foi impiedosa. Todos foram mortos, lutando como feras. Trotski realizou mais uma façanha guerreira e, o que era mais importante (pelo menos para ele), agradeceu imensamente a Lênin; iii – execução da Família Imperial. Intransigente defensor de um julgamento completo para o Tsar, nem sequer foi ouvido para a execução de Ekaterimburgo. Entretanto, quando Sverdlov lhe relatou o fato, concordou inteiramente. Além disso, anos depois, escrevendo sobre o assunto, procurou explicar a decisão de Lênin, que, segundo ele, Trotski, não podia ser outra. Ainda teceu elogios à sensibilidade política de seu líder; iv – deixamos para último arrazoado – embora não tenha sido cronologicamente posterior – o rol de acontecimentos que sucederam à conquista de Petrogrado. Gradativamente, após a brilhante operação da tomada do poder da autoria absoluta de Trotski, Lênin foi assumindo o controle das operações, e de tal forma que, no dia 13 de novembro (seis dias depois da queda do Palácio de Inverno), ele mandava e desmandava, sem dar conhecimento de seus atos a Trotski, que, inclusive, esteve afastado do Palácio Smolni (Quartel General da Revolução), executando tarefas de assessores, enquanto Lênin resolvia com outros assessores problemas de muito maior importância. Alguns integrantes do novo governo comentavam que era um “duumvirate” (governo de dois), com Lênin e Trotski à frente, mas estavam enganados. Era o governo absolutista de um só: Lênin.

Quando Trotski chegara a Londres, do exílio na Sibéria (1901), tinha 22 anos e foi apresentado a Lênin. Este, após uma análise demorada daquele, chegou a conclusão que ele era o tipo do revolucionário ideal: culto, idealista, entendido em insurreição e, “com muito pouco entendimento do povo”,

destinado a pertencer a uma “elite revolucionária”.

Sofreu, desde logo, a influência da personalidade marcante de Lênin, que o acompanhou durante toda a vida, o que deve ser levado em conta na apreciação das lacunas de sua personalidade.

Na descrição final do perfil biográfico de Trotski, podemos resumir que:

1 – como líder operacional, foi um gênio; e

2 – como líder político, foi instável.

### 3.3. Lênin

1 – Dados biográficos: i – prenome: Vladimir (acentuação no primeiro “i”). É um nome de um grande santo na Igreja Ortodoxa Russa; ii – nome do pai (ou patronímico): Iliiá (o que dá origem a “Iliítch”), “filho de Iliiá”. Iliiá significa “Elias”, o precursor dos antigos profetas e tem origem no hebraico “Elijah” ou “Eliahu”; iii – sobrenome ou nome de família: Uliânov (acentuação no “a”). Essa palavra vem do eslavônico Uliáninov, abreviado em Uliânin, depois russificado em Uliânov. Faz referência a “apicultor” – apicultura era atividade tribal dos antecessores de Lênin; iv – nome da mãe: Maria. Não é necessária explicação, porque em quase todas as nacionalidades esse nome é comum. Sua origem é semítica e em hebraico é “Miriam”, bíblico. Nome do Avô paterno: Nicolau (Basiliévitch), isto é, filho de Basílio. Dois nomes de santos russos e de grande hierarquia. Vamos lembrar que a Catedral de São Basílio (em russo, Vassilii) é um cartão postal na Praça Vermelha, em Moscou. Nome do avô materno: Alexandre. Nome de um santo russo e muito usado para nomes de Papas e de Tsares. O santo russo foi Alexander Nevski.

Vamos parar por aqui, porque ainda pode ir mais longe a árvore genealógica. Mas já dá para mostrar que poucos de nós, cristãos ocidentais, temos tido, por nascimento, uma auréola santificada de tanto brilho como Vladimir Iliítch Uliânov – Lênin. No entanto, aos dezesseis anos abandonou a religião.

E o nome Lênin? Que quer dizer? De onde veio?

Ninguém pode afirmar com certeza qual é a origem. Fizemos uma ligeira pesquisa sobre isso e ficamos com a conclusão de Robert PAYNE em “The life and death of Lênin”, (19- -, p. 39) deve ser uma variação da palavra “Uliânin”. Com a queda do “u”, e pronunciada rapidamente, soa-nos como “lênin”. Mas não garantimos que seja essa a origem do nome. Parece improvável que tenha sido em homenagem à uma insurreição de exilados em lugar próximo ao Rio Lena, como alguns pretendem. Não era do feitio de Lênin prestar tributo a fato desse tipo, tão distante e sem utilização prática na sua ação revolucionária. Com toda certeza, não foi devido a seu exílio naquelas paragens, porque Lênin nunca esteve perto do Rio Lena, nem mesmo de suas cabeceiras. Ele foi exilado em Shushenskoie (pronunciar “chúchenskoie”, com acentuação tônica no “u”), próximo ao Rio Ienissêi, cerca de 750 km das nascentes do Rio Lena. No transbordo do trem para o barco-motor, em Krasnoiarsk, a caminho do exílio, a distância mínima para o Rio Lena era de aproximadamente 650 km<sup>2</sup>.

Dizer que o codinome, ou falso nome, ou melhor, nome de guerra “Lênin”, é devido a seu exílio em região do Rio Lena é, portanto, uma heresia histórica.

2 – Situação social: o pai de Lênin, Iliiá, que tinha vindo de uma classe modesta, obtivera, com muito mérito, o título de nobreza da monarquia, devido à sua ação como educador. Tendo sido agraciado com a Ordem de São Vladimir, confirmou o seu favoritismo pelos governantes, pois então era realmente Conselheiro de Estado. O prestígio e o respeito que todos lhe dedicavam era tão grande que, no dia de seu aniversário, muitos vinham das cercanias para reverenciá-lo e demonstrar-lhe amizade, e é possível, mesmo, que tenha havido uma certa crença nos seus poderes sobrenaturais, supostamente ligados ao profeta Elias em um carro de fogo.

A mãe de Lênin provinha de família de classe abastada, proprietária de terra e mantendo muitos servos. Naturalmente que isso foi motivo de silêncio por parte do governo comunista, nas futuras biografias. Todavia, por lei, mãe e filhos herdaram a nobreza. E para valer.

Toda a correspondência dirigida a Maria Uliânova era sobrescrita com termos nobiliárquicos. Mais do que isso, esse título de nobreza serviria muito para suas ligações com elementos da Corte e com autoridades, com referência a pedidos de abrandamento de punições, de melhoria de condições nas prisões e nos exílios, enfim, de tudo que fosse possível para o conforto de seus filhos, todos revolucionários.

O mais curioso é que, de seus filhos, o que mais utilizou as regalias da nobreza foi exatamente Lênin. Quando este se dirigia a autoridade de ensino, pleiteando qualquer coisa, depois da assinatura escrevia “dvo-rianín”, que significa “nobre”. Isso trazia um benefício imediato: a correspondência não passava por intermediários. Ia diretamente para a autoridade decisória.

O seu exílio em Shushenskoie foi descrito por ele (Cotchnênia – Obras) como um dos melhores períodos de sua vida, tais as regalias a ele oferecidas.

A família, depois da morte de Iliiá, viajou muito. Trocou de moradia, de cidades, tanto pela necessidade de esquecer fatos dolorosos do passado – tome-se como exemplo a execução, por enforcamento, de Alexandre, o filho querido de Maria Uliânova –, como pelo atendimento a problemas de isolamento político dos filhos. Nada, porém, mudou de rumo. Além disso, os gastos eram vultosos. A família de Lênin, contudo, era de classe média alta e nunca soube o que era pobreza.

Maria Alexandrovna Uliânova ficou com uma pensão correspondente, no nosso caso, à de um Ministro de carreira, e seus bens, adquiridos por ocasião das mudanças – geralmente o eram por troca ou venda dos anteriores –, dificilmente seriam consegui-

dos por um elemento da classe média brasileira atual. Além da pensão, usufruía outras rendas.

A bem da verdade, esse benefício de dinheiro fácil nunca foi utilizado por Lênin, que residia tão satisfatoriamente nos esconderijos sombrios de São Petersburgo quanto na mansão aristocrática perto de Gorki, onde esteve doente. Não era por mérito ou sacrifício. Ele apenas era insensível a esse aspecto humanístico da vida, como a muitos outros que afetam os seres vivos.

3 – Vida política: naturalmente os caros leitores estão aguardando páginas e páginas para a descrição deste item. Pelo contrário, vai ser o mais simples, porque, desde que entrou para a Universidade de Kazan, com dezessete anos, até sua morte, em 21 de janeiro de 1924, sua vida foi intensamente política. Praticamente todos os lances históricos da Rússia, do final do século XIX até a formação da União em 1924, tiveram Lênin como protagonista, seja com a presença física, seja à distância, em exílio voluntário ou forçado, seja em prisão, seja até mesmo doente, terminal, perto de Gorki. À distância, sempre achava uma maneira de comunicar-se com os líderes revolucionários e, com sua indiscutível personalidade marcante, fazia-os adotar a solução que ele julgava a melhor.

Quando participava de uma reunião, de um congresso ou de assembléias, sua liderança era total e absoluta, e quando a matéria implicava decisão grave a tomar, a sua opinião, apesar de ferrenhos opositores, sempre terminava vencedora.

De modo que sua vida política coincide com todas as etapas da revolução comunista russa, já descrita numa visão global.

Muito mais interessante é o item “Personalidade”, a ser a seguir apresentado.

4 – Personalidade: Em vez de fazermos uma análise teórico-prática da personalidade de Lênin, focalizando o indivíduo como um todo, um processo de avaliação a levar, fatalmente, uma dose de carga passional do analista, preferimos desdobrar, como fize-

mos para Kerenski, a apreciação referenciada a lances históricos marcantes, facilitadores da tarefa.

Só utilizaremos episódios confirmados por mais de uma fonte. O primeiro fato foi o recebimento da notícia da morte do irmão Alexandre. Fora executado, por enforcamento. Lênin demonstrou uma completa insensibilidade, tendo apenas pronunciado a seguinte frase, facilmente encontrada em qualquer compêndio escolar russo: “Iest’ drugáia put’” (Existe um outro caminho), naturalmente criticando a conduta de seu irmão, na tentativa de assassinar o Tsar Nicolau II, em São Petersburgo. Esse “outro caminho”, como todos sabemos, apresentou depois muitos desvios.

Mas não ficou só nisso. Sua mãe, Maria Alexandrovna Uliânova, que fora a São Petersburgo assistir ao julgamento do seu filho mais querido, Alexandre, voltou a Simbirski dias depois, e estava muito calma. Para uma mulher viúva há pouco tempo, a perda, em acréscimo, do filho, em circunstâncias tão trágicas, só podia ser justificada, ou pelo menos explicada, pela fleugma nórdica (sueca).

Lênin, que à ocasião ainda não pensava em revolução, assimilou essa característica no mais alto grau.

5 – O segundo fato histórico é o ingresso de Lênin na Universidade de Kazan, para onde se mudou quase toda a sua família. Como já ressaltamos no item “Vida Política”, aí começou a carreira política de Lênin.

E teve muita influência sobre gerações e gerações de estudantes e revolucionários a novela de Nikolai GAVRILÓVITCH (19- -?)<sup>10</sup> “Chernichevski”, intitulada em inglês “What is to be done?” (O que deve ser feito?). Ela tratava de um político prisioneiro na fortaleza de Pedro e Paulo. Sobre ela, Lênin faria depois uma célebre divagação revolucionária. O que há de curioso na obra é que o herói da novela é um descendente de tártaro, riquíssimo, assemelhado ao próprio Lênin. Naquele momento, nascia um alterador da ordem social vigente, cujas idéias fi-

cariam mais consistentes com as leituras futuras de Karl Marx. Tal foi a impressão produzida em Lênin pela novela de Chernichovski que um novo revolucionário surgiu em Kazan. Esse foi o fator exógeno, cultural e ambiental, pois a Universidade de Kazan era um ninho de agitações.

6 – Embora não seja, do ponto de vista histórico, um grande marco, a estada em Sâmara, nova residência da família, logo em seguida à transferência de Lênin para a Universidade de São Petersburgo, apresentou uma amostra bem ampla e diversificada de fatores que influíram na formação de sua personalidade. Sua mãe, quando deixou Simbirski e comprou aristocrática mansão em Sâmara, numa fazenda de mais de cem hectares, pretendia fazer de Lênin um senhor de terras, eis que não queria repetir a dose de mais um filho revolucionário e também porque o pai de Kerenski lhe confienciara certas atitudes anti-sociais do filho remanescente, recomendando ficar de “olho nele”, o que seria mais fácil no campo. A fazenda era tão grande e abastada que cada filho reservou uma parte dela como “seu reino”.

Mas Lênin tinha outro destino, embora tivesse encontrado em Sâmara muitos proprietários de terra revolucionários. Passado algum tempo, escreveu ao Ministro da Educação pedindo exame para ingresso na Universidade de São Petersburgo.

Enquanto aguardava resposta, leu, com muita curiosidade, o livro de Victor Chernov “A enfermaria nº 6”, que tratava de um doente mental adepto do Nihilismo e da nulidade de todas as coisas existentes. Mas a sua motivação maior foram os livros de Karl Marx e “O catecismo revolucionário” de Netchaiev, o guia prático dos nihilistas, dos terroristas e dos destruidores da ordem vigente. Este último livro produziu um grande efeito na sua atitude com relação à vida e à sociedade. Ao chegar a São Petersburgo, tornara-se um conflito ambulante, com idéias revolucionárias desencontradas de toda espécie, com prevalência da componen-

te compulsiva de destruição da sociedade.

Não há dúvida de que, nesse estágio, os fatores culturais prevaleceram na formação de sua personalidade.

7 – Em São Petersburgo, sua vida política foi muito intensa e, tendo sido preso, exilado por várias vezes, também foi forçado a viver nas principais capitais européias durante grande parte de sua vida, por não poder permanecer na Rússia. Nesse período, participou de todos os congressos, reuniões, assembleias, debates, públicos ou clandestinos, nos quais consagrou a sua liderança revolucionária e política baseado nas seguintes atitudes: i – firmeza e fidelidade na defesa do princípio de revolução pelo processo mais extremado; ii – elitização dos grupos dirigentes do movimento revolucionário, sendo os líderes escolhidos pela sua dedicação exclusiva à causa e ao sacrifício de todos os conceitos, religiosos, éticos, morais, sociais, familiares e particulares; iii – investidas pela imprensa clandestina ou debates contra tudo e todos que fossem contra o projeto da nova ação revolucionária; iv – repetição exaustiva e agressiva das proposições às vezes derrotadas; v – desligamento e afastamento de todas as agremiações partidárias, mesmo as mais tradicionais, que não seguissem a orientação bolchevista. Naturalmente, para exigir esses fundamentos eram necessárias vontade de ferro e tenacidade constante, ao mesmo tempo, e uma atitude hostil a tudo que fosse legal. Lênin possuía essas qualidades, inatas ou adquiridas, e consolidadas na sua luta diária; vi – na paz com a Alemanha, pelo Tratado de Brest-Litovsk, Lênin se expôs deliberadamente ao ataque dos inimigos políticos, dos Aliados em guerra com a Alemanha e, pior ainda, também dos revolucionários, inclusive bolchevistas. Argumentando com elementos ponderáveis, os críticos citavam o patriotismo russo em jogo, os prejuízos em área perdida, a vultosa soma de indenização e o prejuízo militar para os Aliados, acabando com a frente oriental. Lênin jogou com os seguintes fatores: a) as derrotas na frente

de combate, provocando deserções; b) o tradicional amor dos Cossacos pelas estepes do Sul, com a promessa de retorno ao lar o mais breve possível; c) com a expectativa de uma iminente ofensiva germânica e a conseqüente tomada de Petrogrado, pondo em risco a ainda instável revolução comunista.

Lênin saiu vitorioso. Tendo arriscado muito, pois o Tratado de Paz era tão vergonhoso para a Rússia que o responsável poderia ser condenado criminalmente, sua habilidade como político e sua atuação como líder revolucionário acabaram resultando na superação desse difícil episódio. Quem pagou caro foi a Rússia, tendo de enfrentar a Guerra Civil (apoiada pelos Aliados), com a perda de mais de vinte milhões de pessoas. Sofreu o país toda espécie de desgraça, como fome, doenças, falta de remédios, rebeliões no campo e epidemias, proporcionando a Lênin mais uma jogada política com a adoção da NEP (Nova Política Econômica), de cunho absolutamente capitalista, tendo perdurado até 1928.

8 – Finalmente, queremos terminar com um episódio que chocou o mundo: a execução da Família Imperial em Ekaterimburgo.

A decisão foi de Lênin e Sverdlov, este último perito em assassinatos. Lênin, porém, não ficou muito atrás. Já analisamos politicamente o evento no número 3.2 desta Parte. Vamos agora tecer comentários sobre um aspecto diferente: o humanístico. Até líderes bolchevistas discordaram da decisão, que não traria, posteriormente, nenhum resultado prático para o Exército Vermelho.

Lênin decidiu muito simplesmente, como se estivesse realizando uma coisa sem importância, escreveria muitos anos depois Nadejda Krúpskaia<sup>11</sup>, que também concordava com o fato. A insensibilidade de Lênin, já antes provada tantas vezes, como no caso dos marinheiros da Kronstadt, agora tomava uma nova forma, mais destrutiva, mais impiedosa, conforme diagnóstico dos analistas. Essa obsessão permanente de destruição de toda personalidade ou de todo símbolo representativo da ordem vigente

tende a gerar um comportamento compulsivo como conseqüência imediata. Essa conduta tinha origens remotas, em fatores endógenos e exógenos.

Por parte de sua mãe, filha de sueca com alemão, ele assimilou a recolhida afetividade escandinava, condicionada por costumes tradicionais, mas, em compensação, as frígidas latitudes nórdicas legaram-lhe método de trabalho e paciência de pesquisa.

Do avô materno, alemão, Lênin absorveu uma vontade de ferro e uma tenacidade invulgar para atingir objetivos.

Seus avós paternos, ambos “chuvash” (tribo descendente de mongóis), transmitiram-lhe independência, aversão a tudo que fosse legal, desejo de isolamento e, ao contrário do que pensavam governantes tsaristas, temperamento turbulento.

Os fatores ambientais e culturais tiveram influência marcante em sua vida: Lênin viveu a adolescência em ambientes estudantis muito agitados nos fins do século XIX. Além disso, os meios universitários e revolucionários estavam embebidos de literatura marxista com a divulgação das obras de Karl Marx. Muito mais grave era o “Catecismo Revolucionário” de Netchaiev, tornado a bíblia de Lênin. Com a sua leitura, ele tornou-se amoral, terrorista e destruidor. Somando-se a isso a bagagem trazida de Simbirski, onde deve ter sofrido um duríssimo golpe com a notícia da morte do irmão – que ele respeitava como um pai (embora procurasse aparentar conformação) –, e a ausência de valores transcendentais dos quais se afastou completamente aos dezesseis anos, temos a imagem escrita muito aproximada de Vladimir Ilíitch Uliânov, Lênin.

Tinha sangue sueco, alemão e “chuvash”. Em suas veias não corria uma só gota de sangue russo.

Sendo assim, o sofrido e sentimental povo da Rússia não tem nenhuma responsabilidade por esse legado histórico que, como líder revolucionário e político, foi um gênio e, como pessoa humana, foi nefasto, sem consciência moral.

Na 3ª Parte, a ser divulgada em edição futura da Revista, o título será “Estrutura Político-Administrativa da ex-URSS”, a conclusão deste trabalho tripartite. Uma rápida biografia de Stalin será apresentada, pois nesse período sua vida política passou a ter relevo.

### Notas

<sup>1</sup> “Ceux qui font des révolutions à demi, ne font que creuser leurs tombeaux”.

<sup>2</sup> Para comparação das palavras “conselho” e “concelho”, bem como “consílio” e “conclio”, recomendo utilizar o “Pequeno dicionário da língua portuguesa”, Editora Civilização Brasileira (1960), págs. 307-308, 315-316.

<sup>3</sup> Termo alemão que significa “Pretexto-guia”, o principal para uma ação política ou social. O motivo maior preponderante para essa ação, motivação quase sempre de ordem emocional.

<sup>4</sup> Pronunciar “Potiômkin”, com acento tônico no segundo “o”.

<sup>5</sup> A acentuação tônica de “Rasputin” é no “u”.

<sup>6</sup> “feiticeiro-médico” ou “curandeiro”. O Shamanismo é uma religião primitiva, em que o “shaman” é o centro do sistema, encarregado de intermediar as bonanças de tempo, colheita e outras, com os deuses. A idéia evoluiu muito para o terreno da saúde, das doenças, transformando-se o “shaman” mais em “homem da medicina”. Condenava-se veementemente a Tsarina Alexandra pela amizade e apoio ao monge. Mas é muito difícil o julgamento de pessoas e circunstâncias de outra fase da História. Hoje, o surgimento de “curandeiros” ainda provoca romarias, não apenas aqui como em qualquer parte da terra. Vale lembrar que dois países do primeiro mundo, Japão e Coréia do Sul, têm contingentes shamanistas apreciáveis.

<sup>7</sup> Os leitores devem ter observado que, quando citamos “os menchevistas”, estamos considerando mais uma frente política de ação conjunta moderada – contrária à atuação mais radical pregada pelos bolchevistas – do que um partido político formado de representações partidárias diversas, quase todas oriundas do Partido Social Democrata. Dizemos isso, porque muitos estudiosos da maté-

ria costumam separar o Partido Socialista Revolucionário dos Menchevistas. Nós preferimos encarar o “conjunto moderado”, sem distinções internas, para não perdermos o objetivo da exposição e não torná-la tão longa, pois, naquela época, início do século XX, era grande o número de facções políticas. Imaginem os caros leitores que o próprio Partido Socialista Revolucionário, não obstante guardar saudosa memória do grupo extremista e terrorista “Naródnaia Vólia” (A Vontade do Povo), mantinha duas correntes políticas absolutamente antagonicas: os Socialistas Revolucionários de Esquerda e os de Direita.

<sup>8</sup> Ekaterimburgo significa “Cidade de Catarina”, que foi Tsarina da Rússia. Depois da execução da família Imperial, numa triste deferência, foi chamada de “Sverdlovsk”, quer dizer, “de Sverdlov”. Atualmente, voltou a chamar-se “Ekaterimburgo”. Fica nos Montes Urais e é uma grande estação da Ferrovia Transiberiana.

<sup>9</sup> Em estada na cidade de Irkutsk, na região do Lago Baical, estivemos a cerca de 200 km do Rio, mais perto dele do que Lênin jamais tenha estado.

<sup>10</sup> Alguns autores inadvertidamente atribuem a autoria da obra a Lênin.

<sup>11</sup> Nadejda Konstantinovna Krúpskaia, esposa de Lênin.

### Bibliografia

CHERNOV, Victor. *A enfermeira* nº 6. [S.l.]:[s.n.], [19- -?].

GAVRILÓVITCH, Nikolai. *Chernichevski*. [S.l.]:[s.n.], [19- -?]. Título em inglês: What is to be done?

NETCHAIEV. *O catecismo revolucionário*. [S.l.]:[s.n.], [19- -?].

OJEGOV, Ivanovitch. *Dicionário da língua russa*. Moscou: conselho de Ministros da URSS, 1964. Enciclopédia soviética.

PAYNE, Robert. *The life and death of Lênin*. [S.l.]:[s.n.], [19- -?].

PEQUENO dicionário da língua portuguesa. 10. ed. [S.l.]: Civilização brasileira, 1960.

POLLACK, Emmanuel. *The kronstadt rebellion*. New York: [s.n.], 1959.

# Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis

Valerio de Oliveira Mazzuoli

## Sumário

1. Introdução. 2. O direito do pós-guerra e a internacionalização dos direitos humanos. 3. O velho conceito de soberania e a restrição atual de sua abrangência. 4. A soberania e a negação de sua existência no âmbito internacional. 5. Soberania e direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. 6. Por um novo conceito de soberania: flexibilização e delimitação das linhas divisórias. 7. Conclusão. 8. Bibliografia.

## 1. Introdução

O aumento gradativo da participação dos Estados no sistema internacional de proteção dos direitos humanos, bem como o reconhecimento, por vários deles, da jurisdição dos órgãos de monitoramento pertinentes, tem levado alguns internacionalistas a um reestudo da questão atinente ao dogma da soberania estatal absoluta, redefinindo o seu papel para a satisfação da justiça globalizada em sede de proteção internacional dos direitos humanos.

Este estudo, da mesma forma, buscará desvendar a possibilidade de existência de um novo conceito de *soberania*, moldado às exigências da nova ordem internacional e da proteção internacional dos direitos humanos.

Para tanto, num primeiro momento será feito um breve histórico do processo de internacionalização dos direitos humanos, para, posteriormente, estudar-se o papel (negativo) do conceito de *soberania* no sistema internacional de proteção de direitos.

Valerio de Oliveira Mazzuoli é Professor de Direito Internacional Público e Direitos Humanos na Faculdade de Direito de Presidente Prudente – SP (Associação Educacional Toledo) e de Direito Constitucional e Direito Internacional Público na Universidade do Oeste Paulista – UNOESTE. Mestrando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade Estadual Paulista (UNESP) – Campus de Franca.

## 2. O direito do pós-guerra e a internacionalização dos direitos humanos

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, pode-se dizer, é o direito do pós-guerra. É dizer, aquele direito gerado com o propósito de romper de vez com a lógica nazista da destruição e da barbárie, que condicionava a titularidade de direitos a determinada raça (a raça pura ariana). A construção de um cenário internacional de proteção de direitos foi consequência direta do saldo de 11 milhões de pessoas mortas durante o Holocausto. Decorreu da vontade da comunidade internacional em dar ensejo à construção de uma estrutura internacional de proteção de direitos eficaz, baseada no respeito aos direitos humanos e na sua efetiva proteção. E a partir daí, o tema “direitos humanos” tornou-se preocupação de interesse comum dos Estados, bem como um dos principais objetivos da comunidade internacional<sup>1</sup>.

Como bem explica a Professora Flávia Piovesan, diante da ruptura “do paradigma dos direitos humanos, pela negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito”, passou a emergir “a necessidade de reconstrução dos direitos humanos, como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral” (2000, p. 129). E como resposta às barbáries cometidas no Holocausto, em que imperava a lógica do terror e do medo, e a vida humana nada mais era do que simplesmente descartável, a comunidade internacional começou a esboçar um novo – e até então inédito – cenário mundial de proteção de direitos, que pudesse servir, na busca da reconstrução dos direitos humanos, como paradigma e referencial ético a orientar a nova ordem mundial (PIOVESAN, 1998, p. 49).

Se a Segunda Guerra representou a “ruptura” para com os direitos humanos, o pós-Segunda Guerra deveria representar a sua “reconstrução”.

O processo de internacionalização dos direitos humanos causou alguns impactos

na comunidade mundial. Um deles foi o de colocar os indivíduos na posição central – há muito merecida – de *sujeitos de direito internacional*, dotando-os de mecanismos processuais eficazes para a salvaguarda dos seus direitos internacionalmente consagrados. Por outro lado, pretendeu-se afastar de vez o velho e arraigado conceito de soberania estatal absoluta – que considerava os Estados os *únicos* sujeitos de direito internacional público –, para proteger e amparar os direitos fundamentais de todos os seres humanos, tanto no plano interno como no plano internacional.

A doutrina da soberania estatal absoluta, assim, com o fim da Segunda Guerra, passa a sofrer um abalo dramático com a crescente preocupação em se efetivar os direitos humanos no plano internacional, passando a sujeitar-se às limitações decorrentes da proteção desses mesmos direitos.

## 3. O velho conceito de soberania e a restrição atual de sua abrangência

Em decorrência do processo de internacionalização dos direitos humanos, advindo do pós-Segunda Guerra, o conceito tradicional de soberania, que entende ser ela um poder ilimitado do Estado em relação ao qual nenhum outro tem existência, quer interna quer internacionalmente, passa a enfraquecer-se sobremaneira.

À medida que os Estados assumem compromissos mútuos em convenções internacionais, que diminuem a competência discricionária de cada contratante, eles *restringem* sua soberania e isso constitui uma tendência do constitucionalismo contemporâneo, que aponta a prevalência da perspectiva monista internacionalista para a regência das relações entre o direito interno e o direito internacional<sup>2</sup>. E tal restrição encontra seus limites, internamente, na personalidade reconhecida do indivíduo e, externamente, no direito internacional pelos próprios Estados reconhecido. Os Estados, por



força desse reconhecimento, impõem-se restrições e limites, sem que possam, em seguida, juridicamente, libertar-se, por um ato de vontade própria e exclusiva, das obrigações que a si mesmos impuseram (cf. MARTINS, 1998, p. 20).

Bastante expressiva é lição de Gilberto Amado neste tema:

“Assim como se organizou a sociedade humana, assim como cada indivíduo perdeu sua liberdade pessoal para criar a sociedade humana, corporificada em nações, assim estas não de perder um pouco da sua soberania para criar esse superorganismo necessário à paz do mundo e à felicidade do gênero humano” (apud GARCIA, 2000, p. 79).

Nesse sentido, já assinalara Pasquale Fiore que só se pode reconhecer aos Estados uma *independência limitada* pelas exigências da sociedade internacional, o que A. Pillet caracterizou como sendo uma situação de *interdependência* das nações, nestes termos:

“L’indépendance de l’État n’existe pas, telle est la conséquence fatale de l’existence du commerce international... Une même loi gouverne donc la vie des individus et des peuples: la loi de l’interdépendance” (apud BOSON, 1958, p. 178, nt. 294)<sup>3</sup>.

Essa nova mentalidade em relação ao conceito tradicional de soberania tem levado alguns autores a, até mesmo, negar o seu plano de existência.

#### 4. A soberania e a negação de sua existência no âmbito internacional

Para KELSEN, bem como para os solidaristas franceses, a idéia de soberania tradicional deveria ser eliminada, por acarretar obstáculos ao desenvolvimento do direito internacional e à evolução da comunidade das nações rumo a uma *civitas maxima*, ou seja, a uma comunidade internacional universal:

“De même que la théorie subjective du contrat social a été vaincue

en même temps, que l’idée de la souveraineté de l’individu, et que la validité objective de l’ordre étatique a été ainsi mise hors de doute, de même en éliminant le dogme de la souveraineté, de l’Etat, on établira qu’il existe un ordre juridique universel, indépendant de toute reconnaissance et supérieur aux États, une *civitas maxima*”<sup>4</sup>.

Cabe ao direito internacional, dessa forma, “depois de vencidas as últimas resistências que lhe opõe o conceito atual de soberania, instituir a paz universal sobre fundações profundas e sólidas (...), realizando assim a aspiração medieval da *civitas maxima* que é, no fundo, o ideal comum dos contemporâneos”<sup>5</sup>.

Assim é que muitos autores chegam mesmo a *negar* a soberania do Estado, tal como definida por Jean BODIN (1949 e 1966) desde o século XVI, posto não passar de uma competência delegada pela comunidade internacional, no interesse geral da humanidade, o que resulta no entendimento de que existe não só um direito internacional, mas também um direito supranacional ou *humano*, estando a liberdade do Estado circunscrita tanto por um quanto pelo outro (cf. MANDELSTAN, [19-?], p. 192)<sup>6</sup>.

Soberania, em realidade, é o poder que detém o Estado, de impor, *dentro de seu território*, suas decisões, isto é, de editar suas leis e executá-las por si próprio. É o poder que, dentro do Estado, *internamente*, não encontra outro maior ou de mais alto grau. Nas sábias palavras do Professor Goffredo TELLES JUNIOR, a soberania pode ser definida como um “poder incontestável de decidir, em última instância, sobre a validade jurídica das normas e dos atos, dentro do território nacional”. Segundo o ilustre jurista, trata-se de um poder *incontestável* porque “é o poder de produzir o Direito Positivo, que é o direito contra o qual não há direito; o direito que não *pode ser contrastado*”; e é um poder de decidir *em última instância*, “porque é o poder mais alto, o poder acima do qual [internamente] não há poder” (2001, p. 118).

No âmbito externo, entretanto, isso não ocorre. Os Estados, nas suas relações internacionais, encontram-se pareados, em situação de coordenação, ou seja, em plena igualdade jurídica. Assemelham-se, podemos assim dizer, às vitórias-régias que pairam, soberanas, sobre o limbo. Assim, todos eles, no contexto internacional, têm o mesmo *status*, seja uma grande potência, ou uma pequena Nação. De fato, como explica ainda o Professor Goffredo TELLES JUNIOR, um Governo só é soberano *dentro dos limites de suas competências nacionais*. Diz ele:

“Nenhum Estado é soberano relativamente a outro Estado. Soberania conota superioridade, supremacia, predominância (...). Logo, constituiria verdadeiro contra-senso a afirmação de que os Estados são soberanos em suas relações internacionais. (...) Na relação entre os Estados, o que existe não é soberania, mas *igualdade dos Estados*” (p. 121).

A noção de soberania, aliás, nem é inerente à concepção de Estado. Surgiu, pois, da luta que os Estados nacionais tiveram que travar, externamente, contra a Igreja, que os pretendia colocar ao seu serviço, e contra o Império Romano, que os considerava como simples províncias; e internamente, contra os senhores feudais, que procuravam igualar-se com os Estados, atribuindo-se poder próprio, independente e autônomo (MARTINS, 1988, p. 17).

Sem embargo de desaparecidos os motivos que a determinaram, a concepção de soberania ainda subsiste, embora fragilizada pela pressão das necessidades históricas, notadamente pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos, que, reagindo incessantemente contra o seu conceito original, tal como identificado por Bodin, acabou de fato por transformá-lo num “adorno extravagante”, inteiramente vazio de sentido e de expressão (MARTINS, 1988, p. 18).

E Pedro Baptista MARTINS, a esse respeito, assim leciona com total lucidez:

“A conservação do Estado soberano será a negação da natureza jurídica do direito externo e, por conseguinte, a consagração da anarquia internacional. Mas, nem por isso, o *imobilismo* jurídico renunciou de vez à noção de soberania. Os internacionalistas, na sua grande maioria, têm-se mantido fiéis a ela, sustentando a conveniência de sua conservação, embora reconheçam que, mantida com o seu conceito originário, será uma fonte de permanentes dificuldades opostas ao desenvolvimento do internacionalismo.

Para não suprimi-la, preferiram submeter a uma extravagante revisão o seu conteúdo, procurando adaptá-lo às condições de vida internacional e às aspirações pacifistas de que se acha animada a civilização contemporânea. A conciliação, porém, é impossível e o direito externo só se afirmará definitivamente depois que tiver lançado os seus fundamentos sobre as ruínas da soberania nacional”. (...)

Essas concessões, como se vê, visam salvar o dogma da soberania, mas, efetivamente, elas não têm feito senão precipitar-lhe a ruína, porque admitir que a soberania possa ser reduzida é reconhecer que ela não existe. Uma soberania susceptível de limites e restrições é uma hipótese absurda. Todas as tentativas para amoldar a soberania às exigências atuais do direito internacional têm sido baldadas, porque ela, em sua qualidade de superlativo, é a *suprema potestas*. O Estado soberano, como já se tem afirmado, pode ter direitos mas não tem deveres. Com a preocupação de depurar o seu conceito para amoldá-lo às circunstâncias jurídicas, o que se tem feito é atentar contra o seu tríplice sentido: gramatical, lógico e histórico. Ou então, o que é ainda mais grave – para desincompatibilizá-la com a ordem jurídica internacional, tem-se urdido uma série de

teorias, cada qual mais obscura incoerente e contraditória” (p. 19-23).

As modernas relações internacionais não se compadecem, pois, com o velho e arraigado conceito de soberania e pretendem afastá-lo para cada vez mais longe, a fim de tornar mais viáveis as relações entre os Estados, dando a estes direitos, mas também obrigações na órbita internacional. Trata-se, como se vê, da verdadeira negação do conceito de soberania no cenário internacional.

##### *5. Soberania e direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis*

Em se tratando de proteção dos direitos humanos, a noção clássica de soberania sofre, ainda, uma outra transformação. No cenário internacional de proteção, os Estados perdem a discricionariedade de, internamente, a seu alvedrio e a seu talante, fazer ou deixar de fazer o que bem lhes convier. Nesse contexto é que devem os Estados-partes, num tratado internacional, cumprir todo o acordado, sem objetar disposições de seu direito interno como justificativa para o não-cumprimento do que foi pactuado. Há, pois, nesse cenário de proteção dos direitos humanos, um enfraquecimento da noção da não-interferência internacional em assuntos internos (Carta das Nações Unidas, art. 2º, alínea 7), flexibilizando, senão abolindo, a própria noção de soberania absoluta<sup>7</sup>.

Não existem direitos humanos globais, internacionais e universais, sem uma soberania flexibilizada, o que impediria a projeção desses direitos na agenda internacional.

Inúmeros países, invocando a doutrina da soberania estatal, têm mesmo se utilizado do princípio da não-intervenção em assuntos internos, principalmente quando estão em posição defensiva em relação aos seus deveres internacionalmente assumidos, em matéria de direitos humanos. Não é essa, entretanto, a melhor exegese do art. 2º (7) da Carta das Nações Unidas. O respeito aos direitos humanos não é assunto de interesse *exclusivamente interno* de um Estado, mas

sim de toda a comunidade mundial. A não-ingerência em assuntos internos não pode ser interpretada como pretendendo limitar o mecanismo de monitoramento internacional em sede de direitos humanos. Esses direitos, pela universalidade e indivisibilidade que os caracteriza, não dizem respeito *estrito* a um ou outro Estado, mas a *todos* os Estados conglobados na comunidade internacional.

Se existe noção alheia à proteção internacional dos direitos humanos, essa noção é da soberania. É irreconciliável, pois, o seu fundamento com a dinâmica internacional de proteção desses direitos, o que implica necessariamente a abdicação ou afastamento daquela noção em prol da proteção do ser humano (TRINDADE, 1994, p. XVI).

##### *6. Por um novo conceito de soberania: flexibilização e delimitação das linhas divisórias*

A verdadeira soberania deveria consistir numa cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns. Um novo conceito de soberania, afastada sua noção tradicional, aponta para a existência de um Estado não isolado, mas incluso numa comunidade e num sistema internacional como um todo. A participação dos Estados na comunidade internacional, seguindo-se essa nova trilha, em matéria de proteção internacional dos direitos humanos, esta sim seria sobretudo um ato de soberania por excelência.

A esse respeito, e bem a propósito, o Secretário Geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali, na defesa da prevalência do direito internacional dos direitos humanos, já afirmara:

“Ainda que o respeito pela soberania e integridade do Estado seja uma questão central, é inegável que a antiga doutrina da soberania exclusiva e absoluta não mais se aplica e que

esta soberania jamais foi absoluta, como era então concebida teoricamente. Uma das maiores exigências intelectuais de nosso tempo é a de repensar a questão da soberania (...). Enfatizar os direitos dos indivíduos e os direitos dos povos é uma dimensão da soberania universal, que reside em toda a humanidade e que permite aos povos um envolvimento legítimo em questões que afetam o mundo como um todo. É um movimento que, cada vez mais, encontra expressão na gradual expansão do Direito Internacional” (apud HENKIN, 1993, p. 18).

Nesse compasso é que o art. 11 da Constituição italiana, já inserto dentro desse novo contexto, preceitua que a Itália “consente, em condições de reciprocidade com outros Estados, nas *limitações de soberania* necessárias a uma ordem asseguradora da paz e da justiça entre as Nações”<sup>9</sup>. Aliás, a Corte de Justiça Européia, em certa ocasião, declarou-se competente inclusive para julgar – em tema de direitos fundamentais – os conflitos existentes entre o *direito comunitário* europeu e o *direito constitucional* interno dos países membros, com o escopo de dar prevalência ao primeiro em detrimento do segundo (cf. sent. de 9 de março de 1978, causa 106/1977) (vide BARILE, 1984, p. 445-446).

No mesmo sentido, seguindo essa tendência moderna do constitucionalismo democrático, a Carta Política do Chile de 1980, reformada em 1997, estabelece, no seu art. 5 (2), que:

“El ejercicio de la soberanía reconoce como *limitación* el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, complementando que é dever “de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

São, efetivamente, exemplos a serem seguidos, em matéria de proteção dos direitos

humanos. Com isso, busca-se a construção de um novo constitucionalismo, que assegure definitivamente a proteção dos direitos humanos e suplante os atuais problemas existentes em sede de incorporação de tratados internacionais de proteção.

Em suma, quando um Estado ratifica um tratado de proteção dos direitos humanos, não diminui ele sua soberania (entendida em sua concepção contemporânea), mas, ao contrário, pratica um verdadeiro ato soberano, e o faz de acordo com sua Constituição.

Uma das manifestações que ainda remanesce da noção tradicional de soberania, a da assim chamada “competência nacional exclusiva”, encontra-se – na lição de Antônio Augusto Cançado TRINDADE – há mais de duas décadas definitivamente superada pela própria atuação, com aquiescência dos Estados, dos órgãos de supervisão internacionais, inclusive no plano global (Nações Unidas), não ousando nenhum governo, nos nossos dias, de boa-fé levantar a exceção do “domínio reservado” do Estado em detrimento da ação dos órgãos internacionais competentes em matéria de proteção dos direitos humanos, o que estaria certamente fadado ao insucesso (1994, p. XVI).

Os mecanismos de monitoramento de violações de direitos humanos nas jurisdições nacionais, levados a efeito pelos órgãos de supervisão internacionais, à exceção do sistema de petições individuais, não ultrapassam o nível de observação e recomendação, uma vez que cabe ao discernimento dos Governos as decisões em responder ou não às indagações formuladas, acolher as recomendações propostas e cooperar com os relatores (ALVES, 1994, p. 38). Por isso, como lembra Lindgren ALVES, em virtude do entendimento generalizado “de que esses mecanismos da ONU gozam de legitimidade internacional, sem ferir a soberania nacional, praticamente todos os Estados procuram responder às demandas que lhe fazem, sem recorrerem ao princípio da não-intervenção, também entronizado na Carta da ONU” (p. 38).

## 7. Conclusão

A conclusão que se chega, do que acima ficou exposto, é que o sistema de proteção internacional dos direitos humanos das Nações Unidas não ameaça a soberania nacional dos Estados, uma vez que o seu caráter de proteção é complementar e subsidiário, em que se reconhece primordialmente aos Estados a incumbência pela efetiva proteção. Apenas no caso deste não zelar pela proteção de tais direitos é que o sistema da ONU entra em ação como meio de se efetivar a proteção internacional dos direitos humanos (ALVES, 1994, p. 39).

De outra banda, pode-se concluir que não há conceito mais alheio ao da proteção internacional dos direitos humanos que o conceito tradicional de *soberania*. São irreconciliáveis os conceitos de “soberania” e “direitos humanos”, o que implica necessariamente a abdicação ou afastamento daquela noção em prol da proteção dos seres humanos protegidos, a menos que se remodele o conceito para passar a dizer respeito à cooperação internacional dos Estados em prol de finalidades comuns.

### Notas

<sup>1</sup> Para um estudo mais detalhado da matéria, vide Valerio de Oliveira Mazzuoli (2002, p. 212-231).

<sup>2</sup> Cf. DALLARI, Pedro. *Recepção pelo direito interno das normas de direito internacional público*: o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Brasileira de 1988. (trabalho acadêmico, não publicado). Para Hans Kelsen, a questão, todavia, consiste em saber em que medida a soberania do Estado é limitável pelo direito internacional, e admite que a resposta não pode ser deduzida, quer do primado do direito internacional, quer do primado do direito interno nacional (1984, p. 457).

<sup>3</sup> Para Mirtô Fraga: “(...) não se pode esquecer que o conceito de soberania não é estático, mas dinâmico, modificando-se para atender às necessidades da sociedade internacional. Do conceito de soberania como a qualidade do poder do Estado que não reconhece outro poder maior que o seu – ou igual – no plano interno, chegou-se à moderna conceituação: Estado soberano é o que se encontra, direta e imediatamente, subordinado à ordem jurídica internacional. A soberania continua a ser um

poder (ou qualidade do poder) absoluto; mas, absoluto não quer dizer que lhe é próprio. A soberania é, assim, um poder (ou grau do poder) absoluto, mas não é nem poderia ser ilimitado. Ela *encontra seus limites nos direitos individuais*, na existência de outros Estados soberanos, na ordem internacional” [grifo nosso] (1998, p. 9).

<sup>4</sup> Hans Kelsen. *Recueil des Cours*, nº 14, p. 326. Vide, Gerson de Britto Mello Boson, (1958, p. 179, nt. 287).

<sup>5</sup> Para MARTINS, Pedro Baptista: “A anarquia internacional, de que os povos ainda não lograram emergir inteiramente, a despeito dos esforços infatigáveis que se têm conjugado, depois da guerra européia, no sentido de organizar a comunidade dos Estados, nada mais é do que o índice da obstinação com que, por motivos de ordem exclusivamente política, se tenta defender o dogma da soberania nacional e, com ele, a doutrina da supremacia do direito interno” (1998, p. 2).

<sup>6</sup> Para DUGUIT, as Declarações de Direito, na escala hierárquica, sobrepõem-se à Constituição, e esta às leis ordinárias, nesta ordem: Declarações de Direito, leis constitucionais e leis ordinárias. De forma que, para ele, a *primazia* das Declarações de Direito impõem tanto o respeito do legislador ordinário, como o respeito do legislador constituinte, jamais podendo ser afastada por qualquer deles (1930, p. 604).

<sup>7</sup> Fábio Konder COMPARATO, ao comentar o § 2º do art. 5º da Carta de 1988, conjugando-o com o inc. II do art 4º da mesma Carta (segundo o qual o Brasil se rege nas suas relações internacionais pelo princípio da “prevalência dos direitos humanos”), afirma criticamente: “O sentido desta última declaração de princípio parece ser o da supremacia dos direitos humanos sobre quaisquer regras decorrentes da soberania internacional de nosso País, considerada esta como independência em relação a outros Estados e como poder, em última instância, para decidir sobre a organização de competências no plano interno. Tal significa, segundo a melhor exegese, que o Brasil reconhece a inaplicabilidade, para si, em matéria de direitos humanos, do princípio de não-ingerência internacional em assuntos internos (Carta das Nações Unidas, art. 2º, alínea 7). A proteção aos direitos fundamentais do homem é, por conseguinte, considerada assunto de legítimo interesse internacional, pelo fato de dizer respeito a toda a humanidade” (1996, p. 282).

<sup>8</sup> Contra: vide a lição de Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO, para quem não assiste razão àqueles que afirmam estar ultrapassada a idéia de soberania, em vista da afirmação de uma sociedade internacional e de um direito internacional superiores ao Estado. Para este professor da Faculdade de Direito da USP: “A sociedade internacional é antes um desejo idealista do que uma realidade concreta. O que dela mais se aproxima, a ONU, não pas-

sa de uma associação cujo poder – juridicamente falando – não prevalece sobre o dos associados. Por sua vez, o Direito internacional costumeiro – pois em relação às normas de tratados é evidente o caráter contratual – só prevalece sobre o direito interno, quando a Constituição do Estado o aceita e na medida em que o aceita”. E conclui: “Assim o Estado contemporâneo é ainda um Estado soberano”. Admite ele, entretanto, que um dos fatores que está a anunciar o fim do Estado “soberano” é a globalização, mormente, no seu entender, o aspecto econômico da mesma. (1998, p. 94-95). Para Gerson de Britto Mello BOSON: “É necessário, pois, estabelecer duas orientações para a imputação do conceito de soberania ao Estado: uma *vertical*, positiva, outra *horizontal*, negativa. Em ambos a soberania tem sentido absoluto, por ser um aleijão pretender-se soberania limitada. Acontece, porém, que só na segunda orientação é possível aplicar o conceito, ao Estado, com base no princípio da igualdade jurídica, de que decorrem outros princípios, como o de imunidade de jurisdição e o de não intervenção” (1958, p. 184). Frise-se que um dos princípios pelo qual a República Federativa do Brasil se rege em suas relações internacionais é o princípio da *não-intervenção*, consagrado pelo inciso IV do art. 4º da nossa Carta Magna.

<sup>9</sup> Na lição de Paolo BARILIE, Enzo CHELI e Stefano GRASSI: “I limiti alla sovranità del nostro Stato che derivano dall’attribuzione dei poteri normativi agli organi comunitari, trovano fondamento nel principio di cui all’art. 11 C., che ‘consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, le limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni’, ed invita l’Italia a ‘promuovere’ e ‘favorire’ le ‘organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo’: le Comunità europee sono nate – come si è accenato – com scopi analoghi a quelli indicati dall’art. 11 C., come risulta anche dai preamboli dei rispettivi trattati” (1998, p. 140).

### Bibliografia

ALVES, José Augusto Lindgren. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva/Fundação Alexandre de Gusmão, 1994.

BARILE, Paolo. *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Società Editrice il Mulino, 1984.

BARILE, Paolo; CHELI, Enzo ; GRASSI, Stefano. *Istituzioni di diritto pubblico*. 8. ed. Padova: Antonio Milani, 1998.

BODIN, Jean. *De la république: extraits*. Paris: Librairie de Médicis, 1949.

\_\_\_\_\_. *Los seis libros de la república*. Caracas: Instituto de Estudios Políticos/Universidad Central de Venezuela, 1966.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Curso de direito internacional público*. Belo Horizonte: Livraria Bernardo Álvares, 1958. v. 1.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção aos direitos humanos e a organização federal de competências. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (Ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. 2. ed. Brasília: IIDH, 1996.

DUGUIT, León. *Traité de droit constitutionnel*. 3. ed. Paris: E. de Boccard, 1930. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O futuro do Estado. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, Associação Paulista dos Magistrados, ano 2, n. 4, p. 91-98, jun./nov. 1998.

FRAGA, Mirtô. *O conflito entre tratado internacional e norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GARCIA, Márcio P. P. Gilberto Amado, o jurista. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, ano 37, n. 147, jul./set. 2000.

HENKIN, Louis; PUGH, Richard, SCHACHTER, Oscar & SMIT, Hans. *International law: cases and materials*. 3th. ed. Minnesota: West Publishing, 1993.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1984.

MANDELSTAM, A. La protection internationale des droits de l’homme. *Recueil des Cours*, n. 38, p. 192, [19- -?].

MARTINS, Pedro Baptista. *Da unidade do direito e da supremacia do direito internacional*. Atualizada por Luís Ivani de Amorim Araújo. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tratados Internacionais: com comentários à Convenção de Viena de 1969*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional: tratados e direitos humanos fundamentais na ordem jurídica brasileira*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e cidadania à luz do novo direito internacional*. Campinas: Minelli, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

\_\_\_\_\_. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2000.

TELLES JUNIOR, Goffredo. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRINDADE, A. A. Cançado. Apresentação. In: ALVES, José A. Lindgreen. *Os direitos humanos como tema global*. São Paulo: Perspectiva, 1994. p. XVI.

# Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000: um retrocesso jurídico

Geilza Fátima Cavalcanti

## Sumário

1. Introdução. 2. Servidores públicos celetistas. 2.1. Breve apanhado histórico. 2.2. A Reforma Administrativa do funcionalismo público. 2.2.1. Direito adquirido no regime estatutário e no regime celetista. 2.2.2. A violação do pacto federativo pela Lei 9.962/00. 2.2.3. A problemática da definição das atividades típicas do Estado. 2.2.4. A questão do ato de demissão do servidor público celetista. 3. Considerações finais.

### *1. Introdução*

Pretende-se, com o presente estudo, ainda que de forma sucinta, analisar os efeitos da Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, que disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional.

Tal lei andou na esteira da Reforma Administrativa do Estado, que tem por pretensão modernizar a Administração Pública, dando ênfase à eficiência administrativa, prioridade aos resultados e não aos processos, desburocratizando, flexibilizando e tornando mais econômica a atividade administrativa.

Pretendemos focalizar o trabalho nos efeitos da reforma administrativa para o servidor público, especialmente após o advento da Lei do emprego público.

Tentaremos desenvolver uma análise crítica da lei, ponderando suas consequências para o setor administrativo dos servi-

Geilza Fátima Cavalcanti é Membro da Advocacia Geral da União. Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco e Professora das Faculdades Objetivo UNIP e CESUBRA.



dores públicos. Teria a tentativa do governo de transpor as idéias geradas no setor privado para dentro da Administração Pública sido realmente um avanço coincidente com o modelo de Estado neoliberal e globalizado que estamos vivendo?

## 2. *Servidores públicos celetistas*

### 2.1. *Breve apanhado histórico*

A Revolução Industrial, no século XVIII, e o movimento do Iluminismo relacionam-se com o modelo Liberal, o qual tinha por preceito que o Estado deveria interferir o mínimo possível nas relações sociais, assegurando a liberdade dos indivíduos.

Não à toa, os direitos relativos a essa época são chamados de direitos negativos ou de primeira geração, cuja efetivação pressupõe uma não-intervenção do Estado, como reação da classe burguesa ao Estado totalitário e absolutista que reinava até então.

Com o advento da Primeira Guerra Mundial e da crise capitalista de 1930, iniciou-se o período de declínio do liberalismo, com o conseqüente apogeu do Estado do Bem-Estar, ou Estado Social.

Referido modelo estatal caracteriza-se pelo dirigismo, ou seja, a tendência do Estado em manter uma intervenção no sentido de regular a economia capitalista, em contraposição ao Estado Liberal.

Paralelos ao Estado do Bem-Estar, vislumbram-se os direitos fundamentais de segunda geração, que são direitos positivos, no sentido de que, para serem realizados, pressupõem uma intervenção do Estado, a qual pode ser de índole material ou normativa.

Assim, o Estado assume importante papel na promoção de benefícios sociais, havendo então uma forte atuação do Poder Público. Em outras palavras, e como bem acentua Francisco de Queiroz Bezerra CAVALCANTI (1999, p. 13-37), o Estado do bem-estar, em nosso país, marcou-se “pela inserção no texto constitucional de inúmeros direitos até então não alcançados e, em

verdade, dificilmente alcançáveis em função da realidade sócio-econômica brasileira”.

Posteriormente, mais precisamente na década de setenta, os choques econômicos fazem declinar o Estado Social, com o co-respectivo advento do neoliberalismo, cujo objetivo primordial consiste em garantir a acumulação de capital, no que muito se assemelha esse modelo com o liberalismo citado alhures.

No Brasil, foi no início da década de noventa que se fizeram sentir maiores reflexos do modelo do Estado mínimo, tese do neoliberalismo. Em decorrência desse novo modelo, reduz-se a atividade do Estado no âmbito econômico a níveis inexpressivos.

O neoliberalismo se caracteriza por defender um Estado minimizado e passivo no que tange ao lucro dos capitalistas e aos interesses dos mercados, especialmente internacionais ou transnacionais.

O Estado passa então a intervir menos, editando menos leis, possibilitando maior espaço para a economia desenvolver-se livremente, atrelando-se ao capitalismo internacional, que preconiza a derrubada de fronteiras econômicas com a livre circulação do capital e o fortalecimento de conglomerados transnacionais.

Os neoliberais tacham de burocrata, ineficiente e corrupto o Estado do Bem-Estar, pregando o novo modelo estatal como parâmetro de agilidade, moralidade e eficiência das funções públicas.

Seria necessário, para a implementação do liberalismo, uma desregulamentação da economia e do direito estatais, aceleração da competição em nível nacional, privatização das empresas públicas que não desempenhem atividades exclusivamente estatais e a supressão máxima de obstáculos para inserção do processo de globalização.

Os neoliberalistas pretendem reviver o liberalismo que eclodiu com a Revolução Francesa, com o dogma da liberdade baseada na igualdade jurídica dos cidadãos e nos ditames do mercado. De se ver, todavia, que essa pretensa igualdade dos cidadãos, es-

pecialmente nos países de Terceiro Mundo, é apenas e tão-somente uma igualdade formal, que não se efetiva na prática.

Conjuntamente ao Estado neoliberal, aparece o fenômeno da globalização, com o qual as fronteiras nacionais deixam de se configurarem em limites às atividades do capitalismo, dando lugar a uma economia de mercado transnacional, mundial ou, como o próprio nome do movimento indica, global.

Começa-se então a falar em direitos fundamentais de quarta geração, que seriam aqueles ligados ao advento de altas tecnologias e avanço científico. Assim, surgem novas figuras jurídicas, pouco estudadas até agora, tais como o clone e o embrião fertilizado *in vitro*. Que direitos teriam esses “seres”? Seriam pessoas? Coisas?

O contexto da globalização é o do advento de novas tecnologias e alta produtividade. O projeto neoliberal e a globalização fortificam-se às custas do enfraquecimento dos Estados nacionais, principalmente os subdesenvolvidos<sup>1</sup>.

Assim, a verdade parece estar com os que entendem que o neoliberalismo e a globalização só favorecem países desenvolvidos, prejudicando a noção de soberania dos países subdesenvolvidos e criando uma ‘supra-soberania’ àqueles, haja vista a dificuldade dos países de Terceiro Mundo em defender os próprios interesses ante a onda globalizante. A soberania nacional cede lugar às imposições de entidades globais, internacionais, de países de Primeiro Mundo. O Estado subdesenvolvido passa a ser cada vez mais incapaz em gerenciar e administrar a coisa pública em benefício da coletividade.

O Estado periférico, com a globalização, passa a ser inteiramente dependente e submisso ao capital financeiro internacional<sup>2</sup>; ocorre, na prática, um agravamento da situação inflacionária dos países subdesenvolvidos e uma desigualdade mundial no que tange à economia de mercado.

Nas rígidas, porém realistas palavras de Aparecido INÁCIO e Esnel Cunha BARBOSA (2000), a reforma administrativa demons-

trou, por parte do Governo Federal, sua “total submissão aos ditames do FMI e seus interlocutores, os quais disseminam, pelos quatro ventos do planeta, suas regras de escravidão econômico-financeira, submetendo nações à sua ideologia neoliberal, roubando-nos a riqueza e soberania nacional”.

A Reforma que vem sendo implementada no Brasil insere-se nesse contexto, ou seja, é fruto da tentativa de adaptação da Administração Pública do país ao novo cenário globalizado e à conseqüente crise do modelo do Estado do Bem-Estar, cujos custos elevados e crescentes revelariam a incapacidade do Poder Público em responder aos anseios da coletividade. Seria necessário então um enxugamento das máquinas administrativas estatais.

Em outras palavras,

“a reforma do aparelho do Estado, também denominada reforma administrativa, insere-se no conjunto de propostas e medidas elaboradas pelo atual Governo no sentido de alcançar a modernização e a adaptação do Estado Brasileiro às novas demandas do mercado e às crescentes relações entre os Estados. A idéia que norteia essa nova concepção da administração pública relaciona-se com os conceitos de eficiência, flexibilização, controle finalístico, contrato de gestão, qualidade e cidadão–cliente” (COELHO, p. 257-262).

O economicismo de cunho neoliberal, que caminha de mãos dadas com a globalização, investe agora contra o servidor público, pretendendo modernizar esse setor, tornando-o mais eficiente.

O que se pretende com a chamada administração gerencial é utilização de técnicas similares às das empresas privadas, especialmente no tocante à redução de gastos, elevação da qualidade e da competição entre empresas. Para tanto, far-se-ia uma estruturação progressiva com vistas aos resultados, reduzindo entraves burocráticos, por exemplo.

## 2.2. A Reforma Administrativa do funcionalismo público

Traçadas as linhas básicas que justificaram a necessidade da Reforma Administrativa em nosso país, analisaremos, e este é o objeto do presente estudo, a reforma sob o ponto de vista do funcionalismo público, suas conseqüências e implicações para a Administração e para os servidores públicos.

Para tanto, importante vislumbrarmos o marco constitucional inicial da Reforma, isto é, a Emenda Constitucional número 19, de 4 de junho de 1997, que introduziu profundas alterações no regime constitucional da Administração Pública como um todo.

Tal emenda repensa a relação existente entre Administração Pública e seus servidores, reflexo do Estado globalizado, para modernizar o setor, reavaliando paradigmas de organização do trabalho dentro dos órgãos públicos, que devem passar a ser norteados pelos princípios da eficiência e da qualidade máxima.

Segundo Sabino CASSESE (1998), vislumbram-se quatro pontos essenciais nas mudanças do serviço público:

- 1) passagem da gestão pública ao controle público, deixando o Estado de ser gestor e passando a ser controlador;
- 2) o cidadão deixa de ser administrado e passa a ser usuário, cliente;
- 3) ocorre uma separação entre prestador e controlador do serviço; e
- 4) o controle é atribuído a uma autoridade independente do governo e das partes.

Justificam-se as mudanças ocorridas na Constituição Federal, segundo Luiz Carlos Bresser PEREIRA (1997a, p. 30), em face da necessidade de flexibilização do serviço público.

“A estabilidade desejada para o setor público é flexível, defendendo o Estado e seus funcionários contra os poderosos e os corporativistas. Já a estabilidade rígida prevista na Constituição de 1988 é um obstáculo fundamental à Reforma do Estado e à consolida-

ção do Plano Real. Não é possível haver uma administração pública eficiente e moderna quando seus dirigentes não têm condições de exigir que o trabalho seja executado com competência e disposição nem meios de adequar os quadros de funcionários às necessidades do trabalho a ser executado”.

Restringiremos ainda mais o trabalho, delimitando nossa abordagem à eliminação do dispositivo constante do *caput* do artigo 39 da Constituição em sua versão original, que previa a instituição do regime jurídico único para os servidores públicos.

Assim previa o artigo 39 supracitado:

“A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas”.

A Constituição de 1967 e a subsequente Emenda Constitucional número 1, de 1969, possibilitaram a existência de três regimes: o estatutário, que seria aplicado aos que desempenhassem as carreiras típicas de Estado; o celetista, para os servidores em geral, mas cuja aplicação seria mitigada por normas de direito público; e, finalmente, o regime contratual específico.

Esse quadro sofreu severas críticas por gerar tratamentos diferenciados a situações idênticas. Foram observadas dificuldades gerenciais e custos elevados que resultavam desse sistema, que possibilitava inclusive a adoção de procedimentos irregulares, decorrentes do favorecimento de amigos e afilhados daqueles que estavam no poder, de forma que era necessária uma mudança imediata.

Foi nesse panorama que se previu, a partir da Constituição de 1988, o regime jurídico único, o qual, embora não tivesse a previsão expressa, deu vazão a um regime estatutário.

O artigo 39 da Constituição, em sua versão original, não dispunha o regime a ser adotado, mas apenas assinalava a necessidade de unificação de regimes, evitando

aqueles entraves alhures apontados e que resultavam da adoção de regimes variados.

No entanto, a Lei 8.112/90 optou pela adoção do Regime Estatutário no âmbito federal, excetuando apenas aqueles contratados por prazo determinado, pela legislação trabalhista. Ora, como era obrigatória a unificação, esse passou a ser o regime.

O regime estatutário, que tem suas origens na França, é caracterizado essencialmente por sua maior rigidez em relação ao regime celetista. Nesse sentido, somente admite o ingresso nos cargos públicos por meio de concurso público, tem previsão de vencimentos em lei, normatiza também o número de cargos, prevê a estabilidade e maiores dificuldades à dispensa de servidor público, entre outros.

A Emenda Constitucional número 19, de 1997, retirando a obrigatoriedade do regime jurídico único existente até então, voltou – como ocorria em 1967 – a permitir a adoção de regimes diversos, isto é, podem ser adotados o regime estatutário e o regime celetista no âmbito da Administração Pública.

Segundo Aparecido Inácio e Esnel Cunha BARBOSA (2000),

“Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/97, o Governo Federal deixou nítida sua verdadeira intenção ou seja, a) o fim do regime jurídico único; b) fim da participação democrática; c) disponibilidade proporcional; d) excesso de medidas provisórias; e) fim da estabilidade aos celetistas e estáveis (não efetivos); f) implantação da avaliação de desempenho, com objetivo de enxugamento da máquina; e g) dispensa de servidores quando o pagamento da folha exceder a 60% com gastos de pessoal”.

A referida Emenda foi disciplinada infraconstitucionalmente pela Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, a qual disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional.

Da análise da Exposição de Motivos nº 64, de 27 de outubro de 1998, vê-se que o

legislador justifica o retorno à adoção do regime celetista no serviço público como regra como forma de desburocratizar, dar mais celeridade, eficiência e presteza à Administração Pública, parecendo entender que o regime estatutário tenha contribuído para gerar uma situação de déficit naquela.

Prevê a Exposição de Motivos:

“Assim, mister se faz a pronta adoção do regime celetista no serviço público, dando cumprimento aos objetivos traçados na reforma Administrativa, que visavam à dinamização da atividade administrativa com redução de seus custos.

... essa fórmula confere maior flexibilidade à relação de emprego no âmbito do Estado... tais vantagens representam considerável economia para as finanças públicas, em momento crucial de ajuste, de contas, dado o déficit elevado da previdência do setor público, incapaz de se auto-sustentar, por falha estrutural de concepção”.

Assim, vê-se que o servidor público foi considerado, senão o único, o principal culpado pela ineficácia, ineficiência e burocratização da máquina pública, quando, na verdade, a ineficiência atribuída à Administração Pública deve ser credenciada a outros fatores, especialmente de cunho político e cultural, e não ao modelo constitucional da Administração.

Contudo, “para a agenda neoliberal que se instaurou no país nos anos 90, o modelo administrativo plasmado pela Constituição de 1988 foi apontado como principal obstáculo à governabilidade e à modernização do setor público” (PESSOA, 2000).

O que pretendemos demonstrar no presente estudo é o retrocesso histórico e jurídico-constitucional que representou a edição da Emenda Constitucional nº 19/97, pois o que se teve foi o retorno ao fracassado modelo da Constituição Federal de 1967.

Em outras palavras,

“... a Emenda Constitucional nº 19 encabeçou um retrocesso tanto jurídi-

co, quanto constitucional, ou seja, a Emenda estabeleceu novamente regras inerentes à Constituição Federal de 67-69, ou seja, a duplicidade de regimes jurídicos na Administração Pública, criando e/ou disseminando as desigualdades entre ocupantes de cargos e/ou funções de denominações assemelhadas, porém vinculados a regime diverso, o que culminou com a insatisfação de algumas categorias, em virtude do regime a que estavam sujeitos. ... o Governo, mais uma vez, tomou uma iniciativa que tende ao malogro, vez que tais medidas, na prática, não tornaram mais ágeis os setores da máquina administrativa e nem tampouco irão reduzir os gastos públicos, ao menos na dimensão que vem sendo divulgada pelo Governo Federal” (INÁCIO; BARBOSA, 2000).

Marcello Ribeiro SILVA (2000) elenca as seguintes conseqüências da contratação de empregados públicos, tanto para o poder contratante como para os empregados contratados:

I – “os empregados públicos contratados e o poder público contratante vincular-se-ão ao Regime Geral de Previdência do INSS, tanto no que se refere ao custeio, quanto aos benefícios, inclusive, no que pertine à aposentadoria, que não ocorrerá com o total da remuneração auferida pelo empregado público, mas sim pelo teto pago, a este título, pelo INSS;

II – a competência para processar e julgar as ações judiciais envolvendo os empregados públicos e a União, que decorram da relação de emprego, será da Justiça do Trabalho, consoante o que descreve o artigo 114 da Constituição Federal, e não da Justiça Comum Federal, como ocorre com as lides entre os servidores estatutários e a União;

III – a União, como empregadora, será obrigada a cumprir todas as normas trabalhistas consolidadas, bem

como aquelas previstas nas legislações esparsas, inclusive a que obriga ao depósito do FGTS dos seus empregados (Lei nº 8.036/90);

IV – a União, como empregadora, deverá cumprir as normas de segurança e saúde no trabalho previstas na CLT e complementadas pelas Normas Regulamentadoras, aprovadas pela Portaria nº 3.214/78, do Ministério do Trabalho e Emprego, devendo constituir CIPA; fornecer equipamentos de proteção individuais, quando necessário; implementar os programas de controle médico da saúde ocupacional e de prevenção dos riscos ambientais, etc;

V – os empregados públicos contratados pela União, a nosso ver, poderão exercer o direito constitucional de greve nos termos e nos limites definidos na Lei nº 7.783/89, que, *ex vi* art. 37, VII, da Carta Magna, é a lei específica do regramento do exercício do direito de greve no âmbito da contratação do regime consolidado”.

No presente estudo, a par das diversas conseqüências elencadas pelos doutrinadores e estudiosos do tema, escolhemos analisar quatro aspectos negativos da adoção do regime celetista para os empregados públicos, como regra:

1) A questão do direito adquirido, que não existe em face de regime jurídico, mas sim em relação à legislação trabalhista;

2) A questão da violação do pacto federativo com a adoção do regime celetista pelos Estados, Distrito Federal e Municípios;

3) A problemática da definição das “atividades típicas de Estado”, únicas que seriam regidas pelo regime estatutário;

4) A vinculação do ato de demissão dos servidores públicos celetistas.

### *2.2.1. Direito adquirido no regime estatutário e no regime celetista*

Estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico per-

feito e a coisa julgada”, sem, no entanto, definir a extensão e o conteúdo do termo “direito adquirido”.

Embora a Lei de Introdução ao Código Civil defina o direito adquirido como sendo aquele cujo titular possa exercer, assim como aquele cujo começo de exercício tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem (artigo 6º, § 2º), Pontes de MIRANDA (1967, p. 64 et seq.) bem acentua que tal definição infraconstitucional carece de significação em nível de Direito Constitucional, pois não pode uma norma legal interpretar, de forma vinculativa, uma garantia constitucional.

Direitos adquiridos são direitos subjetivos que se estabilizaram no âmbito do patrimônio jurídico de determinado indivíduo e por isso devem ser protegidos da aplicação da lei nova que os violaria. Assim, uma pessoa que adquiriu um direito sob a égide da lei velha continuará regida por essa, mais vantajosa, embora a lei nova seja desde logo aplicável aos demais indivíduos.

É aquele direito que, por já se ter incorporado ao patrimônio do indivíduo, deve ser juridicamente protegido contra qualquer ataque exterior, até mesmo legal. Não somente se consideram adquiridos os direitos aperfeiçoados quando da promulgação da lei nova, mas também os subordinados a condições ainda não verificadas, desde que essas não estejam sujeitas ao arbítrio de outrem.

Por outro lado, cabe salientar que o “direito adquirido” consubstancia-se em uma garantia e não em um direito subjetivo.

Para De Plácido e SILVA (1997, p. 277), o direito subjetivo pode ser conceituado como sendo

“... o poder de ação assegurado legalmente a toda pessoa para defesa e proteção de toda e qualquer espécie de bens materiais ou imateriais, do qual decorre a faculdade de exigir a prestação ou abstenção de atos, ou o cumprimento de obrigação, a quem outrem esteja sujeito.

Chamam-no, por isso, de *facultas agendi*, porque, em razão do direito subjetivo, de que a pessoa é titular, vem a faculdade, que se mostra o poder de agir na defesa do direito concreto ou isolado...”.

Garantia, por outro lado, e na visão do mesmo autor (p. 378),

“é o elemento externo do direito, que ocorre em sua defesa e garantia, manifestando-se na proteção – coação que o vem assegurar quando ameaçado de espoliação ou espoliado.

Ela é que põe em ação a força social (a lei), para vir proteger o titular do direito ofendido e para impor que cesse a ofensa.

A garantia do direito, pois, exprime um elemento integrante dele e se mostra existente em sua própria essência.

Na exposição do princípio jurídico – a todo direito corresponde uma ação que o assegura – está contido todo o sentido da garantia do direito. E está definido o que seja a proteção – coação em que assenta semelhante garantia”.

Em conclusão, o direito adquirido, tal como posto pela Constituição Federal, é uma garantia do direito que já se incorporou ao patrimônio do indivíduo, e não um direito subjetivo, tecnicamente falando.

Estabelecido o conteúdo e alcance do direito adquirido, passemos a analisar por que entendemos ser ele um ponto negativo na Reforma Administrativa em relação aos servidores públicos.

A jurisprudência dos Tribunais Superiores é uníssona em afirmar a inexistência de direito adquirido contra regime jurídico, pois a relação que se estabelece entre servidor e Administração Pública possui natureza institucional, e não contratual, podendo, pois, ser modificada unilateralmente por aquela.

Paulo MODESTO (2000) afirma que

“... nestes casos, a relação jurídica que o servidor mantém com o Estado é legal ou estatutária, ou seja, objetiva,

impessoal e unilateralmente alterável pelo Poder Público. A disciplina geral da função pública é considerada inapropriável pelo servidor público e, portanto, tida como sujeita a modificação com eficácia imediata tanto no plano constitucional quanto infraconstitucional”.

Ou ainda, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo,

“isso significa que o funcionário se encontra debaixo de uma situação legal, estatutária, que não é produzida mediante um acordo de vontades, mas imposta unilateralmente pelo Estado e, por isso mesmo, suscetível de ser, a qualquer tempo, alterada por ele sem que o funcionário possa se opor à mudança das condições de prestação do serviço, de sistema de retribuição, de direitos e vantagens, de deveres e limitações, em uma palavra, de regime jurídico” (apud MODESTO, 2000).

Não são poucos os julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça nesse mesmo sentido.

“Constitucional. Funcionário Público. Regime de tempo integral. *Pela natureza estatutária das relações do funcionário público com a Administração, pode tal regime ser modificado por lei, sem que isto ofenda o princípio constitucional da garantia ao direito adquirido*” (STF, RE 99.592, Rel. Min. DÉCIO MIRANDA, RTJ 108/382, j. em 7/10/1983).

“*A garantia constitucional do direito adquirido não faz intangível o regime jurídico de um servidor do Estado, sujeito ao estatuto especial ante a edição da lei complementar que o modifica*” (STF, RE 99.594, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, RTJ 108/785).

“Funcionalismo. Proventos de aposentadoria. Se a lei extingue vantagem ou gratificação que serviu de base ao cálculo de proventos do funcionário aposentado, sem redução dos mesmos, não há ofensa a direito adqui-

rado, *uma vez que a garantia constitucional não abrange o regime jurídico*” (STF, RE 99.955, Rel. Min. CARLOS MADEIRA, RTJ 116.1065).

“Lei nova, ao criar direito novo para o servidor público, pode estabelecer, para o cômputo do tempo de serviço, critério diferente daquele determinado no regime jurídico anterior. *Não há direito adquirido a regime jurídico*” (STF, RE n. 99.522, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RDA 153/110-113, j. em 1/03/1983).

“O funcionário tem direito adquirido a, quando se aposentar, ter seus proventos calculados em conformidade com a lei vigente ao tempo em que preencheu os requisitos para a aposentadoria. *Não possui, contudo, direito adquirido ao regime jurídico relativo ao cargo, o qual pode ser modificado por lei posterior. (...)*” (STF, RE n. 92.638, Rel. Min. MOREIRA ALVES, RDA 145/56-61, j. em 6/06/1980).

“Vencimentos: reajuste: direito adquirido. Inexistência. *Segundo a jurisprudência do STF - que reduz a questão à inexistência de direito adquirido a regime jurídico -, as leis ainda quando posteriores à norma constitucional de sua irredutibilidade - que modificam sistemática de reajuste de vencimentos ou proventos - são aplicáveis desde o início de sua vigência.* Ressalva do entendimento do relator, expresso no julgamento do MS 21.216. (Gallotti, RTJ 134/1.112)” (STF, RE n. 185.966-1, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 22.09.1995, Seção I, p. 30632).

“Decreto-Lei nº 2.335/87. Plano Verão. Reajuste de 26,05%. Direito adquirido. Inconstitucionalidade. 1- O Plenário da Corte reiterou o entendimento de que não há direito adquirido a vencimentos de funcionários públicos, *nem direito adquirido a regime jurídico instituído por lei.* Em se tratando de norma de aplicação imedia-

ta, esta não alcança vencimentos já pagos, ou devidos ‘pro labore facto’(...)” (STF, RE-199753-MG, Rel. Min. MAURÍCIO CORREIA, DJU de 07-06-1996, pp. 19843, j. em 30/04/1996).

“(...) O regime público estatutário, que disciplina o vínculo entre o servidor público e a Administração, não tem natureza contratual, em razão do que *inexiste direito a inalterabilidade do regime remuneratório*, sendo passível de modificação quando em desacordo com a ordem constitucional. (...). (STJ, ROMS 6756-PB, Sexta Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 18/11/1996, p. 44928, j. em 15/10/1996).

“(...) O regime jurídico estatutário, que disciplina o vínculo entre o servidor público, ativo e inativo, e a Administração, não tem natureza contratual, em razão do que *inexiste direito a inalterabilidade do regime remuneratório, sendo passível de modificação quando em desacordo com o teto limite constitucional*. Esta colenda Corte consagrou o entendimento de que a pensão especial submete-se a *incidência da legislação que determina novos critérios de fixação de seu percentual, não se encontrando imune a incidência do redutor*, que deve ser calculado tomando-se como valor limite a remuneração referência do Poder a que está vinculado o benefício. Recurso Especial conhecido e provido”. (STJ, RESP 113698-SC, Sexta Turma, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 01/09/1997, j. em 24/06/1997).

“(...) Militares da reserva – Pretensão de serem promovidos ao posto imediatamente superior – Tese sustentada no fato de terem ingressado no serviço público quando vigia norma que assim permitia, embora outra, existente por ocasião da passagem da inatividade, vedasse tal benefício. Inexistência de direito adquirido. (...) *Militar que entra em serviço ativo, dentro de determinada norma, não tem direito adqui-*

*rido ao mesmo regime jurídico se outra passa a vigorar no decorrer de sua atividade. (...)*” (STJ, RMS 4261-DF, Terceira Seção, Rel. ANSELMO SANTIAGO, DJ 08/09/1997, j. em 13/08/1997).

Se levarmos em conta a legislação trabalhista, por outro lado, o que há de vigorar é o mais completo respeito ao direito adquirido, em face do princípio geral do Direito do Trabalho de proteção irrestrita ao trabalhador.

O direito do trabalho, consciente da hipossuficiência do empregado, procura, por meio de conceitos protetivos, alcançar uma verdadeira igualdade jurídica (isonomia substancial e não apenas formal). É tríplice sua função: (1) é princípio de elaboração das normas jurídicas, pois as leis trabalhistas devem contribuir para a melhoria da condição social do trabalhador, (2) é princípio de hierarquia entre as normas, porque o direito do trabalho é plurinormativo, constituído de uma ampla diversidade de tipos de normas concorrentes que podem dispor sobre o mesmo tema, tendo o princípio da proteção a função de impor a aplicação, entre elas, da norma mais benéfica ao empregado e é (3) princípio interpretativo, de forma que, havendo obscuridade quanto ao significado das normas, deverá prevalecer a interpretação capaz de conduzir ao resultado que melhor se identifique com o sentido social do direito do trabalho.

O princípio da proteção apresenta-se sob formas de variantes ou regras:

1.1. *in dubio pro operario* → o julgador deve escolher, entre os vários sentidos possíveis da norma, aquele que mais seja favorável ao trabalhador (função interpretativa do princípio);

1.2. *condição mais benéfica* → uma nova norma jurídica trabalhista, proveniente de qualquer fonte, não deve jamais subtrair condições mais favoráveis em que se encontrava o trabalhador, isto é, significa que em uma mesma relação de emprego uma vantagem já conquistada não deve ser reduzida. Encontra seu fundamento na proteção constitucional ao direito adquirido - CF, 5º, XXXVI;



1.3. *norma mais benéfica* → havendo mais de uma norma aplicável ao caso concreto, deve-se escolher a mais favorável ao empregado, ainda que não seja a primeira no sistema clássico de hierarquia das normas. O vértice da pirâmide normativa, no direito do trabalho, é ocupado não pela norma hierarquicamente superior, mas pela norma mais vantajosa ao trabalhador, como regra.

O que se conclui é que, em verdade, o regime estatutário é mais benéfico exatamente por ser unilateral, mais flexível, portanto. Já na égide trabalhista, a natureza da relação entre empregado e empregador é contratual, de forma que as condições só podem ser alteradas por ambas as partes, e mais, é necessário preservar o princípio da condição mais benéfica em consequência do princípio protetor<sup>3</sup>.

“Na relação contratual, direitos e obrigações recíprocos são unilateralmente imutáveis e passam a integrar o patrimônio jurídico das partes, gerando, desde logo, direitos adquiridos em relação a eles. Diversamente, no vínculo estatutário, o Estado, ressalvadas as pertinentes vedações constitucionais, detém o poder de alterar por lei as normas relativas ao regime jurídico de seus servidores, inexistindo a garantia de que continuarão sempre disciplinados pelas disposições vigentes quando de seu ingresso. Então, benefícios e vantagens antes previstos podem ser posteriormente suprimidos, não se incorporando ao patrimônio jurídico do servidor do modo que nele se integrariam se a relação fosse contratual”(SANTOS, 1979, p. 128).

O regime estatutário não se preocupa em petrificar-se, pois, como atividade legislativa que é, pode ser revisto a qualquer tempo. Com a Lei 9.962/00, que passou a adotar o regime celetista, o Governo perdeu muito de sua flexibilidade na relação com o funcionalismo público, pois não poderá, como antes poderia, alterar as condições de trabalho de seus empregados públicos unilateralmente.

### 2.2.2. *A violação do pacto federativo pela Lei 9.962/00*

Na lição de José Afonso da SILVA (1999, p. 99),

“o federalismo, como expressão do Direito Constitucional, nasceu com a Constituição norte-americana de 1787. Baseia-se na união de coletividades políticas autônomas. Quando se fala em federalismo, em Direito Constitucional, quer-se referir a uma forma de Estado, denominada Federação ou Estado Federal, caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa.

O Brasil... assumiu a forma de Estado federal em 1889, com a proclamação da República, o que foi mantido nas constituições posteriores, embora o federalismo da Constituição de 1967 e de sua Emenda 1/69 tenha sido apenas nominal. A Constituição de 1988 recebeu-a da evolução histórica do ordenamento jurídico. Ela não instituiu a federação.

... A federação consiste na união de coletividades regionais autônomas que a doutrina chama de Estados federados ... Nessa composição, às vezes, entram outros elementos, como os Territórios Federais e o Distrito Federal, e, no sistema brasileiro, há que se destacar ainda os Municípios, agora também incluídos na estrutura político-administrativa da Federação brasileira. O cerne do conceito de Estado federal está na configuração de dois tipos de entidades: a União e as coletividades regionais autônomas (Estados Federados)”.

Tendo em vista o conceito e a estrutura da Federação, veremos que o regime celetista, tornado a regra na admissão do servidor público na atualidade, impede sua adaptação às especificidades de cada ente federado. Explica-se com Gilberto GUERZONI FILHO (2000, p. 35):

“... para os Estados, Distrito Federal e Municípios, adotar o regime trabalhista para os seus servidores significa renunciar ao direito de legislar sobre a matéria, uma vez que cabe privativamente à União legislar sobre o direito do trabalho, conforme o inciso I do art. 22 da Lei Maior”.

Assim, a adoção do regime celetista pelos Estados, Distrito Federal e Municípios automaticamente confere à União a competência para fixar normas sobre os direitos e deveres dos servidores daqueles entes, de modo que perdem eles completamente o controle sobre seu pessoal, inclusive no tocante a questões financeiras.

Acrescenta aquele autor, citando Adilson Abreu Dallari:

“A verdade é que não pode o Município abrir mão de sua autonomia, recusando competência que lhe foi conferida pela Constituição Federal; caso contrário, o princípio federativo não estaria sendo obedecido”.

A adoção da Federação implica uma associação de Estados que formam um novo Estado, com repartição rígida de atributos da soberania entre eles. A Constituição dos Estados federais deverá estabelecer e garantir a autonomia recíproca da União, dos Estados e dos Municípios. A Constituição, assim, garantirá a igualdade jurídica dos membros da federação, posto que é delas que a própria União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios irão extrair suas competências. Cada ente será supremo em sua esfera de competências.

Da adoção da Federação decorre o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, o qual possui duas finalidades básicas: a unidade nacional e a necessidade descentralizadora (MORAES, 1999, p. 245).

A violação ao princípio da indissolubilidade do vínculo federativo não é uma afronta qualquer à Constituição Federal, é uma violação de cláusula pétrea, do cerne inatingível da Constituição, pois dispõe o art. 60, § 4º, I, que não será objeto de delibe-

ração a proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado.

Assim, a Lei 9.962 e até mesmo a Emenda Constitucional nº 19 estão maculadas do pior vício de inconstitucionalidade existente na atualidade em nosso sistema.

### *2.2.3. A problemática da definição das atividades típicas do Estado*

O núcleo essencial do serviço público, relacionado às atribuições exclusivas de Estado, subsistirá sob a regência do sistema estatutário. O regime comum passará a ser, todavia, o da legislação trabalhista.

Pretendeu-se, com o Projeto de Lei nº 4.811/96, da Câmara dos Deputados, identificar de plano as carreiras que estariam submetidas ao estatuto, fazendo-se, então, expressa referência às carreiras jurídicas da Administração, Defensores Públicos, Polícias Federais, Policial Rodoviário Federal, carreiras de cargos privativos de brasileiro nato etc.

No entanto, tal intenção não prevaleceu. Omitiu-se a referência às carreiras típicas do Estado, optando-se por estabelecer, na Lei nº 9.962/00, art. 1º, que leis específicas disporão sobre a criação de empregos no âmbito da administração federal direta, autarquias e fundações, bem como sobre a transformação de cargos em empregos, vedando-se, para tal fim, o uso de medida provisória (art. 4º da retrocitada lei).

O que se tem criticado, com razão, em relação às chamadas atividades típicas do Estado, as quais, pela Reforma Administrativa, mormente pela lei em comento, seriam as únicas a continuar sob a égide do regime estatutário, é o fato de que tal conceito é demasiadamente fluido.

Na exposição de motivos da Lei nº 9.962/00, tem-se que:

“O art. 1º do Projeto elenca os servidores que estarão sujeitos ao regime estatutário, adotando critério restritivo para a fixação desse núcleo básico, jungido àqueles cujas carreiras, dentro do Poder Executivo, estão previstas constitucionalmente, o que impe-

de seu enquadramento como empregados públicos: seriam os casos das carreiras ligadas à Advocacia-Geral da União (CF, art. 131), Defensoria Pública (CF, art. 134), Polícia Federal (CF, art. 144) e Diplomacia (CF, art. 12, § 3º, V).

Todos os demais cargos efetivos da Administração Pública direta, autárquica e fundacional passarão a ser regidos pelo regime celetista, respeitado o regime estatutário para os atuais ocupantes e cabendo a lei específica a criação dos empregos públicos de que cogita o presente diploma legal”.

Ora, o que se considera típico do Estado hoje, por razões políticas e de conveniência administrativa, pode não ser considerado no futuro.

Típicas seriam as atividades do Estado previstas na Constituição, o que varia, inclusive, dentro do próprio país, em face da autonomia dos Estados e Municípios para editar suas constituições e leis orgânicas.

O texto constitucional acaba por conferir ampla liberdade de conformação ao legislador, permitindo que, dentro de um parâmetro de razoabilidade, até por ser esse um princípio constitucional implícito da Administração Pública, sejam definidas as carreiras ou funções que poderão ser exercidas sob o regime estatutário, ficando as demais, em regra, sujeitas ao regime contratual celetista.

Tal fórmula utilizada pelo legislador restabelece, de alguma forma, o sistema utilizado pela Lei nº 6.185, de 11 de dezembro de 1974, com a redação alterada pela Lei nº 6.856, de 18 de novembro de 1980, que estabelece:

Art. 2º: Para as atividades inerentes ao Estado como Poder Público sem correspondência no setor privado, compreendidas nas áreas de Segurança Pública, Diplomacia, Tributação, Arrecadação e Fiscalização de Tributos Federais e Contribuições Previdenciárias, Procurador da Fazenda Nacional, Controle Interno, e no Ministério Público, só se nomearão servidores cujos deveres, direitos e obrigações

sejam os definidos em Estatuto próprio, na forma do art. 109 da Constituição Federal.

A coexistência dos regimes celetista e estatutário representa, em verdade, uma volta ao passado que fracassou. Como salienta Gilberto GUERZONI FILHO,

“... o fim da obrigatoriedade de regime jurídico único, permitindo a existência de regimes diferenciados, poderá provocar a existência de um sem número de regimes jurídicos privilegiando aquelas categorias e instituições com maior força política, além de dificultar o controle sobre a concessão de direitos e vantagens, reacendendo o ciclo iniciado na década de 70” (2000, p. 40).

Não basta ao servidor que exerce ou desempenha atividades típicas do Estado a estabilidade. Ele deve ter também garantias especiais contra a possibilidade de perda do cargo; no entanto, a definição de quais servidores realmente necessitam desse *plus* para bem desempenhar suas funções, especialmente para dar efetividade ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, é algo de tamanha seriedade, que não poderia ficar ao livre arbítrio de grupos políticos com maior força em determinados momentos.

#### 2.2.4. A questão do ato de demissão do servidor público celetista

Outra conseqüência desastrosa da Lei nº 9.962/00 diz respeito ao ato de demissão dos servidores públicos celetistas. A adoção do regime celetista no serviço público teve como um dos principais fatores a necessária flexibilização da relação entre servidor público e administração.

Alegou-se que a Administração Pública ficava “engessada” ante a estabilidade do servidor público, não podendo dispensar os servidores incompetentes, que só custos traziam ao erário, sem a contraprestação adequada.

Inicialmente, necessário frisar que os ser-

vidores abarcados pela Lei nº 9.962/00 não recebem o tratamento do art. 41 da Constituição Federal, isto é, não adquirem estabilidade após três anos de efetivo exercício no emprego público, haja vista que tal norma constitucional aplica-se apenas aos servidores nomeados para *cargo* de provimento *efetivo* em virtude de concurso público. Logo, a estabilidade é apenas para os ocupantes de cargos, e não de empregos.

Dispôs a referida lei, em seu artigo 3º, que o contrato de trabalho por prazo indeterminado somente poderá ser rescindido por ato unilateral da administração pública nas seguintes hipóteses:

I – prática de falta grave, dentre as enumeradas no art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT;

II – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

III – necessidade de redução de quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da lei complementar a que se refere o art. 169 da Constituição Federal;

IV – insuficiência de desempenho, apurada em procedimento no qual se assegurem pelo menos um recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo, que será apreciado em trinta dias, e o prévio conhecimento dos padrões mínimos exigidos para continuidade da relação de emprego, obrigatoriamente estabelecidos de acordo com as peculiaridades das atividades exercidas.

A adoção do regime celetista representa uma restrição à administração no que tange à eventual alteração da relação contratual, pois, pelo regime estatutário, era possível à Administração Pública alterar a relação unilateralmente. Já pelo regime celetista, as alterações só podem ser bilaterais, pois trata-se não de uma relação institucional, mas sim contratual.

No entanto, a Lei 9.962/00, no art. 3º, estabelece hipóteses de dispensa do servidor por ato unilateral da Administração

Pública, o que poderia parecer muito conveniente para o Governo.

Todavia, isso ocorre apenas aparentemente, posto que a dispensa de empregados públicos mediante ato unilateral da Administração Pública constitui ato vinculado, devendo estar fundamentado numa das situações legalmente previstas.

Como bem leciona Luiz Alberto dos SANTOS,

“Apesar de sujeitas ao regime privado, celetista, não se pode considerar livre o desligamento de seus empregados. Em vista da sujeição aos princípios da legalidade, da publicidade e da impessoalidade, é necessário que haja razões suficientes e demonstráveis para efetuar-lo, já que seus administradores não gerem negócio particular, mas do interesse de toda a coletividade, o que reclama sujeição à finalidade legal preestabelecida e exige transparência, respeito à isonomia e fundamentação satisfatória para os atos praticados. A despedida de empregado demanda apuração regular de suas insuficiências e faltas, com direito à defesa, e no caso de providências amplas e enxugamento de pessoal, prévia divulgação dos critérios que presidirão as dispensas, a fim de que se possa conferir a impessoalidade das medidas tomadas. Além disso, a demissão imotivada fere a Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Brasil em 1995, além de contrariar o disposto do art. 7º, inciso I, da Constituição, que prevê como direito social do trabalhador a relação de emprego protegida contra a despedida arbitrária ou sem justa causa.

Perante dispensas ilegais, o empregado terá direito à reintegração no emprego, e não à anistia ou mera indenização compensatória, pois não estão em pauta delitos ou infrações a serem objeto de perdão, de sua parte,

nem interesses puramente privados, mas sobretudo o princípio da legalidade da Administração, assim como o da finalidade, destinados a impedir o arbítrio e a garantir os direitos do cidadão perante o Estado” (1997, p. 125).

A partir do momento em que a lei estabeleceu um rol de situações para a rescisão unilateral do contrato do empregado público, vinculou a atuação do agente público em todas as hipóteses previstas, afastando a discricionariedade e impondo-lhe o dever de motivar o seu ato, pena de nulidade da rescisão.

O que se pretendeu com tal atitude foi tratar a Administração Pública como uma grande empresa, que deve ser conduzida por gestores incumbidos de atingir metas e resultados pré-fixados, pena de serem exonerados ou demitidos *ad nutum*, como ocorre no setor privado. Ou seja, o novo modelo da Administração Pública nada mais é do que uma forma de torná-la mais parecida com a iniciativa privada, mesmo que para isso seja necessário sacrificarem-se as exigências e características próprias do setor público, até mesmo seus princípios constitucionalmente estabelecidos.

Quanto às hipóteses de desligamento do empregado público, salienta Airton Rocha NÓBREGA (2000, p. 7):

“Firmada a relação contratual, impõe a lei a necessidade de que o ato de dispensa por ato unilateral da administração seja motivado e esteja fundamentado em uma das hipóteses a que se refere o art. 3º da norma em comento. Prestam-se a embasar a rescisão contratual a prática de falta grave, observadas condutas previstas no art. 482 da CLT; a verificação de acumulação de cargos, empregos e funções públicas fora das situações previstas no art. 37, inciso XVI, da Constituição Federal; a necessidade de redução do quadro de pessoal, por excesso de despesa. Um último fundamento para a rescisão diz respeito à insuficiência de

desempenho que se aproxima e se identifica da hipótese prevista para os servidores estatutários no art. 41, § 1º, inciso III, da Constituição Federal. Ocorre, porém, que a alegada insuficiência do empregado público para o cumprimento das atribuições que lhe foram cometidas somente poderá ser declarada e, em consequência, rescindido o seu contrato de trabalho, se regularmente apurada em procedimento administrativo específico, com garantia de recurso hierárquico dotado de efeito suspensivo. Presumível, pois, que haja a garantia da ampla defesa e do contraditório. Oportuno ver, ademais, que impossível será sustentar-se a aludida insuficiência de desempenho quando não se tenha previamente estabelecido padrões mínimos a serem atendidos pelo empregado, observadas as características das atividades exercidas. Tal, aliás, é o que se explicita na parte final do inciso IV do art. 3º da Lei”.

Assim, o que se tem é que os servidores regidos pelo sistema celetista não estarão submetidos ao modelo de estabilidade previsto no artigo 41 da Constituição Federal, ainda que se devam tomar todas as cautelas na dispensa de servidores contratados mediante concurso público.

A rescisão do vínculo não terá a mesma solenidade do desfazimento da relação sujeita a regime estatutário. Entretanto, é de se ver que toda e qualquer relação jurídica da Administração Pública deve obediência aos princípios constitucionais do art. 37, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem entrarmos na análise dos princípios constitucionais implícitos.

Assim, o administrador público, mesmo em se tratando de empregado público celetista, não poderá simplesmente romper o vínculo trabalhista, demitindo servidores de forma aleatória. Ante o princípio da legalidade, deverá fazer somente o que a lei lhe permite; pelo princípio da impessoalidade,

não poderá fazê-lo por razões que não sejam de interesse público; pelo princípio da publicidade, deverá dar a mais ampla publicidade ao ato e assim por diante.

Em outras palavras, os princípios implícitos e explícitos da Administração Pública vão nortear a relação do empregado público celetista, tal como o faz com a relação do servidor estatutário.

Pode-se então afirmar que, no que tange à estabilidade, a aplicação concreta da Lei nº 9.962/00 não trouxe alterações essenciais quanto à relação entre o empregado público celetista concursado e a Administração Pública, tendo em vista a vinculação do agente administrativo ao pretender demiti-lo e até porque, à luz das modificações na Constituição Federal, art. 169, mesmo os servidores estáveis podem ser dispensados a fim de diminuir as despesas de pessoal adequando-se à lei complementar nº 101.

Ora, a bem da verdade, tanto o servidor público estável, nomeado para cargo de provimento efetivo, como o empregado público poderão ser dispensados em virtude da necessidade de redução do quadro de pessoal, por excesso de despesa, nos termos da Lei Complementar nº 96/99, de forma que não se consegue vislumbrar a clamada flexibilização decorrente da Lei nº 9.962/00.

### 3. Considerações finais

Após esse breve estudo da Lei nº 9.962/00 e seus efeitos, podemos concluir que a aplicação do regime celetista aos servidores públicos gera uma situação *sui generis*, pois tem que levar em conta a colisão de dois princípios peculiares a cada ramo do direito. Explica-se: por um lado, no Direito Administrativo, isto é, para os servidores sujeitos ao regime estatutário, prevalecem os princípios da supremacia do interesse público e da legalidade como máximas.

Em relação ao Direito do Trabalho, a nortear as relações entre empregado público e Administração Pública, prevalece o princípio protetor, pois presume-se que o traba-

lhador, e o mesmo ocorreria com o empregado público (?), é hipossuficiente.

Como afirma José Severino da Silva PITAS (2000),

“a reta aplicação do Direito ao servidor público, sob o regime privado, haveria de observar esta situação *sui generis*. Se, de um lado, ao servidor público celetista (empregado sujeito ao regime da CLT, ao direito trabalhista privado) não se pode reconhecer os direitos próprios do funcionário público (servidor estatutário), por outro lado, o *status* jurídico desse servidor não é o mesmo do celetista vinculado à empresa privada.

Nesta situação, inevitavelmente, o hermeneuta haveria de conceber o servidor público celetista como um *tertius genus*, não se lhe aplicando os direitos de disciplina dos estatutários e não se aplicando, com a mesma identidade, os direitos que disciplinam os celetistas.

Em razão disto, o direito aplicável ao servidor celetista, vinculado à Administração Pública Direta, autárquica e fundacional, haveria de ser, em princípio, o direito privado – o celetista –, com afetação das normas de ordem pública determinadas pela Constituição Federal e leis compatíveis a este fim”.

Mas, na verdade, o regime estatutário possui condições mais adequadas ao disciplinamento da relação entre Estado e servidor público, em vista das atividades que competem aos entes públicos. Garante ele uma administração voltada à realização do princípio da supremacia do interesse público sobre o particular, bem como confere maiores vantagens e garantias aos servidores, evitando corrupções, dificultando apadrinhamentos e fraudes.

A adoção do regime celetista, a nosso ver, constitui um retrocesso enganoso. Retrocesso porque volta ao passado, cuja experiência histórica já demonstrou não ter dado certo. Enganoso porque parece, à primeira

vista, mais econômico e conveniente à Administração, mas, na prática, é mais custoso, inconveniente e, acima de tudo, eivada a Lei nº 9.962/00 de inconstitucionalidade material por ferir a cláusula pétrea referente ao pacto federativo.

### Notas

<sup>1</sup> Priscila Campana (2000, p. 129–144) afirma que “as implicações decorrentes são grandes para o Estado do Terceiro Mundo. De maneira geral, e para o que aqui interessa, a ‘mundialização’ provoca crise de regulação estatal em dois sentidos: primeiro, na incapacidade do Estado em garantir a segurança dos cidadãos e a integridade territorial e, segundo, na submissão desse mesmo Estado ao poder de forças econômicas supranacionais”.

<sup>2</sup> Priscila Campana (2000) aponta que, “explicitamente, o Brasil e outros países latino-americanos aderiram às políticas neoliberais depois de 1989, no chamado Conselho de Washington, sucumbindo às diretrizes impostas pelo Banco Mundial, FMI e Banco Interamericano de Desenvolvimento. E as diretrizes apontavam para as privatizações, para a desregulamentação dos mercados, redução do Estado e abertura às importações”.

<sup>3</sup> Antes da edição da Lei 9.962, a situação, segundo Luiz Carlos Bresser Pereira (1997a, p. 40), seria diferente e os servidores públicos teriam adquiridos seus direitos. Para ele, “um dos argumentos é o de que a emenda do governo não respeita o direito adquirido dos atuais servidores à estabilidade. Ora, a emenda em nenhum momento faz qualquer afirmação do tipo ‘não prevalecendo os direitos adquiridos’. Os bons constitucionalistas – e há excelentes na Comissão de Justiça – sabem que contra a Constituição não prevalecem direitos adquiridos. Entretanto, se estes existem, o servidor demitido ou exonerado com base nos novos dispositivos constitucionais não terá dificuldade em arguir seus direitos nos tribunais. Na verdade, é o relator que não acredita na existência desses direitos quando apresenta uma emenda obviamente de caráter substantivo, na qual afirma que os atuais servidores terão direitos adquiridos assegurados”.

### Bibliografia

ALVES, Léo da Silva. Servidor público: a disciplina no regime da CLT. *L & C, Revista de Direito e Administração Pública*, n. 25, jul. 2000.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. *Programa de qualidade e participação na administração pública*. Brasília: MARE, 1997, Cadernos MARE da Reforma do Estado, v. 4.

BRAZ, Petrônio. *O servidor público na reforma administrativa*. São Paulo: LED, 1998.

CAMPANA, Priscila. O impacto do neoliberalismo no direito do trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 129-144, jul./set. 2000.

CASSESSE, Sabino. De la vieja a la nueva disciplina em los servicios públicos. *AeDP – 8. Actualidad em el derecho público*. 4º año: segunda época, septiembre / diciembre 1998. (Cuatrimestral).

CAVALCANTI, Francisco de Queiroz Bezerra. Considerações sobre o novo regime previdenciário dos servidores públicos: pós EC nº 20/98. *Revista do Tribunal Regional Federal: 5ª Região*, n. 35, p. 13-36, jan./mar. 1999.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre o papel do Estado frente à atividade econômica. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 20, p. 67-75, 1997.

COELHO, Daniela Mello. Elementos essenciais ao conceito de administração gerencial. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 257-262, jul./set. 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1998.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. *Emendas à Constituição: tudo sobre a reforma administrativa e as mudanças constitucionais: uma avaliação*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

GUERZONI FILHO, Gilberto. Análise da Lei nº 9.962m de 22 de fevereiro de 2000: a contratação de servidores públicos pela CLT. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 146 p. 25-53, abr./jun. 2000.

INÁCIO, Aparecido; BARBOSA, Esnel Cunha. *A reforma administrativa do Governo Federal e seus efeitos (desastrosos) para os servidores públicos*. Disponível em: <[www.jus.com.br/doutrina/refadmi2.html](http://www.jus.com.br/doutrina/refadmi2.html)>. Acesso em: 27 nov. 2000.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Superação do regime único: legitimidade da admissão de servidores públicos sob o império da consolidação das leis do trabalho*. Disponível em: <[www.infojus.com.br/area8/ivesgandra3.htm](http://www.infojus.com.br/area8/ivesgandra3.htm)>. Acesso em: 27 nov. 2000.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários à consolidação das leis trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 1999.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

- MODESTO, Paulo. *Reforma administrativa e direito adquirido*. Disponível em: <www.teirajuridica.com/mz/refoadmdad.htm>. Acesso em: 27 nov. 2000.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 1999.
- NÓBREGA, Airton Rocha. *O regime unicista e a emenda constitucional n. 19*. Disponível em: <www.infojus.com.br/area5/airtonnobrega3.html>. Acesso em: 27 nov. 2000.
- \_\_\_\_\_. Celetistas no serviço público. *Jornal Trabalhista Consulex*, v. 17, n. 802, p. 6-7, 6 mar. 2000.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma administrativa na imprensa: seleção de artigos produzidos no MARE/ Ministério da Administração e Reforma do Estado*. Brasília: MARE, 1997a. Cadernos MARE da Reforma do Estado. v. 7.
- \_\_\_\_\_. *A reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle*. Brasília: MARE, 1997b. Cadernos MARE da Reforma do Estado. v. 1.
- PAIVA, Mario Antônio Lobato. Flexibilização e desregulamentação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. v. 37, n. 147, p. 107-109, jul./set. 2000.
- PESSOA, Robertônio Santos. *Alerta! a nova administração pública*. Disponível em: <www.artjur.com.br/artigos/novaadm.html>. Acesso em: 27 nov. 2000.
- PITAS, José Severino da Silva. Servidor público celetista da administração direta. *Jornal Trabalhista Consulex*, v. 17, n. 811, p. 7-8, 8 maio 2000.
- ROCHA, Ibraim José das Mercês. *Extinção da obrigatoriedade do regime jurídico único*. Disponível em: <www.artjur.com.br/artigos/em19.html>. Acesso em: 27 nov. 2000.
- SANTOS, Luiz Alberto dos. *Reforma administrativa no contexto da democracia: a PEC nº 173/95 e sua adequação ao Estado brasileiro*. Brasília: DIAP, 1997.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- SILVA, Marcello Ribeiro. Lei nº 9.962/2000. União volta a contratar pela CLT. *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, v. 15, n. 89, p. 680-684, maio 2000.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito constitucional do trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- ZYMLER, Benjamin. Política, direito e reforma do Estado: uma visão funcional, sistêmica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 37, n. 147, p. 35-49, jul./set. 2000.



# **O acordo formalizado entre o Brasil e os Estados Unidos sobre as patentes farmacêuticas : um “caso drástico”**

Patrícia Aurélia Del Nero

## Sumário

1. Introdução. 2. Breve recuperação histórica do contexto de formação da legislação brasileira de propriedade intelectual. 3. A atual controvérsia entre Brasil e Estados Unidos: a quebra das patentes farmacológicas. 4. Os textos normativos envolvidos no painel instaurado na OMC – o “caso drástico”. 5. Algumas conclusões.

### *1. Introdução*

A questão referente aos conflitos no campo da propriedade intelectual, com ênfase especial aos produtos e aos processos estratégicos, não é recente, suas origens remontam ao início dos anos 90.

Este artigo tem como objetivo primeiramente recuperar alguns antecedentes históricos que, em virtude de sua importância, colaboram por demonstrar as razões concretas da atual contradição institucionalizada no que refere à interpretação do TRIPS<sup>1</sup> em face da legislação brasileira, originando, dessa forma, a quebra, por parte do Governo brasileiro, de algumas patentes farmacêuticas e a conseqüente insurgência por parte dos Estados Unidos.

Essa articulação, por seu turno, permitirá traçar, ainda que de forma exploratória, algumas hipóteses para análise e interpretação dos fatos destacados e dos ordenamentos jurídicos envolvidos e que suscitaram a controvérsia. Dessa forma, pretende-

Patrícia Aurélia Del Nero é Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa e Doutoranda do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

se fornecer alguns elementos para compreensão da controvérsia e interpretação da mesma.

## *2. Breve recuperação histórica do contexto de formação da legislação brasileira de propriedade intelectual*

Em meados de 1990, na gestão do então Presidente Fernando Collor de Mello, o Executivo Federal encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei 824/91, que conferia nova redação ao Código de Propriedade Industrial.

O Projeto foi encaminhado para apreciação, pelo Congresso, em regime de urgência. O Pedido de urgência por parte do Executivo era então justificado em face das pressões internacionais, ou seja, em face das sanções impostas ao Brasil pelos Estados Unidos por um lado e, por outro lado, pelas discussões a respeito da problemática da propriedade intelectual, em franco andamento na Rodada Uruguai do GATT.

É necessário esclarecer que a interpretação da regulação da Propriedade Intelectual no Brasil só tem sentido se abordada desde sua origem – Legislação Projetada – e, ao mesmo tempo, considerando-se sua contextualização no cenário internacional mais amplo; mesmo porque, conforme destacado anteriormente, essas condições permitem a compreensão da atual controvérsia que envolve as patentes reconhecidas, no Brasil, aos Laboratórios Farmacêuticos norte-americanos.

As referidas sanções comerciais começaram a ser impostas pelos Estados Unidos ao Brasil com fundamento na “Seção 301 da Lei de Comércio norte-americana”, que autoriza expressamente o representante de comércio americano a iniciar, anualmente, o processo de investigação sobre as práticas de países que imponham “restrições indevidas” nas relações comerciais com os Estados Unidos.

A imposição unilateral de sanções comerciais ao Brasil<sup>2</sup> deveu-se, basicamente,

ao fato de que os Estados Unidos entendiam como “insuficientes” ou “fracos” os mecanismos legais de proteção à propriedade intelectual no Brasil.

Nesse sentido, a Lei de Comércio e de Tarifas dos Estados Unidos incluiu, explicitamente, a proteção insuficiente da propriedade intelectual brasileira entre as razões da aplicação da Seção 301, além de autorizar o Executivo norte-americano a retirar, em relação ao Brasil, pelos mesmos motivos, os benefícios do “Sistema Geral de Preferências”, normalmente concedidos aos países em desenvolvimento.

O Brasil foi incluído na “Lista Negra Americana”, com o objetivo de consolidar a posição hegemônica dos Estados Unidos no comércio exterior. Destinava-se, portanto, o conjunto de medidas a impor sanções econômicas aos países que não se dispusessem a adotar sistemas de regulamentação quanto à propriedade intelectual em termos aceitáveis pelos Estados Unidos.

No caso das sanções contra o Brasil, o objetivo do Governo norte-americano era deixar claro, para os demais países da América Latina, qual seria a postura do Governo dos Estados Unidos e as consequências para aqueles países caso não adotassem regulações específicas quanto à propriedade intelectual.

Para o Embaixador Paulo Roberto de ALMEIDA (1991), a origem das controvérsias envolvendo os Estados Unidos e o Brasil dizia respeito à disciplina do Código de Propriedade Industrial. Os Estados Unidos ameaçavam impor, naquela época, novas medidas sancionatórias caso a nova Lei brasileira não contemplasse os pontos julgados indispensáveis segundo os critérios americanos.

Vale dizer que o sistema brasileiro de propriedade intelectual era caracterizado como uma forma de proteção “fraca”. E o sistema “fraco” significa que a legislação brasileira de propriedade intelectual não comportava proteção para certos e determinados processos e produtos tidos como emer-

gentes, tais como: farmacológicos, alimentícios, biotecnológicos e de melhoramento genético de plantas e de melhoramento genético de um modo geral.

Era necessário, segundo o entendimento americano, que o Brasil “modernizasse” e “fortalecesse” suas leis de propriedade intelectual. “Modernizar” e “fortalecer” significava conceder patentes para os processos e produtos destacados.

As sanções e as retaliações impostas pelos Estados Unidos ao Brasil ocorreram na forma de sobretaxa de 100%, impostas sobre a importação de produtos brasileiros dos setores químico, eletroeletrônico, cítrico, de papel e de celulose.

O critério adotado para definir o montante da sanção comercial foi o de retaliar as exportações em valor equivalente ao das perdas, estimadas pelos Estados Unidos, resultante de inexistência de patentes de processos e de produtos emergentes na legislação brasileira. Observe-se que esse critério é consideravelmente subjetivo.

O valor das sanções foi avaliado, pelo Governo brasileiro, em US\$ 105 milhões, mas o impacto real, em termos de prejuízo para o Brasil, alcançou valores mais elevados, tendo em vista que foram atingidos setores cujas exportações encontravam-se em expansão no mercado norte-americano.

Em virtude dessa situação de “pânico” gerado no mercado brasileiro, o Executivo pressionava o Congresso Nacional para que este aprovasse, o quanto antes, a nova regulamentação da propriedade intelectual, com ênfase especial à disciplina da propriedade industrial, mais particularmente a referente às patentes.

As pressões exercidas pelos Estados Unidos contra o Brasil para que este alterasse o conteúdo de suas leis de propriedade intelectual foram respaldadas, por um lado, pela hegemonia exercida pelos Estados Unidos no mercado mundial e, por outro lado, pela sua capacidade política para impor determinados padrões de intercâmbio internacional.

Essa demonstração de força pode ser detectada, por exemplo, no encaminhamento e na redação final da Ata final da “Rodada Uruguaí do GATT”<sup>3</sup>, especialmente no que diz respeito ao TRIPS – Tratado Referente à Propriedade Intelectual. Muito embora se tratasse de um foro multilateral, a presença norte-americana foi ostensiva e praticamente “ditou as regras do jogo”, especialmente quanto à temática da propriedade intelectual.

É necessário destacar que esse foro foi adotado para discutir e deliberar a temática propriedade intelectual; no entanto, o foro competente era o da OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual, outra vitória americana<sup>4</sup>.

A Rodada Uruguaí do GATT, como um todo, e mais especificamente o Tratado Referente à Propriedade Intelectual, funciona como um primeiro passo para a institucionalização de um “Sistema Internacional de Propriedade Intelectual” e inclusão desses princípios nos ordenamentos jurídicos dos países membros, com vistas a construção internacional de um “Sistema homogêneo e forte sobre as regras de Propriedade Intelectual”.

A Rodada Uruguaí do GATT foi concluída em 1993 e a adesão aos seus termos não poderia ocorrer de maneira parcial. Os países signatários teriam, necessariamente, de aceitar o conjunto, a íntegra dos Acordos – Tratados – ou, caso contrário, não participariam do novo sistema multilateral de comércio, que foi engendrado com a criação da Organização Mundial do Comércio – OMC.

Em breves linhas, esse é o cenário e o contexto internacional no qual se encontra inserido o processo de regulamentação da legislação brasileira de propriedade intelectual.

Em face de tais movimentos, a legislação nacional formou-se, arrastando-se em discussões e mobilizações que envolveram inúmeros setores da sociedade civil organizada<sup>5</sup>, desde 1991 até maio de 1996, quando a nova Lei de Propriedade Industrial foi efetivamente aprovada<sup>6</sup>.

É necessário destacar que, por outro lado, setores do Poder constituído, isto é, o Executivo e segmentos do Legislativo, acrescentando-se setores patronais de laboratórios farmacêuticos e agências privadas que desempenham suas atividades na área de pesquisa biotecnológica e farmacêutica, eram amplamente favoráveis aos termos da alteração da propriedade intelectual nos moldes em que fora proposta<sup>7</sup>.

Enfim, em maio de 1996, foi aprovada a Lei 9.279, que confere nova disciplina à propriedade industrial em seus seguintes aspectos:

- Concessão de patentes de invenção de modelo de utilidade;
- Concessão de registro de desenho industrial;
- Concessão de registro de marca;
- Repressão às falsas indicações geográficas; e
- Repressão à concorrência desleal.

Essa é a matéria disciplinada pela nova Lei de Propriedade Industrial; seu perfil é “forte”, pois, segundo se verifica, existe a possibilidade de patenteamento de produtos e de processos emergentes ou conhecidos por “de tecnologia de ponta”.

À título de ilustração, é necessário anotar que para os desenhos industriais houve um “enfraquecimento quanto à proteção”, pois, sob a égide do revogado Código de Propriedade Industrial, esses podiam ser patenteados e, em face da atual legislação, são passíveis apenas de registro.

Impropriamente, a Lei 9.279/96 é conhecida como “Lei de Patentes”; entretanto, é possível verificar que a extensão de sua proteção vai além das patentes e atinge outros institutos. Essa lei ficou conhecida dessa forma, pois foi exatamente quanto à disciplina jurídica das patentes que as controvérsias foram suscitadas<sup>8</sup>.

A patente é um instituto jurídico pelo qual o Estado, representado pelo INPI – Instituto Nacional de Propriedade Industrial, confere proteção ao titular quanto a um processo ou produto inventivo (denominadas

patentes de invenção<sup>9</sup>) ou quanto a um processo ou produto no plano das formas ou modelagens (patentes de modelo de utilidade<sup>10</sup>). No plano dos modelos de utilidade, não houve maiores controvérsias; os pontos cruciais e a repercussão dos debates originaram-se no plano das patentes de invenção.

Convém destacar que originariamente o instituto da patente, ao mesmo tempo em que institucionaliza o monopólio, expropria a força de trabalho intelectual do pesquisador. Trata-se de uma característica inerente dessa forma de apropriação privadas dos bens imateriais.

Atualmente no Brasil, podem ser patenteados processos e produtos farmacêuticos, alimentícios, microbiológicos, químicos e até mesmo genéticos, entre outros.

As grandes discussões travadas no Parlamento brasileiro referiram-se a esses objetos e principalmente à matéria microbiológica, quer dizer, formas vivas.

Para que um objeto constante do rol da Lei de Propriedade Industrial possa ser patenteado, é necessário que ocorram concomitantemente os seguintes requisitos:

*novidade*: o produto ou processo deve ser novo, isto é, não concebido ou desenvolvido anteriormente, ou em seu novo desenvolvimento algumas características são completamente inovadoras, comparadas às anteriores. Não deve o produto ou o processo compreender o estado da técnica – não pode ter sido divulgado;

*atividade inventiva*: deve necessariamente o produto ou o processo contar com uma intervenção humana resultante de conhecimento acumulado e;

*aplicação industrial*: o produto ou o processo deve ser passível de reprodução em larga escala.

As plantas, conforme verificado, estão excluídas da possibilidade de patenteamento e possuem proteção quanto à sua propriedade intelectual, isto é, intervenção humana que renda margem à variedade vegetal ou nova variedade vegetal, nos termos e disposições constantes na Lei 9.456, de 28 de

abril de 1997 e seu Decreto 2.366, de 5 de novembro de 1997, que regulamenta a Lei e destaca os descritores das primeiras oito variedades vegetais que serão protegidas: algodão, arroz, batata, feijão, milho, soja, sorgo e trigo.

O conjunto das novas leis de propriedade intelectual<sup>11</sup> que atualmente se encontram em vigor no Brasil foi adotado, em face dos desdobramentos dos debates da Lei de Propriedade Industrial, em especial no que se refere às patentes de invenção, bem como em virtude da necessidade de seu realinhamento, considerando-se a adesão do Brasil aos termos do Tratado Referente à Propriedade Intelectual.

Uma das grandes resistências à aprovação da Lei de Propriedade Industrial dizia respeito ao patenteamento dos fármacos e especialmente dos microorganismos.

Para essas matérias, os Princípios que foram aprovados no Tratado Referente à Propriedade Intelectual em 1994 expressamente conferiam aprovação da regulamentação de cada país signatário em até quatro anos.

A matéria referente aos produtos e aos processos passíveis de patentes foi aprovada em 1996 e começou a vigorar em 1997, não por exigência do Tratado Internacional, conforme verificado, mas por imposição das pressões norte-americanas.

O Tratado Internacional pode ser interpretado como sendo favorecedor do debate e da discussão. No entanto, as pressões internacionais foram mais fortes, tanto é fato que é interessante destacar que a votação simbólica na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado ocorreu no dia 29 de fevereiro de 1996, curiosamente poucas horas antes da chegada ao Brasil do Secretário de Estado Americano Warren Christopher.

Em face do exposto, observa-se que o Brasil atendeu às determinações do Tratado Referente à Propriedade Intelectual por um lado e cedeu às pressões internacionais por outro, redefinindo, dessa forma, todo o arcabouço das normas de propriedade intelectual em seus diferentes aspectos.

### *3. A atual controvérsia entre Brasil e Estados Unidos: a quebra das patentes farmacológicas*

O histórico desenvolvido demonstrou que o Brasil, ao adotar nova Legislação acerca da Propriedade Industrial, já o fez de forma adaptada aos termos do TRIPS. Aliás, é um dos poucos países membros da Organização Mundial do Comércio que efetivou tal providência. Sendo assim, na prática, havia – como de fato e de direito há – a possibilidade de patenteamento dos tais produtos estratégicos ou emergentes.

No entanto, no início de 2001, de forma inusitada e inesperada, os Estados Unidos instauraram um painel perante a Organização Mundial de Comércio, fundamentando-se na argumentação de que o Brasil não estava efetivamente cumprindo as disposições do TRIPS, pois estaria, em tese, concedendo ou tentando conceder licença compulsória para fabricantes locais de fármacos produzirem remédios que compõem o “coquetel” de uso dos pacientes portadores do vírus da AIDS (ver MOREIRA, 2001).

A controvérsia, instaurada com base nas pressões dos laboratórios farmacêuticos norte-americanos, tinha como pano de fundo o artigo 68<sup>12</sup> da Lei de Propriedade Industrial, que prevê a licença compulsória, e as disposições do TRIPS, especialmente o artigo 31 “g<sup>13</sup>”.

Primeiramente, é necessário delinear o contorno da licença compulsória e, na sequência, buscar esforços para interpretar o referido instituto, em face das disposições internacionais que o disciplinam.

A Lei de Propriedade Industrial brasileira introduz o instituto da licença compulsória como penalidade imposta sempre que ocorrer a prática de infração contra a ordem econômica no que se refere ao mecanismo de funcionamento da patente de invenção.

Apenas a título de ilustração, cumpre salientar que a vedação ao abuso de poder econômico é princípio fixado no nível constitucional que remete à lei reprimir tal mo-

dalidade abusiva que vise à dominação de mercados, à eliminação de concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros<sup>14</sup>. O objetivo primordial da licença compulsória é inibir a imposição, pelo titular da patente, de condições restritivas nos contratos de licenciamento.

Nos casos em que a licença compulsória não tenha sido suficiente para coibir o abuso do direito ao uso exclusivo conferido ao titular, prevê-se a caducidade como uma das formas de extinção da patente, cujo objeto, em consequência, cairá em domínio público.

A licença compulsória não é concedida em caráter exclusivo, sendo que o titular da patente não será obrigado a licenciar a exploração de seu objeto se comprovar ter dado início à exploração ou, então, que já deu início aos “preparativos para a exploração da patente” ou ainda justificar a não exploração pela existência de óbice legal. Observe-se que, nesse contexto explicitamente incluído na legislação, se a não-exploração da patente, por parte de seu titular, ocorrer por falta de recursos econômicos, essa hipótese não servirá de justificativa ou “pretexto” para se evitar a sanção. Em última instância, isso implica que ao inventor de poucos recursos só resta a hipótese de ceder compulsoriamente a terceiros o direito de exploração de seu invento.

Trata-se de um instituto que, em sendo utilizado, pode sinalizar na defesa dos interesses nacionais, pois pode gerar empregos (com a produção efetiva do produto ou processo patenteado e compulsoriamente licenciado), ensejar o aprendizado técnico-científico, bem como a futura transferência de tecnologia, além de impedir – e esse é o seu objetivo primordial –, conforme já destacado, o abuso do poder econômico.

O agente competente para avaliar o pedido de licença compulsória (sua procedência ou não), bem como manifestar-se acerca da capacidade técnica do requerente na exploração, é o Instituto Nacional de Propriedade Industrial, na esfera administrativa, sendo que, uma vez frustrada a solicitação,

o canal competente passa a ser o Poder Judiciário.

Para requerer a licença compulsória, qualquer pessoa “com legítimo interesse na exploração do objeto da patente”, desde que tenha capacidade técnica e econômica, pode ser autorizada, sem exigência de quaisquer outras condições.

A licença compulsória, portanto, pode ser definida como o procedimento legal que consiste em outorgar autorização, pela autoridade do Estado (INPI), a um particular para que este explore o produto patenteado, independentemente da vontade do titular da patente, quando esse último deixou de exercer suas prerrogativas e seus deveres de produzi-lo e não se dispôs a licenciá-lo, voluntariamente, para um interessado. É nesse sentido que se define a compulsoriedade da medida. Nesse caso, para assegurar que o mercado seja abastecido e com vistas a garantir a exploração do produto no território nacional, a autoridade administrativa ou a judiciária pode – e deve – conceder a licença compulsória.

Conforme destacado, a licença compulsória é um mecanismo previsto expressamente no TRIPS, cuja utilização, desde que cumpridas as formalidades legais, é lícita para produção local do objeto patenteado. Sendo assim, as patentes de remédios não produzidos localmente podem ser licenciadas compulsoriamente a empresas brasileiras que possam fabricá-las no país; dessa forma, amplia-se o acesso da população aos remédios que propiciam o tratamento da AIDS.

#### *4. Os textos normativos envolvidos no painel instaurado na OMC – o “caso drástico”*

As normas envolvidas na controvérsia em análise são, por um lado, o Tratado Referente à Propriedade Intelectual - TRIPS e, por outro lado, a Lei de Propriedade Industrial brasileira. Segundo os Estados Unidos, essa lei “não deixa claro” em quais situa-

ções a licença compulsória de medicamentos poderia ser solicitada. Além do mais, os Estados Unidos entendem que a Lei brasileira encontra-se em descompasso com as disposições do referido Tratado Internacional. É necessário levar em consideração que trata-se do entendimento de um Estado alheio quanto à legislação doméstica.

Para KELSEN (2000, p. 387), a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Assim, pode-se interpretar que a Lei de Propriedade Industrial encontra-se, no que refere ao instituto da licença compulsória, em conformidade com a Constituição Federal, bem como com o TRIPS. Pode-se recordar, a título de ilustração, que, nos moldes da Teoria Pura, não existe contradição ou conflito entre Direito Internacional (podendo ser assim considerado o referido Tratado Internacional) e Direito estadual, ou seja, a Lei de Propriedade Industrial. Essa hipótese, segundo KELSEN (p. 366-), pode ser descrita em proposições jurídicas que de modo algum se contradizem logicamente.

No entanto, a partir dessa perspectiva, as variáveis políticas, comerciais, econômicas e sociais não estão, em hipótese alguma, contempladas, na medida em que são consideradas “metajurídicas”. Contudo, a controvérsia é concreta e o Brasil via-se na iminência de, mais uma vez, ser sancionado e, dessa vez, não apenas de forma unilateral, mas sob o respaldo de uma decisão internacional emanada da Organização Mundial do Comércio.

Nesse sentido, pode-se considerar que: se a OMC interpretasse que a licença compulsória prevista na Lei brasileira não fora positivada de acordo com o TRIPS, o Brasil estaria sujeito às penalidades e conseqüentemente proibido de utilizar o instituto em vigor no Brasil. Se, diversamente, o entendimento da OMC fosse no sentido de que não há descompasso entre a Lei brasileira e as disposições do referido Tratado Internacio-

nal, o país poderia utilizar-se da licença compulsória, com o objetivo de fabricar localmente os remédios<sup>15</sup>, cujos detentores das patentes para o tratamento da AIDS são os laboratórios farmacêuticos norte-americanos.

No entanto, é preciso levar em consideração ainda que, embora as regras contidas na Lei de Propriedade Industrial impliquem a legitimação do processo de expropriação dos inventos por parte do Estado, sempre que a não-produção local dos mesmos estiver em jogo, outras variáveis encontrar-se-ão presentes, interagindo na controvérsia, quais sejam: os detentores das patentes são laboratórios farmacêuticos e, portanto, empresas transnacionais e a não-produção local pode acarretar prejuízos irreparáveis à vida das pessoas, isto é, aos pacientes que necessitam de tais medicamentos. Além do mais, os Estados Unidos são os maiores detentores mundiais de patentes de medicamentos; nesse sentido, a “disputa” não é apenas e unicamente comercial. Vai além de tal situação: penetra nos meandros interpretativos dos “textos” jurídicos e principalmente no que se refere à sobrevivência de seres humanos.

Trata-se, na verdade, de um fenômeno consideravelmente complexo, pois envolve as reflexões relativas à soberania nacional, na medida em que se deve interpretar um Tratado Internacional, sua recepção no ordenamento jurídico interno e sua constitucionalidade. Envolve, outrossim, as reflexões acerca da saúde pública, bem como primordialmente o direito à vida ou, ao menos, à sua manutenção. A controvérsia em análise demonstra que se encontram envolvidos interesses econômicos que perpassam as delicadas e sutis relações internacionais e, ao mesmo tempo, o universo das políticas públicas implementadas no âmbito da saúde no que se refere ao fornecimento de medicamentos aos pacientes soropositivos.

Outro aspecto relevante para a interpretação das normas jurídicas envolvidas refere-se à imprecisão lingüística consubstan-

ciada na Lei de Propriedade Industrial brasileira. Nessa lei, conforme visto anteriormente, podem ser localizadas inúmeras expressões equívocas no que se refere ao instituto da licença compulsória, das quais podem ser destacadas as seguintes: “forma abusiva”, “fabricação incompleta do produto”, “inviabilidade econômica”, “necessidades de mercado”, “legítimo interesse”, “predominantemente no mercado interno”, “desuso por razões legítimas”, “realização de sérios e efetivos preparativos para a exploração”. São expressões ou palavras facilmente localizadas nas leis de um modo geral, e de forma expressa e específica na Lei de Propriedade Industrial, cujos conteúdos necessitam de preenchimento com o objetivo de evitar ambigüidades, fluidez ou até mesmo indeterminações na interpretação da Lei. São as denominadas “palavras de textura aberta”.

Quanto ao tema, Hart entende que a precisão da linguagem humana em geral, e da linguagem jurídica em particular, é limitada. As palavras utilizadas nas conversações cotidianas são vagas, não possuindo um significado suficientemente preciso para permitir a comunicação. A “textura aberta” da linguagem se acentua no campo das regras jurídicas – e das regras sociais em geral – por duas razões fundamentais. Em primeiro lugar, as regras jurídicas não estão dirigidas a pessoas ou a coisas particulares, senão a “classes” de pessoas ou coisas. Em segundo lugar, permanecem vigentes durante períodos longos e, portanto, aplicam-se a situações que não podem ser previstas no momento de sua criação. Esta última característica das regras jurídicas, por exemplo, explica a inclusão de expressões gerais (ver HART; DWORKIN, 1997, p. 33).

Do ponto de vista formal, é fato que a nova Lei de Propriedade Industrial encontra-se em consonância com o TRIPS. No entanto, no que se refere ao seu conteúdo material, no que diz respeito ao seu contexto interpretativo, obviamente, na medida em que se detecta a presença das “texturas aber-

tas”, o preenchimento de seus conteúdos pode concorrer para a preponderância deste ou daquele interesse. A interpretação do texto legal deve levar em conta se existem ou não “efetivos preparativos” para a produção da patente no mercado brasileiro ou o direito à vida.

São questões que aparentemente podem ser “drásticas”. No entanto, fazem parte do pano de fundo de uma decisão a ser levada a efeito num foro deliberativo internacional que é essencialmente relativo a disputas ou embates comerciais, no qual a supremacia americana é flagrante.

Mais do que drástica, essa controvérsia é analisada por ATIENZA (2000, p. 335) como “Caso Trágico”, vale dizer: é aquele considerado quando não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral. A adoção de uma decisão em tais hipóteses não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema.

No entanto, se fossem levados a efeito os “argumentos” acerca da conformidade da Lei brasileira de Propriedade Industrial com o Tratado Internacional que a inspirou, esses permaneceriam no universo de variedade relevante, apenas podendo ser aplicado ao processo concreto da argumentação, estando preenchidas as duas condições estabelecidas (Ver PERELMAN, 1996, p. 29-): existência de algumas premissas geralmente aceites e que funcionem como ponto de partida para argumentação; existência de um auditório relevante<sup>16</sup> a persuadir ou a convencer.

Boaventura de Sousa Santos, no que se refere à retórica, salienta que esta consiste em uma forma de argumentar por motivos razoáveis, no intuito de explicar resultados já consumados ou de procurar adesão à produção de resultados futuros. O autor destaca, outrossim, a distinção existente entre a persuasão e o convencimento. A persuasão é uma adesão baseada na motivação para agir; a argumentação destinada a atingi-la



tende a intensificar essa motivação, recorrendo a argumentos emocionais. O convencimento, por seu turno, é um tipo de adesão baseada na avaliação das razões para agir; para isso a argumentação cria um campo caótico em que a ação pode ou não ocorrer (Ver SANTOS, 2000, p. 104 -).

Os argumentos que corroboram a utilização da licença compulsória, pelo Estado brasileiro, para produção local dos medicamentos para pacientes portadores do vírus HIV devem ser convincentes e também imparciais<sup>17</sup>. A noção de imparcialidade, por seu turno, localiza-se de forma estreita com a regra de justiça. Ser imparcial implica que, em circunstâncias análogas, se reagiria do mesmo modo. Ao mesmo tempo, os critérios seguidos teriam que ser considerados válidos para o maior número possível das pessoas envolvidas na interpretação dos diplomas normativos envolvidos.

Dessa forma, ao invés de uma “interpretação” oficial pelo canal competente quanto à procedência, ou não, da aplicação da Lei de Propriedade Industrial brasileira, a opção que prevaleceu foi a conciliatória, vale dizer, a formalização de “um acordo de cavalheiros”, cujas proposições podem ser resumidas da seguinte forma: os Estados Unidos encerraram o painel na OMC. O Brasil, por seu turno, comprometeu-se em manter conversações prévias com o governo americano se entender necessária a aplicação da licença compulsória de patente contra qualquer laboratório farmacêutico norte-americano. O desfecho da controvérsia foi diplomático, prevalecendo, na prática, a “mediação”.

Em capítulo extremamente bem formulado, o Professor José Alcebíades de Oliveira Junior identifica que, para os denominados “novos direitos”, como é o caso dos imateriais institucionalizados pelas patentes farmacêuticas, cuja origem, bem como superação, ocorre inegavelmente a partir dos constantes avanços tecnológicos, a solução das controvérsias deve percorrer a via da mediação e da transação (Ver OLIVEIRA JUNIOR, 2000, p. 163-173).

Dessa forma, foi possível a preservação indistinta de interesses, sem imposição de ônus ou, nos dizeres de Atienza, “de sacrifícios” para as partes envolvidas na controvérsia.

### 5. Algumas conclusões

A problemática da propriedade intelectual, especialmente a que se refere à apropriação patentária, continua sendo alvo de embates internacionais acirrados. Foi oficialmente reduzida, conforme verificado, neste artigo a um apêndice temático no universo amplo e desigual das relações internacionais de comércio, no qual a predominância do capital transnacional é, por um lado, ingrediente presente e, por outro lado, interesse normalmente predominante.

No bojo dos “novos direitos” e tendo-se em vista a globalização considerada em seu perfil econômico e jurídico, esta última manifestação globalizante e globalizada é, nesse trabalho, caracterizada a partir da formalização e da formação, cada vez mais intensa e paulatina, de normas supranacionais, consubstanciadas por intermédio dos Tratados Internacionais. Nesse novo contexto de direitos, deve-se observar ainda que as propostas que buscam a superação das controvérsias ao nível da mediação podem ser decisivas para as práticas das relações multilaterais ou, no mínimo, para as disputas ou embates bilaterais, como a apresentada nesse artigo.

No entanto, se a mediação, enquanto via de superação das controvérsias, não for possível, os “casos drásticos” ou os conflitos que envolvem “dilemas” permanecem latentes nas opções interpretativas a serem levadas a efeito pelas entidades internacionais.

É preciso evidenciar que o Brasil, consoante se demonstrou neste artigo e em pesquisas anteriores, já foi alvo de inúmeros prejuízos em virtude de “rótulos” sobrepostos ao sempre delicado tema das patentes. Nesse sentido, uma das questões que deve ser enfaticamente posta pode ser as-

sim formulada: até quando, em homenagem ao livre mercado e aos preços dos remédios, as vidas dos pacientes soropositivos serão preservadas?

As reflexões contemporâneas que envolvem a interpretação da Lei de Propriedade Industrial instigam desafios que, conforme verificado, relacionam-se à Teoria da Argumentação e à imposição ou não de “sacrifícios”, quer dizer, de elementos ou valores essenciais não apenas no que se refere às questões inerentes à operacionalidade do Direito, mas, sobretudo, aos fundamentos morais e éticos que, no limite da controvérsia concreta em análise, referem-se ao direito à vida.

No momento, a opção ou a decisão da superação do conflito foi a mediação ou o consenso. E quando essa via não mais for viável, em virtude da prevalência ostensiva dos interesses econômicos transnacionais?

Esse é, inegavelmente, um desafio que deve ser enfrentado e que vai além da positividade e conseqüente interpretação do Direito. Trata-se de um desafio crucial posto no cerne das relações internacionais do comércio e que pode concorrer, dependendo da solução do “dilema”, para ceifar o direito à vida. Esse é, portanto, um dos matizes que envolve as discussões interpretativas das patentes de um modo geral e das farmacológicas, de forma específica. É a materialização da categoria do “caso trágico”.

### Notas

<sup>1</sup> Tratado Referente aos Aspectos da Propriedade Intelectual da Rodada Uruguaí do GATT (*Tra-de Related Aspects of Intellectual Property Rights*).

<sup>2</sup> Nesse sentido, consultar: BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. *Pronunciamento do Ministro das Relações Exteriores na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal*: sobre o projeto de lei de propriedade industrial. Brasília: Congresso Nacional, 1995.

<sup>3</sup> BRASIL. Congresso Nacional. *Ata final em que se incorporam os resultados da Rodada Uruguaí de negociações comerciais multilaterais*. Brasília, 15 abr. 1994.

<sup>4</sup> Nesse sentido, sugere-se a consulta de Patrícia Aurélio DEL NERO (2000, p. 79-103). As questões relativas ao deslocamento do foro para proposição das novas regras da propriedade intelectual no cenário globalizado e seus impactos internacionais foram discutidas de forma enfática.

<sup>5</sup> Em virtude do conteúdo normativo do Projeto de Lei 824/91, desde seu envio ao Congresso Nacional, a sociedade civil foi paulatinamente se organizando e de tal mobilização surgiu o “Fórum pela Liberdade do Uso do Conhecimento”, uma organização não-governamental que congregou inúmeras entidades representativas e envolvidas com a temática da propriedade intelectual. Toda a mobilização desse fórum consistiu em opor resistência ostensiva e participativa ao Projeto de Lei, principalmente no que diz respeito aos seus pontos cruciais (“pipeline”, patenteamento de microorganismos e fármacos, dilação dos prazos de proteção, entre outros aspectos).

<sup>6</sup> Nesse sentido, consultar Patrícia Aurélio DEL NERO, (1998, cap. 2, item 2.1.) – O encaminhamento do projeto brasileiro de alteração do Código de Propriedade Industrial e suas interações com a conjuntura internacional.

<sup>7</sup> As patentes de processos e produtos farmacológicos deram margem a uma considerável disputa entre o País e os Estados Unidos. Nesse sentido, sugere-se a consulta de Maria Helena TACHINARDI (1993).

<sup>8</sup> No que se refere a este tema especificamente, pode-se consultar Patrícia Aurélio DEL NERO (1998).

<sup>9</sup> O Professor Aurélio Wander BASTOS (1997, p. 209-210) de forma sucinta e costumeiramente didática, reúne todos os elementos necessários para a caracterização do instituto: “Título temporal, concedido pela Administração (Estado) ao inventor, em contrapartida à divulgação, bem como da exploração fidedigna do seu invento. O inventor precisa atender aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Pode-se afirmar que a patente é um documento expedido pelo órgão competente do Estado que reconhece o direito de propriedade industrial reivindicado pelo titular. A Patente garante ao inventor (ou titular) o direito de explorar seu objeto, e de autorizar a sua exploração por terceiros, em decorrência do exercício do uso exclusivo e do direito de exclusão, que caracterizam a tutela jurídica deste bem imaterial. O título é normalmente constituído de um certificado (chamado de Patente ou Carta Patente) acompanhado de uma descrição completa da invenção, sua forma de reprodução e delimitação da matéria protegida.”

<sup>10</sup> Sobre essa categoria, o Professor Aurélio Wander BASTOS esclarece que: “são criações industriais, protegidas em diversos países do mundo através do sistema de patentes, compreenden-

do uma alteração nova, disposição ou forma, introduzida ou obtida em objetos, visando uma melhor utilização ou praticidade”(1997, p. 170).

<sup>11</sup> Também merecendo destaque: a Nova Lei de Direitos Autorais e direitos conexos: BRASIL: Congresso Nacional. Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 1998. E a Nova Lei de “Software” : BRASIL: Congresso Nacional. Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, 1998.

<sup>12</sup> Artigo 68 da Lei 9.279/96: “O titular ficará sujeito a ter a patente licenciada compulsoriamente se exercer os direitos dela decorrentes de forma abusiva, ou por meio dela praticar abuso de poder econômico, comprovado nos termos da lei, por decisão administrativa ou judicial.”

<sup>13</sup> As hipóteses previstas para licença compulsória, de forma não exclusiva, neste artigo do TRIPS, são as seguintes: extrema urgência nacional, por dependência de patentes; e por insuficiência de abastecimento do mercado interno.

<sup>14</sup> Artigo 170, parágrafo 4º, da Constituição Federal.

<sup>15</sup> É importante destacar que o Brasil gasta cerca de R\$ 600 milhões por ano na compra de drogas anti-AIDS. Com a produção local desses medicamentos, o país, segundo estimativa, deveria economizar R\$ 83 milhões, em virtude da redução dos preços dos medicamentos anunciada pelo Governo brasileiro. Ao mesmo tempo, deve-se levar em consideração que o custo anual da terapia da AIDS é de US\$ 3.000 por paciente no Brasil. Nos países desenvolvidos, esse custo varia de US\$ 10 mil a US\$ 15.000. Esses dados foram coletados no jornal *A Folha de São Paulo*, 26 jun. 2001. *Folha Cotidiano*.

<sup>16</sup> O auditório universal é um conceito limite, no sentido de que a argumentação diante do auditório universal é a norma da argumentação objetiva. O conceito de auditório universal não é um conceito empírico: o acordo de um auditório universal não é uma questão de fato, e sim de direito. Em virtude da ainda obscura caracterização do auditório universal, identificado por Perelman, optou-se, neste trabalho, pelo novo projeto de retórica, ainda em construção, proposto por Atienza. Trata-se de um projeto ainda em fase de construção, mas que, em virtude do esforço que o autor envida para superar as já consolidadas teorias da argumentação, merece destaque e, ao mesmo tempo, estudo, haja vista que permite a observância de elementos ou categorias inovadoras que, no nosso entendimento, emergem no contexto dos novos direitos.

<sup>17</sup> Atienza, de forma interessante, caracteriza que a proximidade da argumentação com a práti-

ca faz com que na argumentação não se possa falar propriamente de objetividade, mas sim de imparcialidade. Ser imparcial não é ser objetivo, é fazer parte do mesmo grupo que aqueles a quem se julga, sem ter antecipadamente tomado partido de nenhum deles (2000, p. 88).

## Bibliografia

ALMEIDA, Paulo Roberto de. Propriedade intelectual: os novos desafios para a América Latina. *Revista Latino-Americana de Integração*, Brasília, 1991.

ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2000.

BASTOS, Aurélio Wander. *Dicionário brasileiro de propriedade industrial e assuntos conexos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Lei n. 9.279, de 14 de maio de 1996*. Disciplina os direitos e obrigações referentes à propriedade industrial. Brasília, 1996.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Lei n. 9.456, de 25 de abril de 1997*. Institui a Proteção de cultivares, dispõe sobre o Serviço Nacional de Proteção de Cultivares - SNPC e dá outras providências. Brasília, 1997.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Lei n. 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção de propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências. Brasília, 1998.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Lei n. 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 1998.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Projeto de Lei n. 824/91, de 30 de abril de 1991*. Regula os direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 1991.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. *Ata final em que se incorporam os resultados da rodada Uruguai de negociações multilaterais do GATT*. Brasília, 15 de abril de 1994.

\_\_\_\_\_. Ministério das Relações Exteriores. *Pronunciamento do ministro das relações exteriores na Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal sobre o Projeto de Lei de propriedade industrial*. Brasília: Congresso Nacional, 1995.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Decreto n. 2.366, de 5 de novembro de 1997. Regulamenta a Lei n. 9.456/97, de 25 de abril de 1997, que institui a Proteção de Cultivares - SNPC e dá outras providências. Brasília, 1997.

- DEL NERO, Patrícia Aurélia. Propriedade intelectual: *A tutela jurídica da biotecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- \_\_\_\_\_. Algumas considerações sobre as novas leis de propriedade intelectual. *Revista Economia Rural*, Viçosa, n. 4, 1998.
- \_\_\_\_\_. Biotecnologia. In: BARRAL, Welber (Org.). *O Brasil e a OMC: os interesses brasileiros e as futuras negociações multilaterais*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.
- HART, Herbert; DWORKIN, Ronald. *La decision judicial*. Santa Fé de Bogotá: Siglo del Hombre, 1997.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MOREIRA, Assis. Discussão sobre lei de patentes vai à OMC. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 18 de janeiro de 2001.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- PERELMAN, Chaim et al. *Tratado da argumentação: a nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.
- TACHINARDI, Maria Helena. *A guerra das patentes: o conflito Brasil X EUA sobre propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

# O sistema da responsabilidade civil e o novo Código

Dilvanir José da Costa

## Sumário

1. Introdução. 2. Responsabilidade civil e penal. 3. Fundamentos da responsabilidade civil 4. Da responsabilidade subjetiva. 4.1. Requisitos. 4.2. Da culpa: conceito, compreensão e modalidades. 4.3. Imputabilidade. 4.4. Ato contrário ao direito. 4.5. Dano ou prejuízo. 4.6. Nexo de causalidade. 5. Da responsabilidade objetiva. 5.1. Evolução. 5.2. Inovações do novo Código Civil. 5.3. Responsabilidade objetiva nas leis especiais. 5.4. Responsabilidade objetiva no novo Código.

## 1. Introdução

Conforme a doutrina de Serpa LOPES (p. 186),

“Um dos mais árduos e complexos problemas jurídicos é inegavelmente o da responsabilidade civil. Nele se refletem as atividades humanas, individuais e contratuais. Estudá-lo, importa em imergir no exame atento da própria atividade humana, o que vai além do campo convencional para atingir um outro mais vasto, cuja pesquisa exige um apelo às análises psicológicas e a considerações deduzidas do espírito do autor do ato. Por vezes é necessário, como o acentuou Demogue, penetrar no estado de espírito da própria vítima. Se, de um lado, o progresso revolucionário da máquina, o desenvolvimento prodigi-

Dilvanir José da Costa é Professor e doutor em Direito Civil pela UFMG. Advogado.

oso da energia elétrica, os engenhos atômicos estarrecem e maravilham, de outro lado geram constantes e enormes perigos à vida humana, à sua integridade, o que põe em agitação o problema da responsabilidade, pois, a cada atentado sofrido pelo homem, seja em relação à sua pessoa física, seja ao seu patrimônio, corresponde um quebra do equilíbrio patrimonial, cuja inalterabilidade a ordem jurídica tem o dever de manter”.

## 2. Responsabilidade civil e penal

O ato ilícito constitui a fronteira entre o Direito Civil e o Direito Penal. Clóvis BEVILÁQUA (p. 254) assim distingue:

“O Direito Penal vê, por trás do crime, o criminoso, e o considera um ente anti-social, que é preciso adaptar às condições da vida coletiva ou pô-lo em condições de não mais desenvolver a sua energia perversa em detrimento dos fins humanos que a sociedade se propõe realizar; o Direito Civil vê, por trás do ato ilícito, não simplesmente o agente, mas, principalmente, a vítima, e vem em socorro dela, a fim de, tanto quanto lhe for permitido, restaurar o seu direito violado, conseguindo, assim o que poderíamos chamar a eurritmia social refletida no equilíbrio dos patrimônios e das relações pessoais, que se formam no círculo do direito privado”.

O novo Código Civil, repetindo o art. 1.525 do Código de 1916, dispõe:

“Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.”

O Código de Processo Penal completa a distinção:

“Art. 65. Faz coisa julgada no civil a sentença penal que reconhecer

ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.”

“Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

“Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I – o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II – a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.”

Amparando as vítimas, os artigos 929 e 930 do novo Código Civil flexibilizaram as excludentes de responsabilidade civil ou de ilicitude, no tocante ao estado de necessidade e à legítima defesa. No mesmo sentido de ampliar a responsabilidade, o colendo STJ proferiu a seguinte decisão publicada em edição especial comemorativa:

“EMENTA: Sentença criminal absolutória – Coisa julgada – Efeito preclusivo relativamente à pretensão indenizatória.

A regra geral é a não vinculação de um juízo ao outro, tratando-se de absolvição na esfera criminal. As exceções são as previstas nos artigos 65 e 66 do Código de Processo Penal.

A inexigibilidade de outra conduta, causa supralegal de exclusão da culpabilidade, não se inclui entre aquelas que, reconhecida no juízo criminal, imponha-se ao civil.

“Impossibilidade de aplicação analógica do disposto no artigo 65 do CPP” (BRASIL, 1999, Resp n. 27.806-9, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Vê-se que a distinção avança no sentido de ampliar a área de atuação da responsabilidade civil.

### 3. Fundamentos da responsabilidade civil

Ainda com a palavra Serpa LOPES (p. 196-197) para estas considerações introdutórias:

“Não foi sem razão a afirmativa de Mazeaud e Mazeaud de que a responsabilidade é a grande ‘vedette’ do Direito Civil mundial, tendo o primado onde quer que se encontre.

E, na verdade, o ponto de maior controvérsia no plano da Responsabilidade precisamente consiste no modo de entender os seus fundamentos. O que deverá preponderar? O princípio objetivo da causação ou o subjetivo da culpa? Por outro modo, o princípio da responsabilidade decorrente pura e simplesmente da relação de causa e efeito, sem outra qualquer indagação ou a conservação do elemento tradicional da culpabilidade?

Ambos os princípios são tenazmente defendidos pelos seus respectivos partidários”.

#### 4. Da responsabilidade subjetiva

##### 4.1. Requisitos

Constituem requisitos da responsabilidade subjetiva:

- a) a culpa;
- b) a imputabilidade;
- c) o ato contrário ao direito;
- d) o dano ou prejuízo; e
- e) o nexo de causalidade.

Esses os requisitos da responsabilidade civil clássica, tradicional ou subjetiva, fundada na culpa do agente. O estudo desses requisitos conduzirá, necessariamente, à melhor compreensão do fenômeno moderno da responsabilidade objetiva ou independente de culpa. É o que nos propomos a fazer.

##### 4.2. Da culpa: conceito, compreensão e modalidades

Antes de tudo, a culpa no sentido lato compreende também o dolo, que é a forma

mais grave de ilicitude do ato ou da omissão. Serpa Lopes definiu o dolo como *culpa intencional*, ou seja, “quando o agente teve o propósito deliberado de causar o prejuízo produzido.” Tão grave é o dolo que a própria Constituição atribui à instituição do júri, em procedimento solene, a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, XXXVIII, d). Já a culpa *stricto sensu* compreende os ilícitos não intencionais mas culposos atributivos de responsabilidade, em razão de ter agido o seu autor com imprudência, negligência ou imperícia. A prudência, a diligência e a perícia constituem padrões de comportamento na vida social.

Constitui imprudência típica o excesso de velocidade na direção do veículo, conforme as circunstâncias. Caracteriza negligência a perda de prazo para contestar ou para recorrer num processo judicial. E constitui imperícia a atuação sem a necessária habilitação profissional. A culpa *stricto sensu* pode ser tão grave que o agente chega a assumir o risco de produzir o resultado danoso e responder por dolo eventual ou por culpa consciente, na linguagem dos penalistas (CP, art. 18, I). A culpa grave é também equiparada ao dolo para determinados efeitos, como nos acidentes aéreos, conforme a Convenção de Varsóvia e o Código Brasileiro de Aeronáutica, assim como o era nos acidentes do trabalho (hoje basta a culpa do empregador – art. 7º, XXVIII CF). As modalidades de culpa serão estudadas a seguir.

##### 4.2.1. Culpa contratual e extra-contratual – culpa presumida – obrigação de meio e de resultado

Como a própria denominação explica, a culpa extra-contratual ou aquiliana decorre da própria disposição legal violada, sem que entre as partes interessadas haja um vínculo contratual prévio. Assim, o artigo 927 do novo Código dispõe: “aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”. Já o artigo 186 definiu o ato ilícito como o resultante

de ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imprudência (ou imperícia) (culpa), violadora de direito e causadora de dano a outrem, ainda que exclusivamente moral. Culpa contratual é a que resulta do descumprimento ou inadimplemento de um contrato. A grande distinção de efeitos entre as duas espécies é que a culpa contratual é presumida, bastando ao contratante provar o não cumprimento do contrato pelo outro, cabendo a este o ônus da prova de que não agiu com culpa. Diferente é a culpa aquiliana, em que compete à vítima do ato danoso não decorrente de contrato provar não só a sua ocorrência como a culpa do seu autor.

No âmbito das obrigações contratuais, temos ainda a distinção entre obrigações de meio e de resultado. Quem se obriga a realizar ou atingir determinado fim ou resultado não cumpre sua obrigação enquanto não concluído o objeto pactuado. São exemplos dessa obrigação o contrato de empreitada, em que se obriga à execução de uma obra ou resultado, e o contrato de transporte, em que se obriga a conduzir pessoas ou coisas sãs e salvas ao destino. Tal a responsabilidade do transportador que ela persiste mesmo diante da culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva (Súmula 187 do STF). Diferente é a obrigação de meio, em que o contratante se obriga apenas a atuar sem culpa e desenvolver os meios adequados, sem contudo se obrigar a atingir determinado resultado. São exemplos os contratos de prestação de serviços profissionais dos médicos e advogados, que não se obrigam a curar o doente e a ganhar a causa, respectivamente.

#### 4.2.2. Culpa “in eligendo”, “in vigilando” e “in custodiendo”

A pessoa pode responder por atos ilícitos de terceiros, ou provocados por animais ou coisas, desde que a estes se vincule por determinadas relações que a envolvem no ilícito praticado. A má escolha ou contratação de um preposto (culpa “in eligendo”), a falta de vigilância de um filho menor, em-

pregado, aluno, hóspede, etc. (culpa “in vigilando”) ou a falta com o dever de guarda de um animal, de um doente mental ou de um prisioneiro (culpa “in custodiendo”) podem contaminar a pessoa e obrigá-la a responder, por culpa presumida (Súmula 341 do STF) e até independente de culpa de sua parte (art. 933 do novo Código Civil), pelos atos ilícitos de agentes que contratou como prepostos, que tinha o dever de vigiar ou custodiar. E assim a responsabilidade subjetiva vai-se transformando em objetiva, com destaque para a reparação da vítima.

#### 4.2.3. Excludentes e atenuantes da culpa: caso fortuito ou de força maior, culpa exclusiva da vítima e culpa concorrente

O novo Código só se refere ao caso fortuito ou de força maior, como excludente de responsabilidade, ao tratar do inadimplemento das obrigações, no parágrafo único do artigo 393, tal como o fazia o Código de 1916 no parágrafo único do artigo 1058. Não se referiu a essa excludente no artigo 188, assim como o Código anterior não o fez no artigo 160, nos quais não consideraram ilícitos determinados atos que tecnicamente se consideram *não contrários ao direito*. Se a própria definição de ato ilícito inclui o dolo e a culpa (art. 186), torna-se óbvio que não constitui ilícito o ato praticado sem interferência desses elementos essenciais à configuração da responsabilidade subjetiva (ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia). Não contém, naturalmente, qualquer desses elementos o fato ocorrido de forma *necessária e inevitável* (§ do art. 393 do novo Código). A teoria dos riscos atribui o ônus de arcar com os prejuízos decorrentes do fato necessário e inevitável à própria vítima, com suporte no princípio “res perit domino” – o próprio titular do direito ofendido deve suportar os danos advindos de caso fortuito ou de força maior. Essa a regra clássica.

Outra excludente de culpa é a incidência de culpa exclusiva da vítima. Nessa hipótese, o dano ocorre por ação ou omissão



de alguém, mas provocada inteiramente pela própria vítima, por dolo, imperícia, negligência ou imprudência. A culpa total da vítima exclui a do autor material do dano. O motorista que avança o sinal vermelho e é atropelado por outro veículo em situação regular torna-se culpado e responsável pelo acidente.

Em determinadas hipóteses, pode ocorrer a concorrência de culpas, quando uma delas, por si só, não puder se considerar causa autônoma e suficiente para provocar o ilícito. Havendo concorrência, é justo atribuir a responsabilidade proporcionalmente aos respectivos agentes e vítimas.

Diferente é a situação do terceiro que provoca o acidente. Não é técnico dizer que houve culpa de terceiro. O correto é negar o nexo de causalidade. É o caso do veículo que culposamente arremessa outro contra pessoa ou coisa. O arremessado é mero instrumento. A questão se resolve, tecnicamente, em relação ao que fora instrumento, pela ausência de nexo causal.

#### 4.3. Imputabilidade

Imputabilidade não se confunde com culpa. Imputabilidade é a capacidade de responder por dolo e por culpa. É a capacidade de entender o caráter da ilicitude do ato e de responder por suas conseqüências. A imputabilidade decorre da racionalidade e da liberdade. Pressupõe inteligência e vontade livre. Por isso os incapazes seriam inimputáveis ou não passíveis de responder civilmente por seus atos danosos. Dissemos *seriam*, diante do conflito que vem ocorrendo no âmbito da responsabilidade civil, que cada dia evolui no sentido de ampliar a proteção às vítimas de atos prejudiciais. Isso conflita com a necessidade de proteção jurídica aos incapazes.

O CC de 1916 considera inimputável o menor de 16 anos, relativamente aos atos ilícitos que praticar (art. 156), os quais obviamente deixariam de ser ilícitos por falta desse requisito. A fim de atenuar os riscos das vítimas, o artigo 1521 do mesmo Código con-

siderou também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados que se acharem nas mesmas condições.

O parágrafo único do artigo 1518 ainda estendeu a responsabilidade *solidária* às “pessoas designadas no artigo 1521”.

Mas o artigo 1523 restringiu, exigindo das vítimas a prova de que as pessoas enumeradas no artigo 1521 “concorreram para o dano por culpa ou negligência de sua parte”.

Sobreveio, porém, a Súmula 341 do STF e assentou:

“É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto”.

A presunção de culpa vem sendo estendida aos pais, tutores e curadores.

Mesmo o Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90, em seu artigo 116 e §, procurou conciliar os interesses dos adolescentes e das vítimas.

Já o novo Código Civil veio praticamente acabar com a inimputabilidade na responsabilidade dos incapazes, ao assim dispor:

“Art. 928. O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Parágrafo único. A indenização prevista neste artigo, que deverá ser equitativa, não terá lugar se privar do necessário o incapaz ou as pessoas que dele dependem.”

E reforçou, em favor das vítimas:

“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia;

II – o tutor e o curador, pelos pupilos e curatela dos que se acharem nas mesmas condições;”

E transformou a responsabilidade por *culpa presumida*, da Súmula 341 do STF, em responsabilidade *objetiva ou independente de culpa*, em todas as hipóteses do artigo 932, nestes termos:

“Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.”

Assegurou o direito de regresso do terceiro responsável que ressarcir o dano, contra o autor, não sendo este descendente incapaz do terceiro (art. 934).

Reiterou a responsabilidade solidária dos autores, co-autores e as pessoas designadas no artigo 932 (§ do art. 942).

#### 4.4. Ato contrário ao direito

O sistema da responsabilidade civil exige a distinção técnica entre as excludentes de culpa e de imputabilidade, já examinadas acima, bem como entre estas excludentes e os atos danosos *não contrários ao direito*, que o novo Código não considera atos ilícitos (art. 188 e §). Um dano pode ter origem culposa e até dolosa ou intencional e, não obstante, não constituir ato ilícito, por não ser contrário ao direito, como o praticado em legítima defesa. Autores de renome não distinguem os conceitos e a jurisprudência muitas vezes confunde falta denexo causal com ausência de culpa. O fortuito, a força maior e a culpa exclusiva da vítima, conquanto sejam tecnicamente excludentes de culpa, ainda se permite confundir com falta denexo causal, como ocorre em muitas decisões, pela assimilação dos conceitos, em última análise.

Não são contrários ao direito e, portanto, não constituem atos ilícitos os praticados (art. 188):

I – em legítima defesa;

II – em estado de necessidade;

III – no exercício regular de direito; e

IV – em estrito cumprimento de dever legal.

Como visto, o ato ilícito constitui o ponto de contato entre o Direito Civil e o Direito

Penal. Em regra, os crimes constituem também ilícitos civis, exceto a simples tentativa. Mas nem todos os ilícitos civis constituem crimes. Por isso os motivos descriminantes do Direito Penal são também excludentes de responsabilidade civil, em regra. São os atos danosos não contrários ao direito. Aplicam-se-lhes os conceitos do Direito Penal. Começemos pela legítima defesa. Dispõe o Código Penal:

“Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente os meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

Assim como na responsabilidade penal, a legítima defesa protege a vida, a saúde, a honra, a liberdade, o patrimônio etc., próprio ou de terceiro. Devendo agir moderadamente, se o agente se exceder na defesa responderá pelo excesso. Assim ocorre com as demais excludentes de ilicitude (§ do art. 23).

O mesmo Código dispõe:

“Art. 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.”

A legítima defesa ocorre diante de uma agressão humana, enquanto o estado de necessidade decorre de um estado de perigo resultante de qualquer causa, inclusive agressão por animal.

O novo Código Civil ampara as vítimas inocentes de atos praticados em estado de necessidade (art. 929).

O exercício regular de direito decorre da prática de ato danoso por meio de comportamento permitido por lei. Ocorre na vizinhança, no condomínio e situações similares. Mas constitui ato ilícito o abuso de di-

reito (art. 187 do novo Código). O proprietário ou possuidor pode usar o imóvel e até incomodar ou prejudicar ocasionalmente os vizinhos (com festas, ruídos esporádicos, obras etc.), desde que o faça de forma regular, usual ou não abusiva. As lesões na prática de esportes são toleradas entre os contadores, desde que nos limites dos regulamentos e costumes desportivos.

O estrito cumprimento de dever legal é inerente aos policiais, atiradores de elite, carrascos e sobretudo aos bombeiros, cuja função exige atos que incluem danos eventuais a pessoas e bens para salvar vidas e patrimônios.

O artigo 188 do novo Código diz expressamente que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido (inciso I); a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente – estado de necessidade (inciso II). Não se refere ao estrito cumprimento de dever legal, como o fazem o Código Penal (art. 23, III) e o CPP (art. 65). Se o *exercício regular de direito* exclui a ilicitude do ato, *a fortiori* isso ocorre com o *estrito cumprimento de dever legal*.

#### 4.5. Dano ou prejuízo

O dano constitui elemento ou requisito essencial ou indispensável da responsabilidade civil, que cuida de sua reparação. Não há responsabilidade civil sem dano, embora possa haver responsabilidade penal, como na hipótese de tentativa da prática de crime. Os danos compreendem o dano emergente (o que efetivamente se perdeu) e os lucros cessantes (o que razoavelmente se deixou de lucrar em consequência do ato ilícito ou do inadimplemento da obrigação (art. 402 novo CC). Num exemplo simples, o taxista que teve seu veículo abalroado culposamente tem direito de indenização pelo conserto do carro e eventual tratamento de lesões pessoais (dano emergente), bem como pelo lucro líquido das corridas que deixou de fazer durante o tempo necessário à recu-

peração do veículo e de sua saúde (lucro cessante). O mesmo em relação ao médico ou outro profissional que, além dos danos imediatos, tenha de paralisar suas atividades produtivas.

Os danos se distinguem ainda em contratuais, decorrentes do inadimplemento das obrigações, sob a forma de perdas e danos (art. 389) e extracontratuais, resultantes de atos ilícitos (art. 927).

Mas a mais importante classificação dos danos é a que os distingue em patrimoniais, morais e estéticos. O mais comum é o patrimonial, que atinge os interesses materiais da pessoa, por exceção às ofensas aos valores íntimos da personalidade. O dano estético se compreende no dano moral, com indenização própria e exclusiva, e assim foi definido:

“As deformações faciais e as mutilações, para lembrarmos os casos mais expressivos, são fonte de infelicidade, tristezas, ansiedades, angústias e mesmo de neuroses, sentimentos esses que embora de índole psicológica são abrangidos pela reparação civil duma espécie de dano moral, a saber, o dano estético” (CORRÊA, p. 138).

O novo Código regula o inadimplemento das obrigações e suas consequências, inclusive as perdas e danos, no Título IV do Livro I da Parte Especial, enquanto a composição dos danos decorrentes de atos ilícitos é disciplinada nos artigos 948 a 954 (homicídio, lesão ou outra ofensa à saúde, diminuição da capacidade de trabalho, erro médico, esbulho, ofensa à honra e à liberdade pessoal).

##### 4.5.1. O dano moral e sua reparação

Antes de a Constituição federal de 1988 consagrar a indenização por dano moral (art. 5º, X) e de o Código do Consumidor o admitir (Lei 8.078/90, art. 6º, VI), já o projeto de novo Código Civil a admitia.

A doutrina conhece pelo menos três teorias sobre o dano moral: a que o admite como indenizável, a que não o admite e a que só

admite o dano moral com reflexo patrimonial. PEREIRA (1989) sustenta que esta última integra a segunda, pois a repercussão patrimonial exclui o caráter de dano moral.

Na pura e típica conceituação, o dano moral está ligado ao sentimento, às sensações de dor, tristeza, afeição e fenômenos correlatos. Pontes de Miranda dá exemplo de reparação do dano moral puro: o financiamento de viagem ao exterior, para que a vítima se recupere do sofrimento pela perda de um filho menor. No parecer de Agostinho ALVIM (1972), no Código de 1916 só há uma hipótese de dano moral puro e típico – o preço de afeição (art. 1543), eis que nas demais aproximações – calúnia, injúria, difamação, ofensa à honra e deformidade da mulher, há sempre uma perda de conteúdo econômico. Partindo desse conceito, o maior óbice à institucionalização do seu ressarcimento tem sido a dificuldade de critério para a liquidação do dano, contando com elementos puramente subjetivos. Não obstante, renomados juristas são entusiasmaticamente favoráveis ao seu amparo legal, ainda que se adote critério tarifário ou se transfira ao juiz a liquidação, em cada caso, mas contanto que não se desamparem as vítimas nem se deixe de punir, civilmente, os autores de atentados aos valores mais íntimos da personalidade.

O Supremo Tribunal consagrou o dano potencial na Súmula 491, desde a década de 1960: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”. Ainda não foi o dano moral. Não obstante, num dos julgados consta o seguinte voto do Ministro Aliomar Baleeiro:

“Malgrado a hesitação dos Tribunais brasileiros, a responsabilidade do dano moral vem aldravando, há mais de meio século, a consciência de vários de seus maiores membros, de Pedro Lessa (RF 24/473 e 37/201) a Orosimbo Nonato (RF 127/397), de Aguiar Dias (*Respons. Civil, n. 227 e segs.*, além de co-

mentários na RF 107/397) ao atual Presidente Do TJ da GB (RF 97/698).

Na doutrina pátria, entre os nomes luminosos que proclamam a admissibilidade do ressarcimento do dano moral, figuram nada menos que Clóvis, Filadelfo Azevedo, Pontes de Miranda, Espínola e outras estrelas de primeira grandeza” (Referências da Súmula do STF, Jardel Noronha e outra, v. 26, Súm 491, p. 123).

O novo Código admite a reparação do dano, “ainda que simplesmente moral” (art. 186). Valorizou os direitos da personalidade e alargou as fronteiras do direito das obrigações.

A polêmica sobre o dano moral, sua natureza e ressarcibilidade finalmente teve o desfecho almejado. Veio ao encontro de duas metas: a satisfação das vítimas e seus familiares e a punição de seus agressores. A Constituição o associou à proteção aos valores da personalidade, dispondo:

“Art. 5º, X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

Vencida essa etapa, sobreveio outra referente à discussão sobre os critérios da indenização, a fim de não se anular o direito com ínfima compensação e não supervalorizá-lo com o enriquecimento das vítimas. Com os subsídios da doutrina, a jurisprudência vem fixando esses critérios, apoiados em três pilares: a) a gravidade do dano; b) a intensidade da culpa; e c) a condição social e econômica das partes envolvidas.

Em diversos julgados, o STJ concedeu aos pais indenização cumulativa de danos materiais e morais pela morte de filhos, culminando na Súmula 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

Firmou ainda aquele Superior Tribunal que “a pessoa jurídica pode ser vítima também de danos morais, considerados esses

como violadores da sua honra objetiva. A honra objetiva da pessoa jurídica pode ser ofendida pelo protesto indevido de título cambial” (Agr. Instr. 199.361, com suporte em precedentes, DJU 23.10.98).

Finalmente foi decidido que “o valor da indenização por dano moral não pode escapar do controle do STJ”, inclusive para se evitar enriquecimento indevido com base nessa pretensão (REsp 53.321-RJ, DJU 24.11.97).

#### 4.5.2. *Liquidação do dano material no homicídio*

Essa indenização consiste:

“na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima”(Art. 948, II novo Código).

No REsp 68.512 – RJ, o STJ assim firmou sua posição “no tormentoso tema do limite temporal da indenização”:

“... em se tratando de menor com 16 anos, que à época já trabalhava, a pensão mensal arbitrada em favor dos pais deve ser integral até os 25 anos, idade presumida do casamento da vítima, reduzindo-se a partir de então essa pensão à metade até a data em que, também por presunção, a vítima atingiria os 65 anos de idade.”

O Sr. Min. Sálvio Figueiredo esclareceu:

“Assim como é dado presumir-se que o menor trabalhador, vítima de acidente em linha férrea, teria, não fosse o infausto evento, uma sobrevida até os 65 anos, e até lá auxiliaria a seus pais, prestando alimentos, também pode-se supor, pela ordem natural dos fatos da vida, que ele se casaria aos 25 anos, momento a partir do qual já não mais teria a mesma disponibilidade para ajudar materialmente a seus pais, pois que, a partir do casamento, passaria a suportar novos encargos, que da constituição de uma nova família são decorrentes.

Pensão fixada, pelas peculiaridades da espécie, em 50% do que recebia a vítima, até quando viesse a completar 25 anos, e em 25%, até os 65 anos, ou, se antes, os pais falecerem.”

No mesmo sentido foram os votos dos Ministros César Asfor Rocha e Barros Monteiro (BRASIL, 1999, p. 222-234, v. IV, nova orientação da 4ª Turma).

#### 4.6. *Nexo de causalidade*

Também o nexo causal na responsabilidade civil colhe subsídios no Direito Penal. O CP dispõe:

“Art. 13. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§1º. A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto imputam-se a quem os praticou.”

A propósito, comenta Celso DELMANTO (1996, art. 13, p. 19):

“Equivalência dos antecedentes causais. É a teoria também *conditio sine qua non*, acolhida pelo nosso CP. Por ela, tudo que contribuiu para o resultado é causa, não se distinguindo entre causa e condição ou *concausa*. Para saber-se se um antecedente foi causa do resultado deve-se procurar eliminá-lo, mentalmente, e verificar se o resultado, sem ele, teria acontecido. ....

... Com este §1º, fica excluído o nexo de causalidade quando sobrevém uma segunda causa que se situa fora do desdobramento normal da causa original, e que, por si só, já causa o resultado. Assim, se a segunda causa estiver dentro do desdobramento físico da primeira, o agente responde pelo resultado. Ao contrário, se a segunda causa (ou *concausa*) não se

achar no desdobramento normal da anterior e por si só produzir o resultado, o agente não responde por este. Ex.: a vítima agredida pelo agente é transportada ferida para o hospital em ambulância, que, no caminho, sofre uma colisão; se o posterior falecimento da vítima no hospital foi consequência do abaloamento do veículo, trata-se de causa independente, só respondendo o agente pelas lesões corporais”.

Segundo o civilista luso-brasileiro Antunes VARELA (1977, p. 252, n. 85), a teoria da causalidade adequada é a que melhor soluciona o problema, como se pode conferir:

“Mas a idéia fundamental da doutrina é a de que só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano, quando o ato ilícito praticado pelo agente seja de molde a provocar o dano sofrido pela vítima, segundo o curso normal das coisas e a experiência comum da vida. Esta é a orientação que, nas suas linhas gerais, deve considerar-se também válida perante o direito brasileiro, por ser a que melhor se coaduna com o pensamento ético-jurídico latente nas disposições reguladoras da responsabilidade fundada na culpa do lesante”.

E ilustra com o seguinte exemplo:

“Suponhamos que a agressão física provocou a morte da pessoa ofendida, mas só porque algumas ocorrências anormais, de caráter excepcional, se meteram de permeio. O agredido teve de ser internado no hospital e contraiu aí, por contágio, a doença que o vitimou.

A agressão poderá ser considerada a causa da morte, segundo a doutrina da equivalência das condições, vez que, sem a ofensa corporal, a pessoa não teria sido internada e não teria contraído no estabelecimento hospitalar a doença a que sucumbiu. Mas não é a causa da morte, de acordo com a doutrina da *causalidade adequada*, desde que, em abs-

trato, a agressão praticada não tivesse como efeito normal a morte do agredido – a qual só se verificou, mercê de circunstâncias anômalas, que intervieram na ocorrência” (p. 251).

## 5. Da responsabilidade objetiva

### 5.1. Evolução

No plano da responsabilidade civil ou dos atos ilícitos, o direito das obrigações tem por meta a reparação completa e irrestrita. O dano é inevitável na vida em sociedade, seja decorrente de dolo, de culpa ou de força maior. Completa na sua extensão ou valor econômico e moral. Ampla ou irrestrita na compreensão de todos os danos ou do maior número possível, a fim de não deixar vítima sem reparação. Sob ambos os aspectos tem evoluído o direito obrigacional nos últimos tempos. Na longa caminhada, desde o Direito Romano aos nossos dias, a história da responsabilidade civil tem sido a do abrandamento e do desaparecimento do requisito *culpa* como causa de reparação. Os impactos à teoria da culpa se deram por várias técnicas: a) desaparecimento da distinção clássica entre culpa lata, leve e levíssima; b) substituição da culpa *in abstracto*, cujo padrão era o *bonus pater familias*, pela culpa *in concreto*, cujo modelo é o próprio agente, em sua vida diária e normal; c) concepção de novas formas de culpa, ampliadoras da responsabilidade: *in contraendo*, *in eligendo*, *in vigilando*, *in custodiendo*; d) inversão do ônus da prova de culpa, a cargo do autor do dano (culpa presumida); e) responsabilidade sem culpa ou objetiva, pela teoria do risco criado, risco profissional e outras técnicas; f) substituição da idéia de responsabilidade pela de reparação, mediante a socialização e securitização de todos os riscos.

### 5.2. Inovações do novo Código Civil

O novo Código teve a preocupação de ampliar o elenco dos danos reparáveis, com as seguintes atualizações e inovações:

I – reparação dos danos exclusivamente morais e dos decorrentes do exercício abusivo dos direitos subjetivos (arts. 186 e 187);

II – haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei (§ único do art. 927); prevalece a regra da responsabilidade subjetiva, com as exceções legais (responsabilidade civil do Estado e seus agentes, acidentes no trabalho, transporte aéreo, automobilístico etc.);

III – haverá a mesma obrigação, sem culpa, se o dano resultar de atividade perigosa – risco criado (§ do art. 927, final);

IV – o incapaz responde pelo dano que causar, não sendo seus responsáveis e guardiões (pais, tutores, curadores) obrigados a fazê-lo ou não dispor de meios suficientes para tanto, salvo se a indenização privar do necessário o incapaz ou seus dependentes (§ único do art. 928);

V – a responsabilidade dos pais, tutores e curadores será independente de culpa dos mesmos, pelos atos ilícitos dos filhos menores, pupilos e curatelados que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (arts. 932, I e II, e 933);

VI – a responsabilidade do patrão ou comitente será independente de culpa sua, pelos atos ilícitos de seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele (arts. 932, III, e 933);

VII – o empresário individual e as empresas respondem pelos danos causados pelos produtos postos em circulação pelos mesmos (art. 931). O Código do Consumidor (Lei 8078/90) considerou este vulnerável no mercado de consumo (art. 4º, I) e inverteu o ônus da prova a seu favor, na defesa de seus direitos (arts. 6º, VIII, e 51,VI).

### *5.3. Responsabilidade objetiva nas leis especiais*

O ponto de partida da responsabilidade objetiva no novo Código se acha no parágrafo único do artigo 927, segundo o qual “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especi-

ficados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.”

Vejam os casos especificados em lei, inclusive no próprio Código. Começemos pelas leis especiais, pela ordem de importância e com mais acentuada tipicidade de responsabilidade objetiva.

#### *5.3.1. Acidentes no trabalho*

A industrialização e o uso das máquinas multiplicaram os riscos de acidentes no trabalho e de doenças profissionais. Além disso, a prova da culpa do patrão pelos acidentes tornou-se um ônus desfavorável e arriscado para os empregados. A socialização e humanização do direito desenvolveram as teorias para contornar o imperativo clássico da culpa como requisito da responsabilidade civil. Não bastou a inversão do ônus da prova no contrato de trabalho (culpa contratual). Surgiram as teorias do risco criado, risco proveito e risco profissional. Quem cria e se beneficia com os riscos de seus agentes deve responder pelos danos decorrentes, independente de culpa. Ainda que o empregado tenha agido com culpa, esta ocorre em virtude de fadiga, de contato permanente com os riscos e outras causas similares. Somente o dolo do empregado afastaria a responsabilidade do patrão.

Para compensar a ampliação ou generalização da responsabilidade e evitar a ruína das empresas, foi reduzido o valor das indenizações, limitadas por critério tarifário inferior às indenizações pela responsabilidade civil ou comum. O sistema foi implantado no Brasil a partir de 1919 e passou por diversas reformas e aperfeiçoamentos. Para se evitarem os riscos de insolvência ou quebra das empresas, foi instituído o seguro de acidentes do trabalho, depois tornado obrigatório. A proliferação de seguradoras não evitou os riscos de insolvência do sistema, pelo que a própria Previdência Social assumiu os encargos de segurador oficial, arrecadando os prêmios das empre-

sas, em função dos riscos de suas respectivas atividades, e assumindo os encargos das indenizações, as mais graves transformadas em aposentadorias ou pensões em favor das vítimas ou de seus dependentes.

Sendo a indenização por acidente do trabalho independente de culpa do patrão, inclusive por decorrer de contrato de seguro social, passou a prevalecer a tese de que, havendo dolo ou culpa grave do empregador pelo acidente, a indenização acidentária não excluiria a do direito comum. Firmou-se essa interpretação por meio da Súmula 229 do STF. Com o aperfeiçoamento do seguro social e a manutenção do salário do acidentado, no caso de infortúnio, chegamos a defender o caráter transacional da indenização por acidente do trabalho, como salvaguarda das empresas, donde a não cumulação com a indenização civil, o que constituiria “bis in idem” ou locupletamento (parecer in *Revista de Direito Civil*, RT, v. 11, p. 155-163). Entretanto, sobreveio o artigo 7º, inciso XXVIII, da CF de 1988, que assegurou a cumulação das indenizações mesmo na hipótese de simples culpa do empregador. É o que prevalece em nosso direito.

Como se vê, a responsabilidade por acidente no trabalho é caso típico de responsabilidade objetiva do empregador, sujeito ao seguro social para preveni-la e assegurá-la. O patrão corre os riscos dos acidentes, tanto que os transfere ao segurador oficial mediante contrato obrigatório. Incorrendo em simples culpa pelo acidente, incide ainda a responsabilidade civil ou comum, cumulativamente. É a típica responsabilidade objetiva, só afastada por dolo (suicídio voluntário ou automutilação proposital do empregado).

### 5.3.2. Responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado já não é tão objetiva como a responsabilidade por acidente do trabalho, que tem o caráter protecionista de uma classe, tarifária e securitária, com cobertura quase absoluta. Ainda por cima enseja a responsabilidade civil comum cumulativa contra o patrão que pro-

cede com simples culpa no evento (CF, art. 7º, XXVIII). Diferente é a responsabilidade civil do Estado, a começar pelo conflito entre dois interesses que merecem proteção especial: o das vítimas de atos danosos e o interesse público do Estado ou coletividade.

Como regra, a responsabilidade objetiva, por ser mais ampla ou compreensiva na cobertura, é mais módica, tarifária ou transacional, como nos acidentes do trabalho, nos acidentes aéreos e automobilísticos (com seguro obrigatório de RC de valor modesto ou quase simbólico), todos ensejando a via ampla da indenização plena pela responsabilidade subjetiva com seus requisitos e efeitos.

A RC do Estado é única e com os mesmos efeitos da subjetiva: indenização plena. Somente os requisitos tendem para a responsabilidade objetiva, mas não com caráter absoluto. Para começar, a responsabilidade objetiva não dispensa três requisitos: I – ato contrário ao direito; II – dano ou prejuízo; e III – nexa causal.

Logo, mesmo a responsabilidade objetiva deixa de existir diante do ato praticado em legítima defesa, em estado de necessidade, no exercício regular de direito ou no estrito cumprimento de dever legal. Os atos praticados nessas circunstâncias não constituem atos ilícitos (art. 188). Os agentes públicos podem praticá-los sem comprometer a Administração, com as ressalvas dos artigos 929 e 930 do Código Civil em relação ao estado de necessidade.

Mesmo a responsabilidade sem culpa do Estado pode não ocorrer diante das excludentes máximas de culpa: a força maior externa e a culpa exclusiva da vítima, desde que o fato de terceiro afasta o nexa causal, em princípio. O motorista imprudente que atropela o veículo do Estado não pode pretender indenização pelos danos que ele provocou no seu próprio veículo, além de responder pelos danos no outro carro.

A força maior ou fato externo ou da natureza, que se distingue tecnicamente do caso fortuito (fato interno do homem ou da máquina), isenta até mesmo o Estado, em



face da teoria do risco administrativo, que não é integral.

A Constituição do Império (art. 179, XXIX) e a republicana de 1891 (art. 82) responsabilizaram os próprios funcionários públicos pelos abusos e omissões no exercício de seus cargos – “estritamente responsáveis”.

O Código Civil de 1916, no artigo 15, foi que responsabilizou civilmente as pessoas jurídicas de direito público por atos de seus representantes que, nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito. Mesmo sob esse regime não constituiria ato contrário ao direito e, portanto, ilícito o praticado pelo funcionário em legítima defesa ou nas demais situações excludentes de ilicitude ainda hoje.

As Constituições de 1934 e 1937 responsabilizaram o Estado por atos ilícitos de seus funcionários, solidariamente com estes, decorrentes de negligência, omissão ou abuso (arts. 171 e 158, respectivamente). Exigiam culpa do funcionário para vincular a Administração. Nem por isso esta se tornou responsável por atos *não contrários ao direito* (em legítima defesa e similares) de seus funcionários.

A partir da Constituição de 1946 (art. 194), a culpa do funcionário só foi exigida para o efeito de ação regressiva do Estado. Nem por isso o Estado passou a responder se o funcionário não praticou ato ilícito ou contrário ao direito, mas, ao inverso, agiu em legítima defesa ou com outra excludente de ilicitude.

O artigo 43 do novo Código Civil consagra essa mesma responsabilidade, independente de culpa mas **CONDICIONADA À ILICITUDE DO ATO** praticado pelo funcionário (art. 188), pressuposto da RC por risco administrativo ou não integral.

Não vigora o regime medieval da irresponsabilidade do Estado, nem o do risco integral, em que o Estado responde em quaisquer circunstâncias.

A responsabilidade civil independente de culpa do preponente, por ato do preposto, foi consagrada pelo artigo 933 do novo Código. Mas a responsabilidade pela repa-

ração (art. 932) só ocorre diante do ato ilícito (art. 927). E não são ilícitos os referidos no artigo 188, inclusive os praticados em legítima defesa.

Além disso, segundo a melhor doutrina, o parágrafo 6º do artigo 37 da CF só se refere aos danos causados pelos *agentes públicos*. A interpretação deve ser estrita. Logo, nele não se enquadram:

I – os atos de *terceiros* (movimentos multitudinários incontroláveis), em que o Estado só responde por omissão das providências cabíveis e disponíveis, preventivas e repressivas;

II – fenômenos exclusivos da *natureza*: chuvas torrenciais, tempestades, tufões, raios, enchentes e inundações excepcionais e incontroláveis (não decorrentes de omissão no cuidado com as canalizações), queda de árvores que não seja por omissão de poda e fenômenos similares;

III – sequestros, assaltos e roubos a mão armada, por pessoas ou grupos incontroláveis pela segurança pública. Para isso existem os contratos de seguros, que assumem tais riscos.

Em casos tais, a força maior externa constitui risco do administrado ou cidadão, desde que a Constituição só excepciona os atos dos agentes, nessa qualidade, além de a força maior externa constituir excludente máxima de culpa, equiparada a ausência denexo causal. A CF de 1988 ampliou o quadro dos responsáveis para abranger as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos.

Quanto ao fortuito ou fato interno do homem ou da máquina, até mesmo a responsabilidade subjetiva vai-se ampliando para responsabilizar os autores, em nível de responsabilidade objetiva pela inversão dos riscos em favor das vítimas.

### 5.3.3. Acidentes aéreos, automobilísticos e embarcações. A dupla responsabilidade objetiva e subjetiva

Tal como no acidente do trabalho, o acidente aéreo pode comportar duas indeniza-

ções: a objetiva ou independente de culpa, menor e tarifada, e a reparação plena em havendo culpa do transportador. O artigo 25 da Convenção de Varsóvia exige dolo ou culpa grave para a indenização plena. O Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei 7.565/86 dispõe:

“Art. 248. Os limites de indenização, previstos neste Capítulo, não se aplicam se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos.

§1º Para os efeitos deste artigo, ocorre o dolo ou culpa grave quando o transportador ou seus prepostos quiseram o resultado ou assumiram o risco de produzi-lo.”

O parágrafo restringiu o alcance da culpa grave mas a jurisprudência vem temperando o rigor, de forma a conciliar os interesses das empresas do transporte aéreo, evitando a sua quebra e saída do mercado, e os das vítimas e de suas famílias.

Assim como nos acidentes do trabalho, a lei instituiu o seguro obrigatório de acidentes em veículos terrestres (Lei 6.194/74). A responsabilidade é objetiva até o valor do seguro, ainda que haja culpa do acidentado (salvo dolo ou suicídio).

Havendo culpa do condutor, a responsabilidade será subjetiva e plena a indenização. O mesmo ocorre com as embarcações (Lei 8.374/91).

#### 5.4. Responsabilidade objetiva no novo Código

Ao instituir a responsabilidade civil independente de culpa, “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem” (§ único do art. 927), o Código consagrou a teoria do risco criado e abriu um campo fértil para discussão e aplicação do preceito.

No mesmo texto o Código se referiu aos “casos especificados em lei” para incidência da responsabilidade independente de culpa. Já apontamos as principais leis espe-

ciais que vão conviver com o Código. Passemos agora à análise sumária dos casos especificados no próprio Código.

##### 5.4.1. Atos dos incapazes (art. 928)

O Código acabou com a imputabilidade dos incapazes (menores e deficientes mentais). Responderão pelos prejuízos que causarem. É óbvio que, sendo incapazes, com maior razão se beneficiarão das mesmas excludentes maiores e atenuantes de culpa (força maior externa, culpa exclusiva ou parcial da vítima, pelo menos), à semelhança da falta denexo causal, bem como das excludentes de ilicitude (legítima defesa, etc.) que amparam as pessoas capazes. O caráter objetivo dessa responsabilidade está na imputabilidade, que passou a incidir sobre os incapazes, em benefício das vítimas, diferentemente do que preceitua o artigo 156 do CC de 1916, que isenta os menores de 16 anos.

##### 5.4.2. Atos de terceiros

Segundo os artigos 932 e 933, os pais, o tutor e o curador, o empregador, os donos de hotéis, estabelecimentos de ensino e similares responderão civilmente, “ainda que não haja culpa de sua parte, pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”. Logo, não se beneficiarão com a prova de ausência de culpa sua (*in vigilando, in custodiendo, in eligendo*). A culpa será “*juris et de jure*”, não se admitindo prova em contrário.

##### 5.4.3. Fatos de animais

O artigo 936 restringiu, em comparação com o Código anterior, a defesa do dono ou detentor do animal: só poderá provar culpa da vítima ou força maior. Foram afastadas outras excludentes previstas no artigo 1527 do Código anterior.

##### 5.4.4. Objetos caídos ou lançados de prédio em lugar indevido

Seguindo a jurisprudência mais rigorosa em defesa das vítimas, o artigo 938, combinado com o art. 942, responsabiliza soli-

dariamente todos os que habitarem (ou ocuparem) o prédio (não se podendo determinar o culpado, obviamente). O risco é dos ocupantes. É o que decorre da interpretação do texto, em conexão com a vivência do problema.

#### 5.4.5. Circulação de produtos

Os empresários respectivos responderão pelos danos causados, independentemente de culpa (art. 931).

### Bibliografia

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 4. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 1972. 403 p.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. [s. l.]: [s. n.], [19- -?].
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *10 anos a serviço da justiça: jurisprudência*. Brasília: Consulex, 1999. v. 5.
- CASTRO, G. C. de. *Responsabilidade objetiva no direito brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. 137 p.
- CAVALCANTI, Amaro. *Responsabilidade civil do Estado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.
- CHAVES, Antônio. *Responsabilidade civil*. São Paulo: J. Bushatsky, 1972. 64 p.
- CORRÊA, A. A. *Revista de Direito civil*, São Paulo, v. 76, p. 138, [19- -?].
- COSTA, D. J. da. Responsabilidade civil por acidente no trabalho. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, [19- -?].
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- DIAS, J. de A. *Da responsabilidade civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, [196- -?].
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil em debate*. Rio de Janeiro: Forense, 1983. 295 p.
- DINIZ, M. H. *Responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- GARCEZ NETO, Martinho. *Prática da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Universitária, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil no direito comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- LOPES, M. M. de S. *Curso de direito civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, [19- -?].
- MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. 701 p.
- MENEGALE, J. G. *Direito administrativo e ciência da administração*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1957.
- PEREIRA, C. M. da S. *Responsabilidade civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989. 374 p.
- REIS, C. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- RODRIGUES, S. *Responsabilidade civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, [200- -?].
- SANTOS, U. P. dos. *A responsabilidade civil na doutrina e na jurisprudência*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- SILVA, W. M. da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- SILVA, W. M. da. *Responsabilidade sem culpa*. Belo Horizonte: Bernardo Álvares, 1962.
- SOARES, O. *Responsabilidade civil no direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. 521 p.
- STOCO, R. *Responsabilidade civil em debate*. 2. ed. [s. l.]: [s. n.], [19- -?].
- THEODORO JÚNIOR, H. *Dano moral*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, [19- -?].
- \_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil*. 4. ed. [s. l.]: [s. n.], [19- -?].
- VARELA, J. M. A. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- VENOSA, S. de S. *Contratos e responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2001.

# Judiciário e moralidade: a norma do art. 10 da Lei 9.421, de 24-12-1996

Eduardo Silva Costa

## Sumário

I – O aspecto da moralidade: a sua forma legal nas Constituições brasileiras. II – A Constituição de 1988 e a explicitação de princípios. O princípio da moralidade. III – A concreção do princípio da moralidade no Poder Judiciário; o art. 10 da Lei 9.421, de 24 de dezembro de 1996. IV – O regime federativo e os princípios constitucionais. V – O art. 10 da Lei 9.421 e os Estados Federados.

“A lei não deve ser indulgente e condescender com a fraqueza humana, visto que contém a norma da perfeição ética.”  
Kant – Lições de Ética

### *I – O aspecto da moralidade: a sua forma legal nas Constituições brasileiras*

As Constituições brasileiras, incluindo-se a do Império, incorporaram o elemento moral de modo desigual e, até que se desse o advento da Constituição de 1988, sempre de forma reduzida, mínima. Até o texto atual, o tema da moralidade era na verdade estranho à estrutura constitucional.

Na primeira Constituição do país – a do Império, datada de 1824 –, deparam-se dois artigos que enunciam o elemento moral. Em ambos, a menção se dá pela invocação de “virtudes”. Assim, no art. 45, inciso 3º, fixa-

Eduardo Silva Costa é advogado em Salvador – BA, membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional e do Instituto dos Advogados da Bahia.

va-se, entre outros, o requisito necessário para ser Senador:

“Que seja pessoa de saber, capacidade e virtudes”.

No art. 199, inciso 14, estabelecia-se como discrimina na admissão “aos cargos públicos civis, políticos ou militares” o de ser o candidato portador de “talentos e virtudes”.

Tanto em um como no outro, a referência é à pessoa em si, que deve ser “portadora de virtudes”. Não se cogitava senão do indivíduo como senhor de predicados morais, digamos, em uma sintonia com o “saber e capacidade” (no caso de Senador) e ser ele portador igualmente de “talentos” (no caso dos servidores públicos em geral). Uma enunciação demasiado genérica, que dizia respeito ao indivíduo como ser moral; nenhuma conexão de exigência moral com a instituição política maior do Estado.

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891, a primeira da República, preferiu à expressão “as virtudes”, tal como estreita e limitadamente empregada na Constituição do Império, a fórmula do cumprimento do dever. É o que assinalava o art. 21, respeitante aos membros do Poder Legislativo:

“Os membros das duas Câmaras, ao tomar assento, contrairão compromisso formal, em sessão pública, de bem cumprir os seus deveres”.

De formulação menos imprecisa, a norma desse artigo vinculava mais concretamente o representante do povo aos deveres do cargo, independentemente das virtudes que porventura pudesse possuir.

A partir da Constituição de 1934, o tratamento normativo em grau extraordinário no respeitante à matéria aqui tratada passou a ser diferente. Excluiu-se do Capítulo reservado ao Poder Legislativo o compromisso moral dos seus membros, a exigência de serem esses virtuosos, para se incluir no Capítulo consagrado ao Poder Executivo o dado moral da probidade a ser preservado. A começar por essa Constituição mesma (art. 57), definiu-se como crime de respon-

sabilidade do Presidente da República, entre outros, os que atentassem contra

“a probidade da administração”.

Seguiu-se-lhe a Constituição de 1937 (art. 85), que especificava na mesma linha:

“a probidade administrativa e a guarda e emprego dos direitos públicos”.

Do mesmo modo, a Constituição de 1946 (art. 89) incluiu como crime de responsabilidade do Presidente da República atos que acometessem contra

“a probidade na administração”.

E, por fim, a Constituição de 1967 reproduz a expressão usada na Constituição de 1946, no dispositivo sobre os crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 84).

Agora, temos a Constituição de outubro de 1988. Inovadora em muitos aspectos, ela o é também no respeitante ao da moralidade. A esse tema, abriu-se no texto constitucional, no Capítulo VII, logo no artigo com que este se inicia, o enunciado que é um comando abrangente de toda a atividade estatal, na sua feição específica, que é a administração:

“A administração pública, direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade...” (art. 37).

Em suma, tivemos nas duas primeiras Constituições a inserção no texto de expressões que ou denotavam a exigência de o representante do povo no parlamento ser virtuoso, ou cumpridor de deveres como Deputado ou Senador, consoante figurava na Constituição do Império, e depois na primeira Constituição da República. E também tivemos, como visto, nas Constituições subsequentes, até a de 1967, inclusive, a expressão probidade, inserida como pressuposto de exercício do cargo de Presidente da República.

De um modo ou de outro, anteriormente a 1988 não se erigia o aspecto moral como um dos princípios a dirigir a organização

dos Poderes. Virtudes, deveres, probidade eram apenas indicativos de qualidade moral vinculados a mandatos e cargos.

## *II – A Constituição de 1988 e a explicitação de princípios. O princípio da moralidade*

Um dos aspectos em que a Constituição se salienta significativamente é o da sagração de princípios de forma explícita. A necessidade, jurídica, de normatização expressa é que explica a particularização no Capítulo VII, art. 37, de quatro princípios que devem condicionar invariavelmente a ação da administração pública direta ou indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, dos Municípios, do Distrito Federal. Legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade são, com efeito, esses princípios regedores da atividade estatal na sua totalidade. Assinale-se que a inclusão no dispositivo de eficiência como princípio é uma impropriedade, uma erronia mesmo. Eficiência é o que se busca em qualquer atividade como resultado, proveito; jamais poderia alinhar-se como princípio.

Explicitando os princípios acima citados, o texto constitucional ressalta a imperiosidade de dotar a administração pública de um especial regramento. Com tal proeminência, alcança-se um nível normativo superior, no domínio da atividade do Estado em toda a latitude; atividade que, por isso mesmo, passou a partir da Lei Fundamental de 1988 a conformar-se expressamente a cânones rígidos no seu funcionamento.

Houve aí uma indisfarçável posição de defesa do regime que se estava modelando normativamente; uma posição ideológica, pode-se afirmar. Afigurou-se ao legislador constituinte, interessado em disciplinar a administração pública em consonância com o novo Estado Democrático de Direito, proclamado no pórtico da Constituição, que a enunciação de princípios se impunha no texto, não propriamente para dar-lhe ênfase, mas para assegurar-lhe uma eficácia

mais segura. Portanto, a circunstância de a Lei Maior particularizar os princípios a que deve submeter-se a administração pública dos Poderes, no âmbito público, é para acentuar o caráter específico de tais princípios. É que eles não são propriamente dotados de expansão, qual se dá com a generalidade dos princípios: na realidade, o que os singulariza é o sentido da limitação, restrição.

Assim se dá no respeitante aos princípios constitucionais que dirigem a administração pública, porque eles caracterizam-se, para empregar a distinção de Raul Canosa USERA (19- -?) em “Interpretación constitucional formula política”, como “princípios ético-jurídicos”, diversamente dos “princípios político-jurídicos”.

Moralidade, legalidade, publicidade, impessoalidade são conceitos que envolvem, todos eles, a administração no universo jurídico. Tanto a interpretação como a aplicação do nosso Direito Público, hoje, são indissociadas desses conceitos. É seguramente a peculiaridade deles em razão de sua natureza ético-jurídica, que os configura como elemento de salvaguarda. Na realidade, eles constituem o elemento primordial do arcabouço da administração pública, o setor que responde pelo funcionamento do Estado. De modo que toda a organização e atividade do Estado Democrático de Direito, com vista à administração pública em geral, há de conformar-se a esses princípios ético-jurídicos.

Então, há de se considerar entre os ditos princípios o que, de par com a legalidade, releva em significação e importância no regime democrático: referimo-nos ao princípio da moralidade. Desta, já dizia o clássico *Hauriou* que a moralidade é muitas vezes mais exigente que a legalidade. Mas, pode-se também afirmar que uma envolve a outra, de modo que haveria uma inelutável reciprocidade; ou uma simbiose mesmo. De fato, a legalidade como categoria característica do regime democrático, exigência essencial, consubstancial deste, já importa moralidade, a qual estende-se a toda a teia

política e suas ramificações de caráter público. É certo, por igual, que a moralidade própria do sistema democrático se juridiciza, ao integrar o contexto normativo, passando a ser um dado da realidade jurídica, no mesmo nível (aqui como princípio) de outros que esta encerra e dotada de idêntica eficácia.

Por ser um conceito que só agora, com o advento da Constituição de 1988, introduziu-se no ordenamento jurídico de forma positivada, a moralidade ainda não tem razoável precisão. Na verdade, é na praxe que o seu significado vai adquirindo contornos definidores que a distingam juridicamente. Aí, o que contará sobretudo é a construção jurisprudencial a partir de casos.

Não obstante isso, e em que pese a densidade de conteúdo do conceito, a moralidade deve definir-se em termos de comando normativo, em virtude mesmo da vastidão de incidência que comporta. Sem dúvida, qualquer definição no âmbito do Direito, sobretudo as de conceitos que se originam da Filosofia, da Ética, da Política, do próprio Direito, é inçada de dificuldades, que, muitas vezes, geram controvérsias estéreis. Assim, afigura-se mais razoável o tentame, de um modo a que se tenha aproximadamente o seu significado.

Destarte, poder-se-ia firmar que ela é a expressão ou representação legal do correto, do decoroso, do que, ao ponto de vista ético de uma dada sociedade, é reputado como bom, incensurável, estreme de dúvidas quanto à honestidade, enfim.

Desse modo, incorporou-se a moralidade na Constituição, com o caráter de princípio, a fim de realçar o aspecto moral na administração pública e explicitar a autonomia jurídica no texto, de maneira a que por si pudesse fazer produzir a eficácia necessária, indispensável. Conferida tal autonomia, a moralidade pode ser invocada, independentemente de qualquer outro princípio, para fundamentar pretensão em prol do interesse público, do bem público e de tudo o que compõe a coisa pública. Disso decorre a consideração de que a legalidade pode estar

rigorosamente observada em ato da administração pública, e, todavia, a moralidade evidenciar-se atingida. Então, o só fato de a moralidade, conquanto perfeito o ato no aspecto da legalidade, ser evidente, constitui-se ela só em motivo de nulidade do ato da administração, com os efeitos que lhe são próprios.

### *III – A concreção do princípio da moralidade no Poder Judiciário; o art. 10 da Lei 9.241, de 24 de dezembro de 1996*

Ao especificar, como visto, os princípios regedores da administração pública, a Constituição escolheu o meio mais seguro de alcançar a efetividade das normas de que é tecida. Com isso, ela pôs-se a salvo de subterfúgios e outros artifícios que acabam por estiolar a estrutura constitucional. Positivando-se tais princípios discriminadamente, fez-se o melhor em busca de eficácia: não há invocar o “céu de princípios”, para lembrar, se não nos engana, o dito desdenhoso de *Marx*.

Posto que seja mandamento auto-aplicável, é certo que o preceito constitucional sobre princípios, para lograr efetividade, reclama particularização do seu enunciado. Aqui, então, no concernente à moralidade, a exigência de concreção se torna maior, tanto mais que o Estado, a que incumbe, por seus Poderes, a administração pública, e a sociedade na sua totalidade entretecem-se muitas vezes viciosamente, desnaturando o caráter da República e indo, conseqüentemente, de encontro aos interesses da coletividade.

Tal concreção deveria compreender todos os Poderes, de modo que Executivo, Legislativo e Judiciário pudessem, ressalvada uma ou outra especificidade de cada um dos Poderes, dispor de um complexo normativo regulador da moralidade, com as vedações e sanções conseqüentes, que consubstanciasses a matéria na sua inteireza.

Por isso, confina-se o interesse deste trabalho ao preceito inserido no art. 10 da Lei 9.241, de 24 de dezembro de 1996. Essa lei teve por objetivo criar carreiras no Poder

Judiciário, estabelecer regras de promoção nas carreiras funcionais, estipular formas de remuneração e dispor sobre aperfeiçoamento dos servidores dos seus quadros. Em meio, assim, a dispositivos de natureza técnica, introduziu-se a citada norma do artigo 10, de caráter ético, enunciada de modo seguinte:

“No âmbito da jurisdição de cada Tribunal ou Juízo é vedada a nomeação ou designação para os cargos em comissão e para as funções comissionadas de que trata o art. 9º, de cônjuge, companheiro ou parente até o terceiro grau, inclusive, dos respectivos membros ou juízes vinculados, salvo a de servidor ocupante de cargo de provimento efetivo das carreiras judiciárias, caso em que a vedação é restrita à nomeação ou designação para servir junto ao magistrado determinante da incompatibilidade”.

Dir-se-ia que a norma acima é essencial em nível de moralidade: ela dirige o seu comando ao aspecto primeiro do cotidiano do ser humano – a família. Impor limitações ao ocupante de qualquer cargo público a partir da relação familiar constitui exigência de ordem ética: a norma em causa na realidade configura na sua origem e finalidade um mandamento ético-legal. Se a ética, como afirma *Karl Engisch*, penetra em todo dispositivo legal, desse de que estamos cuidando, é apropriado concluir que condensa e expressa a concretude da eticidade que repassa todo o sistema constitucional erigido na Lei Magna de 1988.

Portanto, a edição do preceito, sobre ser imperiosa, é oportuna. Reserva-se ao Judiciário a prioridade de concreção do mandamento constitucional, e em aspecto tão importante, diz bem da relevância desse Poder na conjuntura brasileira. Dir-se-ia que tal relevância decorre da missão dele a partir do advento da Constituição de 1988. Nova missão, que o tempo histórico reclamava e as circunstâncias estão aí a revelar.

Com efeito, não é na sua função que o Judiciário apresenta mudança. É a sua mis-

são que adquiriu outra magnitude, passando a ser um autêntico ativista da Constituição, digamos assim. Isso se opera na atualidade, diante da crise que se agita nas instituições políticas do mundo ocidental, à qual não é imune o Poder Judiciário. Entretanto, o Judiciário ainda simboliza a permanência – a irrevocabilidade das suas decisões compõe em parte tal simbolização – aliada a uma ponderável independência, em virtude de certas garantias reservadas à magistratura.

Talvez, por isso mesmo, é que agora ao Judiciário aqui como alhures se reserva a proeminente missão institucional a que Alessandro PIZZORNO denominou “Controllo di virtù”. A sugestiva expressão está em livro dedicado ao poder dos juízes e importa transcrever o trecho em que o autor discorre derredor do assunto:

“... le osservazioni che riguardano quell' attività che il giudiziario si è trovato di fatto a dover esercitare, e alla quale mi è sembrato opportuno dare il nome di per sé esplicativo di controllo di virtù” (1998, p. 62).

Justamente por caber-lhe no contexto do Estado Democrático de Direito tão relevante papel, o Poder Judiciário há de estar, mais do que os outros Poderes, permitimo-nos dizer, “passado a limpo”. E para assomar diante da opinião pública sem nenhum laivo na sua organização funcional. Dir-se-á que é somente um dado, que não interessaria aos jurisdicionados, partes em milhares de processos que se acumulam nos Tribunais e a quem tão só interessa a solução de seus casos. Não há, porém, que levar em linha de conta reações partidas de interesses particulares, para desconsiderar o essencial na ordenação de uma instituição como o Judiciário.

#### *IV – O regime federativo e os princípios constitucionais*

O tema federalismo é provavelmente um dos mais analisados e debatidos no domínio da ciência política e do direito constitu-



cional. Desde a Constituição de 1891, que institucionalizou a República entre nós, a federação passou a ser a forma de organização do Estado, o regime de convivência política da União com os Estados-membros ou Estados Federados. De lá para cá, é certo que ocorreram inúmeras transformações no funcionamento do regime federativo, as quais foram objeto de ampla literatura não só de caráter jurídico como político e sociológico. Assinale-se que tal literatura ressaí, no constitucionalismo ocidental, com extensa bibliografia, sobretudo na Europa.

A par de ser uma técnica de distribuição de competências entre a União e os Estados Federados, o federalismo é uma forma de organização que, inspirada em princípios superiores e valores fundamentais, visa à harmonia e integração social. Dele afirma Carl J. FRIEDRICH que “deve considerar-se como um dos mais importantes aspectos do constitucionalismo” (1958, p. 162). Por isso, a essência do federalismo é que dita a sua existência. Encontrou-se na maneira de repartir competências a técnica de garantir o “equilíbrio comum”, na expressão do mesmo Carl FRIEDRICH.

Em que pese, como salientado, a copiosa literatura em torno do federalismo, é imperitante aqui cogitar de tal ou qual aspecto do tema em si. O que nos ocupa é a incidência desse tipo de organização na sua plenitude, para abarcar situações como a da moralidade e dar-lhes tratamento uniforme em toda a República. Seja o federalismo de tipo cooperativo, seja o de tipo solidário, o que importa é a sua força integradora para realização do processo democrático por via do Direito. Essa realização deve ser o objetivo maior de todos os que compartilham do dever moral e legal, em razão de sua participação nos assuntos do Estado, a exemplo de magistrados em geral, legisladores, juristas, professores, de operar no sentido do que Hans Peter SCHNEIDER (19- -?) denomina “*consociação democrática*”.

Precisamente porque a marcha do federalismo no nosso país veio a consubstanciar na

Constituição de 1988 o “ideário autenticamente republicano, com forte dimensão democrática”, na observação de Aspasia CAMARGO, (2001, p. 343) é decisivo para tal consubstanciação que não seja estiolada por particularismos poderosos. Uma situação que nas primeiras décadas da República decorreu da prática de Estados dominados pela prepotência oligárquica e na qual, ainda nota Aspasia CAMARGO, *Ruy* advertia para a finalidade relevante da função federal da Constituição: “O fundamental... é que a Constituição garanta sua supremacia contra o particularismo dos Estados” (p. 324).

Ainda, é de trazer à luz a observação de Fernando Whitaker da CUNHA (19- -?) a respeito do significado de Federação:

“Federação significa, por natureza, equilíbrio e preocupação pelo interesse do conjunto... Estados-membros limitados em sua auto-organização, autogoverno... notadamente pelos princípios constitucionais, núcleo da estrutura política” (p. 145, 151).

Então, não há fresta na Lei Fundamental por onde os princípios nela proclamados ou que dela decorrem em virtude da sua existência mesma deixem de ter eficácia direta, imediata. Princípios que, muitas vezes, conforme já se ressaltou, têm validade mais vigorosa do que as normas propriamente ditas. E, como tal, os princípios enunciados no art. 37 da Constituição de 1988, entre os quais, um dos mais significativos na República – o da moralidade.

#### V – O art. 10 da Lei 9.421 e os Estados federados

Se é certo que o federalismo se concebeu como a fórmula de repartição de poderes, para assegurar o equilíbrio comum das entidades de que se compõe o Estado, é igualmente irrecusável que a idéia primordial é conferir-se por meio dele o primado da Constituição, com os seus princípios superiores de caráter republicano. Não obstante os caminhos sinuosos, muitas vezes com atalhos

desfiguradores da estrutura delineada na Lei Maior, na longa travessia da República, marcadamente na primeira República, a chamada República Velha, os esforços no sentido de reerguer-se e refazer-se o ideário democrático não têm sido improficuos. Basta que se indiquem, primeiro, a Constituição de 1934, de exígua duração embora, e a Constituição de 1946, que somou período maior, com os seus dezessete anos e meio de vigência. E depois a Constituição de 1988, que aí está, em busca de consolidação do seu processo de desenvolvimento institucional.

Então, para que tal processo não sofra rupturas, por força, de uma parte, da inércia ou desinteresse e, de outra parte, da ação de revelhos interesses de proteção de privilégios, é imperioso que os princípios enunciados no novo Estatuto do Estado Democrático de Direito sejam prevaletentes em toda a linha. Essa é a missão que se comete a toda a Sociedade em conjunção com o Estado.

Disso resulta que o federalismo que emerge da Constituição de 1988 se configura, antes de tudo, pela integração de todas as entidades constitutivas da Federação. Sem que se cogite de malferir a autonomia dos Estados, reconheça-se que eles, a pretexto de preservar essa garantia, não podem subtrair-se à ação de princípios tutelares do ordenamento instituído pela Lei Fundamental. Ainda mais quando o mandamento desta é de toda a evidência compreensivo da organização federativa. Referimo-nos ao já invocado art. 37 e que mais uma vez se reproduz:

“A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”.

Em face desse cânon, que se pode reputar como dos mais expressivos do modelo constitucional republicano, é de dizer que a todos os Poderes de todas as pessoas jurídicas integrantes da administração pública ele

se dirige, e aos quais se impõe com indistinta incidência. Os princípios que nele se inscrevem têm, pois, como destinatários todos os órgãos da administração brasileira e a eles devem incorporar-se concretamente.

Acentua-se esse aspecto em respeito ao desiderato da Lei Magna, unificador do ideário democrático em que se sustenta a esperança da nação. E o grande suporte dessa esperança é a realização dos princípios constitucionais, a sua efetivação. É o que enfatiza Glauber S. Tatagiba do CARMO (2001, p. 214, 217), em bem elaborado estudo:

“... a garantia da Constituição se deslocou para outra seara, a da sua integral efetivação... A defesa da Constituição hodiernamente é muito mais do que retirar do ordenamento constitucional normas contrárias à Constituição. A amplitude da defesa denota... sobretudo garantir que ela seja integralmente cumprida”.

Daí que, para o âmbito do assunto deste artigo, que se circunscreve ao preceito do artigo 10 da Lei 9.421, considera-se tão-somente o Poder Judiciário. Não há cuidar senão desse Poder, visto ser para ele que se formulou a regra proibitiva comentada. Disposição similar não existe, como registrado, no ordenamento jurídico nacional em relação aos demais Poderes. Precisamente por isso é que tal regra, de relevante significado na configuração da Justiça em todo o território nacional, importa ser incorporada a todos os Estados Federados, por eles absorvida integralmente. Reduzida a disposição legal ao Judiciário da União, abre-se, no particular do Judiciário dos Estados-membros, um formidável privilégio. Sem dúvida, o desinteresse de legislar a respeito de matéria delicada trará em favor do Judiciário dos Estados, pela inércia mesma, a manutenção de situações, a salvo da incidência da norma constitucional superior, que essa buscou coibir.

Entretanto, não é esse, consoante salientado, o conteúdo do mandamento constitucional de 1988. Como, aliás, não era desde a

Constituição de 1891, fundadora da República. Quem nos diz, em seus festejados Comentários à nossa primeira Constituição republicana, é o preclaro constitucionalista João BARBALHO. Assim, nas suas palavras, firmadas em 1902:

“E ainda quanto à capacidade política interna, sua esfera de ação (referia-se aos Estados) tem limitações, essenciais ao regime federativo, deduzidas da existência em comum e respeito recíproco dos Estados sob a égide da União, sendo a Constituição Federal a Lei Suprema. É por isso que o art. 63 os obriga a respeitar os princípios constitucionais da União...” (1992, p. 12).

Dito isso por João BARBALHO, a quem *Pontes de Miranda* qualificava o maior comentador da nossa primeira Constituição republicana, pode-se hoje asseverar, com maior razão, que a federação em muitos aspectos deva ser uma textura inconsútil. Em face dela, não cabe distonia a respeito de princípios que estão gravados como mandamentos maiores. A admitir-se que a União absorvesse determinado princípio expresso, com a edição de norma particularizadora dele imputada a certo Poder, sem que os Estados Federados promovessem idêntica medida particularizadora de concreção do princípio, ter-se-ia um desconcerto comprometedor da homogeneidade do sistema constitucional.

Em suma, é indisputável a coercitividade de integração dos Estados federados ao regime federativo no que esse tem de essencial. Nisso se inclui, relevante, a observância estrita dos princípios, sejam explícitos, sejam implícitos, da Constituição. Nesse ponto, o comando normativo é claro:

“Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que

adotarem, observados os princípios desta Constituição” (art. 25).

Evidente que, dada a supremacia dos princípios constitucionais, vale dizer, não de observar-se eles acima das Constituições e leis dos Estados. Mas, realça-se que não basta observar na produção legislativa que consubstancia a autonomia dos Estados os princípios constitucionais superiores. Há que incorporar, como no caso de que tratamos aqui, ao ordenamento legal dos Estados esses princípios que a Lei Fundamental dita de modo absoluto, incontestável. Porque só assim pelo “laço federativo”, de que falava João Barbalho, manter-se-á a identidade do regime republicano de caráter democrático.

#### Bibliografia

- BARBALHO, J. *Constituição federal brasileira: comentários por João Barbalho*. ed. fac-sim. dos comentários a constituição federal de 1891. Brasília: Senado Federal, Secretaria de Documentação e Informação, 1992. 411 p.
- CAMARGO, A. Federalismo e identidade nacional. In: GARCIA, A. et al (org.). *Brasil: um século de transformação*. [S. l.]: [s. n.], 2001.
- CANOSA USERA, R. *Interpretación constitucional formula política*. [S. l.]: [s. n.], [19- -?].
- CARMO, G. S. T. do. A defesa da constituição pelos poderes contituídos e o Ministério Público. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 9, n. 36, p. 205-219, jul./set. 2001.
- CUNHA, F. W. da. Federação: soberania e autonomia. *Revista de Direito Público*, [s. n.], n. 73, p. 145, 151.
- FRIEDRICH, C. J. *La democratie constitutionnelle*. [S. l.]: PUF, 1958.
- PIZZORNO, A. *Il potere Del quidici: stato democratico e controllo della virtù*. [S. l.]: Laterza, 1998.

# O instituto da licitação no Direito Francês

Daniela Mello Coelho

## Sumário

1. Introdução. 2. Organização administrativa francesa: 2.1. Quadro territorial da organização administrativa: a) descentralização territorial; b) descentralização administrativa. 3. Contratos da Administração e contratos administrativos. 4. A formação dos contratos administrativos. 4.1. Aspectos gerais. 4.2. A escolha do contratado. 4.3. As modalidades de escolha do contratado: a) adjudicação pública (*adjudication publique*); b) pedido de propostas (*l'appel d'offres*); c) contratos negociados (*marchés négociés*). 4.4. O procedimento administrativo aplicável à adjudicação pública (*adjudication publique*). 5. Aspectos formais previstos para a celebração dos contratos administrativos: a) autoridades competentes; b) princípio da forma escrita; c) concorrência; d) publicidade. 6. Os cadernos de encargos (*cahiers de charges*). 7. Evolução do tratamento jurídico conferido aos contratos públicos. 8. Das pessoas jurídicas vinculadas aos critérios de escolha do contratado. 9. A jurisdição administrativa e o recurso.

## 1. Introdução

Daniela Mello Coelho é Mestra em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Direito Administrativo. Assessora Jurídica da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte.

O instituto da licitação no Direito Francês não recebe tratamento diferenciado entre as matérias abrangidas pelo Direito Administrativo e não encontra suporte constitucional, sendo tratada pela doutrina quando do estudo do contrato administrativo.

No campo normativo, a licitação está disciplinada em leis e regulamentos referentes aos contratos, destacando-se o Código de Contratos Públicos (*Code de Marchés Publics*) e as alterações posteriores introduzidas pelas decisões da Comunidade Européia.

A Constituição Francesa, de 4 de outubro de 1958, constitui um corpo normativo bem simplificado quando comparada à Constituição brasileira. As matérias constitucionais limitam-se a disciplinar a soberania do povo francês, a estabelecer as competências e atribuições do Presidente da República, do Governo e do Parlamento, fixando inclusive as relações entre eles. O legislador constituinte, também, preocupou-se em definir o campo de atuação do Poder Judiciário, do Conselho Constitucional e do Conselho Econômico e Social, traçando, ao final, um breve panorama da organização territorial e administrativa da República Francesa.

Em relação à matéria administrativa, confere-se ao Governo a competência para determinar e orientar a política da Nação, bem como a superintendência da administração pública e das forças armadas. O Primeiro-Ministro é quem dirige a ação do Governo, sendo nomeado pelo Presidente da República, competindo-lhe, também, a execução das leis e o exercício do poder regulamentar.

O texto constitucional tece breves considerações no tocante à disciplina da organização administrativa e estende à lei infraconstitucional prescrição dos princípios fundamentais sobre a livre administração das coletividades locais, as suas atribuições e os seus recursos.

Objetiva-se demonstrar com o presente estudo a simplicidade do tratamento legal conferido ao instituto da licitação no ordenamento francês, em que se constata acentuado exercício da competência discricionária da autoridade competente, ao contrário do direito pátrio, que enfatiza a fixação de regras e critérios vinculativos

das decisões proferidas em todo procedimento licitatório.

## 2. Organização administrativa francesa

A França é um país fortemente centralizado, constituindo a Administração do Estado o essencial da máquina administrativa.

O Estado Unitário caracteriza-se por uma administração hierárquica e unificada. Não se reconhece às coletividades territoriais vida política autônoma, partindo do Poder Central as diretrizes e as decisões políticas a serem executadas pelos representantes das coletividades.

O Estado, na visão do doutrinador René CHAPUS (1998, p. 184), apresenta-se como uma instituição político-administrativa e reveste-se de uma estrutura complexa que se reparte em administração central (os ministérios) e em administrações territoriais (serviços desconcentrados), distribuídas entre as diversas circunscrições.

Verifica-se, portanto, que a organização administrativa francesa não é una. Há uma administração do Estado, colocada sob a autoridade direta do Governo, cujos órgãos se ramificam no conjunto do território, e há as administrações locais, que são exercidas pelas autoridades departamentais e comunais, agindo em nome das pessoas coletivas correspondentes.

A centralização, típica dos Estados unitários, reconhece a quebra na unidade administrativa ao transferir para as coletividades locais o encargo de prover livremente suas necessidades, sendo que a existência de administrações locais se justifica pela impossibilidade de os serviços centrais satisfazerem as necessidades de toda administração e assegurar as diversas demandas em diferentes pontos do território.

O Estado, expressão da coletividade nacional, exerce as tarefas de interesse geral e as coletividades locais (departamentos e comunas), dotadas de personalidade coletiva,

são encarregadas de gerir os assuntos de interesse local.

### 2.1. *Quadro territorial da organização administrativa*<sup>1</sup>

#### a) *descentralização territorial*

Do ponto de vista da administração descentralizada, a coletividade nacional compõe-se de coletividades locais, dotadas de personalidade coletiva e encarregadas de gerir seus próprios negócios.

As coletividades locais ou territoriais são consideradas centros de interesses e sede de uma atividade administrativa, que se exerce em seu próprio nome. São os departamentos, comunas e territórios do ultramar (art. 72, da Constituição Francesa).

#### b) *descentralização administrativa*

Para o exercício da administração do Estado, o território divide-se em circunscrições administrativas hierarquizadas, sendo cada uma delas a medida da esfera da competência territorial de um agente do Estado.

A circunscrição apresenta-se como simples quadro para o exercício da administração do Estado, privada de qualquer vida jurídica autônoma.

Nesse cenário, constata-se a presença das pessoas públicas descentralizadas, dotadas de uma organização administrativa distinta do Estado, que são as pessoas territoriais (comuna e departamento).

Revela-se conveniente destacar a existência dos estabelecimentos públicos, entes que integram o quadro da descentralização por serviço, podendo vincularem-se à administração central do Estado e às coletividades locais.

### 3. *Contratos da Administração e contratos administrativos*

O ordenamento jurídico francês distingue as relações contratuais estabelecidas pela Administração em contratos da Administração e contratos administrativos.

Nos contratos da Administração, aplicam-se as normas de direito privado. Os instrumentos celebrados são idênticos aos dos particulares e regulam-se pelo Código Civil. O recurso da Administração ao contrato privado é muito freqüente e aplica-se nos casos de serviços industriais e comerciais, tais como, compra e venda, arrendamento, seguro etc. É característico do processo de gestão privada dos serviços públicos. O contencioso é de competência judiciária.

Nos contratos administrativos, a Administração pratica atos de natureza contratual submetidos a regras diferentes daquelas que regem os contratos privados e que dependem, quanto ao contencioso, da jurisdição administrativa.

Essas regras podem ser descritas em razão dos seguintes elementos: existência de cláusulas exorbitantes do direito comum, natureza do objeto contratual e adoção das características do regime jurídico administrativo.

Outro dado importante desses contratos é o comparecimento de uma pessoa pública como uma das partes que figuram no instrumento. Sem embargo, não se pode afirmar que os contratos celebrados entre uma pessoa pública e o particular sejam necessariamente contratos administrativos.

Os contratos mais antigos estão previstos em textos legais, no entanto, deve-se destacar a introdução de novas regras decorrentes da atuação da jurisprudência, estabelecendo-se um corpo de princípios comuns que constituem a Teoria dos Contratos Administrativos.

Os principais contratos administrativos são:

- a empreitada pública (*marché de travaux publics*): a Administração confia ao empresário privado a construção ou a manutenção de um imóvel, no interesse público;
- o contrato de fornecimento (*marché de fournitures*): cujo objeto consiste na aquisição de bens móveis de qualquer espécie;
- o contrato de transporte (*marché de transports*): como ocorre nos contratos celebrados com companhias de navegação para

o transporte por mar de pessoas e bens de caráter público;

– a concessão de serviços públicos: pela qual a Administração confia ao particular a missão de fazer funcionar um serviço público, remunerando o particular com as tarifas cobradas dos usuários do serviço, podendo ocorrer também a concessão de obras públicas;

– o empréstimo público: pelo qual o particular empresta uma soma de dinheiro ao Estado ou a outra pessoa pública;

– a oferta de concurso (*l'offre de concours*): que é o compromisso assumido pelo particular de cooperar financeira ou materialmente na realização de um empreendimento público;

– o contrato de investigação (*marché de recherche*): pelo qual uma pessoa pública confere a um organismo especializado ou a um investigador uma pesquisa científica;

– o contrato de estudo (*marché d'étude*): pelo qual se prepara a elaboração de um projeto;

– demais contratos inominados (RIVERO, 1981, p. 129-130).

#### 4. A formação dos contratos administrativos

##### 4.1. Aspectos gerais

As coletividades públicas são submetidas a certas restrições em sua liberdade contratual, restrições essas relativas à escolha do contratado, às formas contratuais e à capacidade para contratar.

O regime dos contratos administrativos não é o mesmo para as variedades de contratos, sendo os mais importantes os “marchés” e as concessões.

Os “marchés publics” são os instrumentos utilizados na contratação de obras, de fornecimento e de transporte, e encontram-se regidos pelo Código de Contratos Públicos (*Code de Marchés Publics*), de 17 de julho de 1964, com as alterações de 28 de novembro de 1996.

As cláusulas contratuais são redigidas unilateralmente pela Administração, que as impõe ao contratado; entretanto, a autoridade administrativa não é livre para elaborá-las, pois deve seguir as cláusulas do “cahiers de charges” ou “cahiers de clauses”.

A redação unilateral dos contratos administrativos pela Administração confere-lhes o caráter de contratos de adesão. Todos os elementos de uma situação contratual autêntica se encontram presentes nesses contratos.

A vontade da autoridade administrativa apresenta-se livre na elaboração das proposições contratuais, decidindo sobre a natureza e o volume das prestações que ela demandará do contratado. E a vontade da outra parte reside em aderir às cláusulas fixadas pela Administração e em instituir as proposições relativas ao preço.

##### 4.2. A escolha do contratado

A importância conferida à escolha do contratado fundamenta-se pela própria finalidade pública que norteia os contratos administrativos, devendo as autoridades administrativas, visando ao bom funcionamento dos serviços públicos e à adequada aplicação de seus recursos, escolher o particular mais qualificado e obter o melhor resultado possível. É a perfeição que deve ser perseguida nessas relações contratuais<sup>2</sup>.

No direito positivo, o princípio geral é o da liberdade de escolha do contratado pela Administração. Em alguns contratos, como a oferta de concurso e a concessão, a apreciação das qualidades pessoais do futuro contratado desempenha um papel predominante, o que confere sempre à Administração uma liberdade de escolha.

Os doutrinadores VEDEL e DELVOLVÉ (1992, p. 773), ao analisarem os critérios para a escolha do concessinário quando da celebração do contrato de concessão, indicam a aplicação da regra geral prevista no C.E. 14 février 1975<sup>3</sup>, que fixa a liberdade do concedente na escolha do contratado.

A justificativa para tal critério reside na importância conferida ao aspecto pessoal

(*intuitus personae*) do concessionário, uma vez que ele deve-se apresentar como pessoa competente para a gestão do serviço que o conduz a colaborar durante um longo período com a Administração.

Todavia, para certos contratos, é conveniente e sensato estabelecer a concorrência entre os interessados em contratar com a Administração. Nesses casos, a escolha do contratado deverá seguir um procedimento fixado pela lei.

Durante muito tempo, o mecanismo essencial desse tipo de procedimento foi a adjudicação. O objetivo da adjudicação era levar a Administração a contratar com o particular que oferecesse o menor preço, o que assegurava uma proteção automática dos interesses financeiros da Administração. A experiência mostrou que esse tipo de procedimento não resguardava eficazmente os interesses públicos, uma vez que o fornecedor ou o empreendedor menos exigente no aspecto financeiro nem sempre era capaz de oferecer uma prestação adequada. Constatou-se que a observância da adjudicação não permitia apreciar a real qualificação técnica do futuro contratado.

Objetivando uma mudança nos critérios de escolha do particular, abandonando-se, de certa forma, a orientação de procedimentos mecânicos e vinculados tão-somente à apreciação do valor econômico do futuro contrato, foi publicado o Decreto 56.256, de 13 de março de 1956, dando destaque ao procedimento de pedido de propostas (*l'appel d'offres*). Nesses casos, após uma confrontação das propostas técnicas apresentadas pelos candidatos, confere-se às autoridades administrativas o direito de escolher aquele com o qual irá formalizar o contrato.

O doutrinador André de LAUBADÈRE (1994, p. 702), ao analisar a evolução dos modos de elaboração dos contratos administrativos, destaca a existência de considerações diversas no tratamento da matéria: de um lado, o interesse financeiro do Estado, pelo qual o contrato deve conter as condições mais viáveis no aspecto econômico

e, em conseqüência, a Administração é obrigada a atribuir o objeto do contrato ao contratado menos exigente economicamente; de outro lado, o interesse administrativo do Estado, pelo qual o contrato deve ser confiado àquele considerado mais habilitado para executá-lo e, em conseqüência, a Administração teria o máximo de liberdade na escolha do contratado, a partir da avaliação dos aspectos técnicos da proposta.

#### 4.3. As modalidades de escolha do contratado

Pode-se agrupar as modalidades de formalização dos contratos administrativos (“*marchés*”) tendo como critério de classificação o grau de liberdade de que dispõe o administrador para a escolha do particular.

O Código de Contratos Administrativos dispõe em seu art. 38<sup>4</sup> as três modalidades de escolha do contratado, sendo elas:

##### a) *adjudicação pública* (*adjudication publique*):

Por esse critério, a partir da abertura de uma concorrência entre os eventuais candidatos à formalização do contrato, confere-se a atribuição automática ao candidato que oferecer o preço mais baixo.

Pode revestir-se de duas formas:

a. 1.) *adjudicação pública aberta (adjudication publique ouverte)*: nesse caso, o acesso à concorrência é livre e a atribuição do contrato é condicionada exclusivamente à comparação dos preços propostos.

a. 2.) *adjudicação pública restrita (adjudication publique restreinte)*: é aquela em que o acesso à concorrência é limitado. A Administração escolhe discricionariamente os particulares admitidos a participar da competição.

##### b) *pedido de propostas (l'appel d'offres)*:

Esse critério é utilizado quando a Administração é livre para atribuir o objeto do contrato ao concorrente de sua escolha, tomando por base a proposta técnica apresentada. A publicidade do procedimento e o



número de participantes se operam como na adjudicação.

*c) contratos negociados (marchés négociés):*

O procedimento é dito negocial quando a pessoa responsável pelo contrato estabelece livremente as discussões que lhe apresentam como úteis e necessárias com o candidato de sua escolha, e, ao final, atribui-lhe o objeto do contrato, por intermédio de uma contratação direta sem comparação de preço ou proposta. Esse tipo de contrato é limitado aos casos enumerados nos arts. 103 e 308 do Código de Contratos Públicos e compreende notadamente: os contratos de pesquisa, estudos e ensaio, os contratos que tenham sido objeto de adjudicação ou pedido de propostas sem resultados, os contratos de urgência executados no lugar de um empreendimento ou fornecimento faltosos, os contratos que exigem sigilo, os contratos de fornecimento ou serviços a serem executados em certos lugares, os contratos que impliquem o emprego de invenções ou de direitos exclusivos.

As hipóteses de utilização dos contratos negociais são numerosas e, na prática, tais instrumentos aparecem como a solução mais freqüente na escolha do contratado.

Analisando as hipóteses que autorizam a celebração desses contratos, verificam-se suas semelhanças com as hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação previstas no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos dos arts. 24 e 25, da Lei 8666/93.

*4.4. O procedimento administrativo aplicável à adjudicação pública (adjudication publique)*

Os mecanismos de participação dos interessados em contratar com a Administração visam assegurar os princípios da concorrência e da igualdade entre os participantes, sendo inicialmente realizada a publicação do aviso de concurso.

A publicidade é destinada a informar aos eventuais candidatos, em se tratando

de adjudicação pública aberta, as condições gerais do contrato, contidas no caderno de cláusulas administrativas gerais.

As condições gerais contêm, habitualmente, a indicação por parte da administração da quantia que ela pretende despende com o futuro contrato.

Para dirigir os procedimentos de adjudicação, a Administração institui um grupo especial, denominado comissão de adjudicação (*bureau ou commission d'adjudication*). A comissão é um organismo colegial, sendo considerada uma autoridade administrativa. Sua composição é fixada em função do serviço, de acordo com o disposto no Código de Contratos Públicos.

As propostas dos candidatos contêm, essencialmente, a indicação do preço, pelo qual o candidato aceita aderir ao contrato, sendo considerado vencedor aquele que apresentar a proposta com preço mais baixo. No entanto, quando a administração fixa previamente um valor, a proposta do candidato consiste no desconto que ele se dispõe a realizar em relação à quantia fixada. De acordo com o art. 87 do CCP, as propostas são enviadas em envelopes fechados, geralmente, pelo correio por meio de carta registrada.

A importância jurídica do envio das propostas está no fato de que ele submete o proponente a realizar e a manter sua oferta, não podendo mais retirá-la, nem modificá-la.

Enviadas as propostas, a comissão deve decidir quais serão os proponentes admitidos a participar do concurso, pois, apesar dos princípios da concorrência e do livre acesso, existem causas de diversas ordens que possibilitam a exclusão do certame e que devem ser observadas pela comissão.

Nas adjudicações abertas, as condições gerais de admissão, fixadas pelos cadernos de cláusulas administrativas, podem desde logo estabelecer os critérios de participação dos proponentes. Por outro lado, a autoridade administrativa pode, por uma decisão individual, pronunciar-se contra um em-

preendedor ou fornecedor alegando causas de exclusão geral de todos os concursos, por um período temporário ou definitivo, dispondo, para tanto, de um poder discricionário.

O Decreto de 1956 conferiu à comissão o direito de pronunciar-se, antes da abertura das propostas, acerca da eliminação de candidatos, cujas capacidades sejam julgadas insuficientes.

Nas adjudicações restritas, a possibilidade conferida à Administração de afastar certos proponentes é bem mais ampla, uma vez que a pessoa responsável pelo contrato elabora uma lista dos candidatos que poderão enviar suas propostas.

A decisão da adjudicação: a adjudicação repousa no *princípio da atribuição automática*. Entretanto, esse automatismo, em algumas situações, pode impor à Administração um risco de contratar com um proponente que ela julgue não ser o mais capacitado. Nesse sentido, deve-se garantir uma vedação possível, sendo que essa garantia resulta dos *efeitos limitados da decisão da adjudicação*.

Os efeitos jurídicos da decisão da adjudicação são da seguinte ordem: seu efeito essencial é vincular a Administração a formalizar o contrato com o proponente vencedor. Por outro lado, o relato da adjudicação, preparado após sua proclamação e assinado pelo adjudicatário, constitui o texto definitivo da adjudicação. Posterior a tal ato, tem-se a aprovação da adjudicação, em que se permite à Administração conservar o direito de não celebrar o contrato.

A aprovação da adjudicação é o último ato do procedimento e o mais importante do ponto de vista jurídico. A aprovação da adjudicação é considerada a contrapartida do automatismo, uma vez que a adjudicação não pode impor à Administração a celebração do contrato se constatada a incapacidade técnica do particular que apresentou o menor preço ou se demonstrado que o momento não se apresenta viável e oportuno para o Poder Público. Nesses casos, a Ad-

ministração permanece livre para não celebrar o contrato e para recusar discricionariamente a aprovação da adjudicação.

## *5. Aspectos formais previstos para a celebração dos contratos administrativos*

### *a) Autoridades competentes*

Em relação aos contratos celebrados pelo Estado, a regra tradicional era a da competência ministerial, com possibilidades de delegação de assinaturas. O Decreto de 7 de janeiro de 1959 abrandou essa regra estabelecendo a instituição de um responsável pelo contrato, qualificado pelo signatário para o acompanhamento de sua execução, podendo o ministro reservar-se à assinatura dos contratos mais importantes.

Em relação às coletividades públicas, os contratos são celebrados pelo presidente do conselho geral nos departamentos, pelo prefeito nas comunas, em execução das deliberações do conselho geral ou do conselho municipal.

### *b) O princípio da forma escrita*

De uma maneira geral, os contratos administrativos não estão sujeitos à forma escrita, podendo ser verbais. Mas a forma escrita é obrigatória para os contratos públicos, disciplinados no Código de Contratos Públicos (arts. 39 e 250)<sup>5</sup>.

Entretanto, a Administração pode contratar, dispensando a forma escrita, quando o montante do trabalho, do fornecimento ou do serviço não ultrapassar certos valores (pela redação dada no art. 123 do Código, em 3 de julho de 1990, essa quantia correspondia a 300.000 F para os contratos celebrados pelo Estado).

### *c) Concorrência*

Qualquer que seja o modo de celebração do contrato, a concorrência é exigida pela lei para os contratos do Estado e das coletividades locais (arts. 39, al. 2 e 250,

al. 2, Código de Contratos Públicos). Entretanto, no que concerne aos contratos negociais, a concorrência, que é imposta pelo art. 103 do Código, deixa de ser obrigatória quando a execução só puder ser realizada por um empreendedor ou fornecedor determinado.

#### d) Publicidade

A publicidade dos avisos de adjudicação ou pedidos de propostas foi disciplinada pelo Decreto de 21 de janeiro de 1976. Pelo Código de Contratos Públicos, a publicidade consiste na divulgação ou na inserção do aviso de adjudicação em um boletim especial. Para os contratos do Estado, a publicação deve ocorrer pelo menos vinte dias antes da data fixada para a abertura das propostas. Para os contratos das coletividades locais, o prazo é de um mês.

Os textos legais posteriores, referentes aos contratos de fornecimento e de trabalho, passaram a disciplinar a concorrência e a publicidade no âmbito da Comunidade Econômica Européia. O Decreto n. 90-824, de 18 de setembro de 1990, modificou certos artigos do Código de Contratos Públicos, relacionados aos procedimentos de celebração dos contratos públicos de trabalho, submetendo-os à aplicação das diretrizes traçadas pelo Conselho da Comunidade Européia.

#### 6. Os cadernos de encargos (cahiers des charges)

O caderno de encargos de um contrato administrativo é o conjunto de documentos escritos que determinam as condições do contrato. De acordo com o art. 112 do CCP, os cadernos de encargos compreendem os documentos gerais e os documentos particulares.

Os documentos gerais são:

a) *os cadernos de cláusulas administrativas gerais* (ou cadernos de cláusulas e condições gerais): fixam as disposições administrativas aplicáveis a toda uma categoria de contratos;

b) *os cadernos de cláusulas técnicas gerais* (ou cadernos de prescrições comuns): fixam

as disposições técnicas aplicáveis a todas as prestações da mesma natureza.

Os documentos particulares são:

a) *os cadernos de cláusulas administrativas particulares*: fixam as disposições administrativas próprias de cada contrato;

b) *os cadernos de cláusulas técnicas particulares*: fixam as disposições técnicas necessárias à execução das prestações previstas no contrato.

Os documentos particulares podem derogar os gerais, para tanto devem comportar os artigos dos documentos gerais que estão sendo derogados.

Discute-se se a natureza jurídica dos cadernos de encargos é contratual ou regulamentar. LAUBADÈRE (1994, p. 714) analisa a questão a partir da separação dos tipos de contratos administrativos.

Para os contratos administrativos, não incluído o contrato de concessão de serviços públicos, pode-se afirmar que o conjunto de cláusulas dos cadernos tem uma natureza contratual. O fundamento dessa natureza baseia-se no fato de que as disposições, uma vez concluído o contrato, constituem definitivamente a “lei das partes”. Isso quer dizer que as cláusulas não podem mais ser modificadas pela via geral.

As modificações e/ou inovações introduzidas nos cadernos de cláusulas gerais após a celebração dos contratos não se aplicam aos contratos já formulados, prevalecendo as disposições em vigor no momento da celebração do contrato pelas partes. Nesse sentido, pode-se afirmar que os atos de vontade proferidos na elaboração de cada contrato têm realmente um efeito criativo quanto à natureza e ao volume das obrigações das partes.

Nos contratos de concessão de serviços públicos, o instrumento contratual não consiste somente no estabelecimento de relações jurídicas entre a Administração e o particular, mas, também, na organização de um serviço público, em relação ao qual os administrados podem se valer da qualidade de usuário. Disso, podem-se concluir que

seu caderno de encargos é meio-contratual e meio-regulamentar.

### *7. Evolução do tratamento jurídico conferido aos contratos públicos*

Em relação aos contratos do Estado, constatou-se que, originariamente, a adjudicação era o princípio e as demais modalidades de escolha dos licitantes, a exceção.

O Decreto de 1942 estabeleceu, não obstante a adjudicação aberta continuar sendo o princípio, uma série de derrogações, admitindo a utilização dos demais modos de formalização contratual, entre eles, a adjudicação restrita, a adjudicação sob coeficiente, o pedido de propostas e os contratos negociados.

Com o advento do Decreto de 13 de março de 1956, modificou-se essa regra, no sentido de acentuar ainda mais as faculdades de escolha da Administração. De acordo com seu regime normativo, assegura-se sempre ao ministro a escolha entre a adjudicação e o pedido de propostas. O Código de Contratos Públicos consagrou esse princípio, estabelecendo os procedimentos a serem observados em cada tipo de modalidade.

No tocante aos contratos das coletividades locais, a adjudicação perdurou por muito tempo como sendo o princípio na escolha do contratado; entretanto, com o advento do Decreto de 18 de janeiro de 1971, o regime dos contratos das coletividades locais, seguindo as diretrizes traçadas para os contratos do Estado, passou a garantir a mesma opção entre a adjudicação e o pedido de propostas.

### *8. Das pessoas jurídicas vinculadas aos critérios de escolha do contratado*

A observância das regras fixadas pelo Código de Contratos Públicos é obrigatória para os contratos celebrados pelo Estado, pelas coletividades locais e pelos estabelecimentos públicos que não tenham caráter industrial e comercial.

A Lei 91-3 de 3 de janeiro de 1991, que teve por objeto submeter os procedimentos de celebração de certos contratos às obrigações de publicidade e concorrência se o montante do valor contratual fosse igual ou superior à quantia fixada por uma resolução do Ministério da Economia, vinculou outras pessoas aos preceitos fixados no Código, entre elas: organismos de direito privado criados com vistas a satisfazer uma necessidade de interesse geral, com fins outros que não industriais ou comerciais, e entidades subvencionadas em mais de 50% de suas atividades pelo Estado, pelas coletividades territoriais, pelos organismos de direito público formados pelas coletividades públicas e entidades de direito público que não tenham caráter industrial e comercial.

### *9. A jurisdição administrativa e o recurso*

#### *A jurisdição administrativa*

Na França, existem duas ordens de jurisdições: a ordem judicial ordinária, que tem no topo o Tribunal de Cassação, e a ordem administrativa, sob a autoridade do Conselho de Estado.

A competência administrativa limita-se aos litígios decorrentes da atividade administrativa e só se justifica quando o litígio envolve a utilização de regras do direito administrativo. Mantendo-se a Administração no quadro do direito privado, não há motivos para afastar a competência judicial<sup>6</sup>.

Tendo o litígio, por objeto, um contrato administrativo, a competência será a da jurisdição administrativa, uma vez que o contrato administrativo envolve noções decorrentes das características da atividade administrativa, quais sejam: adoção das regras do regime jurídico-administrativo e de cláusulas exorbitantes do direito comum.

#### *O recurso*

As relações advindas dos contratos administrativos podem ensejar a interposição

de recursos administrativos perante a autoridade administrativa ou de recursos contenciosos perante um tribunal.

Em se tratando de decisões proferidas no curso do procedimento de adjudicação, a autoridade competente para decidir sobre os recursos é a comissão de adjudicação. A autoridade hierarquicamente superior a ela, competente para julgar os recursos hierárquicos, é, nos contratos do Estado, o Ministro da área em que será formalizado o contrato, e, nos contratos das coletividades locais, o prefeito (nas comunas) e o presidente do Conselho Geral (nos departamentos).

O recurso administrativo conduz a uma decisão administrativa, submetida ao regime dos atos administrativos unilaterais, e o recurso contencioso conduz a uma decisão jurisdicional, possuindo a autoridade de coisa julgada. O juiz administrativo pode: reconhecer a ilegalidade de uma decisão administrativa, anulando-a; pronunciar-se acerca de condenações pecuniárias; interpretar um ato administrativo obscuro e exercer a função repressiva (em situações excepcionais).

#### Notas

<sup>1</sup> Classificação elaborada de acordo com as lições do doutrinador Jean RIVERO (1981, p. 372).

<sup>2</sup> Nesse sentido é a opinião do doutrinador Francis-Paul BÉNIOT: “Les autorités administratives ne doivent pas pouvoir être suspectées d’avoir choisi

le cocontractant de l’Administration pour raisons étrangères à l’intérêt général, et notamment pour des raisons personnelles” (1968, p. 608).

<sup>3</sup> “Il est de règle que le concédant a le libre choix du concessionnaire”.

<sup>4</sup> *Code des Marchés Publics*, art. 38. ...“les marchés peuvent être passés par adjudication, soit sur appel d’offres, soit sur forms de marchés négociés”.

<sup>5</sup> “Les marchés sont des contrats écrits dont les cahiers des charges ... sont des éléments constitutifs.”

<sup>6</sup> A competência do contencioso administrativo encontra-se delimitada no Código Administrativo, no Decreto-lei 40.768, de 08/09/56, e no Decreto-lei 48.051, de 21/09/67.

#### Bibliografia

BÉNIOT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Librairie Dalloz, 1968.

CHAPUS, René. *Droit administratif général*. 12<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 1998. t. 1.

GOHIN, Olivier. *Institutions administratives*. 3<sup>e</sup> éd. Paris: L.G.D.J., 1998.

JÉZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 13<sup>e</sup> éd. Paris: Marcel Giard, Libraire-Éditeur, 1934.

LAUBADÈRE, André de. *Traité de droit administratif*. 13<sup>e</sup> éd. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1994. t. 1.

RIVERO, Jean. *Direito Administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

VEDEL, Georges; DELVOLVÉ, Pierre. *Droit administratif*. 12<sup>e</sup> éd. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. t. 2.

# A liberdade sindical no Brasil: aspectos jurídico, político e econômico

Laís de Oliveira Penido

## Sumário

1. Introdução. 2. Gênese evolutiva da liberdade sindical no Brasil. 3. A estrutura sindical e a Justiça do Trabalho na Constituição de 1988. 4. Emendas constitucionais mais relevantes. 5. Panorama econômico-político. 6. Fundo Monetário Internacional – FMI. 7. O paradoxo do sistema vigente. 8. Conclusão.

## 1. Introdução

Este trabalho tem o propósito de analisar as estruturas normativas da organização sindical e da Justiça do Trabalho vigentes no Brasil sob os aspectos jurídico, político e econômico, tema que na atualidade tem especial importância, em virtude das propostas de alteração Constitucional em tramitação no Congresso Nacional.

Para um preciso desenvolvimento desse assunto, exigem-se incursões na evolução histórica dessa estruturação no ordenamento constitucional brasileiro, com a investigação de quais foram as respectivas ideologias adotadas pelos legisladores. Posteriormente, analisar-se-á a estrutura amalgamada na Constituição Federal de 1988. Ato contínuo, partindo de uma visão do panorama econômico-político e do entendimento ideológico dos institutos plasmados na legislação vigente, será perquirido se essa estrutura está ou não em descompasso com o princípio de liberdade sindical contemplado no inciso I do art. 8º da Carta Magna de 1988.

Laís de Oliveira Penido é Analista Processual na Procuradoria Regional do Trabalho da 18ª Região, Goiás; Especialista em Direito Processual Civil e em Direito e Processo do Trabalho, ambas pela Universidade Federal de Goiás e Doutoranda em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca, Espanha.

## 2. *Gênese evolutiva da liberdade sindical no Brasil*

No final do século XIX e princípio do século XX, com o fito de substituir a mão-de-obra escrava, liberta em 1888, o governo federal incentivou uma maciça imigração para o país, implicando uma significativa incorporação de italianos, portugueses e espanhóis à população do centro-sul brasileiro. A incorporação de europeus ao mercado de trabalho brasileiro permitiu aos nossos trabalhadores terem contato com a resistência e as reflexões oferecidas por este operariado à situação imposta pelos detentores do capital, imbuindo a nossa mão-de-obra assalariada de uma incipiente consciência reivindicativa e da necessidade de se associarem para sua autodefesa.

A Constituição de 1934 instaura no Brasil a Segunda República, introduzindo uma preocupação a respeito do Estado Social, sem contudo nomeá-lo expressamente. O art. 115 aduz dever a ordem econômica ser organizada conforme os princípios de justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos uma existência digna. Dentro desses limites, foi garantida a liberdade econômica (CUNHA, 2001, p. 131). Com coerência ideológica, os sindicatos e as associações profissionais foram reconhecidos e assegurada a pluralidade sindical<sup>1</sup> e a sua completa autonomia, assim como houve por parte desta constituição o reconhecimento das convenções coletivas de trabalho<sup>2</sup>.

Com a chegada de Getúlio Vargas ao poder, o regime democrático no Brasil entrou em colapso. Os problemas fundamentais de base foram esquecidos e as questões sociais foram tratadas como “simples casos de polícia”<sup>3</sup>; via de conseqüência, o País viveu, no período compreendido entre 1934 e 1937, uma turbulência política e social, com eclosões de algumas greves e com graves conflitos trabalhistas. Em decorrência desses fatos e da preocupação do Poder Executivo em fortalecer-se, mencionado Presidente, em 10/11/1937, com o apoio das Forças

Armadas, deu um golpe de Estado e criou o *Estado Novo*, decretando uma nova Constituição, a qual, no campo trabalhista, pautando-se na Carta do Trabalho Italiana de 1927, foi orientada para o corporativismo.

No preâmbulo dessa Constituição, o Presidente Vargas, para justificar o golpe e a existência de medidas de exceção, argumentou estar

“atendendo às legítimas aspirações do povo brasileiro, à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem, resultante da crescente agravação dos dissídios partidários, que uma notória propaganda demagógica procura desnaturar em uma luta de classes, e da extremação de conflitos ideológicos, tendentes, pelo seu desenvolvimento natural, a resolver-se em termos de violência, colocando a Nação sob a funesta iminência da guerra civil”.

Acrescenta estar ademais “atendendo ao estado de apreensão criado no país pela infiltração comunista, que se torna dia a dia mais extensa e mais profunda, exigindo remédios de caráter radical e permanente (...)” (CAMPANHOLE, 1994).

Consentâneo a essa concepção, nessa constituição o trabalho foi definido como dever social e proibidos a greve e o *lock-out*, erigindo-os em recursos anti-sociais e nocivos à comunidade<sup>4</sup>. Os sindicatos de classe foram atrelados ao Estado, sendo considerados como entidades colaboradoras do mesmo e prestando serviços delegados do Poder Público.

A estruturação da legislação positivada organizou a vida sócio-econômica do País em *corporações*<sup>5</sup>, como consignado expressamente no artigo 140<sup>6</sup>. Aspecto relevante a ser destacado consiste em terem sido positivadas essas normas no tópico “Da Ordem Econômica”, título reservado à regulamentação da economia do Estado. Essa doutrina serviu como uma luva aos propósitos de controle de todos os fatores de produção, tão almejados por esse Presidente.

Para restabelecer o equilíbrio entre as classes sociais, foi adotado o modelo focado em dois prismas distintos: primeiro, era negada a luta entre o capital e o trabalho e adotada uma ideologia com sentido integrativo das forças produtivas da nação, que propugnava a colaboração entre os fatores de produção. Segundo, o Estado se colocava acima das classes, organizando-as, regulando-as e sendo o moderador de suas relações, nada escapava a sua vigilância, sendo consagrada, desse modo, a institucionalização da concepção de prevalência dos interesses da Nação sobre o interesse dos particulares.

No regime sindical perfilhado, o sindicato tinha personalidade jurídica de direito público, por meio do qual o Estado perseguia fins que lhe eram próprios; via de consequência, a entidade sindical foi submetida a um rígido controle por parte daquele. Max Limonad observou que “toda a vida das associações profissionais passará a gravitar em torno do Ministério do Trabalho; nele nascerão, com ele crescerão, ao lado dele se desenvolverão, nele se extinguirão”<sup>7</sup>.

Esse controle tão rígido tinha o fito de garantir que as atividades sindicais se ajustassem ao propósito para os quais o sindicato fora criado. Essa política propiciou ao Estado Novo a coordenação das atividades das categorias representadas por esses sindicatos e a subordinação total deles ao Estado, o qual tinha poderes para intervir e até dissolvê-los, sufocando, desse modo, qualquer tipo de reivindicação autêntica dos trabalhadores.

A organização sindical foi constituída por categorias profissionais ou econômicas, pois essa forma de organização era um pressuposto do modelo corporativo, na medida em que propiciava a prévia determinação, delimitação e controle dessas categorias. Para a integral e efetiva execução desse regime, era indispensável a organização sistemática de todas as atividades e profissões realizadas no país.

Outro dado bastante significativo a ser considerado consubstancia-se no fato de ter

sido o sindicato *colocado sob a assistência e a proteção do Estado*, cuja satisfação das necessidades incumbia ao Estado, bem como *deferidas ao sindicato funções delegadas de poder público*, entre as quais incluíam-se os poderes: primeiro, de receber contribuições compulsórias de todos os integrantes da categoria ou das profissões liberais independentemente de serem ou não filiados, visando ao custeio das atividades sindicais. Frisa-se que o patrimônio dessas associações sindicais era constituído principalmente por esse imposto sindical; segundo, de representação de todos os sujeitos pertencentes à categoria pela qual se constituía, independentemente de serem filiados ou não; via de consequência, os chamados à época “contratos coletivos” vinculavam toda a categoria e as suas cláusulas eram inderrogáveis *in peius* em face do contrato individual.

A denominação “Justiça do Trabalho” surge pela primeira vez na Constituição de 1934<sup>8</sup>, sendo mantida na Carta outorgada de 1937<sup>9</sup>. Todavia sua criação deu-se tão-só em 1º de maio de 1939<sup>10</sup> e sua instalação dois anos depois, no dia 1º de maio de 1941. Foi instituída como órgão administrativo do Poder Executivo, vinculada ao Ministério do Trabalho, cujo titular podia reformar as suas decisões. Era dividida em três instâncias – Juntas de Conciliação, Conselhos Regionais e Conselho Nacional do Trabalho. A primeira instância era composta por um presidente, escolhido pelo Ministério do Trabalho e por dois vogais de forma paritária, ou seja, por representantes dos empregados e dos empregadores. Foi-lhe conferida, primordialmente, a função de prevenir e conciliar os conflitos laborais, conquanto também atribuíram-lhe competência jurisdicional para solucioná-los.

Decorreram, no princípio da década de 40, períodos muito conturbados, nos quais o Presidente Getúlio Vargas, tentando legitimar-se socialmente e com o discurso oficial da necessidade de que fosse consolidada a legislação laboral que desordenadamente se avolumava, nomeou, imbuída com esse



propósito, uma comissão composta por Arnaldo Süssekind, Segadas Viana, Rego Monteiro e Dorval Lacerda. Na exposição de motivos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT<sup>11</sup>, coerente com a ideologia imposta pelo então vigente texto constitucional, foi delineado o suporte em que se embasou para orientar a sistematização normativa: os institutos jurídico-políticos foram alinhados de acordo com dados racionais derivados do próprio valor e da função social que lhes eram essenciais, “sob a luz de um pensamento público de bem comum”, considerando-se a “eficiência patente do sistema paritário de equilíbrio social e a fórmula de composição harmônica das forças do capital e do trabalho”. O conteúdo dessa legislação social foi esculpido com a “primazia do caráter institucional sobre o efeito do contrato” e “a exigência da sindicalização para o exercício da função de representação social em órgão oficial, bem como para o gozo de favores ou isenções tributárias” e, no capítulo do Imposto Sindical, foi introduzida a faculdade de que a sua cobrança fosse efetivada via “ação executiva, com os privilégios da Fazenda Pública, excluído o foro próprio, para a cobrança do imposto sindical”, quando houvesse débito certificado pela autoridade competente desse Ministério (COSTA et al., 1996, p. 19-24).

O Presidente Vargas, com a Consolidação das Leis do Trabalho, logrou sobrepujar dois objetivos: o social e o político. O primeiro com a positivação de um direito individual cuja proteção abarcava uma amplitude jamais vista no Brasil. O segundo em razão de ser incorporado ao modelo político de organização das relações laborais o autoritário. O conflito foi juridicamente reconhecido como uma patologia, via de consequência, não foram institucionalizados instrumentos jurídicos de exercício do direito coletivo, continuando a ser o sindicato atrelado ao Estado, com todo o alcance que essa estrutura delimita. Mesmo que o trabalhador tenha sido contemplado com uma série de direitos e garantias individuais, o

exercício da autonomia coletiva foi inviabilizado, tornando inócuo o movimento sindical.

Após a II guerra Mundial, os regimes totalitários sucumbiram e houve a retomada dos regimes democráticos. No Brasil, a ditadura de Getúlio Vargas foi deposta e, em 18 de setembro de 1946, foi promulgada uma nova Constituição que trouxe a liberdade político-econômica. Mesmo a queda desse regime totalitário e a promulgação de um texto constitucional democrático não tiveram o condão de acarretar mudanças significativas na estrutura sindical corporativista montada na Carta Magna anterior. O sistema sindical continuou sendo regulado no título da Ordem Econômica e Social, com poucas alterações nas redações dos artigos que regulavam essa matéria. A única alteração expressiva efetivada nessa Carta Política foi ter sido a Justiça do Trabalho integrada ao Poder Judiciário, como órgão especializado; não obstante, foram mantidas estruturas corporativistas, quando preservaram o Poder Normativo e a paridade de representação de empregados e empregadores.

A estrutura sindical, em que essas entidades são instrumentos a serviço do ordenamento econômico, sendo dotadas de personalidade jurídica de direito público, cuja atuação era tida como colaboradora dos Poderes Público e da Justiça do Trabalho, permaneceu quase incólume nas Constituições de 1946, 1967 e inclusive na Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969. Os Sindicatos sempre continuaram legitimados a exercer funções delegadas pelo Poder Público. A substituição da preposição “pelo” na redação do art. 159 da CF de 46<sup>12</sup> pela preposição “de” no art. 166 da CF de 67<sup>13</sup> é muito elucidativa. Com essa modificação, ficou patente que aos sindicatos seriam delegadas funções típicas de Poder Público, ademais foi explicitado no próprio texto constitucional que nessas funções se incluía, desde logo, a atribuição de arrecadar contribuições instituídas por lei para custeio de suas atividades.

Após 1964, o governo teve como principal meta promover o desenvolvimento e a acumulação de capital, pela modernização das instituições econômico-financeiras. Essa conjuntura proporcionou um êxito socioeconômico ao Brasil nos denominados anos Médici<sup>14</sup>. O Estado interveio no processo econômico, preservando o mercado e adequando-o às transformações da base econômica em que ocorre a produção, operando dessa forma a legitimação do processo de acumulação do capital<sup>15</sup>. Esse tipo de organização econômica, que se caracterizava pela completa exclusão política das instituições sociolaborais, produziu uma concentração de poder nas mãos de poucos e o incremento da disparidade econômica entre a elite e população. Grande parte da sociedade permaneceu totalmente à margem desse desenvolvimento e em uma economia estancada. Por outro lado, o peso político das classes proprietárias da produção na representação parlamentar e na máquina burocrática do Executivo causou a generalização de favores e a propagação da cultura de corrupção<sup>16</sup> no país.

Emerge, em meados dos anos 70, um novo movimento sindical, proveniente da industrialização gerada pela implantação do parque automobilístico na região do ABC paulista, uma indústria majoritariamente formada por multinacional privada. Nesse contexto, nasce um sindicalismo que não foi reconhecido pelo ordenamento jurídico, não integrando, portanto, a estrutura vertical vigente na lei<sup>17</sup>. Mesmo tendo esse sindicalismo sua gênese em estrato político-social descontínuo em relação ao sindicalismo anterior, que majoritariamente exercia sua representação nas empresas estatais, não acompanha o desenvolvimento verificado no sindicalismo europeu; seu mundo é o do mercado, da fábrica, da negociação adstrita a salários e a condições de trabalho.

Em 1970, com a aprovação da Lei 5.584/70<sup>18</sup>, foi atribuída ao sindicato da categoria a obrigatoriedade de prestar a assistência judiciária na Justiça do Trabalho,

demonstrando de forma inequívoca, mais uma vez, que não houve qualquer mudança ideológica sobre a concepção adotada em 1937. Os sindicatos ainda eram considerados órgãos do Poder Estatal, instituídos para o desempenho de funções estatais. Foi com fulcro nessa concepção que foi delegada mais essa função tipicamente estatal ao sindicato.

O Presidente Geisel abriu o mercado ao exterior e impulsionou a industrialização nacional, buscando substituir as importações. Esse delineamento converteu o país no sétimo exportador mundial; no entanto, essa orientação político-econômica foi o elemento decisivo da incapacidade do governo militar de dar continuidade ao crescimento econômico no novo marco internacional de divisão do trabalho. Esse conjunto de fatores fez com que os militares sofressem um profundo e generalizado descrédito, cuja principal decorrência foi a de não conseguirem impedir a mudança do poder para um governo civil. Foi esse presidente que introduziu a via controlada de transição política que possibilitou o retorno gradual a um governo civil.

Os generais puderam negociar vários aspectos dessa transição política, em especial o ponto que lhes assegurou a total anistia em relação aos crimes perpetrados contra os direitos humanos. Apesar das multitudinárias mobilizações populares em favor das *diretas já*, as maiores da história do país, os militares conseguiram que as eleições do primeiro presidente civil fosse realizada de forma indireta, por meio do Congresso, onde dispunham do apoio da maioria dos congressistas; contudo, em virtude de discórdias internas, foi eleito o candidato da oposição: Tancredo Neves. Por outro lado, a morte de Tancredo, poucas horas antes de tomar posse no cargo de Presidente, permitiu que ocupasse o cargo o vice-presidente: José Sarney, quem, antes de sua incorporação ao Partido da Frente Liberal, havia sido presidente da ARENA, partido oficial durante todo o regime militar.

A elite desempenhou um papel central nessa transição política, tanto a que estava

no poder durante o regime militar, como a que estava na oposição, assim como a que entrou no novo jogo político. Grande porcentagem dos atuais detentores do poder é formada pelos líderes da oposição do período anterior, os quais participaram da política durante todo período da ditadura militar; portanto, a chamada redemocratização do país nada mais foi que a acomodação da elite governante, com preponderância da civil em detrimento da militar.

Na proposta da *Nova República*, estava inserido que a mudança de regime dar-se-ia pela elaboração de uma Nova Constituição, por uma Assembléia Nacional Constituinte. A *Nova República* surgiu do estrito cumprimento da Constituição então em vigor, sendo procedida por via pacífica e por meio de órgãos estatais estáveis e consolidados, não havendo ruptura da ordem jurídica vigente. O processo de convocação da Assembléia Nacional Constituinte foi deflagrado pelo Presidente da República, por Emenda Constitucional. Na Mensagem que encaminhou ao Congresso Nacional justificando a convocação de uma Assembléia Constituinte, o Presidente assinalou a singularidade de sua iniciativa “pelo fato de estar em plena vigência uma ordem jurídica e suas instituições políticas e civis, cujo império se estenderá até o momento em que for promulgada a nova Constituição”<sup>19</sup>. O Congresso Nacional discutiu e votou a Emenda, introduzindo substanciais alterações na proposta original. Todas as correntes políticas<sup>20</sup> tiveram oportunidade de influir no processo convocatório.

### 3. A estrutura sindical e a Justiça do Trabalho na Constituição de 1988

Houve, na Carta Política de 1988, a vontade política para uma mudança conceitual e ideológica com respeito ao sistema sindical brasileiro. A peremptória vedação de o Poder Público interferir e intervir na organização sindical somada à alteração da localização da regulamentação da estrutura e

funcionamento dos sindicatos para o Capítulo dos Direitos Sociais traçaram as diretrizes a que deveria obedecer a estruturação da legislação trabalhista e nortear os princípios cardiais do direito positivo do trabalho; todavia, esse desiderato não foi alcançado. A atual Carta Magna manteve inalterada grande parte do arcabouço desenhado em 1937, consubstanciando um paradoxo com a orientação adotada no art. 8º, inciso I.

Quanto ao sindicalismo, foi conservado: primeiro, a modalidade de sindicalização por categoria e, via de consequência, o enquadramento sindical; segundo, a unicidade sindical; terceiro, a contribuição sindical compulsória devida por toda a categoria, independentemente de filiação; quarto, a representação pelo sindicato de toda a categoria; e quinto, a obrigatoriedade de o sindicato prestar a assistência judiciária na Justiça do Trabalho. No que tange à Justiça do Trabalho, foi mantida a representação paritária e o Poder Normativo. Mesmo sabendo que todo texto constitucional nasce marcado por inevitáveis concessões e compromissos, contudo deveria ser preservada a congruência lógica dos sistemas.

### 4. Emendas constitucionais mais relevantes

A representação paritária foi extinta da Justiça do Trabalho em 9 de dezembro de 1999, com a aprovação da Emenda Constitucional nº 24. As posições assumidas quanto a esse assunto foram: tanto a Magistratura do Trabalho<sup>21</sup> quanto o Poder Executivo<sup>22</sup> manifestavam-se a favor da extinção da representação classista nesta justiça especializada, contudo as organizações sindicais sempre foram contrárias a essa extinção.

No debate de uma ampla reforma do Judiciário brasileiro, há várias Propostas de Emendas Constitucionais em discussão no Congresso Nacional. Uma delas, a PEC nº 96/92<sup>23</sup>, de iniciativa do Poder Executivo, aventa a possibilidade de subsistência do Poder Normativo somente nos casos de gre-

ve em atividades essenciais, com possibilidade de lesão do interesse público.

A PEC nº 623/1998<sup>24</sup>, proposta também feita pelo Poder Executivo, faculta a interposição de Dissídio Coletivo de natureza econômica interposto por ambas partes, desde que frustrada a negociação coletiva e recusada a arbitragem.

Já a PEC 66/1999<sup>25</sup> derroga: modalidade de sindicalização por categoria e, por conseguinte, o enquadramento sindical; a unicidade sindical; a contribuição sindical compulsória devida por toda a categoria, independentemente de afiliação; a representação pelo sindicato de toda a categoria, ainda que não haja revogado a obrigatoriedade de o sindicato prestar a assistência judicial na Justiça do Trabalho e, no que se refere ao Poder Normativo, amálgama o conteúdo das PEC nº 96/1992 e 623/1998. O parágrafo 2º da futura redação do artigo 114 regula a faculdade de, recusada pelas partes a negociação ou a arbitragem e de comum acordo, interpor o Dissídio Coletivo. O parágrafo 3º apresenta a viabilidade de o Ministério Público do Trabalho ajuizar o Dissídio Coletivo quando haja a possibilidade de lesão do interesse público, sem especificar o conteúdo e os serviços que poderiam abarcar esse interesse público. Doutrinariamente esse parágrafo foi fundamentado na

“necessidade social de superar o impasse na ausência de autocomposição – havendo a possibilidade de que as partes não se componham voluntariamente, adotando métodos de auto-defesa como a greve e o lock-out, cujas conseqüências podem ser danosas para a sociedade, temos que o interesse público imporia a intervenção estatal para solver o impasse e compor o litígio”<sup>26</sup>.

### 5. Panorama econômico-político

Aberta a sucessão presidencial de 1989, os partidos de esquerda apresentaram can-

didaturas próprias. O candidato do Centro, Ulisses Guimarães, principal nome dos liberais da tradição republicana, representando a democracia política e Luiz Inácio Lula da Silva representando a democracia social. Essa cisão, em que pese ao bom desempenho eleitoral da esquerda, possibilitou a vitória eleitoral da direita, do candidato Fernando Collor de Melo. Sua Plataforma demagógica centrou-se na eliminação da corrupção política, tendo por base o seu discurso político a eliminação dos privilégios: os ‘privilegiados do serviço público’ e os ‘ladrões’. O desfecho, como sabido por todos, foi o *impeachment* de Collor de Melo por corrupção.

Na década de 80, a eficácia das políticas econômicas sofreu uma drástica degeneração, com um intenso e sistemático deterioramento de todos os indicadores. A partir de então, o déficit da balança de pagamento transformou-se em um fenômeno crônico. Esse panorama, combinado com um montante elevadíssimo de endividamento externo, fez com que a fuga de capitais alcançasse índices inéditos. A inflação, nesse contexto, saltou a patamares altíssimos, acarretando níveis de desorganização econômica e recessão até então desconhecidos, assim como a viabilidade de um colapso monetário; via de conseqüência, foram implementadas, a requerimento do Fundo Monetário Internacional- FMI, duras políticas de ajuste pelos sucessivos governos. Os mecanismos de indexação foram generalizados, com mudanças monetárias freqüentes e maxidesvalorizações da moeda, duas seguidas de 30% cada uma. Essas medidas não estabilizaram a economia do País; a inflação continuou a incrementar-se, só que de forma colateral.

Esses governos democráticos se viram lançados a uma situação de emergência econômica que delineava problemas e opções para os quais não estavam preparados. Tiveram que enfrentar uma crise que a curto prazo tinha como prioridade a estabilidade econômica e a médio prazo manter a acu-

mulação de capital. O controle da inflação e a construção das instituições democráticas foram conduzidos como sendo objetivos conflitantes e impulsados por lógicas contraditórias, em vez de serem tratados como objetivos interdependentes dentro de uma estratégia global. Para completar o panorama, a crise da dívida externa coincidiu com a convergência da trajetória política do Brasil.

A recessão dos anos oitenta e os efeitos do ajuste estrutural da década de noventa provocaram uma severa redução real de salários, com perda do poder aquisitivo e a diminuição de oportunidade de emprego, o que impeliu uma considerável porcentagem da mão-de-obra ativa a incrementar o número de desempregados<sup>27</sup> ou forçaram-nos ao subemprego. Essa estrutura seguiu impulsionando as desigualdades sociais.

No decorrer de 1996, foram aplicadas políticas fortemente antiinflacionárias, nas quais foram incluídas a redução do déficit fiscal e a contração dos gastos públicos<sup>28</sup>. A práxis política inerente a esses choques antiinflacionários é muito parecida com as modalidades de tomada de decisão dos antigos regimes autoritários. Essa continuidade de estilo produziu um duro golpe nas expectativas dos brasileiros de um começo que indicava uma transição a um sistema político democrático. A instabilidade política, o descrédito e o desgaste tanto do Poder Legislativo como do Poder Judiciário e a hiperinflação “predispuseram a população a ver a relativa concentração de poder nas mãos do Executivo, (...) como um preço pequeno a pagar pela estabilidade política, econômica e financeira” (SOARES, 1999, p. 47).

Em países tão fortemente presidencialistas<sup>29</sup> como o Brasil, não existem procedimentos claros e efetivos para supervisionar ou impugnar as medidas por ele decretadas. As Medidas Provisórias-MPs<sup>30</sup>, como reguladas antes da alteração constitucional<sup>31</sup>, demonstravam o grau de concentração de poder entregue às mãos do Presidente da República brasileiro. Existia uma inter-relação entre o propósito de pôr em prática

um plano de estabilidade econômica e alterações nas relações entre o Executivo e o Legislativo. Essas alterações acabaram por concentrar ainda mais poderes no Executivo. Os meios para a mencionada concentração foram a utilização de medidas provisórias, dando-lhe maior extensão. O nível de emissão das MPs por parte do Executivo mostravam um considerável incremento durante os vários planos econômicos<sup>32</sup>, no maior ou menor esforço que o Governo dedicava ao plano de estabilização econômica. O Governo recorria a Medidas Provisórias em vez de submeter essas políticas ao crivo do Legislativo.

No Brasil o processo de tomada de decisões, na formação de políticas de governo, é realizado pela elite Estatal e pelos altos escalões do governo sem a participação da sociedade. Não existe nenhuma vontade política para o incremento da consertação social nesse processo; a implantação dessas decisões surpreende a todos com o fato consumado, principalmente nos âmbitos institucional, industrial e político.

A direita, desde a transição política, teve maior capacidade de ganhar as eleições democráticas em razão de sua maior atração ideológica sobre os eleitores e do seu acesso aos meios de comunicação de massa. A influência desses meios trouxe modificações notáveis na vida política brasileira. O resultado geral foi o distanciamento da sociedade em relação às discussões políticas, o descrédito dessas instituições e a despolitização da população<sup>33</sup>.

O Brasil é um país pouco dotado de consciência política. É uma democracia pouco vivida pelo povo, com exceção dos movimentos populares dos chamados ‘caras-pintadas’ exigindo democracia e diretas já, assim como o *impeachment* de Collor; as massas, na sociedade brasileira, não exercem participação permanente na tomada de decisão político-econômica pelo Estado. A soberania popular se manifesta essencialmente nos períodos eleitorais<sup>34</sup>. Prevalece uma freqüente indiferença e apatia da popula-

ção em relação aos fenômenos políticos, sobretudo onde prepondera a cultura da sujeição da opinião social pela mídia.

### 6. *Fundo Monetário Internacional - FMI*

O Brasil foi endividando-se progressivamente desde os anos cinquenta, sendo que, nos anos oitenta, a dívida começou a se tornar impagável. A estrutura produtiva dependente foi incapaz de gerar, por si mesma, os recursos necessários para saldar a dívida, portanto foram sendo solicitados novos empréstimos com o único objetivo de liquidar os empréstimos que já estavam vencendo. O nível de dependência financeira foi tal que depois de alguns anos o país devia mais de juros do que recebia de empréstimo.

Surge, em 1985, o Plano Baker com o exclusivo propósito de seguir drenando recurso, renegociando a dívida até o ponto de garantir a viabilidade de continuar cobrando-a<sup>35</sup>. Começa o marco de 'negociações' com o FMI, que impõe medidas econômicas e disposições normativas, as quais crêem suficientes para conseguir o seu intento, sendo a negativa em adotá-las pelo governo devedor considerada pelo FMI como recusa a renegociar a dívida, mantendo assim os piores critérios em relação ao financiamento.

O processo de privatização foi imposto pelo Plano Baker, com a finalidade de pôr fim aos monopólios estrangeiros e de permitir que houvesse a inversão privada estrangeira na compra da dívida, cujo alvo era legitimar um sistema autodenominado 'economia livre de mercado', que se tornou hegemônico no campo da comunidade internacional. Essa medida não teve o poder de reduzir a dívida financeira, apenas conseguiu uma estabilidade momentaneamente.

Sob o impacto das determinações do FMI<sup>36</sup>, trazidas pela negociadora Ana Maria Juhl, os Governos brasileiros, a partir de então, foram implementando planos de estabiliza-

ção econômica: ajuste fiscal drástico, com arrocho salarial permanente, cortes de gastos públicos<sup>37</sup> e juros altos, com o fito de segurar, a qualquer custo, a demanda interna, cujos reflexos sempre recaíam nos salários. Os efeitos das medidas adotadas para seguir o Plano Baker incrementaram consideravelmente o nível de pobreza do país.

### 7. *O paradoxo do sistema vigente*

O termo *liberdade sindical* neste trabalho é empregado com o sentido de que nessa liberdade se inclui o direito de os sindicatos organizarem-se em sindicatos autônomos que sejam capazes de representarem eficazmente seus filiados. Isso quer dizer que deverão ser protegidos os fins coletivos dessas associações.

A valoração crítica do efeito que o sistema político-constitucional exerce sobre a problemática da liberdade sindical no Brasil deve começar pelo entendimento da ideologia adotada e da visão do conjunto de normas que o regulam. Essa compreensão depende justamente da percepção de todos os prismas da normativa constitucional, observando o conteúdo ideológico inserto em um inciso sem perder de vista os conteúdos dos outros incisos.

A legislação está a serviço de uma determinada concepção político-social, cujos institutos introjetam a inspiração político-econômica vigente, e ademais aspiram a perpetuá-la. Toda normativa é impregnada pela ideologia adotada pelo legislador. Antônio Alvares da SILVA (1985, p. 377) aduz servir todos os sistemas jurídicos à ideologia dominante,

“pois nenhuma conduta humana pode ir além ou ficar aquém do horizonte histórico a que se acha vinculada. Sendo a lei a conduta julgada adequada para o momento histórico vivido, é lógico que a norma, pela qual se orientará, constitui-se da pauta de valores vigentes que se mostrarão na conduta para determiná-la”.

Desvelar a ideologia abraçada por uma legislação permite ao hermeneuta a ilação de quais foram as razões sociais, políticas, ideológicas e filosóficas que influenciaram e intervieram em toda a construção jurídica, propiciando-lhe uma visão crítica da realidade que o rodeia. Antônio Alvares finaliza o seu raciocínio no sentido de que

“o dissecamento da ideologia subjacente aos ordenamentos jurídicos e, dentro deles, das leis ou códigos é, pois, a tarefa mais relevante do jurista porque permite o isolamento dos valores constitutivos da norma, retirando dela o alcance preciso sobre os fatos sociais, dos quais se torna medida exata e mais adequada” (p. 377).

Neste estágio, torna-se imprescindível elucidar a acepção jurídica da palavra ‘ideologia’. Adota-se, para tanto, o conceito formulado por Chevalier: “um sistema *coerente de idéias*, representações intelectuais, suscetíveis de determinar uma certa direção, ao comportamento humano, passando a suporte da ação política”<sup>38</sup> (grifo nosso). Miguel REALE explicita implicar a ciência sempre uma coerência entre juízos que se enunciam, sendo necessário que os enunciados não se choquem nem se conflitem, mas se ordenem em um nexos comum que lhes assegure coerência e validade (1965, p. 53-54). Por seu lado, Karl POPPER sustenta que a condição da compatibilidade é a primeira condição entre as várias que devem ser satisfeitas por um sistema teórico ou um sistema axiomático, seja ele empírico ou não empírico (1999, p. 77).

Construir o direito é uma atividade difícil, metódica e complexa que demanda uma ampla gama de conhecimentos. A elaboração de preceitos concretos constitui toda uma arte. A sua estruturação deve ser edificada tendo como parâmetro os princípios fundamentadores do instituto jurídico regulado, com coerência de raciocínios, idéias e ideologia. Cada um dos incisos de uma legislação é parte integrante do sistema jurídico, por isso é logicamente essencial e certamente imperiosa a estruturação de um in-

ciso à luz de todos os outros. Cada artigo influencia e é influenciado por todos os outros do mesmo sistema, repercutindo reciprocamente uns nos outros. Fulcrando-se em todo o embasamento teórico *suso* examinado, pode-se afirmar que a legislação deve ser erigida por um sistema de princípios jurídicos e ideológicos coerentes, harmônicos e compatíveis entre si.

As elaborações, discussões e votações de anteprojetos de lei no Congresso Nacional deveriam ser norteadas pelos princípios que regem os institutos por eles regulados, preservando assim a harmonia e efetividade de todos os interesses jurídicos por eles protegidos, refletindo desse modo um sistema compatível de idéias, isto é, uma ideologia.

O arcabouço da estrutura sindical deveria ser, no sentido técnico-jurídico, perfeito e acabado, de modo a evitar que os preceitos por ele protegidos não se transformassem em institutos privados de sua força total, graças aos empecilhos da legislação que os regula. O raciocínio desencadeado por esse questionamento é bastante elucidativo: se a estrutura sindical criada em 1937 foi um mecanismo extremamente eficiente para aniquilar o poder de mobilização, reivindicação e autonomia de decisão dos representantes das entidades sindicais, preservar quase intacta tal engrenagem jurídica não surtiria atualmente os mesmos efeitos anteriores? Isto é, não dificultaria o livre exercício reivindicatório dos empregados, ocasionando um esvaziamento em sua capacidade mobilizadora?

O enunciado de liberdade sindical plasmado no inciso I do art. 8º da CF entra em contradição com a estrutura cristalizada nos incisos posteriores, pois, no instante em que o Direito preceitua a liberdade sindical, impregnando-a com toda uma carga ideológica e, logo nos incisos posteriores, mantém as restrições impostas a essa liberdade no ordenamento anterior, tais dispositivos são incompatíveis e inconciliáveis entre si. Essa conjuntura jurídica representa uma dominação sutil e dissimulada, que tolhe a liberdade

sindical, visto que não lhe proporciona o suporte legal, isto é, os instrumentos jurídicos para que possa expressar-se em sua máxima extensão e plenitude. A eficácia da norma inserida na constituição não tem a irradiação que deveria ter, em virtude de estar inserida em uma estrutura organizacional com um lineamento ideológico diametralmente oposto ao seu, que anula a sua essência e o seu espírito. A legislação vigente parece claudicante, anacrônica e paradoxal, pois funde concepções jurídicas heterogêneas, coexistindo fundamentos ideológicos distintos dentro de um mesmo sistema jurídico, inviabiliza-o e torna ineficaz o seu conteúdo.

Assevera o texto constitucional ser a associação profissional livre, não podendo a lei exigir autorização do Estado para a fundação de sindicatos, ressalvado o registro no órgão competente. Ainda que o sindicato não precise mais de autorização do Estado para sua criação, a liberdade de criação esbarra na estrutura rígida recepcionada. Oscar Ermida URIARTE explicita que, após a aprovação da Convenção Internacional nº 87, da OIT, há unanimidade de opiniões em que a escolha de uma ou outra forma de organização sindical – horizontal ou vertical, por atividade ou por empresa – deva caber aos próprios interessados, não podendo ser imposta pela legislação nacional (1985, p. 84). Diante do silêncio do convênio 87, o Comitê de Liberdade Sindical se manifesta sobre esse tema considerando legítima a unicidade sindical voluntária, posicionando-se no sentido de que “a unidade do movimento sindical não pode ser imposta mediante intervenção do Estado pela via legislativa, pois dita intervenção é contrária ao princípio incorporado nos artigos 2º e 11º do convênio 87” (OIT, 1976, párrafos, 15 et seq.).

Arion Sayão Romita agrega que “a organização sindical arquitetada por Oliveira Vianna não poderia prescindir dos seguintes elementos: unicidade sindical, sindicalização por categoria, enquadramento sindical prévio e obrigatório”. Acrescenta conduzir

“a ‘ordenação das categorias’ à noção de enquadramento sindical”, portanto, mesmo tendo sido aparentemente revogados os preceitos da CLT que regulam a matéria, o modelo continua a vigor. (...) Conclui ser “inerte ao exercício da liberdade sindical a faculdade de que goza o sindicato de determinar o âmbito profissional da organização”<sup>39</sup>.

A liberdade sindical de organização interna representou um relevante avanço. O Estado não pode mais interferir na organização da entidade, somente a assembléia geral da categoria poderá disciplinar a sua organização e o seu funcionamento, inclusive no que diz respeito às eleições. Não obstante, com o propósito de evitar os abusos que se multiplicavam, o Supremo Tribunal Federal brasileiro, no Recurso Extraordinário nº 193345/SC<sup>40</sup>, por unanimidade de votos, entendeu não haver incompatibilidade entre o art. 522 da CLT e o art. 8, inciso I, da CF (princípio de liberdade sindical), “ao fundamento de que, estando tal liberdade disciplinada em normas infraconstitucionais, a lei pode fixar o número máximo de dirigentes sindicais à vista da estabilidade provisória no emprego a eles garantida no art. 8º, VIII, da CF”, limitando, assim, a estabilidade provisória ao máximo de diretores definidos pelo artigo da CLT.

Coerente com o princípio de liberdade sindical, foi reconhecido constitucional o direito de greve; contudo, foi-lhe retirado muito de sua força, quando da regulamentação do exercício desse direito pela Lei 7.783, de 28 de junho de 1989. O art. 1º transcreve o art. 9º da CF. Nesse artigo, é assegurado o direito de greve e definido competir “aos trabalhadores decidirem sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender”. No entanto, o art. 8º permite que, por iniciativa de qualquer das partes ou do Ministério Público do Trabalho, a Justiça do Trabalho decida sobre a procedência, total ou parcial, ou improcedência das reivindicações, definindo o art. 14 constituir abuso do direito de greve a ma-



nutenção da paralisação após a decisão da Justiça do Trabalho. Em tendo a CF delimitado caber *aos trabalhadores* decidirem quais os interesses que devam por meio da greve defender, não poderia, nesta lei, ser deferida à Justiça do Trabalho a competência para deliberar sobre o mérito das reivindicações. Em um regime democrático, compete ao Judiciário tão-somente apreciar a legalidade ou a ilegalidade e os abusos cometidos no exercício desse direito, nunca a procedência ou improcedência das reivindicações. A lei exorbitou a delimitação legiferante deferida pelo § 1º do art. 9º da CF, pois esse inciso possibilitava a limitação do exercício do direito de greve para garantir que fossem assegurados os serviços ou atividades essenciais e regulasse o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. A OIT considera “o direito de negociar livremente com os empresários como um elemento essencial na liberdade sindical”<sup>41</sup>.

A Constituição, em vários incisos do artigo 8º, revitalizou e revalorizou o papel da convenção e do acordo coletivo<sup>42</sup>, demonstrando uma vontade política em direção ao incremento da autonomia coletiva e, de forma paradoxal, deferiu, no § 2º do art. 114, o Poder Normativo à Justiça do Trabalho. Esse poder é incompatível com o modelo de relações laborais de um regime democrático de direito, inspirado no princípio de liberdade sindical, na medida em que esse poder foi uma das fórmulas adotadas pelo sistema corporativo para que o Estado pudesse intervir no conflito social sendo o único moderador dessas relações. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 114836/MG, por unanimidade de votos, não reconheceu competência legiferante à atribuição da Justiça do Trabalho para resolver dissídios individuais ou coletivos, isto é, ao ver do Supremo, o Poder Normativo não tem competência legiferante<sup>43</sup>. Em sendo da essência do Poder Normativo a competência legiferante e não podendo mais estabelecer em um Dissídio Coletivo cláusulas que contenham condições ou

direitos diversos dos deferidos pelo ordenamento jurídico, foi esvaziado o conteúdo do Poder Normativo e perdeu o seu sentido de ser. Por outro lado, essa conjuntura possibilita ao patronato usá-lo como um escudo, porque, sabendo que a justiça não poderá deferir nenhuma cláusula que não esteja regulada por lei, somente incrementando os direitos já reconhecidos legislativamente, não obterá a classe trabalhadora nenhuma conquista diferente das positivadas no ordenamento jurídico, tão-só o seu incremento percentual.

Conforme nos ensina Martins CATHARINO, a obrigatoriedade do pagamento do imposto sindical foi estabelecida por decreto-lei em 1940 e, posteriormente, com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, consagrada a obrigatoriedade desse pagamento, com a mesma denominação, até que em 1967, pelo decreto-lei nº 229, passou a ser designada “Contribuição Sindical”, permanecendo assim até hoje (1977, p. 301-302).

A alteração legislativa *a posteriori* da nomenclatura jurídica de um instituto não tem o condão de alterar sua natureza jurídica. A manutenção desse imposto, travestido de ‘Contribuição Sindical’, representa um retrocesso em nossa legislação. Evaristo de Moraes Filho, antes da CF de 88, já alertava que “a tendência se fazia no sentido de desaparecer de vez da legislação ordinária”; aduz ser o Brasil “o único país do mundo que o mantém, depois de o haver copiado da legislação fascista do trabalho”. Argumenta que, “enquanto houver imposto, não haverá liberdade sindical, já que a ele estão sujeitos inclusive os não sindicalizados. Com imposto não haverá nunca um sindicalismo autêntico e democrático entre nós” (apud SILVA, 1977, p. 105).

Os sindicatos continuam a ser obrigados a exercerem atividade delegada pelo Poder Público, mesmo tendo sido alterada a sua personalidade jurídica. Os sindicatos não podem mais ser obrigados a prestar a assistência judiciária na Justiça do Traba-

lho, em razão de ser essa uma atividade típica de Poder Público. Sindicatos que continuam a exercer esse tipo de função não são sindicatos na verdadeira acepção da palavra (cf. PENIDO, 1998, p. 839-850).

Evaristo de MORAIS FILHO, a respeito do problema do sindicato único no Brasil, assevera ter sido pouco modificada a nossa legislação sindical. E isso constitui deveras um fato curioso: “a sobrevivência de uma lei, promulgada para um regime corporativo fascizante, em pleno quadro democrático de uma nação” (1985, p. 414). Na mesma esteira de raciocínio, Carlos Alberto Menezes Direito aduz que “o pluralismo da organização sindical, escoimado das limitações impostas pela interferência do Estado, deve ser o objetivo preponderante da nova ordem constitucional. É esse o único caminho possível para fortalecer a organização dos trabalhadores, a sua mobilização, para a defesa de seus direitos”<sup>44</sup>.

Não se presta a devida atenção ao fato de que, apesar de o sindicato ter sido liberado da intervenção patente do Estado em sua organização interna, a estrutura jurídica continua interferindo, por meio das amarras existentes na lei, na manifestação e expressão dessa liberdade. Trata-se de um tipo de limitação que não consiste necessariamente em alguma forma de restrição externa e aparente, mas sim em restrições estruturais, que obstruem a realização plena dessa liberdade. Não resta dúvida que houve um triunfo sobre aqueles poderes estatais que tinham a faculdade de intervir na sua organização interna e até mesmo dissolvê-lo; no entanto, o sindicato ainda não conseguiu libertar-se dessas amarras e expressar totalmente essa liberdade pelo pleno exercício da autonomia coletiva.

A declaração contida no inciso I do art. 8º da CF é uma etapa na marcha em direção à liberdade sindical plena; sem embargo, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que os sindicatos se libertem das correntes da antiga estrutura. Esse conquista é também qualitativa e não somente quan-

titativa. Deve-se preservar as liberdades já alcançadas, sem olvidar-se da conquista de novos tipos de liberdade, capaz de permitir a sua realização integral.

A legislação deveria oferecer mecanismos orientados a fortalecer e favorecer a autonomia coletiva, permitindo um funcionamento equilibrado do sistema de relações laborais e proporcionando aos sujeitos dessa relação os instrumentos institucionais para que eles mesmos pudessem solucionar seus impasses. Deveria haver um maior espaço para que as partes pudessem se auto-regular e dar soluções mais consentâneas com as expectativas e necessidades coletivas do grupo.

Não se apregoa, neste trabalho, a desregulamentação total do direito do trabalho, com a supressão de uma proteção mínima heterônoma e a sua substituição pela autonomia coletiva. A moderna construção do Direito do Trabalho se alicerça em dois pilares básicos: na intervenção estatal e na autonomia coletiva. A atribuição de regulamentar as relações trabalhistas é uma responsabilidade partilhada entre o Estado e os autores das relações sociais, não sendo exclusiva nem do primeiro, nem do segundo. Já é hora de a autonomia coletiva assumir a sua parte. As normas estatais têm a atribuição de estabelecer o patamar mínimo, cabendo aos acordos e às convenções coletivas a missão de incrementar esses mínimos.

Ives Gandra esclarece que essa estrutura corporativa não foi desfeita pelos sucessivos governos civis ou militares que sucederam o Estado Novo, pelo simples fato de que não convinha a qualquer governo posterior desarticulá-la, dada a facilidade estatal de controle do movimento sindical, que, deixado ao seu próprio arbítrio, poderia, mormente nos períodos de crise econômica, constituir elemento desestabilizador da ordem vigente<sup>45</sup>.

O legislador brasileiro resiste a institucionalizar mecanismos que possibilitem uma efetiva auto-regulação de forma completa e eficaz. Na nova etapa de reformas constitucionais, que ainda estão pendentes,

os congressistas têm outra oportunidade para realizar mudanças substanciais na regulamentação da autonomia coletiva e estabelecer uma ordem político-constitucional que permita perfilar um funcionamento efetivo da autonomia coletiva da vontade. Para que a lei opte em favor do crescimento progressivo do papel da autonomia coletiva na regulação das condições de trabalho, tem que institucionalizar mecanismos variados que o possibilitem, salvaguardando aspectos do conteúdo do equilíbrio interno e do regime das relações de trabalho.

A propósito desse tema, Antônio Alves da Silva conclui seu artigo argumentando ser evidente a necessidade de uma modificação na perspectiva das relações coletivas do trabalho, para que haja a construção de critérios novos, imbuindo os sindicatos a assumirem “no Brasil o papel que possuem nas demais nações industrializadas, de elemento catalisador, monopolizador e coordenador das reivindicações do trabalhador e do empregador”. Retirando do governo e entregando aos próprios protagonistas das relações sociais o poder de regular seus próprios interesses, o Estado democrático se fortalece e só por esse meio poder-se-á atingir a harmonia e solidariedade entre os trabalhadores. Sustenta ser “a organização sindical brasileira, tal como regulada nos arts. 511 a 610 da CLT, burocratizante, insatisfatória e cerceadora de qualquer atividade livre dos sindicatos”, sendo inadiável a necessidade de mudá-la. Reflexiona não ter “nenhum país civilizado do mundo ocidental chegado ao estágio atual de sua evolução sem contar com a participação dos sindicatos como meio eficiente de solução dos problemas sociais, portanto “devemos caminhar mais depressa para superarmos nosso atraso em relação à história. Antes que seja tarde demais”(1985, p. 377, 396-397).

### 8. Conclusão

À luz dessas considerações, constatam-se várias assertivas:

A estrutura da organização sindical e da Magistratura do Trabalho constitui uma concepção implantada pela Carta Magna de 1937. Essa noção foi estruturada com o propósito de controle total dos fatores de produção. Principia pela normatização da legislação trabalhista, passa pela política de atrelamento sindical ao Estado e finda na solução dos dissídios individuais do trabalho pela Justiça do Trabalho, assim como pela solução dos litígios coletivos pelo Poder Normativo. A preservação de grande parte dessa estrutura traduz, indubitavelmente, a permanência dessa influência na legislação atual.

A atividade sindical é delimitada pela Legislação Trabalhista em vigor: a CLT, cujas normas ainda restringem o exercício pleno da liberdade sindical, em virtude de não lhe prover dos instrumentos institucionais necessários para a sua realização plena, devendo, portanto, tais limitações serem escoimadas do nosso ordenamento jurídico.

Os princípios ideológicos que regem a liberdade sindical proclamada no inciso I do art. 8º e o fato de atualmente os sindicatos estarem incluídos entre as pessoas jurídicas de direito privado são incompatíveis com a modalidade de sindicalização por categoria; com o enquadramento sindical; com a unicidade sindical; com a contribuição sindical compulsória devida por toda a categoria, independentemente de filiação; com a representação pelo sindicato de toda a categoria; com a obrigatoriedade de o sindicato prestar a assistência judiciária na Justiça do Trabalho, bem como também são inconciliáveis com a manutenção do Poder Normativo na Justiça do trabalho.

A liberdade sindical transmitida na CF é uma liberdade aparente e ilusória, pois o conceito de liberdade sindical consagrado hoje quase universalmente rejeita as amarras estruturais *sus*o referidas. Para que haja uma completa liberdade sindical, é preciso que o sindicalismo brasileiro seja capaz de exercer plenamente a autonomia coletiva, deve ter maturidade suficiente para deixar

de estar preso aos mecanismos estruturados pelo aparato jurídico para dominá-lo, transformando-se em sindicato do tipo “defesa de classe”, permitindo, assim, que a classe trabalhadora conte com capacidade e liberdade para se organizar, ganhando autonomia em sua representação e reivindicações.

Nesta fase de reformas constitucionais ainda pendente, o Legislativo brasileiro tem outra oportunidade para realizar mudanças significativas na regulamentação da autonomia coletiva e estabelecer uma ordem político-constitucional que permita que se possa adotar um funcionamento efetivo da autonomia coletiva da vontade.

Ressalta-se mais uma vez que não se propugna a eliminação da intervenção estatal e a sua substituição pelo auto-regulação, mas sim um processo de reforma política do ordenamento laboral e uma revisão do sistema constitucional de relações trabalhistas que conduza à supressão de todas as normas que obstaculizam a liberdade de atuação autêntica sindical, bem como uma mudança no comportamento das organizações sindicais.

### Notas

<sup>1</sup> Insta salientar que já vigorava no Brasil o sistema de pluralidade sindical. Desde 1907, vigorava o regime de pluralidade sindical, o qual foi revogado pelo Decreto-Lei 19.770 de 19/03/1931, que instituiu o sindicato único. Posteriormente, o Decreto-Lei 24.694, de 12 de julho de 1934, retomou a pluralidade sindical, apesar de persistir restrição à sua autonomia, em razão da manutenção do enquadramento estatal. Em 5 de agosto de 1939, o Decreto-Lei 1.402 restabeleceu a unicidade sindical.

<sup>2</sup> “Art. 120. Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei. Parágrafo único, A lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos.

Art. 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições de trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país. § 1º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que collimem

melhorar as condições do trabalhador: j) *reconhecimento das convenções colectivas de trabalho*” [grifo nosso] (CUNHA, 2001, p. 132-133).

<sup>3</sup> “Bem ao contrário da afirmação que corre como oficiosa, se não como oficial, de que o problema social no Brasil é uma questão de polícia, nós estamos convencidos de que também aqui, como em todos os países civilizados, o problema social existe (...) O que de inquietador e grave aparece no Brasil é a preocupação de ignorar oficialmente a existência de um problema desta natureza” (Manifesto da Aliança Liberal. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 21 out. 1929).

<sup>4</sup> Art. 139. (...) A greve e o *lock-out* são declarados recursos anti-sociais, nocivos ao trabalho e ao capital e incompatíveis com os superiores interesses da produção nacional.

<sup>5</sup> É interessante observar a retomada da denominação *corporações* e a sua interligação com as rígidas normas imperantes nas corporações de ofício, abolidas do ordenamento brasileiro desde a entrada em vigor da *Constituição Imperial de 1824*. Art.179, inciso XXV - Ficam abolidas as Corporações de Ofício, seus Juizes, Escrivães e Mestres. (grifo nosso)

<sup>6</sup> Art. 140. A economia de produção será organizada em *corporações*, e estas, como entidades representativas das forças do trabalho nacional, colocadas sob a assistência e a proteção do Estado, são órgãos deste e exercem funções delegadas de poder público (grifo nosso).

<sup>7</sup> *Problema de Direito Sindical*, Rio de Janeiro, sem data, [19--?], p. 209.

<sup>8</sup> Art. 122. Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidos pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV (Do Poder Judiciário), do Título 1 (da Organização Federal). *Parágrafo único*. A constituição dos Tribunais do Trabalho e das Comissões de Conciliação obedecerá sempre ao princípio da eleição de seus membros, metade pelas associações representativas dos empregados, e metade pelas associações dos empregadores, sendo o presidente de livre nomeação do Governo, escolhido dentre pessoas de experiência e notória capacidade moral e intelectual (CUNHA, 2001, p. 133).

<sup>9</sup> Art. 139. Para dirimir os conflitos oriundos das relações entre empregadores e empregados, reguladas na legislação social, é instituída a justiça do trabalho, que será regulada em lei à qual não se aplicam as disposições desta Constituição relativas à competência, ao recrutamento e as prerrogativas da justiça comum (CUNHA, 2001, p. 192).

<sup>10</sup> Decreto-lei nº 1.237.

<sup>11</sup> Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943.

<sup>12</sup> “Art. 159. É livre a associação profissional, sendo reguladas por lei a forma de sua constitui-

ção, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo poder público”. [grifo nosso]

<sup>13</sup> “Art. 159. É livre a associação profissional ou sindical; a sua constituição, a representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas de poder público serão reguladas em lei”. [grifo nosso]

§1º Entre as funções delegadas a que se refere este artigo, compreende-se a de arrecadar, na forma de lei, contribuições para o custeio da atividade dos *órgãos sindicais e profissionais* e para a execução de programas de interesse das categorias por eles representadas”. (grifo nosso)

<sup>14</sup> Período compreendido entre os anos 1968 a 1973.

<sup>15</sup> As características desse tipo de crescimento econômico são: “a internacionalização produtiva da economia, a intervenção de um Estado competente na distribuição de incentivos à acumulação privada e na arbitragem entre os blocos de capital doméstico e forâneos; a incorporação restrita das massas às normas “modernas” de produção e de consumo; e a completa exclusão política dos mais fracos e menos favorecidos” (GRAU, 1985, p. 15).

<sup>16</sup> “A corrupção constitui-se em elemento de transferência de renda, a partir do Estado, das elites econômicas para funcionários da máquina pública que se aproveitam da legislação e do arcaísmo operacional do Estado, a fim de cobrarem um tributo pessoal. Os efeitos de tal prática são fundamentalmente três: ineficiência no gasto público (social), concentração de renda e distorção nos preços relativos da economia” (SILVA, 2002). André Eduardo da. *Cleptocracia e Atraso Econômico*. Disponível em: <<http://www.politicohoje.com>>

<sup>17</sup> A Central Única dos Trabalhadores – CUT, quando negocia com a classe patronal, tem sempre que ser respaldada por um sindicato que assine todas as convenções ou acordos coletivos nos quais ela intervém.

<sup>18</sup> *Lei 5584/70 - Art. 14*. Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador./ Foi alterada a letra “b” do art. 514 da CLT que *definia como deveres dos Sindicatos manter serviços de assistência judiciária para os associados*.

<sup>19</sup> No Jornal *O Estado de São Paulo* de 29/06/1985.

<sup>20</sup> Quatro substitutivos alteravam substancialmente a Proposta presidencial e nove emendas introduziam modificações na Proposta encaminhada ao Congresso Nacional. “Diário do Congresso Nacional” de 22/08/1985, fls. 1475/1486.

<sup>21</sup> “A representação classista cumpriu o seu ciclo. Eles, os juízes classistas, foram úteis no tempo em que os magistrados do trabalho não tinham

uma cultura específica relativamente às lides trabalhistas. É outra a realidade nos tempos atuais. Hoje os magistrados do trabalho aliaram uma cultura social – diga-se mesmo uma cultura sociológica – à técnica jurídica das decisões judiciais. Não importa apenas a verdade formal; deve prevalecer, sim, a verdade real. É um princípio doutrinário universal em direito do trabalho. Os juízes leigos não dominam essa técnica jurídica. Nem cultivam com rigor científico a visão da sociologia do trabalho. Ela tem origem, sim, na vida social que é um espaço comum à convivência humana. Mas deve ser aplicada, rigorosamente, dentro de um modelo de juridicidade. E, pior do que isso, a representação tanto de empregado como de empregador perdeu a sua autenticidade à medida que as indicações das entidades sindicais foram notoriamente deturpadas pela ânsia do empreguismo fácil na administração pública. Essa prática tem enfraquecido o sindicalismo brasileiro multiplicado em entidades criadas exclusivamente para a indicação de juízes classistas. São entidades sindicais fantasmas sem qualquer compromisso com a ética e a filosofia do trabalhismo dentro ou fora do Brasil”. Posição retida da página web do TST: <http://www.tst.gov.br>. ícone O TST E AS REFORMAS NO DIREITO E NA JUSTIÇA DO TRABALHO.

<sup>22</sup> Em 3 de junho, o Líder do Governo na Câmara, Arnaldo Madeira (PSDB-SP), “admitiu que a posição de Dornelles é realmente a oficial. Segundo Madeira, o Governo é favorável à extinção dos juízes classistas, não do TST, e trabalhará para sair vitorioso no Congresso. – O Governo não é a favor da extinção da Justiça do Trabalho. É a favor da extinção dos juízes classistas e da implantação de um rito sumário para as causas trabalhistas – esclareceu Madeira” (*O Globo*, Editorial, 4 jun. 1999).

<sup>23</sup> “Art. 26. O art. 114 passa a vigorar com a seguinte redação, *revogados seus §§ 1º a 3º*: “Art. 114. A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-las aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho. (NR) [Grifo nosso]

Art. 27. O art. 115 passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 115. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: (NR)

§ 2º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito. (NR)”

<sup>24</sup> PEC nº 623/98 “Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os dissídios individuais e coletivos de natureza jurídica, entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública

direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, os conflitos de direito sindical e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes das relações de trabalho, bem como as relativas ao cumprimento de suas próprias sentenças, de laudos arbitrais e de convenções e acordos coletivos.

§ 1º Frustrada a negociação, os conflitos coletivos, a pedido conjunto das partes, poderão ser submetidos à arbitragem, inclusive da Justiça do Trabalho.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos, em comum acordo, *ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho, em caráter excepcional, estabelecer normas e condições, conforme dispuser a lei, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho*". [Grifo Nosso]

<sup>25</sup> 66.SF PEC 33, de 20/04/1999, altera os arts. 8º, 111 e 114 da Constituição Federal e dá outras providências. Art. 1º- Os arts. 8º, 111 e 114 da Constituição Federal passam a vigorar com as seguintes alterações:

“ Art. 8º É assegurada a liberdade sindical, mediante os seguintes princípios:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvando o registro como pessoa jurídica na forma da lei civil, vedadas ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - ao sindicato cabe a defesa judicial e extrajudicial dos direitos e interesses coletivos ou individuais *dos seus representados*;

III - a assembléia geral, observado o princípio da razoabilidade, *fixará a contribuição devida ao sindicato pelos seus representados*, a qual será descontada em folha de pagamento;

IV - ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato;

V - é obrigatória a participação dos sindicatos de trabalhadores nas negociações coletivas de trabalho;

VI - é vedada a dispensa do empregado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave, nos termos da lei.

Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas às condições que a lei estabelecer.” (NR)

“Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar os dissídios individuais e coletivos de natureza jurídica, entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e

da União, os conflitos de direito sindical e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como as relativas ao cumprimento de suas próprias sentenças, de laudos arbitrais e de convenções e acordos coletivos.

§ 1º Frustrada a negociação, os conflitos coletivos, a pedido conjunto das partes, poderão ser submetidos à arbitragem, inclusive da Justiça do Trabalho.

§ 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos, em comum acordo, *ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho, em caráter excepcional, estabelecer normas e condições, conforme dispuser a lei, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho*.

§ 3º O ajuizamento do dissídio coletivo poderá se dar unilateralmente, ou pelo Ministério Público do Trabalho, quando, a juízo da Justiça do Trabalho, *houver possibilidade de lesão ao interesse público*.

§ 4º *No exercício da competência normativa prevista no § 2º deste artigo, a Justiça do Trabalho limitar-se-á nas hipóteses de cláusulas econômicas, a decidir entre duas propostas finais das partes ou no intervalo entre ambas*.

§ 5º O exercício do direito de ação individual perante a Justiça do Trabalho será obrigatoriamente precedido de tentativa extrajudicial de conciliação, utilizando-se, inclusive, a mediação, conforme dispuser a lei.”

Art. 2º No prazo de cento e vinte dias, contados da promulgação da presente Emenda Constitucional, o Poder Executivo, procedidas as consultas e negociações tripartites, encaminhará ao Congresso Nacional projeto de lei sobre a garantia da organização sindical e da negociação coletiva e a conciliação extrajudicial.

Parágrafo único. Fica prorrogada por doze meses a vigência dos atuais instrumentos de negociação coletiva, inclusive sentenças normativas, salvo se substituídos por novos instrumentos normativos, sendo garantidos, até a vigência da lei a que se refere o *caput* deste artigo, a capacidade de negociação das atuais entidades sindicais e o respectivo patrimônio.

<sup>26</sup> MARTINS FILHO, Ives Grandra, ob. cit., p. 37. Este Autor foi citado em virtude de, à época da elaboração dessa emenda, ser assessor em matéria laboral da Presidência da República e fazer parte da comissão de redação de todos os projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo.

<sup>27</sup> Caracteriza-se por ser um desemprego estrutural.

<sup>28</sup> Cujo principal peso recaiu sobre os gastos de caráter mais social: educação e saúde.

<sup>29</sup> Onde o Poder Executivo monopoliza as iniciativas que incumbiriam ao Legislativo, são amplas as prerrogativas legais do chefe de Estado.

<sup>30</sup> Podia ser reeditada indefinidamente. Em virtude de o Presidente poder simplesmente reenviar a mensagem ao Congresso transcorridos os trinta dias de eficácia, a aprovação da Medida Provisória deixou de ser necessária e ao governo passou a interessar que não houvesse a votação. Passou, dessa maneira, a constituir-se em norma a aprovação de MPs pela reiteção do decurso de prazo.

<sup>31</sup> A Emenda Constitucional nº 32, publicada no D.O.U. de 12/09/2001, regulamenta a edição de medidas provisórias pelo Presidente da República e as novas regras para a tramitação dessas propostas no Congresso, ficando vedada, pelo § 10 da atual redação do artigo 62, “a reedição, na mesma sessão legislativa, de medida provisória que tenha sido rejeitada ou que tenha perdido sua eficácia por decurso de prazo.” Pela redação constitucional em vigor, uma Medida Provisória tem prazo de eficácia de 60 dias, prorrogáveis por igual período, não podendo ser alterado seu texto durante esse interregno.

<sup>32</sup> Plano Cruzado 1 e Cruzado 2, Plano Bresser, Plano Verão, Plano Collor 1 e Collor 2, Plano Real 1 e Real 2.

<sup>33</sup> Essas condições “permitem a reprodução da corrupção, as estruturas de poder que definem a sorte das eleições, a conspiração permanente do *mass-media* que não permite a educação das massas, mas a quer como um objeto permanente de manipulação, controle e submissão” (SOARES, 1999, p. 18).

<sup>34</sup> A CF só contempla como manifestação da soberania popular: eleições periódicas, plebiscito, referendo ou a iniciativa popular.

*CF, 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.*

<sup>35</sup> O principal objetivo era o de assegurar o pagamento dos juros da dívida externa aos banqueiros, garantido pelas maxidesvalorizações cambiais, que ajudaram a formar os saldos de exportação, por meio dos quais eram obtidos os dólares.

<sup>36</sup> Sarney congelou os preços. Os preços foram manipulados e os salários congelados. Collor seqüestrou a poupança e novamente houve o congelamento dos salários. Itamar baixou o Plano Real e concedeu um reajuste ao funcionalismo, mesmo com a reprovação do FMI. Fernando Cardoso hipervalorizou o câmbio, melhorou o poder de compra dos salários, controlando a inflação, contudo multiplicou a dívida. Mais uma vez, os salários, que, em um primeiro momento, foram favorecidos com o domínio da inflação, agora são chamados a pagar a conta dos juros da dívida interna.

<sup>37</sup> Os quais normalmente são cortados nas políticas menos consistentes. Em 1982 e 1983, o governo Figueiredo, cumprindo exigências do FMI, redu-

ziu drasticamente as verbas do Plano Nacional de Saneamento Básico causando um aumento de doenças endêmicas nesse e nos anos seguintes.

<sup>38</sup> Apud SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Revista da Faculdade de Direito* (28:23/24/25), p. 133.

<sup>39</sup> *Sindicalização por categoria*. Revista Ltr 59-03/295, v. 59 n. 3, p. 299, 304,306.

<sup>40</sup> RE-193345, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Publicação, DJ DATA-28-05-99, PP-00021 EMENT VOL-01952-04 PP-00806 Julgamento 13/04/1999 - Segunda Turma

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRABALHO. SINDICATO: DIRIGENTES: CLT, art. 522: RECEPÇÃO PELA CF/88, art. 8º, I.

I. - O art. 522, CLT, que estabelece número de dirigentes sindicais, foi recebido pela CF/88, artigo 8º, I.

II. - R.E. conhecido e provido.

Limite Máximo de Dirigentes Sindicais. O art. 522, da CLT, foi recepcionado pela CF/88. A Turma entendeu que não há incompatibilidade entre a mencionada norma e o princípio da liberdade sindical, que veda ao poder público a interferência e a intervenção na organização sindical (CF, art. 8º, I), ao fundamento de que, estando tal liberdade disciplinada em normas infraconstitucionais, a lei pode fixar o número máximo de dirigentes sindicais à vista da estabilidade provisória no emprego a eles garantida no art. 8º, VIII, da CF.

<sup>41</sup> Comitê de Liberdade Sindical da OIT, 1970, Caso 559, 18º Informe, parágrafo 120.

<sup>42</sup> Art. 7 - .....

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em *convenção ou acordo coletivo*; (Grifo Nosso)

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, *mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho*; [Grifo Nosso]

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, *salvo negociação coletiva*; (Grifo Nosso)

<sup>43</sup> RE / MG Relator -Ministro MAURICIO CORREA DJ DATA-06-03-98 PP-00016 EMENT VOL-01901-02 PP-00407 - Julgamento 01/12/1997 - Segunda Turma

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRABALHISTA. DISSÍDIO COLETIVO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA CLÁUSULAS DEFERIDAS. PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO: LIMITES NA LEI.

1. A jurisprudência da Corte é no sentido de que as cláusulas deferidas em sentença normativa proferida em dissídio coletivo *só podem ser impostas se encontrarem suporte na lei*.

2. Sempre que a Justiça do Trabalho editar regra jurídica, há de apontar a lei que lho permitiu. Se o caso não se enquadra na classe daqueles que a

especificação legal discerniu, para dentro dela se exercer a sua atividade normativa, está a Corte Especializada a exorbitar das funções constitucionalmente delimitadas.

3. A atribuição para resolver dissídios individuais e coletivos, necessariamente *in concreto*, de modo algum lhe dá a competência legiferante. (Grifos Nossos)

<sup>44</sup> *Ob. cit.*, p. 227 e seg.

<sup>45</sup> *Ob. cit.*, p. 22.

### Bibliografia

CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

CATHARINO, Martins. *Tratado de direito sindical*. São Paulo: LTr, 1977.

COSTA, Armando Casimiro et al. *Consolidação das leis do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Ltr, 1996.

CUNHA, Alexandre Sanches. *Todas as constituições brasileiras*. Edição comentada. Campinas: Bookseller, 2001.

GRAN, Eros Roberto et al. A corrupção no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, [S.l.], n. 60/61, p. 15, 1985.

MORAIS FILHO, Evaristo de. Os trabalhadores, os sindicatos e a nova ordem constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, [S. l.], n. 60/61, p. 414,

jan./jul. 1985. Número especial sobre temas constitucionais.

OIT. *Libertad sindical*. Ginebra: OIT, 1976.

PENIDO, Laís de Oliveira. Não recepção na atual Constituição das normas que regulam a assistência judiciária pela lei 5584 de 26 de junho de 1970. *Gêneses, Revista de Direito do Trabalho*, [S.l.], v. 72, p. 839-850, dez. 1998.

POPPER, Karl. *A lógica da pesquisa científica*. Tradução de Leônidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 1999.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

SILVA, André Eduardo da. Cleptociacia e atraso econômico. Disponível em: <<http://www.politicohoje.com>>. Acesso em: 2002.

SILVA, Floriano C. Vaz da. *Direito constitucional do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1977.

SILVA, Antônio Alvares da. O direito constitucional do trabalho, futuro e perspectivas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 60/61, p. 377, 396-397, jan./jul. 1985. Número especial sobre temas constitucionais.

SOARES Gláucio Ary Dillon. Relaciones entre ejecutivo J legislativo: programas de estabilización en América Latina. *Revista de Estudios Políticos*, [S.l.], n. 106, p. 47, 1999.

URIARTE, Oscar Ermida. *Sindicatos en libertad sindical*. Montevideo: FCU, 1985.



**Seção Resenha Legislativa da  
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

# As proposições sobre educação na 50<sup>a</sup> e 51<sup>a</sup> Legislaturas (1995-2003)

Marcelo L. Ottoni de Castro

## Sumário

1. Introdução. 2. Propostas de Emenda à Constituição (PEC). 2.1. Iniciativas do Poder Legislativo. 2.2. Iniciativas do Poder Executivo. 3. Projetos de Lei. 3.1. Iniciativas do Poder Legislativo. 3.1.1. Pagamento de encargos educacionais. 3.1.2. Ensino Superior. 3.1.3. Inclusão de componentes nos currículos. 3.1.4. Educação básica. 3.1.5. Criação e denominação de escolas. 3.1.6. Programas suplementares de alimentação e saúde. 3.1.7. Educação profissional. 3.1.8. Livros e materiais didáticos. 3.1.9. Transporte de estudantes e professores. 3.1.10. Violência nas escolas. 3.1.11. Profissionais da educação. 3.1.12. Estágios. 3.1.13. Bolsa-escola. 3.1.14. Educação de presos. 3.1.15. Educação e relações de emprego. 3.1.16. Gestão democrática. 3.1.17. Proibição de consumo, comercialização e publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas e certos alimentos nas escolas. 3.1.18. Educação de jovens e adultos. 3.1.19. Projetos de lei não classificados. 3.2. Iniciativas do Poder Executivo. 4. Medidas Provisórias. 5. Proposições de competência exclusiva do Poder Legislativo. 6. Considerações finais.

## 1. Introdução

O presente estudo tem por fim apurar os temas educacionais que foram objeto de proposições apresentadas na 50<sup>a</sup> e 51<sup>a</sup> Legislaturas, respectivamente, de fevereiro de 1995 a janeiro de 1999 e de fevereiro de 1999 a janeiro de 2003. O estudo, portanto, cobre um período de oito anos, que praticamente coincide com os mandatos de Fernando Henrique Cardoso como Presidente da República.

Marcelo L. Ottoni de Castro é Consultor Legislativo do Senado Federal para a área de educação.

Alguns esclarecimentos precisam ser feitos. Inicialmente, cabe explicitar o que foi considerado tema educacional. Com efeito, o estudo não se limitou à educação em senso estrito, com a inclusão de assuntos específicos da vida escolar. Na verdade, seria difícil fazer um corte que separasse temas de claro conteúdo educacional de outros que tocam indiretamente a realidade das escolas. Procurou-se, desse modo, incluir proposições que costumam ser analisadas, embora não exclusivamente, pelas comissões de educação da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e que, uma vez aprovadas, poderiam vir a afetar as atividades de estudantes e profissionais da educação. Muitos temas paraeducacionais acabaram por ser considerados, como a alimentação escolar, determinadas isenções e incentivos fiscais para pessoas físicas e jurídicas, segurança pública escolar etc.

A opção por um corte mais amplo nas matérias educacionais não significa a renúncia à imposição de limites. Não foram incluídas as proposições que, no conjunto de diversas providências sugeridas, abordam, de forma secundária, algum tema educacional ou de interesse para o setor. Assim, por exemplo, uma proposição com o objetivo essencial de estimular o acesso educacional mediante a criação de algum benefício fiscal foi considerada no estudo. Porém foram excluídas as iniciativas que dispõem sobre diversas formas de benefício fiscal, entre as quais se inclui alguma de repercussão educacional. É o caso dos projetos sobre a contratação de trabalhadores recém-formados ou sobre a oferta de primeiro emprego. O motivo dessa distinção não reside simplesmente em evitar o aumento excessivo do universo de medidas a computar, mas também na dificuldade de acompanhar eventuais emendas de interesse educacional a proposições que originalmente tinham outros fins.

Caso semelhante ocorre com as regulamentações profissionais. Embora muitos dos projetos sobre o assunto refiram-se à for-

mação e escolaridade dos respectivos profissionais, o seu fim não é educacional. Porém foram incluídas as proposições que dispõem sobre a regulamentação de profissionais da educação, bem como aquelas que, especificamente, alteram os requisitos de escolaridade de profissões já regulamentadas.

Também não foram incluídas matérias que se apresentam com alcance educacional, no sentido de prestar esclarecimentos, mas que não possuem vínculos com a realidade escolar. Assim, por exemplo, não se computou proposição que dispõe sobre campanha publicitária com a finalidade de informar a população sobre assuntos como saúde, trânsito de veículos motorizados e pedestres, sonegação fiscal etc. Finalmente, foram excluídos os projetos de decreto legislativo sobre concessão de direito de explorar serviços de radiodifusão por instituições de ensino.

Portanto, foram consideradas as proposições cujo fim mais evidente, embora não necessariamente único, diz respeito, ainda que indiretamente, à educação escolar.

Convém lembrar que o trabalho parlamentar inclui um conjunto bem amplo de atividades, como o pronunciamento de discursos, a participação em comissões técnicas, debates, audiências públicas e votações, o encargo de relatorias, reuniões políticas etc. A apresentação de proposições constitui tão-somente uma faceta das atividades dos parlamentares. Contudo, o levantamento e a classificação dessas proposições permitem avaliar as linhas dos interesses dos parlamentares, bem como identificar eventuais dificuldades na tramitação das matérias apresentadas.

Este trabalho vai centrar-se nas proposições passíveis de transformação em lei – projetos de lei ordinária e de lei complementar<sup>1</sup> – e de efetuar mudanças constitucionais – as propostas de emenda à Constituição. Entretanto, não deixará de referir-se a outras proposições, relativas a atribuições exclusivas do Congresso Nacional, da Câmara dos

Deputados e do Senado Federal (respectivamente, arts. 49, 51 e 52 da Constituição Federal), que também podem transformar-se em normas jurídicas (resoluções e decretos legislativos). Outras iniciativas, que dizem respeito a prerrogativas dos parlamentares previstas na Constituição Federal e nos regimentos das duas Casas Legislativas, foram abordadas de forma ainda mais geral (requerimentos de informação, indicações e propostas de fiscalização e controle).

Foram desconsideradas as proposições retiradas pelos autores e aquelas devolvidas pelas mesas diretoras, no caso de descumprimento de preceitos regimentais. Além disso, foram excluídas as proposições de caráter eminentemente orçamentário, que, por certo, merecem estudo próprio. Não foram considerados, também, os pareceres e as emendas de nenhuma espécie – que, tecnicamente, são considerados proposições – devido às dificuldades de manusear todo o seu volume, já que a natureza deles não é identificada em banco de dados.

Para melhor avaliar o trabalho desenvolvido no Congresso Nacional, este estudo distinguirá as matérias de iniciativa parlamentar daquelas que tiveram origem no Poder Executivo. Não se deixou, também, de indicar as matérias herdadas de legislaturas anteriores, nos casos de sua relevância ou, esporadicamente, nas situações de propostas recorrentes.

Os projetos de lei e as propostas de emenda à Constituição foram classificados somente em uma categoria. As proposições que tramitaram nas duas Casas Legislativas foram computadas apenas uma única vez. Portanto, não há repetições. Nos casos, por sinal numerosos, em que havia sobreposição de temas em um mesmo projeto, procurou-se optar pelo mais pertinente. Assim, por exemplo, ao total de projetos classificados nas categorias referentes a níveis de ensino poderiam ser acrescentados os projetos de inclusão de disciplinas ou de concessão de bolsas de estudo voltados para níveis específicos. Porém considerou-se

mais relevante destacar algumas dessas categorias, em vez de classificá-las pelos níveis escolares, até porque são muito frequentes as iniciativas que dispõem sobre mais de um nível de ensino.

Em decorrência do grande número de proposições, evitou-se, na medida do possível, entrar no mérito individual das iniciativas.

Para a realização do levantamento, foi usado o banco de dados *Aqua-Mate*, do Senado Federal. Foram utilizados termos-chave de natureza educacional (alfabetização, anuidade, educação, ensino, escola, estágio, estudante, estudo, Fundef, magistério, mensalidade, merenda, professor, universidade). Em alguns casos, foi preciso recorrer ao texto da proposição, já que a ementa e os termos da indexação se apresentavam vagos, eram contraditórios entre si ou continham falhas conceituais que poderiam induzir a erro.

## 2. *Propostas de Emenda à Constituição (PEC)*

### 2.1. *Iniciativas do Poder Legislativo*

O quadro anexo contém as propostas de emenda à Constituição apresentadas pelos parlamentares nas legislaturas em apreço, classificadas segundo categorias semelhantes às utilizadas no levantamento dos projetos de lei<sup>2</sup>. Cumpre observar que, das 75 PECs apresentadas por parlamentares, 43 dizem respeito ao financiamento da educação.

O maior número de propostas dispõe sobre a educação básica. O crescimento de propostas acerca da educação infantil na 51ª Legislatura reflete bem a atenção que técnicos da área social passaram a reivindicar para o setor, com críticas à concentração das ações federais no ensino fundamental. Além de enfatizar o dever do Estado com a educação infantil, essas iniciativas visaram assegurar para essa etapa educacional novos recursos financeiros, por meio do salário-

educação ou de mecanismo como o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (Fundef). Conforme também mostra o quadro, ocorreu uma divisão entre a idéia de manter o Fundef, prorrogando-o ou tornando-o permanente, e a de ampliar sua abrangência, com a inclusão da educação infantil ou de toda a educação básica.

Nas PECs sobre educação superior, o tema mais visado diz respeito ao fim da gratuidade do ensino superior nos estabelecimentos públicos, seja por meio do pagamento de anuidades, seja por prestação de trabalho. É interessante notar que a reserva de vagas no ensino superior – que, como se verá, virou tema recorrente em projetos de lei na 51ª Legislatura – apareceu, sob a forma de PEC, apenas na 50ª Legislatura, com duas propostas. As duas PECs sobre autonomia universitária têm na verdade conteúdo semelhante: seu autor reapresentou, com pequenas alterações, proposta arquivada na legislatura anterior.

As PECs que tratam dos profissionais da educação têm, cada uma, assuntos diferentes, à exceção do acúmulo de cargos no serviço público, objeto de duas proposições.

E entre as cinco propostas acerca dos programas suplementares de alimentação e saúde, quatro dispõem sobre a controvérsia de incluí-los ou não no conceito de manutenção e desenvolvimento do ensino. Não foi incluída nessa lista a PEC nº 162, de 1995, que, ao estabelecer vinculação da aplicação desses recursos às crianças de zero a seis anos, dissociou-os do ensino fundamental, sem transferi-los explicitamente para a educação infantil.

As demais PECs (36% do total) aparecem dispersas em várias categorias. Embora a maioria das propostas disponha de assuntos de natureza constitucional, ou, pelo menos, possa aspirar a sê-lo, algumas tratam de temas evidentemente de cunho infraconstitucional, nem mesmo de lei, como no caso da inclusão de componentes nos currículos escolares.

As duas legislaturas em exame viram apenas uma PEC de iniciativa parlamentar sobre matéria educacional ser promulgada, embora sua origem tivesse remontado à 49ª Legislatura. Trata-se da Emenda nº 11, de 1996, que permitiu a contratação de professores e técnicos estrangeiros pelas universidades e institutos de pesquisa públicos<sup>3</sup>.

## 2.2. Iniciativas do Poder Executivo

O Presidente da República enviou duas PECs ao Congresso Nacional sobre matéria educacional. A primeira (PEC nº 233/95, na Câmara, e nº 30/96, no Senado), que resultou na Emenda nº 14, de 1996, criou o Fundef, previu a intervenção da União nos Estados e no DF – no caso de desrespeito ao cumprimento da vinculação de recursos à manutenção e desenvolvimento do ensino (MDE) –, dispôs sobre a obrigatoriedade do ensino fundamental e da universalização do ensino médio e alterou os termos da divisão de responsabilidades, em matéria de ensino, entre a União e os entes federados. A proposta sofreu alterações na Câmara dos Deputados, entre as quais se encontra a extinção da possibilidade de as empresas deduzirem do recolhimento do salário-educação outras formas de aplicação na oferta do ensino fundamental a seus empregados e respectivos dependentes.

A outra PEC permite que os estados e o Distrito Federal utilizem os recursos de sua parcela do salário-educação no ensino médio. A iniciativa continuava em tramitação na Câmara dos Deputados ao final da 51ª Legislatura.

Uma terceira proposta originária do Poder Executivo foi criada pela decisão da Câmara de desmembrar a PEC nº 233/95. Surgiu, assim, a PEC nº 370/96, que prevê a forma da lei para a autonomia universitária. O Poder Executivo julgou que a reforma administrativa (Emenda nº 19, de 1998) poderia suprir seus planos para as universidades federais e retirou seu apoio à iniciativa, cuja tramitação ficou parada. Ao final da 51ª Legislatura, a proposta continuava

estacionada na Comissão Especial da Câmara formada para apreciá-la.

Convém lembrar, ainda, que tiveram impacto na área educacional outras propostas do Poder Executivo que deram origem a emendas constitucionais: a reforma administrativa, acima lembrada, que eliminou a garantia de regime jurídico único a todas as instituições federais de ensino; a reforma da previdência (Emenda nº 20, de 1998), que limitou aos professores da educação infantil e dos ensinos fundamental e médio a redução de idade e de tempo de contribuição para a aposentadoria; e as medidas de contenção fiscal, relativas à prorrogação do Fundo Social de Emergência (Emendas nº 10, de 1996, e nº 17, de 1997) e à desvinculação de recursos da União (Emenda nº 27, de 2000).

### 3. Projetos de Lei

#### 3.1. Iniciativas do Poder Legislativo

Na 50ª e 51ª Legislaturas, foram apresentados, respectivamente, 498 e 662 projetos de lei sobre matéria educacional. Convém assinalar que a 50ª Legislatura foi marcada pelo processo final de discussão e votação do projeto da lei de diretrizes e bases da educação nacional (LDB), iniciado em 1988, na Câmara dos Deputados, revisto pelo Senado, entre maio de 1993 e fevereiro de 1996, e concluído pela Câmara no final desse ano. A legislatura seguinte foi marcada pela tramitação do Plano Nacional de Educação (PNE), iniciada em 1998 e concluída no final de 2000. Mesmo durante e após a tramitação dessas proposições, continuaram a ser apresentados projetos de lei avulsos sobre matérias dispostas na LDB e no PNE, o que, se pode, em alguns casos, revelar discordância quanto às decisões que vinham sendo tomadas nas votações desses projetos mais abrangentes, indica também, muitas vezes, desconhecimento em relação às decisões tomadas pelos plenários das duas casas parlamentares.

#### 3.1.1. Pagamento de encargos educacionais

Dentro da classificação adotada, o maior número de projetos esteve relacionado ao pagamento de encargos educacionais<sup>4</sup>: 218 propostas, sendo 94 na 50ª Legislatura e 124 na 51ª. Cinco subtemas dominaram essa categoria.

O primeiro diz respeito ao financiamento dos estudos em estabelecimentos particulares: 32 na 50ª Legislatura e 27 na 51ª. A maioria das iniciativas visava promover mudanças no Programa de Crédito Educativo e, posteriormente, no Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (Fies), em regra com a intenção de criar normas mais flexíveis para a obtenção e pagamento dos empréstimos. Outras proposições tentaram criar novos programas, geralmente voltados para o ensino superior.

A seguir, aparece um conjunto de projetos para permitir o saque do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) para pagar despesas com educação: dezoito na 50ª Legislatura e 35 na 51ª. Apesar de variações, como os níveis de ensino beneficiados e a inclusão ou não de dependentes, os projetos eram muito semelhantes. Vários eram praticamente idênticos, e nenhum avaliou o impacto dos saques sugeridos sobre as contas do Fundo. De qualquer modo, o assunto já vinha sendo debatido desde legislaturas anteriores e foi centralizado na discussão de uma nova legislação geral sobre os saques do Fundo (Projeto de Lei do Senado nº 12, de 1991 – na Câmara, Projeto de Lei nº 913, de 1991).

Foram igualmente numerosas as proposições sobre bolsa de estudo: doze na 50ª Legislatura e 26 na 51ª. Essas iniciativas tomaram formas bem variadas: benefícios fiscais para a sua concessão; programas voltados para o ensino superior; regulamentação do § 1º do art. 213 da Constituição Federal; e tentativas de beneficiar (com a especificação ou não do nível de ensino) categorias da população, como negros, carentes,

deficientes físicos, filhos adotivos e dependentes de professores.

Também foram recorrentes os projetos sobre dedução, no imposto sobre a renda da pessoa física, dos gastos e doações educacionais: dezesseis na 50ª Legislatura e vinte na 51ª. O congelamento do valor de dedução pela Receita Federal entre os anos de 1996 e 2002 constitui-se no motivo para a apresentação de grande parte das proposições, cujos conteúdos seguiram duas linhas: de um lado, a ampliação da alíquota de dedução; do outro – e mais freqüentemente –, a supressão de limites de dedução nas despesas educacionais do próprio contribuinte e de seus dependentes. Apenas três iniciativas incluíram nas deduções gastos educacionais com terceiros (doações). O impacto orçamentário dessas propostas, como é comum nas sugestões sobre renúncia fiscal, não foi estimado por seus autores.

Por fim, o quinto subtema diz respeito à legislação específica sobre mensalidades escolares: foram apresentadas 29 proposições: catorze na 50ª Legislatura e quinze na 51ª. Convém lembrar que, durante todo o período, a matéria foi objeto de medida provisória. À parte duas proposições gerais sobre o assunto, as sugestões mais freqüentes foram as de prever a restituição de valores pagos em caso de desistência da matrícula e de aulas não dadas, de descontos para irmãos matriculados no mesmo estabelecimento e de opções de datas de pagamento das mensalidades.

Foram apresentados, ainda, um projeto para criar o *vale-educação*, um que permite saques do PIS e do PASEP para o pagamento de encargos educacionais e outro sobre seguro educacional.

Nenhuma iniciativa parlamentar nesse campo, apresentada nas respectivas legislaturas, foi transformada em lei. Contudo, foi editada, durante a 50ª Legislatura, a partir de projeto parlamentar apresentado na legislatura anterior (1994), a Lei nº 9.288, de 1996 (parcialmente vetada), sobre o Programa de Crédito Educativo, o qual deixou de

admitir novas adesões após a edição da medida provisória sobre o Fies, em maio de 1999.

### 3.1.2. Ensino Superior

O ensino superior constitui a categoria com o segundo maior número de projetos: 56 na 50ª Legislatura e 105 na 51ª, nenhum deles transformado em lei no período. Embora as temáticas tenham sido bem variadas, três subtemas foram mais recorrentes.

O primeiro foi o processo de seleção para os cursos de graduação (até a aprovação da LDB, praticamente limitado aos vestibulares). Foram 41 projetos: quinze na 50ª Legislatura e 26 na 51ª. A maior parte deles – 21 projetos – dispunha sobre as taxas do concurso, geralmente para conceder sua gratuidade, em geral, ou para setores da população (carentes e egressos das escolas públicas). A seguir, vieram tentativas de unificar os exames. Entre as demais sugestões, encontravam-se a de expandir a experiência do programa de avaliação seriada, a de dispensa do diploma de nível médio e a de fixação de períodos para a realização dos exames. Outros oito projetos, não considerados, dispunham sobre vestibulares e concursos públicos, seis deles para regular dias e horários de sua realização, por motivos religiosos.

O segundo subtema dominante foi a reserva de vagas para categorias sociais no acesso ao ensino superior, idéia polêmica que cresceu nos últimos anos e que deverá ser tema importante nos futuros debates parlamentares. Vinte e cinco proposições foram apresentadas, com claro crescimento entre a 50ª e a 51ª Legislaturas: de cinco para vinte projetos. As categorias sociais visadas foram os egressos de escolas públicas, os carentes e as *minorias* étnicas, particularmente os negros. Também foram lembrados os estudantes trabalhadores, os idosos e até os agricultores e seus dependentes, em uma tentativa de ressuscitar a *lei do boi*.

O terceiro subtema diz respeito aos projetos de lei sobre restrições à gratuidade do ensino superior público. Evidentemente, tais proposições são inconstitucionais, uma vez



que ferem o disposto no art. 206, IV, da Lei Maior, que prevê a gratuidade do ensino em estabelecimentos oficiais. Dos dezoito projetos sobre o assunto – oito são da 51ª Legislatura –, onze previam o pagamento do ensino superior público mediante prestação de serviço, após a formatura: dois limitavam-se à profissão médica; outros dois pretendiam ver os recém-formados trabalhando como professores de ensino fundamental e médio. Mesmo os que pretendiam instituir sistema de pagamento de mensalidades, admitiam submetê-lo aos rendimentos da família do estudante ou criar regime de concessão de bolsas de estudos para os alunos carentes. Também foram incluídas nessa categoria duas proposições que previam o pagamento de anuidades em caráter facultativo.

Projetos sobre avaliação receberam certo destaque: três na 50ª Legislatura e oito na 51ª. Foram apresentadas dez proposições sobre residência: cinco na área médica, duas para odontologia, duas para enfermagem e uma para profissionais da saúde, de modo geral. A expansão do ensino superior, particularmente no setor privado, também recebeu certa atenção – cinco projetos na 50ª Legislatura e quatro na 51ª –, com destaque para as proposições que restringem a criação de novos cursos na área da saúde.

Os demais projetos ficaram dispersos em assuntos como financiamento, regulamentação da educação a distância nos cursos de mestrado e doutorado, atendimento no período noturno pelas instituições públicas, mantenedoras, matrículas, diplomas, duração máxima dos cursos, prestação de serviços e informações à comunidade. A autonomia universitária, como se viu, foi discutida no seio de propostas de mudança constitucional. As oito iniciativas sobre escolha de dirigentes, por sua vez, foram incluídas em gestão democrática.

### 3.1.3. Inclusão de componentes nos currículos

A criação de componentes curriculares constitui outro tema muito visado pelos parlamentares e, decerto, um dos mais questio-

náveis. As 124 sugestões – 52 na 50ª Legislatura e 72 na 51ª –, na forma de inclusão de disciplinas ou na de conteúdos ou programas, visaram tanto à educação básica quanto à superior. A autonomia universitária e o papel dos educadores profissionais na elaboração curricular foram deixados de lado. Em geral, não se considerou o papel da União de legislar apenas sobre diretrizes e bases da educação. Com frequência, também foi ignorada a existência dos Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs), elaborados pelo MEC, a partir de sugestões de educadores, com os objetivos de orientar o trabalho dos professores da educação básica e de garantir o desenvolvimento adequado de conteúdos curriculares mínimos em todo o território nacional. Esses projetos fizeram tábula rasa, ainda, da própria decisão do Legislativo de delegar a um órgão técnico – o Conselho Nacional de Educação, por meio de suas Câmaras – o poder de deliberar sobre diretrizes curriculares para a educação básica e a superior, a partir de propostas apresentadas pelo Ministério da Educação (Lei nº 4.024, de 1961, conforme redação dada a seu art. 9º, § 1º, c, e § 2º, c, pela Lei nº 9.131, de 1995).

Considerável parte desses projetos pretende incluir nos currículos escolares temas relevantes que lá já se encontram (como sexo, doenças sexualmente transmissíveis, prevenção ao uso de drogas, direitos humanos, cidadania e respeito às minorias), porém, diferentemente da maioria desses projetos avulsos, com o devido tratamento interdisciplinar e transversal, a partir das linhas traçadas na LDB, de recomendações dos PCNs, de decisões dos conselhos e secretarias de educação e, eventualmente, de propostas pedagógicas das escolas.

Outras vezes, todavia, os projetos dispõem, quase sempre sob a forma de novas disciplinas, sobre a introdução, muitas vezes a partir do ensino fundamental, de modismos ou temas impróprios ou ambiciosos, como *qualidade total*, *empreendedorismo*, *educação patrimonial*, direitos do consumidor,



canto orfeônico, comunicação de massa, direito penal, legislação fiscal etc.

Por certo, as disposições da LDB sobre linhas curriculares são passíveis de aperfeiçoamento. Igualmente, as decisões dos órgãos técnicos sobre os currículos estão abertas às mudanças. No entanto, a profusão de projetos de lei sobre introdução de novos componentes nos currículos escolares parte do pressuposto equivocado de que as deficiências existentes na educação do País têm origem em lacunas na definição curricular. O que podem gerar, porém, é a sobreposição de normas, medidas fictícias ou, no limite, a sobrecarga curricular.

Apesar dos posicionamentos contraditórios das Comissões de Educação da Câmara e do Senado na apreciação dessas matérias – ou, talvez, em decorrência deles –, poucos projetos sobre temas curriculares foram aprovados nas duas Casas. Foi o caso do projeto que reforçou, na LDB, o caráter de obrigatoriedade da educação física nos currículos da educação básica – Lei nº 10.328, de 2001. Acabaram vetados integralmente, por sua vez, projeto de lei que introduzia no ensino médio, como disciplinas obrigatórias, a Sociologia e a Filosofia, e proposição que dispunha sobre a criação de programas de orientação sexual, de prevenção das doenças sexualmente transmissíveis e do uso de droga (tudo abordado nos PCNs).

Foram também aprovadas, com veto parcial, as proposições que resultaram na Lei nº 9.795, de 1999 – decorrente de projeto da 49ª Legislatura –, que dispõe sobre educação ambiental e institui a política nacional de educação ambiental, e na Lei nº 10.639, de 2003, segundo a qual, na educação básica, *conteúdos referentes à História e Cultura Afro-Brasileira serão ministrados no âmbito de todo [sic] o currículo escolar, em especial nas áreas de Educação Artística e de Literatura e História Brasileiras.*

#### 3.1.4. Educação básica

As proposições sobre educação básica também foram numerosas e bem distribuí-

das entre as duas legislaturas: 41 na 50ª e 56 na 51ª. O ensino fundamental foi o mais visado, com 55 iniciativas: 23 na 50ª Legislatura e 32 na 51ª. O Fundef foi a preocupação mais presente, com onze proposições na 50ª Legislatura e dezoito na 51ª. Os aspectos mais recorrentes dizem respeito à extensão dos benefícios do Fundo às escolas filantrópicas de educação especial (ou, pelo menos, de pagamento dos professores públicos cedidos a essas instituições) e à composição e funcionamento dos conselhos de fiscalização. Entre outras tentativas de alterar as normas do Fundo, encontram-se a criação de compensação aos entes federados por eventuais perdas de recursos, a explicitação do compromisso da União com o Fundo, a formação de professores leigos e a inclusão das matrículas do último ano da pré-escola.

As demais ações a respeito do ensino fundamental dividiram-se entre salário-educação<sup>5</sup>, direito de acesso, limite do número de alunos em sala de aula, idade de ingresso, criação de prêmios voltados para os alunos, avaliação, uniforme escolar, tempo integral, organização das séries ou fases e frequência escolar.

Um total de 22 proposições – onze em cada legislatura – foram apresentadas sobre a educação básica, de uma forma geral, ou sobre mais de uma de suas etapas. Os assuntos ficaram dispersos entre atendimento e oferta, limite do número de alunos por sala de aula, organização, reclassificação de alunos transferidos, ensino domiciliar, calendário escolar, recuperação de verão, financiamento, proibição da cobrança de taxas e divulgação de índices de repetência.

A educação infantil foi contemplada com treze projetos de lei: cinco na 50ª Legislatura e oito na 51ª. O assunto mais abordado foi a oferta de creches, seguida de acesso – de uma forma geral, ou, especificamente, à pré-escola –, financiamento e critérios para a elaboração de currículos.

O ensino médio foi objeto de apenas quatro proposições: uma na 50ª Legislatura e

quatro na 51<sup>a</sup>. Os assuntos enfocados foram o Exame Nacional do Ensino Médio, certificados e diplomas, acesso e objetivos gerais.

De todos os projetos classificados na categoria de educação básica, apenas um tornou-se norma jurídica: o resultante na Lei nº 10.287, de 2001, que prevê ser um dos deveres da escola o de notificar ao Conselho Tutelar do Município, ao juiz competente da Comarca e ao representante do Ministério Público a relação dos estudantes que apresentem número de faltas superior à metade do percentual permitido em lei.

Por sua vez, foi vetado pelo Presidente da República o projeto que dispunha sobre a obrigatoriedade de divulgação dos índices de evasão e repetência nos estabelecimentos de ensino fundamental e médio.

### 3.1.5. Criação e denominação de escolas

A criação de estabelecimentos de ensino, ou, o que é mais comum, a autorização para que o Poder Executivo possa fazê-lo, constitui outra categoria de proposição recorrente, apesar de a Constituição Federal prever o domínio legal do Poder Executivo em iniciativas de lei sobre a matéria (art. 61, § 1º, II, *e*). Foram 32 projetos na 50<sup>a</sup> Legislatura e 38 na 51<sup>a</sup>.

Após a rejeição de vários projetos dessa natureza, a Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados firmou jurisprudência contrária à tramitação dessas proposições (Súmula da Jurisprudência nº 1, de 1994), que, a partir de 1999, passaram a ser devolvidas aos parlamentares que insistiam em apresentá-las. Por isso, os projetos autorizativos sobre criação de escolas da 51<sup>a</sup> Legislatura são de iniciativa de senadores.

No Senado Federal, prevalece o disposto no Parecer nº 527, de 1998, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, segundo o qual *o efeito jurídico de uma lei autorizativa é o de sugerir ao Poder Executivo, como forma de colaboração, a prática de ato de sua competência*. Portanto, à luz desse documento, não seria possível, no Senado Federal, ar-

güir a inconstitucionalidade, por vício de iniciativa, de projetos de lei que autorizem o Poder Executivo a criar escolas.

De qualquer modo, não se pode deixar de mencionar o caráter ilusório desses projetos autorizativos e sua conseqüente percepção social. Como eles não criariam qualquer obrigação, ainda que transformados em lei – de fato, isso nem chegaria a ocorrer, uma vez que são arquivados na Câmara dos Deputados, cuja jurisprudência é oposta à do Senado nessa matéria –, a sua aprovação nesta Casa corre o risco de ser socialmente reconhecida como uma iniciativa de legitimidade questionável.

As proposições que dispõem sobre *denominação de estabelecimentos de ensino* (cinco projetos em cada uma das legislaturas em foco) também sofrem restrições da Comissão de Constituição da Câmara dos Deputados, conforme sua Súmula da Jurisprudência nº 3, que as considera inconstitucionais. Entretanto, nem sempre essa jurisprudência foi levada em conta, como no caso da iniciativa que culminou na Lei nº 10.468, de 2002, que alterou a denominação da Universidade do Amazonas.

Essa ambigüidade se estendeu às proposições sobre transformação jurídica de instituições de ensino. Curiosamente, tornou-se lei (nº 10.611, de 2002, parcialmente vetada) projeto de iniciativa do Legislativo que transformou a Faculdade de Ciências Agrárias do Pará na Universidade Federal Rural da Amazônia. Projeto de lei enviado pelo Poder Executivo, com teor semelhante, que tramitava conjuntamente, foi preterido pela Câmara dos Deputados.

### 3.1.6. Programas suplementares de alimentação e saúde

Os programas suplementares de alimentação e saúde constituem um exemplo de tema que não é de natureza educacional – seus gastos não são considerados de manutenção e desenvolvimento do ensino, segundo a Constituição Federal (art. 212, § 4º) e a LDB (art. 71, IV). Todavia, em decorrência

do envolvimento da escola na sua execução, o tema foi incluído nesse levantamento, em categoria própria. Foram apresentados 45 projetos sobre a matéria, sendo dezoito na 50ª Legislatura e 27 na 51ª, nenhum transformado em lei no período.

A maior parte dos projetos de lei sobre o assunto dispunham sobre a merenda escolar, particularmente sobre sua dieta. Algumas propostas são, no mínimo, curiosas, como a que inclui, obrigatoriamente, o café na dieta dos estudantes. Outras iniciativas dispõem sobre a descentralização do programa federal e sobre a inclusão da alimentação no conceito de manutenção e desenvolvimento do ensino. No que diz respeito aos programas de saúde, os projetos tratam da submissão dos estudantes a exames de acuidade visual, auditiva, respiratória etc.

### 3.1.7. Educação profissional

Em decorrência do caráter amplo atribuído pela LDB à educação profissional, o levantamento dos projetos sobre a matéria revelou-se o mais difícil de realizar. Para facilitar a tarefa, foram excluídos os numerosos projetos que dispõem sobre reciclagem, treinamento, atualização e qualificação profissionais, sob incumbência dos empregadores, a serem realizados fora das instituições escolares. Foram apresentados 42 projetos: 25 na 50ª Legislatura e dezessete na 51ª. Convém lembrar que as proposições sobre criação de escolas técnicas foram inseridas em categoria à parte.

Foram incluídas nessa categoria as propostas sobre *trabalho educativo*, regime especial de estudo e trabalho previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Esse tema constituiu-se no mais recorrente da categoria (catorze iniciativas), embora muitas vezes os projetos não tenham feito remissão ao ECA.

Logo a seguir, vieram os projetos que dispunham sobre o denominado *Sistema S*: oito sobre sua gestão, com o manifesto objetivo de democratizá-la, ou, ao menos, de ampliar sua representatividade; um para criar novo serviço nacional de aprendizagem, na

área da saúde; e um sobre reserva de vagas para adolescentes infratores em seus cursos.

Outros sete projetos rezavam sobre a participação de empresas na educação profissional, por doações ou mediante estímulos a seus próprios empregados, em qualquer caso, com a contrapartida de benefícios fiscais.

Dois projetos (iguais) tentaram estipular o incentivo do poder público ao sistema de casa familiar rural. Outros dois projetos (também iguais) objetivaram criar um fundo para a educação profissional de *meninos de rua*. Mais dois previam a formação técnico-profissional dos soldados incorporados. Apenas uma iniciativa objetivou explicitamente regulamentar o capítulo da LDB sobre a educação profissional, em oposição à regulamentação feita pelo Poder Executivo.

Também foram apresentadas proposições com os seguintes objetivos: legislar sobre os cursos de nível médio de natureza técnica; instituir programa de incentivos fiscais à formação profissional; dispor sobre o *ensino profissionalizante* nas escolas públicas (nível médio); criar cursos profissionalizantes para adolescentes de orfanatos; e reduzir a duração do curso de técnico em radiologia, proposta que deu origem à Lei nº 10.508, de 2002.

É curioso notar o impacto, sobre as iniciativas parlamentares, do fortalecimento das idéias relativas à flexibilização das relações de emprego. Enquanto as quatro proposições sobre redução da jornada de trabalho, para compatibilizá-la com os estudos (item 3.1.15), foram apresentadas – e rejeitadas – na 50ª Legislatura, durante a 51ª ocorreu um aumento (de seis para oito) no número de projetos sobre regulamentação do trabalho educativo, apesar da aprovação, ainda em 1997, na Câmara dos Deputados, de iniciativa de regulamentação geral acerca da matéria. O crescimento do número de projetos sobre estágios, apresentado adiante, também parece refletir essa tendência.

### 3.1.8. Livros e materiais didáticos

Foram incluídos nessa categoria quarenta projetos, exatamente divididos entre as

duas legislaturas. O assunto preferido foi a reutilização de livros didáticos e a impressão neles do Hino Nacional Brasileiro (sete projetos cada). A seguir vieram as proposições sobre isenção de impostos na compra de bens específicos pelos estabelecimentos escolares (seis projetos). Também foram apresentados projetos sobre distribuição gratuita de livros didáticos, limite de peso do material escolar a ser transportado pelos estudantes, prescrição de armários nas escolas para o depósito de material escolar, apresentação de lista de material didático no ato da matrícula, normas para adoção de livros didáticos, publicação de mensagens educacionais e proibição de publicidade comercial nos livros, o programa federal do livro didático, bibliotecas escolares e a criação de fundo de aquisição de livros para as universidades públicas. Nenhum desses projetos foi transformado em lei nas legislaturas em apreço.

#### *3.1.9. Transporte de estudantes e professores*

No total, 34 projetos foram classificados nessa categoria: nove deles na 50<sup>a</sup> Legislatura e 25 na 51<sup>a</sup>, nenhum transformado em lei no período. Tais iniciativas podem ser divididas em três linhas. A primeira é constituída pelas propostas que concedem descontos ou asseguram a gratuidade em meios de transporte público comercial aos estudantes, aos professores ou a ambos os segmentos (dezesseis projetos). A segunda é formada pelas iniciativas que dispõem sobre isenção de imposto sobre produtos industrializados especificamente a veículos destinados ao transporte escolar (doze). E a terceira diz respeito ao atendimento a estudantes mediante programas suplementares de transporte escolar, conforme preceitua o art. 208, VII, da Constituição Federal (seis).

#### *3.1.10. Violência nas escolas*

Essa categoria constitui outro exemplo de tema de natureza não-educacional incluído no levantamento. Foram computados 32 projetos, sendo seis na 50<sup>a</sup> Legislatura e 26 na 51<sup>a</sup>, crescimento que parece refletir o aumen-

to da preocupação social com a segurança pública e sua intensa abordagem pela mídia. O assunto mais comum, relativo aos trotes estudantis (dezessete iniciativas, treze delas apresentadas em 1999), foi motivado por incidente ocorrido na Universidade de São Paulo, no qual um estudante perdeu a vida.

Foram também objeto de projetos os seguintes assuntos: criação de programas de combate à violência e de prevenção ao tráfico de entorpecentes nos estabelecimentos de ensino ou próximo a eles (oito projetos); a assistência policial para as escolas; a polêmica proposta de exame *antidoping* nos estudantes (duas propostas cada); a exigência de reparação de depredações; a tipificação de agravante de pena para crimes cometidos em escolas; e a proibição da presença de seguranças armados nas escolas (uma iniciativa cada).

Nenhum dos projetos incluídos nessa categoria virou norma jurídica no período.

#### *3.1.11. Profissionais da educação*

Trinta e uma iniciativas foram incluídas nessa categoria: quinze na 50<sup>a</sup> Legislatura e dezesseis na 51<sup>a</sup>. Essas proposições dispunham sobre vários assuntos: regulamentação profissional (cinco iniciativas), salários (cinco), currículos de formação (três), meia-entrada em atividades culturais (três), aposentadoria (três), professores leigos (duas), hora-aula (duas), grau de formação (duas), inclusão de nova categoria na profissão, desconto na compra de livros, criação de semana de estudos, contratação temporária, avaliação docente e exclusão dos inativos nas contas de MDE (uma iniciativa cada).

Apenas uma proposição incluída nessa categoria tornou-se norma jurídica. Trata-se da Lei n<sup>o</sup> 9.696, de 1998, que dispõe sobre a regulamentação do profissional de educação física (e cria seus respectivos conselhos profissionais).

#### *3.1.12. Estágios*

Vinte e nove projetos trataram sobre estágio de estudantes: nove na 50<sup>a</sup> Legislatu-

ra e vinte na 51<sup>a</sup>, nenhum deles transformado em lei. Essa categoria – que excluiu as propostas que dispõem sobre regulamentação profissional – foi composta, basicamente, por tentativas de alterar a Lei nº 6.494, de 1977, que regulamenta a matéria, embora tenham surgido algumas propostas de criar novos fundamentos para o estágio, inclusive uma de associá-lo ao Fies. As sugestões de mudança da legislação, na sua maior parte, procuravam ampliar a abrangência do estágio, como a permissão para o ingresso de recém-formados e sua extensão a alunos de *curso supletivo*, ou criavam prerrogativas para os estagiários, como a concessão de férias, bolsa, décimo-terceiro salário, direitos previdenciários e a limitação da jornada de estágio. Foram apresentados, ainda, projetos sobre o uso de recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) no financiamento de estágios, a obrigatoriedade da oferta de estágio por determinadas instituições e empresas, a previsão de estágio específico para estudantes de comunicação social das universidades públicas, a concessão de incentivos fiscais para as empresas que ofereçam estágios e a regulamentação em lei dos agentes de integração.

Dois projetos que condicionam o recebimento de diplomas em medicina – bem como o respectivo exercício profissional – à realização de *estágio obrigatório remunerado* foram incluídos na categoria relativa ao ensino superior, uma vez que a natureza do serviço proposto foge à característica essencial de aprendizagem requerida pelo estágio.

#### 3.1.13. Bolsa-escola

Diferentemente das bolsas de estudo, que visam fornecer aos estudantes recursos para o pagamento, parcial ou integral, de encargos educacionais em estabelecimentos particulares, a *bolsa-escola* objetiva contribuir para a manutenção do estudante na escola pública, mediante a complementação da renda familiar. Vinte e seis projetos foram apresentados sobre a matéria, sendo quinze na

50<sup>a</sup> Legislatura e onze na 51<sup>a</sup>. As denominações conferidas às iniciativas variaram: *salário mínimo escolar, bolsa familiar, auxílio-educação, incentivos* e, mesmo, *bolsa de estudos*. Apenas um projeto deu preferência à entrega de cesta básica de alimentos, em vez de contribuição monetária, para as famílias que garantissem a permanência de seus filhos na escola.

Alguns desses projetos visaram os estudantes do ensino fundamental; outros ampliaram a sua abrangência. Dois projetos fugiram à linha da bolsa-escola como programa de renda mínima familiar, ainda que tivessem o objetivo de fornecer renda para a manutenção de estudantes: um para beneficiar alunos da educação profissional e outro dirigido a alunos de cursos de agronomia e veterinária.

Na 50<sup>a</sup> Legislatura, em decorrência do sucesso dos programas criados pioneiramente no Distrito Federal e nos municípios de Campinas e Ribeirão Preto, foram apresentados alguns projetos com o objetivo de criar programas nacionais. A partir da aprovação de um deles e de sua transformação na Lei nº 9.533, de 1999, logo revogada pela Lei nº 10.219, de 2001 – resultante de medida provisória –, as proposições legislativas voltaram-se preferencialmente para a alteração do programa vigente.

#### 3.1.14. Educação de presos

Vinte projetos foram classificados como educação de presos: cinco na 50<sup>a</sup> Legislatura e quinze na 51<sup>a</sup>, nenhum transformado em lei no período. A maioria das proposições incluídas nessa categoria previa a remissão de parte da pena dos detentos pelo estudo (doze iniciativas). As demais dispunham sobre a oferta de serviços educacionais aos presos (seis projetos), sendo três especificamente sobre o ensino médio. Um projeto destinava parcela dos recursos do Fundo Penitenciário para a formação educacional e cultural dos presos; outro previa o acesso dos detentos a programas educacionais veiculados pela TV.



### 3.1.15. Educação e relações de emprego

Essa categoria inclui praticamente três tipos de proposições: as que prevêm a concessão de abono ao empregado que faltar ao trabalho em decorrência de prestação de exame ou de participação em atividade escolar de dependentes menores (oito projetos); as que excluem do salário de contribuição benefícios e vantagens de natureza educacional concedidos ao empregado (cinco iniciativas); e as que tentam compatibilizar a jornada de trabalho com a de estudo (quatro proposições). Uma proposição previa a concessão de abono para mãe com filho em creche ou pré-escola. Nessa categoria foi aprovado o projeto que deu origem à Lei nº 9.471, de 1997, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, de modo a permitir que o empregado deixe de comparecer ao serviço, sem prejuízo do salário, nos dias em que realizar provas de exame vestibular para acesso ao ensino superior.

### 3.1.16. Gestão democrática

Nessa categoria foram incluídas dezoito iniciativas, nove na 50ª Legislatura e dez na 51ª, nenhuma transformada em lei. O maior número desses projetos dispunha sobre a escolha de dirigentes das instituições de ensino superior (sete). A seguir, vinham as propostas que estabeleciam normas gerais sobre o assunto (seis). Três projetos tratavam especificamente da escolha de dirigentes das escolas públicas em geral. Duas proposições dispunham sobre conselhos escolares e uma sobre associação de pais e mestres.

### 3.1.17. Proibição de consumo, comercialização e publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas e certos alimentos nas escolas

Os projetos sobre proibição de consumo, comercialização e publicidade de tabaco, bebidas alcoólicas e certos alimentos em estabelecimentos de ensino ou em suas proximidades foram incluídos por dizerem respeito a prescrições de comportamento ou a

ações que afetam a comunidade escolar. Cabe esclarecer que não foram consideradas as proposições sobre essas interdições em outros ambientes, além do escolar. Dezesseis iniciativas foram computadas, igualmente divididas entre as duas legislaturas em apreço. Nenhuma delas transformada em norma jurídica no período.

### 3.1.18. Educação de jovens e adultos

Dos treze projetos sobre educação de jovens e adultos, cinco foram apresentados na 50ª Legislatura e oito na 51ª, nenhum deles transformado em lei. Nove dessas proposições dispunham sobre programas de alfabetização de adultos, alguns deles voltados para segmentos específicos da população (mulheres, trabalhadores da construção civil e de empresas de limpeza). Um projeto estipulava a obrigatoriedade de as escolas públicas oferecerem cursos de alfabetização de adultos, bem como o ensino fundamental e o médio, para estudantes trabalhadores. Outra iniciativa incluía a educação de jovens e adultos entre os objetivos da década da educação prevista no art. 87 da LDB. Uma proposição procurava assegurar aos alunos trabalhadores, jovens e adultos, a oferta de ensino regular nos períodos diurno e noturno. Por fim, um projeto dispunha sobre a *extinção* do analfabetismo.

### 3.1.19. Projetos de lei não classificados

Cerca de dez por cento dos projetos de lei apresentados por parlamentares não foram classificados nas categorias acima indicadas. Tais proposições dispõem sobre os temas seguintes: educação especial (4/5<sup>6</sup>, *exclusive* os projetos atinentes ao Fundef); transferências de estudantes (0/5); órgãos da administração pública de natureza educacional (4/4, incluído o projeto resultante na Lei nº 10.269, de 2001, parcialmente vetada, que alterou o nome do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais, para homenagear o educador Anísio Teixeira); religião e acesso escolar específico para religiosos e seus dependentes (4/4, incluí-

do o projeto que deu origem à Lei nº 9.475, de 1997, que criou o ônus do pagamento dos professores para o poder público na oferta do ensino religioso no ensino fundamental); celebrações relacionadas à educação (4/3); meia-entrada ou gratuidade para estudantes em atividades culturais e de lazer<sup>7</sup> (2/5); natureza jurídica dos estabelecimentos de ensino (3/3); dedução no imposto de renda das pessoas jurídicas de doações institucionais, sem nível de ensino específico ou a mais de um (3/2); desporto educacional (1/4); admissão de estabelecimentos de ensino no “Simples” (2/2, incluído o projeto que deu origem à Lei nº 10.034/00, que previu a concessão do benefício fiscal)<sup>8</sup>; divisão de competências e colaboração entre os níveis de governo em matéria educacional (3/1); órgãos de representação estudantil (0/3); transferências de recursos financeiros da União com fins educacionais (3/1); identidade estudantil (0/3); período e jornada escolares, sem nível escolar especificado (2/1); conceito de manutenção e desenvolvimento do ensino (1/2); construção de escolas em conjuntos residenciais do Sistema Financeiro da Habitação (1/1); regulamentação do *caput* do art. 212 da Constituição (2/0); princípios e fins da educação (2/0); ensino militar (1/1); regulamentação geral da educação a distância (1/0); limite de alunos por sala, em geral (0/1); educação indígena (0/1); diplomas e certificados, em geral (0/1); Internet na educação (0/1); Plano Nacional de Educação (1/0, projeto que originou a Lei nº 10.172, de 2001, parcialmente vetada); moradia estudantil (0/1); sorteio como critério de acesso escolar (0/1); ensino e dispensa do serviço militar obrigatório (1/0); Campanha Nacional de Escolas da Comunidade (CNEC) (1/0); acesso educacional para internados em hospitais (1/0); criação da *caderneta escolar* (1/0); horário para administrar educação física (1/0); proibição de transferência e expulsão de alunos por indisciplina (1/0); matrícula após o prazo (1/0); consolidação da legislação educacional (1/0); responsabilidade do Es-

tado em educação pública (1/0); abertura de escola à comunidade para diversas atividades (1/0).

### 3.2. Iniciativas do Poder Executivo

Entre os projetos de lei enviados pelo Presidente da República ao Congresso Nacional sobre matéria educacional, merece destaque a regulamentação do Fundef, razoavelmente alterada pela Câmara dos Deputados, inclusive com a introdução de normas sobre o salário-educação. Desse projeto resultou a Lei nº 9.424, de 1996, parcialmente vetada.

A maioria dos projetos dispunha sobre matérias de iniciativa exclusiva do Presidente da República (cabe lembrar que foram excluídas deste estudo as matérias de natureza eminentemente orçamentária). Sobre a remuneração dos professores da rede federal, foram aprovadas, a partir de projetos enviados pelo Poder Executivo, as Leis: nº 9.678, de 1998 (vetada parcialmente), que criou a Gratificação de Estímulo à Docência (GED) para o magistério superior; nº 10.405, de 2002, que, entre outras providências, alterou os vencimentos dos professores federais; e nº 10.470, de 2002, sobre a remuneração de cargos de direção e de funções gratificadas nas instituições federais de ensino.

Outro conjunto de projetos sobre os estabelecimentos federais de ensino deu origem às leis a seguir: nº 9.487, de 1997, que transferiu a Escola de Enfermagem de Manaus para a Fundação Universidade do Amazonas (veto parcial); nº 10.032, de 2000, que autorizou o Poder Executivo a instituir a Fundação Universidade Federal do Tocantins; nº 10.419, de 2002, que criou a Universidade Federal de Campina Grande, por desmembramento da Universidade Federal da Paraíba; nº 10.425, de 2002, que transformou a Fundação de Ensino Superior de São João del Rei em universidade federal; nº 10.435, de 2002, que transformou a Escola Federal de Engenharia de Itajubá em universidade federal; nº 10.473, de 2002, que instituiu a Fundação Universidade Federal

do Vale do São Francisco (veto parcial); e nº 10.487, de 2002, que alterou a denominação da Faculdade Federal de Odontologia de Diamantina.

A partir de projetos do Poder Executivo, foram aprovadas, ainda, as seguintes leis: nº 9.192, de 1995, que dispõe sobre o processo de escolha dos dirigentes universitários; nº 9.515, de 1997, que regulamenta a admissão de professores, técnicos e cientistas estrangeiros pelas universidades e institutos de pesquisa públicos; nº 9.536, de 1997, que regulamenta a transferência *ex-officio* de alunos dos estabelecimentos de ensino; nº 9.786, de 1999, que dispõe sobre o ensino no Exército; e nº 10.168, de 2000, que instituiu contribuição de intervenção de domínio econômico destinada a financiar o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa (veto parcial).

Nenhum projeto de lei do Poder Executivo sobre tema educacional foi formalmente rejeitado pelo Congresso Nacional, embora tenha sido preterido, em favor de iniciativa parlamentar, o já mencionado projeto presidencial para transformar a Faculdade de Ciências Agrárias do Pará em universidade. Algo semelhante ocorreu com o PNE, ainda que a lei final tenha sido o resultado de um substitutivo que mesclou a iniciativa parlamentar com a do Poder Executivo. Dois outros projetos educacionais originados de mensagem presidencial continuavam a tramitar ao final da 51ª Legislatura: um que altera a denominação da Universidade do Rio de Janeiro (UniRio) e outro que dispõe sobre a admissão de alunos na Fundação Osório (Ministério do Exército).

#### 4. Medidas Provisórias

A edição de medidas provisórias (MP) também deixou sua marca no campo educacional durante o período. No total foram catorze MPs, excluídas as reedições – algumas numerosas –, mesmo aquelas que modificavam parcialmente o conteúdo de edições anteriores. Se quase todas dispunham

sobre temas relevantes, o caráter de urgência da maioria delas bem poderia ser questionado.

A 50ª Legislatura herdou duas MPs do Governo Itamar Franco: uma sobre a extinção do Conselho Federal de Educação e criação do Conselho Nacional de Educação e outra sobre as mensalidades escolares. Ambas foram significativamente alteradas pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, o que recomenda considerá-las novas medidas. Na primeira foram feitas mudanças na organização e competência do novo conselho, bem como foi criado o Exame Nacional de Cursos (o *Provão*). A segunda sofreu alterações substanciais, de cunho liberal, no controle do valor das mensalidades, após sucessivas derrotas do Poder Executivo para os proprietários de estabelecimentos particulares de ensino no Supremo Tribunal Federal. As duas MPs foram convertidas em norma jurídica – Lei nº 9.131, de 1995, e Lei nº 9.870, de 1999, respectivamente –, com alterações, por sua vez, parcialmente vetadas.

Quatro MPs inéditas sobre matéria educacional foram editadas na 50ª Legislatura. Duas delas transformaram-se em leis na mesma legislatura: uma sobre o salário-educação (Lei nº 9.766, de 1998) e outra sobre cargos de direção e de funções gratificadas nas instituições federais de ensino (Lei nº 9.640, de 1998). A terceira, sobre renegociação de dívidas no âmbito do Programa de Crédito Educativo, foi convertida em lei na legislatura seguinte (Lei nº 10.207, de 2001). Continuava em tramitação no final da 51ª Legislatura a MP sobre programas educacionais do MEC (Programa Nacional de Alimentação Escolar, Programa Dinheiro Direto na Escola, alteração do Programa de Garantia de Renda Mínima – bolsa-escola 1 – e apoio da União a ações dos estados e dos municípios voltadas para o atendimento educacional).

Durante a 51ª Legislatura, elevou-se para oito o número de novas MPs editadas, o que parece indicar menor disposição para negociar com o Legislativo. Logo após a con-



versão em lei das sucessivas MPs sobre mensalidades escolares, foi editada nova medida sobre o tema, cuja necessidade foi justificada pelo próprio veto apostado a mudanças efetuadas pelo Congresso Nacional no projeto de lei de conversão. A seguir, foram editadas e transformadas em lei as MPs sobre as seguintes matérias: criação da Gratificação de Incentivo à Docência (GID), para os professores do ensino médio da rede federal (Lei nº 10.187, de 2001); financiamento a projetos de implementação e recuperação da infra-estrutura de pesquisa das instituições federais de ensino superior (Lei nº 10.187, de 2001); criação do programa de bolsa-escola 2 (Lei nº 10.219, de 2001); criação do Fundo de Financiamento do Estudante do Ensino Superior (Lei nº 10.260, de 2001); instituição do auxílio-aluno no âmbito do projeto de profissionalização dos trabalhadores de enfermagem (Lei nº 10.429, de 2002) e criação do Programa Diversidade na Universidade, voltado para minorias étnicas (Lei nº 10.558, de 2002).

Completa a lista a MP sobre a comprovação da qualidade de estudante, para obtenção de possíveis descontos sobre o valor do ingresso em eventos culturais, esportivos e de lazer. Essa MP e as iniciativas, acima referidas, sobre mensalidades escolares e programas educacionais do MEC, todas anteriores à Emenda à Constituição nº 32, de 2001, deixaram de ser apreciadas pela 51ª Legislatura e ficaram no limbo das medidas provisórias, com prazo de vigência indefinido, à espera de decisão do Governo Lula ou do novo parlamento.

### *5. Proposições de competência exclusiva do Poder Legislativo*

Poucos projetos de decreto legislativo têm repercussão no mundo educacional. Merecem destaque as tentativas parlamentares de sustar a vigência de normas emanadas do Poder Executivo, que teriam exorbitado do seu poder regulamentar e a apreciação de acordos e protocolos internacionais.

Em relação à suspensão, oito projetos de decreto legislativo sobre temas educacionais, ou de impacto específico na área da educação, foram apresentados no período. Quatro deles na 50ª Legislatura: duas proposições contra a regulamentação da educação profissional (Decreto nº 2.207/97 e Portaria nº 646/97, do MEC); a tentativa de suspender a fixação do valor mínimo nacional por aluno do Fundef (Decreto nº 2.440/97) e a de sustar norma referente a recursos financeiros do MEC (Decretos nº 2.773/98 e nº 2.834/98). Na legislatura seguinte, os alvos foram a regulamentação da exigência de formação em nível superior de professores para atuar na educação básica (Decreto nº 3.276/99); a exclusão dos cursos com conceitos “D” e “E”, na avaliação do Exame Nacional de Cursos, do rol de beneficiários do Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior (Portaria nº 860/99 do MEC); a proibição de permitir que creches e entidades equivalentes optassem pelo Simples (Ato Declaratório 29/99, do Coordenador-Geral do Sistema de Tributação da Secretaria da Receita Federal); e a proposta de novas diretrizes curriculares dos cursos de graduação de Direito (Parecer Normativo nº 146/02, da Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional de Educação). Nenhum dos projetos obteve aprovação até o final da 51ª Legislatura.

O Congresso Nacional transformou em norma jurídica, a partir de mensagens enviadas pelo Presidente da República, quatro protocolos de natureza educacional no âmbito do Mercosul, além de um convênio de cooperação educativa com a Argentina e acordos de cooperação educacional com a Bolívia, a Jamaica, o Líbano, o México, a Namíbia, a Rússia, a Síria e a Turquia.

No que se refere ao alcance educacional dos projetos de resolução, os mais comuns são os de autorização para contratação de operações de crédito, originados de mensagens do Poder Executivo, submetidos à apreciação do Senado Federal (competência privativa). Nas legislaturas em apreço, foram

aprovadas várias autorizações dessa natureza, com o objetivo de obter recursos financeiros para programas educacionais. Mais de duas dezenas delas, para o financiamento do Programa de Modernização e Consolidação da Infra-Estrutura Acadêmica das Instituições Federais de Ensino Superior e Hospitais Universitários.

Alguns projetos de resolução foram apresentados com o objetivo de conferir nome às comissões de educação das duas casas do Congresso, bem como para instituir prêmios educacionais.

Outros tipos de proposições, muito utilizados pelos parlamentares, não são passíveis de transformação em norma jurídica – e não foram objeto de análise detida neste estudo. É o caso das indicações e dos requerimentos. As indicações não têm a mesma natureza na Câmara e no Senado. Naquela Casa, são muito utilizadas para a apresentação de sugestões a órgãos do Poder Executivo. Sua tramitação é simples, e praticamente todas as propostas apresentadas são aprovadas. Porém, não trazem maior efeito do que um ofício do órgão pertinente com explicações sobre o que foi feito ou se pode fazer em relação à sugestão enviada. Quase sempre se mostra que a sugestão enviada dispõe sobre assunto já regulamentado ou requer providência que as contingências orçamentárias impedem de atender. No campo educacional, são muito comuns as indicações que sugerem a criação de escolas, a inclusão de componentes nos currículos escolares etc.

No Senado, as indicações não podem, por força regimental, sugerir providências aos outros Poderes. As indicações apresentadas raramente dispõem sobre matéria de alcance educacional. Apenas em 2002, duas indicações, não apreciadas na respectiva legislatura, solicitaram à Comissão de Educação que estudasse a viabilidade da criação de estabelecimentos de ensino, providência que, de qualquer forma, encontra-se na esfera de competência do Poder Executivo.

Entre os requerimentos, merecem destaque os de solicitação de informação aos ministros de Estado e aos titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República (Constituição Federal, art. 50, § 2º). Os de natureza educacional foram, na maioria das vezes, endereçados ao Ministro da Educação, embora também o tenham recebido os titulares de outras pastas, como a da Previdência, da Fazenda, do Trabalho e Emprego e da Ciência e Tecnologia. A maior parte dos requerimentos de informações solicitava esclarecimentos sobre os programas desenvolvidos pelo respectivo ministério, bem como sobre a liberação de recursos financeiros a estados e municípios. Ainda que se constituam em importante instrumento para a ação parlamentar, especificamente para as atividades de fiscalização e controle dos atos do Poder Executivo, muitas vezes esses requerimentos foram utilizados para a obtenção de dados disponíveis ao público, constituindo-se, desse modo, em apenas meio alternativo – nem sempre mais rápido – de conseguir as informações desejadas.

As proposições de fiscalização constituem instrumento relevante da ação parlamentar. A respeito de matéria educacional, tais proposições foram pouco utilizadas nas duas legislaturas e estiveram quase limitadas à Câmara dos Deputados. As iniciativas apresentadas, algumas arquivadas e outras em tramitação ao final da 51ª Legislatura, propunham ações sobre o Fundo de Amparo ao Estudante (*sic*), o programa de avaliação do livro didático efetuado pelo MEC, o processo de autorização e funcionamento dos cursos de ensino superior, o Exame Nacional de Cursos (*Provão*), o Exame Nacional do Ensino Médio (Enem), o Projeto Nacional da Leitura Didática (*sic*) e a apuração de *práticas abusivas contra o consumidor* por parte de estabelecimentos privados de ensino. Por fim, foi proposto que o Tribunal de Contas da União (TCU) promovesse auditoria para apurar denúncias de irregularidades na aplicação de recursos do Fun-

def. No Senado – sob a forma de requerimento –, foi solicitada ao TCU a realização de inspeção na extinta Fundação de Assistência ao Estudante, requisição cumprida pelo Tribunal<sup>9</sup>.

Durante as legislaturas em apreço, não houve funcionamento de comissão parlamentar de inquérito (CPI) para apuração de fatos diretamente relacionados à área educacional. No entanto, no final da 51<sup>a</sup> Legislatura, a Presidência da Câmara acolheu requerimento de constituição de CPI para investigar denúncias de irregularidades no Fundef. Instituída em pleno período eleitoral, a CPI não chegou a atuar efetivamente<sup>10</sup>. Ainda na Câmara dos Deputados, foi solicitada – por requerimento ou projeto de resolução – a instalação de CPIs para investigar o cumprimento dos preceitos constitucionais quanto aos salários pagos aos professores do ensino fundamental, o programa de merenda escolar e a qualidade do ensino superior – a partir dos resultados do *Provão*. O primeiro desses pedidos foi arquivado, enquanto os outros permaneciam em tramitação ao final da 51<sup>a</sup> Legislatura.

### 6. Considerações finais

O conjunto de proposições legislativas de iniciativa parlamentar apresentado na 50<sup>a</sup> e 51<sup>a</sup> Legislaturas revela significativa dispersão de preocupações e interesses no campo educacional. Mostra, ao mesmo tempo, a existência de iniciativas recorrentes: em casos numerosos, de propostas semelhantes ou iguais, apresentadas na mesma legislatura e até na mesma sessão legislativa. Na realidade, o crescimento em um terço no número de projetos de lei de iniciativa parlamentar sobre matéria educacional na 51<sup>a</sup> Legislatura não revela necessariamente efetivo aumento do interesse em discutir as questões postas em pauta. Significativa parcela das proposições apresentadas não suscitou debates. Muitas delas destinam-se aos arquivos, freqüentemente sem ao menos a apreciação das comissões pertinentes<sup>11</sup>. Não

surpreende esse destino, já que em geral esses projetos são apresentados por motivação quantitativa, como resposta individual a assuntos momentaneamente enfocados pela mídia ou para atendimento de demandas isoladas – desde cartas de eleitores a *lobbies* mais sofisticados. De qualquer forma, essa enorme quantidade de projetos só não inviabiliza os trabalhos das comissões e dos plenários devido ao recurso (regimental) da tramitação conjunta e à retenção (extra-regimental) de projetos pelos relatores por tempo indeterminado, prática que muitas vezes não suscita reação dos autores, que reconhecem a inviabilidade política ou técnica de suas iniciativas.

Nesse conjunto ao mesmo tempo fragmentado e recorrente, mostrou-se bastante clara a atenção conferida pelos congressistas ao financiamento educacional, tanto nos projetos de lei quanto nas propostas de emenda constitucional. Destaca-se, também, o interesse maior demonstrado pelo ensino superior em comparação com a educação básica<sup>12</sup>, o que parece constituir simplesmente uma reação do Legislativo às demandas dos segmentos mais articulados da sociedade. A perturbadora inadequação da quase totalidade das iniciativas sobre currículos logo chama a atenção. Com efeito, a atração que o tema exerce parece ser o efeito da percepção equivocada – aparentemente bastante difundida na sociedade – de que significativa parcela dos problemas educacionais do País reside em lacunas nas prescrições curriculares e não nas deficiências de seu cumprimento pelas escolas. Não se pode deixar de destacar, ainda, a grande quantidade de proposições apresentadas por parlamentares sobre matérias cuja iniciativa pertence ao Presidente da República. Ainda que a criação de estabelecimentos de ensino seja o vício desse tipo mais evidente, na verdade, ele é bastante comum em outras proposições, particularmente na atribuição de novas competências a órgãos da administração pública da esfera do Poder Executivo.

A ampla variedade de assuntos visados e a sobreposição de iniciativas parecem ser o produto do mesmo fenômeno: a tênue articulação política em matéria educacional, em nível partidário ou outro qualquer, apesar dos esforços das comissões de educação. Nem mesmo temas educacionais que conseguiram mobilizar razoável número de parlamentares, como é o caso do crédito educativo, foram capazes de dar origem a propostas que tivessem êxito duradouro. O resultado disso é a aceitação tácita do papel do Poder Executivo como o grande legislador em matéria educacional. Assim, até mesmo iniciativas relevantes originárias do Legislativo que prosperaram (por exemplo, a LDB e a primeira versão nacional do programa de bolsa-escola) foram decisivamente influenciadas pelo Poder Executivo.

De fato, dos 1.160 projetos de lei ordinária e complementar sobre matéria educacional apresentados por parlamentares nas duas legislaturas em foco, apenas treze tornaram-se leis (além de outros três, vindos da 49ª Legislatura), pelo menos metade delas de reduzida relevância. Já o Poder Executivo conseguiu aprovar dezesseis dos vinte projetos de lei que apresentou sobre temas educacionais – dois foram considerados prejudicados e outros dois continuavam em tramitação ao final da 51ª Legislatura. Além disso, o Congresso aprovou onze das catorze medidas provisórias sobre a matéria – as outras três, anteriores à mudança constitucional sobre a edição de medidas provisórias, continuaram com prazo de vigência indefinido. É bem verdade que quase todos esses projetos de lei e medidas provisórias dispunham sobre assuntos de iniciativa exclusiva do Presidente da República, particularmente sobre organização da administração pública e remuneração de servidores. Também deve ser lembrado que o Legislativo tentou ou efetivamente modificou boa parte dessas proposições oriundas do Executivo, ainda que o recurso ao veto tenha sido comum (três deles foram totais).

No entanto, a grande desproporção entre o número de projetos apresentados por parlamentares e os transformados em lei, bem como a insistência em novos projetos concomitantemente e logo após a discussão e aprovação de duas leis gerais sobre matéria educacional (LDB e PNE), parece indicar uma tendência de valorizar excessivamente a ação legislativa, em sentido estrito, em prejuízo do exercício de importantes prerrogativas parlamentares, particularmente da função fiscalizadora. Assim, pode-se conjecturar sobre a possibilidade de enriquecimento dos trabalhos legislativos se o binômio fragmentação/repetição, sem prejuízo das prerrogativas individuais de cada parlamentar, der lugar a iniciativas que tenham o respaldo dos partidos, das comissões temáticas ou de bancadas reunidas em torno da defesa de temas comuns. Além dos ganhos decorrentes da economia processual, decerto seria possível obter maior objetividade nas discussões dos problemas educacionais que afetam o País.

#### Notas

<sup>1</sup> Não nos pareceu relevante distinguir os (poucos) projetos de lei complementar, utilizados para a criação de fundos.

<sup>2</sup> A opção pelo quadro reside no número intermediário dessas proposições, nem tão grande a ponto de inviabilizar a menção individual, como no caso dos projetos de lei, nem tão reduzido, a ponto de permitir a referência no próprio texto, como em outros casos.

<sup>3</sup> As duas PECs que deram origem ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (Emenda à Constituição nº 31, de 2000) não foram incluídas em razão da ampla abrangência de seu escopo, embora um de seus propósitos seja o de destinar recursos a *ações suplementares* de educação.

<sup>4</sup> Foram incluídos na categoria *ensino superior* os projetos relativos a eventuais encargos decorrentes da extinção da gratuidade nos estabelecimentos públicos do nível educacional correspondente.

<sup>5</sup> Não foram consideradas as diversas proposições que dispõem sobre incentivos fiscais que afetam vários tributos, entre os quais o salário-educação.

<sup>6</sup> Os números indicam o total de proposições apresentadas, respectivamente, na 50ª Legislatura e na 51ª.

<sup>7</sup> Um dos projetos beneficia, além dos estudantes, também os idosos. Outro projeto inclui como beneficiários estudantes e profissionais da educação.

<sup>8</sup> Originalmente, porém, o projeto que resultou nessa lei estendia o benefício a outras atividades.

<sup>9</sup> O TCU também empreendeu outras investigações sobre o uso de recursos públicos federais em iniciativas educacionais (Fundef, universidades federais, programas do MEC etc.), cujos resultados foram submetidos ao conhecimento das duas Casas legislativas.

<sup>10</sup> A Comissão de Educação, Cultura e Desporto da Câmara dos Deputados criou uma subcomissão especial para analisar irregularidades no Fundef, que chegou a produzir um relatório sobre a matéria, enviado para a análise do TCU.

<sup>11</sup> Em princípio, os projetos em tramitação são arquivados ao final da legislatura. Todavia, as diversas exceções a essa norma – um pouco distintas entre o Senado e a Câmara – permitem a sobrevivência de muitas proposições entre as legislaturas.

<sup>12</sup> Convém reiterar a especificidade das PECs. Cumpre indicar, ainda, que muitas proposições concernentes tanto à educação básica quanto à superior não apareceram classificadas nas categorias pertinentes anteriormente apresentadas. Assim, se a maior parte dos projetos sobre currículos e bolsa-escola diz respeito à educação básica, a educação superior, por outro lado, domina as proposições referentes a programas de financiamento de encargos educacionais.

Propostas de Emenda à Constituição sobre matéria educacional, de iniciativa parlamentar, apresentadas na 50ª e 51ª Legislaturas\*

Temas	50ª Legislatura		51ª Legislatura		Total
	Nº de PECs	Conteúdo	Nº de PECs	Conteúdo	
Educação Básica	06	<p>Educação Infantil (02):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Obrigatoriedade e gratuidade do pré-escolar e recursos do Fundef para a educação infantil (PEC nº 570/98)</li> <li>• Recenseamento de crianças em idade de frequentar creches e pré-escolas (PEC nº 207/95)</li> </ul> <p>Ensino Fundamental (03):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Irredutibilidade do gasto por aluno no âmbito do Fundef (PEC nº 536/97)</li> <li>• Limite de idade (de 6 a 14 anos) para a gratuidade e obrigatoriedade do ensino fundamental (PEC nº 270/95)</li> <li>• Extensão do prazo previsto no art. 60 original do ADCT (PEC nº 324/96)</li> </ul>	14	<p>Educação Infantil (07):</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Recebimento de recursos do salário-educação (PECs nº 82/99-SF, nº 428/01 e nº 2/02-SF)</li> <li>• Obrigatoriedade e gratuidade da educação infantil na faixa etária de 0 a 6 anos (PEC nº 40/00-SF) e de 4 a 6 anos (PEC nº 487/02)</li> <li>• Vinculação de recursos para a educação infantil (PEC nº 415/01)</li> <li>• Recebimento de recursos do Fundef (PEC nº 342/01)</li> <li>• Ensino Fundamental (04):</li> <li>• Prorrogação da vigência do Fundef (PECs nº 467/01 e nº 29/02-SF)</li> <li>• Fundef como disposição permanente (PEC nº 522/02)</li> <li>• Valor mínimo por aluno para regiões político-administrativas (PEC nº 312/00)</li> <li>• Ensino médio (01):</li> <li>• Garantia de sua obrigatoriedade (PEC nº 503/02)</li> <li>• Educação Básica – as três etapas (02):</li> <li>• Prioridade para recebimento de recursos públicos para os três níveis da educação básica (PEC nº 149/99)</li> <li>• Criação do Fundo de Financiamento da Educação Básica (PEC nº 3402-SF**)</li> </ul>	19
Ensino superior	07	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Autonomia universitária (PEC nº 35/97-SF)</li> <li>• Alotação prioritária da União (PEC nº 553/97)</li> <li>• Reserva de vagas (50%) dos vestibulares aos alunos oriundos das escolas públicas (PEC nº 403/96)</li> <li>• Reserva de vagas (20%) das IES públicas para os filhos de operários ou trabalhadores rurais com renda até 3 SM (PEC nº 464/97)</li> <li>• Prazo para a extensão das atividades das universidades federais às cidades de maior densidade populacional – art. 60 original do ADCT (PEC nº 552/97)</li> <li>• Prestação de serviço à comunidade por diplomados em universidades públicas (PEC nº 206/95)</li> <li>• Cobrança de mensalidade no ensino superior público compatível com a renda familiar (PEC nº 123/95)</li> </ul>	10	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Recursos para as IFE S da Amazônia Legal (PECs nº 373/01 e nº 16/02-SF)</li> <li>• Autonomia universitária (PEC nº 35/00-SF)</li> <li>• Supressão da gratuidade do ensino superior público e financiamento dos estudos, nesse nível de ensino, aos alunos carentes, em instituições públicas e privadas (PEC nº 9/99)</li> <li>• Autorização para que as universidades federais e estaduais cobrem mensalidade dos alunos que possam pagá-la (PEC nº 128/99)</li> <li>• Obrigatoriedade de prestação de serviço social pelos egressos das universidades federais (PEC nº 185/99)</li> <li>• Extinção da gratuidade do ensino superior em estabelecimentos públicos e criação de serviço social para os formados nessas instituições (PEC nº 245/00)</li> <li>• Criação de novas universidades públicas e a expansão e descentralização das existentes (PEC nº 469/01)</li> <li>• Limitação da gratuidade do ensino em estabelecimentos públicos de ensino superior aos alunos de baixa renda (PEC nº 479/01)</li> <li>• Criação do Fundo de Financiamento do Ensino Superior (PEC nº 573/02**)</li> <li>• Acúmulo de cargos no serviço público (PECs nº 488/02 e nº 8/02-SF)</li> <li>• Acesso de professores leigos à educação superior sem processo de seleção (PEC nº 78/99-SF)</li> <li>• Idade de aposentadoria compulsória (PEC nº 355/01)</li> <li>• Restrição para admissão de estrangeiros nas universidades públicas (PEC nº 484/02)</li> </ul>	17
Profissionais da educação	02	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Exclusão do pagamento de docentes inativos do conceito de MDE (PEC nº 451/97)</li> <li>• Aposentadoria especial para professor em cargo de coordenador pedagógico (PEC nº 435/96)</li> </ul>	05		07



Temas	50ª Legislatura		51ª Legislatura		Total
	Nº de PECs	Conteúdo	Nº de PECs	Conteúdo	
Programas suplementares de alimentação e saúde	04	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Suprime a exigência de que o financiamento da merenda escolar seja feito com recursos provenientes de contribuição social e de outros recursos orçamentários além dos vinculados à MDE (PEC nº 252/95)</li> <li>•Elimina a necessidade de certidão negativa de débito junto ao INSS para recebimento de recursos destinados aos programas previstos no art. 208, VI, da CF (PEC nº 292/95)</li> <li>•Uso de até 5% da receita líquida de impostos em programas suplementares de alimentação e saúde (PEC nº 522/97)</li> <li>•Proibição aos entes federados de usar recursos provenientes de contribuições sociais para o financiamento de programas de alimentação escolar (PEC nº 342/96)</li> </ul>	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Revogação do dispositivo que determina que o financiamento dos programas seja feito com recursos provenientes de contribuições sociais e de outros recursos orçamentários (PEC nº 208/00)</li> </ul>	05
Vinculação de recursos para MDE (art. 212, caput)	02	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Aumento da vinculação de recursos da União para 25% da receita líquida de impostos (PECs nº 78/95 e nº 176/95)</li> </ul>	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Elevação da vinculação de recursos da União e dos entes federados para, respectivamente, 22% e 30% da receita líquida de impostos (PEC nº 416/01)</li> </ul>	03
Pagamento de encargos educacionais às escolas particulares didáticos	02	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Criação do Sistema Nacional de Crédito Educativo (PEC nº 185/95)</li> <li>•Subvinculação de recursos de MDE da União para o crédito educativo (PEC nº 35/98-SF)</li> </ul>	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Concessão de bolsas de estudo e crédito educativo para o ensino médio e superior aos estudantes carentes em instituições privadas (PEC nº 32/99)</li> </ul>	03
Inclusão de componente curricular	03	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Garantia de atendimento ao educando, no ensino médio, de programas suplementares de material didático-escolar (PEC nº 609/98)</li> <li>•Imunidade de impostos para cadernos escolares (PECs nº 416/98 e nº 10/00-SF)</li> </ul>			03
Gestão democrática do ensino	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Inclusão da disciplina educação sexual e doenças sexualmente transmissíveis nos currículos do ensino fundamental e médio (PEC nº 424/96)</li> </ul>	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Exigência da oferta do ensino religioso em escolas particulares do ensino fundamental, em horário normal e com frequência facultativa (PEC nº 392/01)</li> </ul>	02
Educação profissional	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Vinculação de recursos da União (7% da receita de impostos) ao "ensino técnico de nível médio" (PEC nº 219/95)</li> </ul>	02	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Escolha de dirigentes escolares a critério dos sistemas de ensino (PEC nº 48/99)</li> <li>•Eleição direta para reitores e diretores de faculdades e escolas (PEC nº 104/99)</li> </ul>	02
Natureza jurídica dos estabelecimentos de ensino	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Criação de instituições mistas de ensino (PEC nº 5/96-SF)</li> </ul>	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Criação do Fundo de Desenvolvimento Educacional e Profissional da Juventude (PEC nº 506/02)</li> <li>•Criação de instituições mistas de ensino (PEC nº 13/99-SF)</li> </ul>	02
Divisão de competências e colaboração entre os níveis de governo	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Atuação dos estados exclusivamente no ensino superior e médio (PEC nº 177/95)</li> </ul>	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Mudanças na divisão de competências entre os níveis de governo – e criação de fundo de financiamento para a educação básica (PEC nº 112/99**)</li> </ul>	02
Transporte de estudantes			02	<ul style="list-style-type: none"> <li>•Gratuidade no sistema de transporte público coletivo para estudantes do ensino fundamental e médio (PEC nº 295/00)</li> <li>•Gratuidade do transporte coletivo urbano para os estudantes e previsão de mecanismos de estímulo a cultura e ao lazer dos estudantes (PEC nº 54/002)</li> </ul>	02

Temas	50ª Legislatura		51ª Legislatura		Total
	Nº de PECs	Conteúdo	Nº de PECs	Conteúdo	
Educação e relações de emprego	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Isenção de pagamento da seguridade social relativa aos menores de 16 anos que recebem treinamento profissional ou processo regular de ensino (PEC nº 259/95)</li> </ul>			01
Uso de recursos públicos em educação (art. 213)	01	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Destinação de recursos públicos exclusivamente às escolas públicas e proibição de auxílio público a instituições privadas, ainda que sob a forma de renúncia fiscal (PEC nº 274, de 1995)</li> </ul>			01
Dedução no IR de gastos e doações com educação			01	• Dedução integral de despesas com educação da base de cálculo do IR (PEC nº 94/99)	01
Educação especial			01	• Subvenção do poder público às instituições particulares, sem fins lucrativos, que desenvolvem educação especializada (PEC nº 175/99)	01
Plano Nacional de Educação (PNE)			01	• Recursos adicionais para o PNE (PEC nº 270/00)	01
Execução orçamentária e educação			01	• Obrigatoriedade da execução da programação orçamentária decorrente de emendas de parlamentares direcionadas à área de educação (e a de saúde) (PEC nº 313/00)	01

\* As PECs originadas no Senado aparecem com a indicação SF. As demais tiveram origem na Câmara dos Deputados.

\*\* Também alteram percentuais da vinculação de recursos para a MDE.