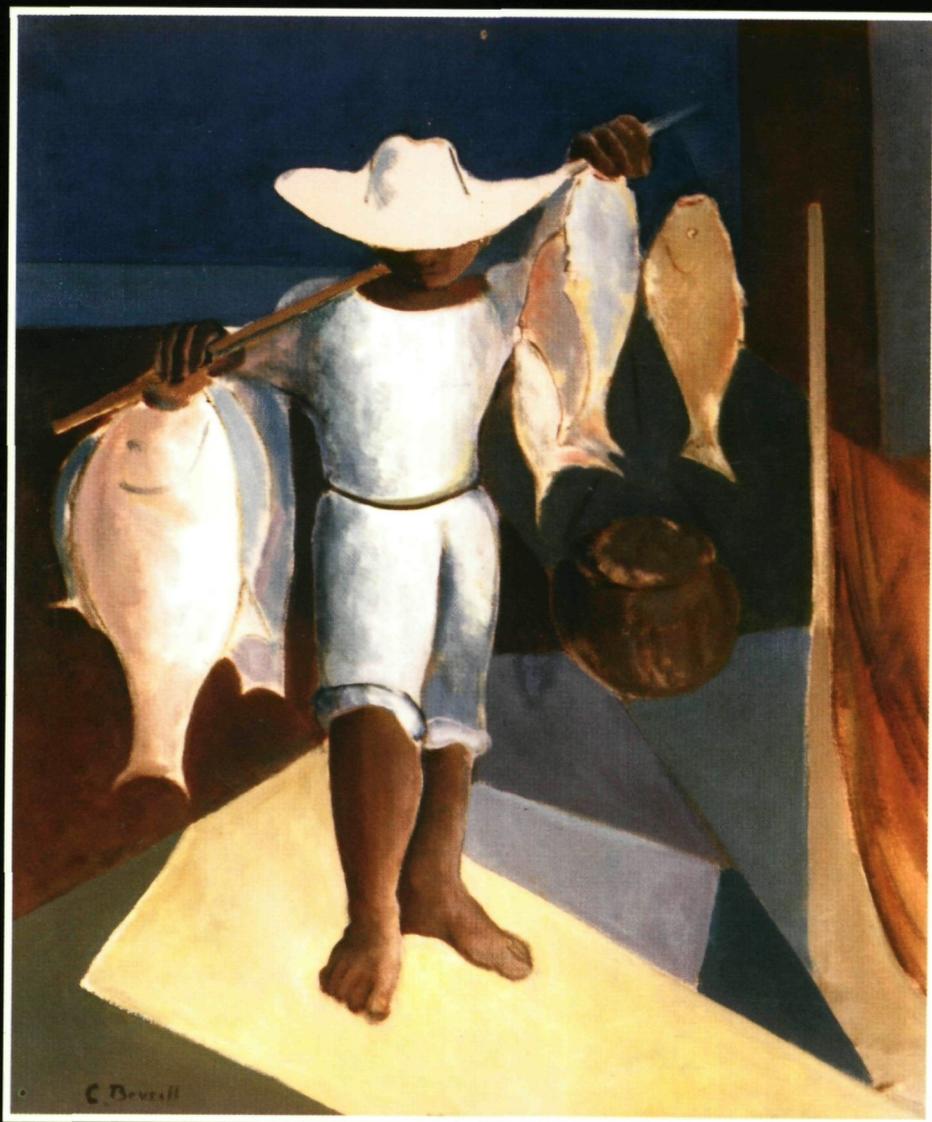


# REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas  
Brasília – Julho-Setembro/2003 – Ano 40 – Nº 159



Carl Brusell, "Bahia", 1979. Acervo do Senado Federal.

# Revista de Informação Legislativa

Brasília • ano 40 • nº 159

julho/setembro – 2003

Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal

Revista  
de  
Informação  
Legislativa

FUNDADORES

Senador Auro Moura Andrade

Presidente do Senado Federal – 1961-1967

Isaac Brown

Secretário-Geral da Presidência – 1946-1967

Leyla Castello Branco Rangel

Diretora – 1964-1988

---

ISSN 0034-835x

Publicação trimestral da

Subsecretaria de Edições Técnicas

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

CEP: 70.165-900 – Brasília, DF. Telefones: (61) 311-3575, 311-3576 e 311-3579

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

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINALS: Angelina Almeida Silva, Cláudia Moema de Medeiros Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Yuri G. B. Batista e Sérgio Souza Santos

REVISÃO DE PROVAS: Maria Vanessa Andrade Sampaio, Soraya Virgínia Damasceno  
Fernandes, Viviane Guilhões Barros

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Saulo Santos Briseno e Anderson Gonçalves de Oliveira

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.

Pídese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

---

Revista de Informação Legislativa / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. -  
- Ano 1, n. 1 (mar. 1964) - . - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria  
de Edições Técnicas, 1964- .

v.

Trimestral.

Ano 1-3, nº 1-10, publ. pelo Serviço de Informação Legislativa; ano 3-9, nº  
11-33, publ. pela Diretoria de Informação Legislativa; ano 9- , nº 34- , publ. pela  
Subsecretaria de Edições Técnicas.

1. Direito — Periódico. I. Brasil. Congresso. Senado Federal, Subsecretaria  
de Edições Técnicas.

CDD 340.05

CDU 34(05)

---

# Revista de Informação Legislativa

Brasília · ano 40 · nº 159 · julho/setembro · 2003

Antônio Figueiredo Guerra Beltrão	A competência dos Estados federados em meio ambiente a partir da ordem constitucional de 1988 7
Fernando Boarato Meneguim	Nível de emprego e legislação trabalhista 13
Geraldo Magela e Silva Meneses	Limites ao poder jurisdicional na perspectiva do direito brasileiro 19
Eber Zoehler Santa Helena	Caudas, rabilongos e o princípio da pureza ou exclusividade da lei orçamentária 37
Alexandre de Moraes	Legitimidade da justiça constitucional 47
Antonio Carlos do Amaral Maia	O ostracismo e os contratos administrativos. Direito e biologia evolutiva 61
João Carlos Souto	João Mangabeira – múltiplo 89
Lafayette Pozzoli	Cultura dos direitos humanos 105
Daniella S. Dias	O Estatuto da Cidade e os desafios postos à ação do Ministério Público na atualidade 113
Pedro Braga	Crime, pena e sociedade no Brasil pré-republicano 125
Jair José Perin	A intervenção do Estado no domínio econômico e a função das agências de regulamentação no atual contexto brasileiro 145
Solange Teles da Silva	Poluição visual e poluição sonora: aspectos jurídicos 161
Daisy de Asper y Valdés	Responsabilidade civil do Estado e as Agências Reguladoras 181
Floriano de Azevedo Marques Neto	Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões 193
José Eduardo Sabo Paes	O Ministério Público perante os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo. Análise de sua posição constitucional 199
Jorge Fontoura	Limites constitucionais a parlamentos regionais e à supranacionalidade: o dilema dos blocos econômicos intergovernamentais 219
Jorge Miranda	O Parlamento de Portugal 225

Marcos Antônio Striquer Soares	O veto. Controle jurídico do veto presidencial: é possível? É necessário? 241
Aldir Guedes Soriano	Constitucionalização do direito internacional: uma nova forma de alteração da Constituição 253
Cesar Caldeira	Mancha na cidade do Rio de Janeiro: a trajetória de um delinqüente notável 267
Nerione Nunes Cardoso Jr.	Considerações a respeito da atualidade do conceito de totalitarismo em Hannah Arendt 291
Roberto Di Sena Júnior	Padrões trabalhistas e comércio internacional 301
Hugo Hortêncio de Aguiar	Rússia – 3ª parte: organização político-administrativa da ex-URSS – conclusão 307
Marcelo Dias Varella e Ana Flávia Platiau	Estímulo ao associativismo no Brasil: algumas propostas de políticas públicas 319
Marta Maria Assumpção Rodrigues	Poder constitucional e tramitação de urgência. Um estudo da produção legislativa brasileira de 1988 a 1994 335

### *Resenha Legislativa*

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

André Eduardo da Silva Fernandes	Distribuição de renda e crescimento econômico: uma análise do caso brasileiro 345
----------------------------------	---

*(artigos de contribuição da Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal)*

Renato Jorge Brown Ribeiro	Lei de Responsabilidade Fiscal – escoadouros identificados após três anos de vigência 355
----------------------------	---

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

# A competência dos Estados federados em meio ambiente a partir da ordem constitucional de 1988

Antônio Figueiredo Guerra Beltrão

## Sumário

Considerações iniciais. 1. A repartição de competência em matéria ambiental pela Carta de 1988: os Estados Federados como titulares de competência legislativa e administrativa. 2. A legislação infraconstitucional ambiental: análise das atribuições dos Estados Federados na estrutura administrativa nacional vigente. 3. Conclusões.

## *Considerações iniciais*

Malgrada a existência de normas relativas à preservação do meio ambiente ser antiga, havendo previsão de sanção para o corte de árvore, por exemplo, desde as Ordenações Filipinas (Livro 5º, Título LXXV), jamais, antes da Constituição da República de 1988, o tema ambiental fora tratado, no âmbito constitucional pátrio, de forma específica e sistemática.

De fato, a Carta de 1988, de forma hodierna e avançada, apresenta uma série de preceitos quanto à tutela ambiental, seja de forma fragmentada em diversos Capítulos, seja em um Capítulo exclusivo ao tema. Assim, inserida entre os direitos e deveres individuais e coletivos (Título II, Capítulo I, art. 5º, LXXIII), a legitimidade de qualquer cidadão de interpor ação popular para anulação de ato lesivo ao meio ambiente.

Igualmente, como matéria que pode ser objeto de inquérito civil e de ação civil pública pelo *Parquet* (art. 129, III), como princí-

Antônio Figueiredo Guerra Beltrão é Procurador do Estado de Pernambuco, pós-graduado em direito tributário pela Universidade Federal de Pernambuco e advogado militante.

pio que rege a ordem econômica (art. 170, VI), tema a ser compreendido na função social da propriedade (art. 186, II), como o dever de colaboração pelo sistema único de saúde (art. 200, VIII) e como patrimônio cultural brasileiro (art. 216, V).

Especificamente, há o art. 225 (Título VIII, Capítulo VI), que enumera, em seu § 1º, uma série de normas, algumas de conteúdo meramente programático, outras não, para o Poder Público, destacando-se a exigência de estudo prévio de impacto ambiental para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, na forma da lei (inciso IV).

Também de grande relevo a previsão de obrigação de recuperação do meio ambiente degradado, a responsabilização penal das pessoas jurídicas, além da civil e administrativa, por condutas e atividades consideradas lesivas, e a caracterização da Floresta Amazônica brasileira, da Mata Atlântica, da Serra do Mar, do Pantanal Mato-Grossense e da Zona Costeira como patrimônio nacional, nos termos dos § 2º, § 3º e § 4º, respectivamente, todos do art. 225.

Passemos à análise dos dispositivos que versam sobre a competência dos entes federados em relação ao tema.

### *1. A repartição de competência em matéria ambiental pela Carta de 1988: os Estados Federados como titulares de competência legislativa e administrativa*

Perfunctoriamente, torna-se imprescindível para este estudo uma análise sucinta quanto ao Estado federal, do qual ontologicamente decorre a noção de repartição constitucional de competências entre os entes federados. O termo federação origina-se, etimologicamente, de *foedus*, *foederis*, que significa pacto, aliança, união. Para caracterizá-la, a divisão de competências entre os entes federados – ordens jurídicas parciais –, embora essencial, não basta.

Ressalvadas algumas divergências doutrinárias, pode-se afirmar que são elementos essenciais para a existência de um Estado federativo, em síntese apertada, a descentralização política, que corresponde à repartição constitucional de competências, a participação da vontade das ordens jurídicas parciais na vontade criadora da ordem jurídica nacional e a possibilidade de autoconstituição (cf. TEMER, 2001, p. 63).

A divisão de competências entre os entes federados, em regra, segue o denominado princípio da predominância do interesse, segundo o qual compete à União as matérias em que predomine o interesse nacional, aos Estados as de interesse regional e aos Municípios as de interesse local.

Na Carta Magna de 1988, coube aos Estados Federados, em regra, a competência residual ou remanescente, e à União Federal, as competências expressas ou enumeradas, conforme tradicional técnica consagrada mundialmente de repartição constitucional de competências (cf. SILVA, 1994, p. 418).

Tal assertiva, entretanto, não é absoluta, visto que, para determinadas matérias, como, por exemplo, a tributária, a situação torna-se inversa, cabendo aos Estados Federados uma competência expressa (art. 155), enquanto para a União Federal há, também, além da expressa (art. 153), uma competência residual (art. 154, I).

Quanto à extensão, a competência pode ser classificada em exclusiva, privativa, comum, concorrente ou suplementar. A competência exclusiva, como o próprio vocábulo indica, exclui os demais entes, enquanto a privativa, embora também seja específica de um determinado ente federado, permite, ao contrário daquela, delegação ou competência suplementar.

A competência comum, também denominada cumulativa ou paralela, é a exercida de forma igualitária por todos os entes que compõem uma federação, sem a exclusão de nenhum; a concorrente consiste em uma competência em que há a possibilidade de disposição por mais de um ente

federativo, havendo, entretanto, uma primazia por parte da União quanto à fixação de normas gerais.

Finalmente, a competência suplementar, noção necessariamente ligada à competência concorrente, designa a possibilidade de editar normas que pormenorizem regras gerais existentes ou que supram a sua omissão.

Pois bem. A temática ambiental na Constituição de 1967 não era abordada de uma maneira geral, mas fragmentada em recursos minerais, florestas, caça e pesca, águas, etc, cuja competência legislativa pertencia tão-somente à União, nos termos do art. 8º, inciso XVII (MIRANDA, 1970, p. 95-96).

Os Estados federados não possuíam competência alguma, ainda que de forma suplementar, para dispor sobre tais matérias (art. 8º, § 2º, da Carta de 1967).

De forma bastante distinta, a Carta de 1988 adota forma hodierna de divisão de competência em matéria ambiental, correspondente na fixação de temas comuns aos entes federados, prevendo atuações paralelas, respeitadas, naturalmente, as esferas de atuação de cada um.

Assim, dispõe em seu art. 23, incisos VI e VII, ser competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, bem como a preservação das florestas, da fauna e da flora.

Tal competência denomina-se material ou administrativa, uma vez que possui precipuamente natureza executiva, não autorizando, portanto, atividade legiferante alguma. Logo, corresponde à implementação das diretrizes, políticas e preceitos concernentes à temática ambiental (cf. SILVA, 2002, p. 77).

O art. 24, incisos VI e VIII, estabelece a competência legislativa concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal, excluindo os Municípios, para florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, assim como responsabilidade por dano ao meio ambiente.

Corroborando a competência comum de todos os entes federados para atuarem de forma conjunta em defesa do meio ambiente, o § 1º do art. 225 da Carta utiliza a expressão genérica “Poder Público”, não fixando, portanto, para nenhum ente federado específico, as atribuições ali previstas.

De acordo com o princípio da predominância do interesse, a Carta de 1988 expressamente dispõe nos parágrafos do art. 24 que a União limitar-se-á a estabelecer normas gerais, cabendo aos Estados a competência suplementar.

Logo, infere-se que os Estados Federados em matéria ambiental com a ordem constitucional vigente a partir da Carta de 1988, tanto em relação à competência material ou administrativa quanto legislativa, passaram a exercer um papel fundamental.

## *2. A legislação infraconstitucional ambiental: análise das atribuições dos Estados Federados na estrutura administrativa nacional vigente*

O tema ambiental foi primeiramente tratado no âmbito infraconstitucional pátrio, ao menos de forma sistemática, pelo Decreto-Lei nº 1.413, de 14 de agosto de 1975, e, posteriormente, pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, disciplina o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA, seus instrumentos e objetivos.

Apesar de cronologicamente anteriores, o Código de Águas (Decreto-Lei nº 852, de 11/11/1938), o Código Florestal (Lei nº 4.771, de 15/09/1965), o Código da Caça (Lei nº 5.197, de 03/01/1967), o Código de Pesca (Decreto-Lei nº 221, de 28/02/1967), o Código de Mineração (Decreto-Lei nº 227, de 28/02/1967) e o Código Brasileiro do Ar (Lei nº 6.833, de 30/09/1980) não são, em regra, considerados como normas propriamente de tutela do meio ambiente, vez que tratam apenas incidentalmente do tema (cf. HORTA, 1995, p. 304-305).

A Lei nº 6.938, de 1981, prevê em seu art. 6º, § 1º, que cabe aos Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, a elaboração de normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA.

Nesse contexto administrativo, os órgãos ou entidades estaduais integram o Sistema Nacional do Meio Ambiente como órgãos seccionais, sendo responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental, como previsto pelo art. 6º, inciso V, da Lei nº 6.938, de 1981, com a redação dada pela Lei nº 7.804, de 18/07/1989.

Tais órgãos estaduais têm a atribuição, entre outras, de conceder o imprescindível licenciamento prévio para “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidoras, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental”, nos termos do art. 10 da Lei nº 6.938, de 1981, com a redação da Lei nº 7.804, de 1989.

Ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA, órgão executor do Sistema Nacional do Meio Ambiente (art. 6º da Lei nº 6.938, de 1981, com a redação dada pela Lei nº 8.028, de 1990), cabe o licenciamento em caráter supletivo, ressalvada a hipótese de atividade ou obra cujo impacto ambiental seja de âmbito nacional ou regional, isto é, que exceda o âmbito estadual (art. 10, § 4º, da Lei nº 6.938, de 1981, com a modificação da Lei nº 7.804, de 1989).

Observe-se, entretanto, que as normas e padrões a serem observados pelos órgãos estaduais quanto a esse licenciamento, para sua implementação, acompanhamento e fiscalização, consiste em atribuição do próprio Ibama, autarquia federal, que deverá propô-las ao Conama (art. 11

da Lei nº 6.938/81, com a redação dada pela Lei nº 7.804/89).

Como exposto no item anterior, a ordem constitucional vigente quando da edição da Lei nº 6.938/81 atribuía apenas à União a competência legislativa para dispor acerca dos bens ambientais, tais como as florestas, caça e pesca, recursos minerais, etc. Os Estados federados não possuíam competência alguma a respeito (art. 8º, XVII e § 2º, da Carta de 1967).

A Constituição da República de 1988 modificou profundamente esse sistema na medida em que atribuiu também aos Estados a competência para proteger o meio ambiente e combater a poluição, bem como para preservar as florestas, a fauna e a flora (art. 23, VI e VII).

Outrossim, a Carta da República vigente atribui expressamente a competência suplementar aos Estados, que excepcionalmente poderá transformar-se em competência legislativa plena, para legislar sobre florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição, assim como responsabilidade por dano ao meio ambiente (art. 24, incisos VI e VIII).

Ainda, em seu Capítulo específico do Meio Ambiente (Capítulo VI do Título VIII), o legislador constituinte utilizou no art. 225, § 1º, a expressão genérica “Poder Público” para designar o titular das atribuições ali previstas, o que abrange, naturalmente, todos os entes federados.

De acordo com o princípio da supremacia da Constituição, esta se coloca no topo do ordenamento jurídico de uma nação; todas as demais normas apenas serão válidas à medida que se conformarem com as normas constitucionais.

A Constituição é, pois, a norma de todas as outras normas, o fundamento da autoridade de todos os poderes constituídos (CAETANO, 1987, p. 401).

Conseqüentemente, “não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis. A fórmula

la a adotar-se para a explicitação de conceitos opera sempre ‘de cima para baixo’, o que serve para dar segurança em suas definições. O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. O que cumpre ser feito é sempre o contrário, vale dizer, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição” (BASTOS, 1999, p. 101-102).

Entretanto, a par dessa nova ordem constitucional vigente a partir de outubro de 1988, constata-se que a legislação infraconstitucional ambiental não sofreu alteração relevante para adequar-se ao novo papel a ser desempenhado pelos Estados federados.

De fato, apesar das sucessivas alterações sofridas pela Lei nº 6.938/81, com as Leis nº 7.804, de 18/07/1989, nº 8.028, de 12/04/1990, nº 9.960, de 28/01/2000, nº 9.966, de 28/04/2000, nº 9.985, de 18/07/2000, e nº 10.165, de 27/12/2000, os órgãos estaduais continuam a exercer no Sisnama apenas a função de órgãos seccionais de execução, responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental (art. 6º, V).

Como órgão superior, encontra-se o Conselho de Governo, cuja função consiste no assessoramento da Presidência da República; como órgão consultivo e deliberativo, o Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA; como órgão central, a Secretaria do Meio Ambiente da Presidência da República; como órgão executor, o Ibama; e, por fim, os órgãos locais, que correspondem aos órgãos municipais (incisos I, II, III, IV e VI, respectivamente, do art. 6º).

Outrossim, a Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII, da Constituição Federal, e institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, trata de forma semelhante os Estados na medida em que, em seu art. 6º, confere aos órgãos estaduais, juntamente com o Iba-

ma e os órgãos municipais, a função de meros executores.

Tanto no Sisnama quanto no SNUC, o órgão consultivo e deliberativo é o Conama (art. 6º, II, da Lei nº 6.938/81, e alterações subsequentes, e art. 6º, I, da Lei nº 9.985/00). E a participação de um representante de cada um dos governos estaduais no plenário do Conama, conforme prevê o art. 5º do Decreto nº 99.274, de 6 de junho de 1990, não é suficiente para garantir aos Estados uma maior participação nos aludidos sistemas uma vez que esse plenário também é composto por uma série de outros representantes dos mais variados setores da sociedade, tais como das Confederações Nacionais da Indústria, da Agricultura e do Comércio, bem como das Confederações Nacionais dos Trabalhadores da Indústria, da Agricultura e do Comércio (inciso VI).

Compõem também o aludido plenário mais dois representantes de Associações legalmente constituídas, para a defesa dos recursos naturais e combate à poluição, a serem nomeados pelo Presidente da República; há ainda um representante de cada um dos Ministros de Estado e dos Secretários da Presidência da República (incisos IV e VII), entre diversos outros representantes das mais variadas associações e entidades.

Finalmente, de encontro mesmo à nova ordem advinda com a Carta de 1988, o art. 10 da Lei nº 6.938/81, que em sua redação original previa, de forma expressa, apenas a licença do órgão estadual competente para obra ou atividade efetiva ou potencialmente poluidora ou que cause degradação ambiental, passou, com a redação dada pela Lei nº 7.804/89, a expressamente prever a necessidade de prévio licenciamento também, em caráter supletivo, do Ibama.

### 3. Conclusões

A Constituição da República de 1988, de forma inédita no âmbito constitucional pátrio, dispõe acerca do tema ambiental, seja em diversos dispositivos fragmentados nos

seus mais variados Capítulos, seja em um Capítulo específico (Título VIII, Capítulo VI, art. 225).

Outrossim, distintamente da ordem constitucional anterior da Carta de 1967, que não atribua competência alguma aos Estados federados acerca dos bens ambientais (art. 8º, § 2º, da Carta de 1967), a qual pertencia unicamente à União Federal (art. 8º, XVII), a nova ordem constitucional vigente a partir de 1988 adota sistema hodierno de divisão de competências, seja legislativa, seja material, correspondente na fixação de temas comuns aos entes federados, prevendo atuações paralelas, respeitadas, naturalmente, as esferas de atuação de cada um (arts. 23, incisos VI e VII, 24, incisos VI e VIII, e 225, § 1º, este último em razão do emprego da expressão genérica “Poder Público”).

Não obstante, a legislação infraconstitucional ambiental, em regra, ainda não contemplou os Estados federados com as suas novas atribuições constitucionais; assim, os órgãos estaduais continuam a atuar, basicamente, como meros executores regionais na composição da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6.938/81, com as alterações subsequentes), bem como no Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC (Lei nº 9.985/00).

Conseqüentemente, a título de exemplo, as normas e padrões a serem observados pelos órgãos estaduais quanto à implantação, acompanhamento e fiscalização do licenciamento ambiental, um dos instrumentos mais importantes da política ambiental, continuam a ser elaboradas pelo Conama a partir de proposições do Ibama, que consiste em uma autarquia federal (art. 11 da Lei nº 6.938/81, com a redação dada pela Lei nº 7.804/89).

E a participação fragmentada dos Estados, por meio de representantes, no plená-

rio do Conama (Decreto nº 99.274/90), órgão consultivo e deliberativo tanto do Sisnama quanto do SNUC (art. 6º, II, da Lei nº 6.938/81, e alterações subsequentes, e art. 6º, I, da Lei nº 9.985/00), está muito aquém das novas atribuições advindas com a nova ordem constitucional vigente, uma vez que esse plenário também é composto por uma série de outros representantes dos mais variados setores da sociedade.

Infere-se, pois, que, em respeito à repartição de competências fixada pela Carta de 1988 em relação ao meio ambiente, e considerando o princípio da supremacia da Constituição, os Estados federados devem possuir um papel de maior relevância na elaboração e implementação de uma política do meio ambiente, por meio de instrumentos que possibilitem uma atuação mais ativa e propositiva.

### Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2002.
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de direito constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967: com a Emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

# Nível de emprego e legislação trabalhista

Fernando Boarato Meneguim

## Sumário

1. Introdução. 2. O que está sendo proposto. 3. O Mercado de trabalho. 4. Por que é preciso uma reforma trabalhista? 5. Possíveis itens para uma reforma trabalhista. 6. Políticas públicas de emprego. 7. Conclusão.

## 1. Introdução

A flexibilização das leis trabalhistas tem sido objeto de intenso debate no país. Há quem defenda ardorosamente a prevalência do negociado sobre o legislado e há também os que se opõem a isso com a mesma intensidade.

Na mídia, aparecem argumentações pregando que o desemprego crescente no Brasil é fruto principalmente da rigidez das normas trabalhistas em vigor. Em contrapartida, surgem também explicações no sentido de que o desemprego tem sua origem no ambiente macroeconômico adverso associado à globalização.

Deixando de lado o aspecto passional do tema, é fato que as instituições e regulamentações têm enorme influência sobre o funcionamento do mercado de trabalho e devem ser ajustadas sempre que as circunstâncias econômicas mudam.

Este estudo pretende discutir o Projeto de Lei nº 5483/2001, aprovado na Câmara dos Deputados e tramitando atualmente no Senado Federal, que trouxe à tona o tema. Em seguida, debateremos, com um enfo-

Fernando Boarato Meneguim é Mestre em Economia do Setor Público e Doutorando em Economia pela Universidade de Brasília. Consultor Legislativo do Senado Federal.

que econômico, baseado em estudos do Banco Mundial e do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), sobre como funciona o mercado de trabalho, os motivos para haver reformas trabalhistas, algumas sugestões do que pode ser feito e quais políticas públicas de emprego e renda podem ser implementadas independentemente de alteração na legislação trabalhista.

## 2. O que está sendo proposto

Primeiramente, antes de discutirmos o tema flexibilização trabalhista sob o enfoque econômico, cabe estudarmos o que está sendo apreciado no Congresso Nacional.

O Projeto de Lei nº 5483/2001 tramitou na Câmara e atualmente está na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, sob o código PLC 134/2001. Essa proposição altera o artigo 618 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). Inicialmente, o Projeto veio do Executivo com a seguinte redação:

“As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho.”

Com as emendas sofridas na Câmara dos Deputados, o texto do Projeto passou a ser o seguinte:

“Na ausência de convenção ou acordo coletivo firmados por manifestação expressa da vontade das partes e observadas as demais disposições do Título VI desta Consolidação, a lei regulará as condições de trabalho.”

A despeito de tudo o que foi comentado na mídia pelos interlocutores interessados no assunto, cabe enfatizar que, no caso do Brasil, de acordo com a Constituição de 1988, pode haver redução de direitos trabalhistas em apenas três casos:

- salários (art. 7º, inc. VI);

- jornada de oito horas diárias (art. 7º, inc. XIII); ou
- jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, inc. XIV).

Portanto, nenhum projeto de lei pode ir além dessas possibilidades. Somente esses três direitos podem ser flexibilizados, cabendo às partes determinar as normas que passarão a reger suas relações, de acordo com seus interesses, mediante convenção ou acordo coletivo de trabalho.

## 3. O mercado de trabalho

O mercado de trabalho tem a função de fazer a ponte entre a procura por mão-de-obra e a oferta de trabalho. É de suma importância, portanto, que esse vínculo esteja funcionando perfeitamente. Caso contrário, o crescimento econômico pode não causar impacto positivo sobre os empregos ou, ainda, os investimentos em educação e novas tecnologias podem não significar ganhos de produtividade e melhores salários.

Para que tenhamos um bom funcionamento do mercado de trabalho, este deve ser apenas um facilitador do encontro entre oferta e demanda de mão-de-obra. Não se deve pensar no mercado de trabalho como um agente que influencie a redistribuição de recursos.

O funcionamento do mercado de trabalho pode ser afetado de três formas:

- a) pelas instituições, como os tribunais trabalhistas;
- b) pelas regulamentações, a exemplo das normas que regem a demissão de trabalhadores;
- c) pelas intervenções, como os programas de seguro-desemprego.

As instituições que regem os litígios trabalhistas e a negociação coletiva sofreram pouca mudança desde que foram estabelecidas na década de 40. O Brasil precisa manter o que está funcionando e alterar o que não está, da mesma forma como a Constituição foi mudando ao longo dos anos.

É indiscutível o fato de nossas leis trabalhistas, que provavelmente foram bastante apropriadas para as condições das décadas de 50 e 60, estarem apresentando sinais de obsolescência. A regulamentação para o mercado de trabalho é necessária para garantir condições de trabalho seguras e justiça nos contratos de emprego. Algumas regulamentações destinam-se a garantir o pagamento mínimo e a segurança do emprego, mas, quando obrigam trabalhadores e empregadores a contratos demasiadamente restritivos, podem acabar prejudicando a capacidade do mercado de trabalho de se ajustar com flexibilidade para promover o emprego e a produtividade.

Além de regulamentações corretas e instituições adequadas, não se pode menosprezar o uso de intervenções do governo. Elas são necessárias especialmente quando a situação macroeconômica não está favorável. Por exemplo, o treina-

mento público de assistência ao desempregado pode melhorar o nível de emprego e a produtividade.

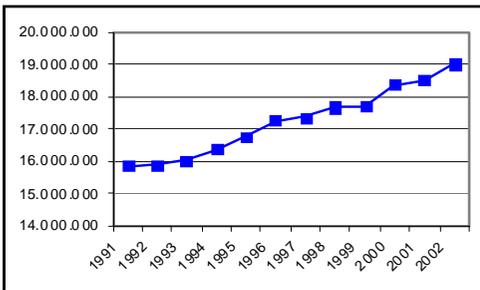
O Brasil precisa encontrar a dosagem certa de regulamentações e intervenções, além de um desenho institucional correto, para atingir os objetivos de emprego, produtividade e segurança.

#### 4. Por que é preciso uma reforma trabalhista?

Neste tópico, apresentamos os principais argumentos que indicam a necessidade de reforma no mercado de trabalho no Brasil.

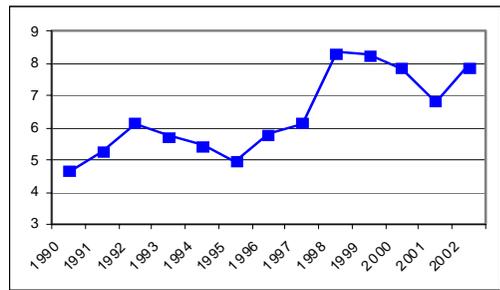
Nos gráficos abaixo, temos a evolução do número de pessoas que integram a População Economicamente Ativa – PEA, medida pelo IBGE nas regiões metropolitanas, bem como o crescimento da taxa de desemprego aberto, também aferido pelo IBGE nas regiões metropolitanas.

População Economicamente Ativa (pessoas)



Fonte: Pesquisa Mensal de Emprego/IBGE

Taxa de Desemprego Aberto (%)



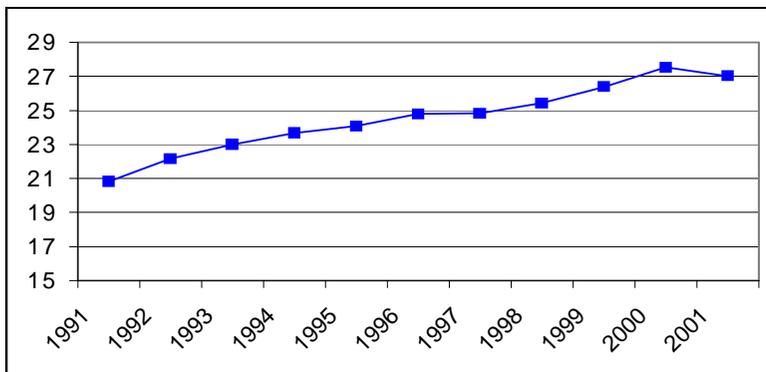
Fonte: Pesquisa Mensal de Emprego/IBGE

É fácil perceber que a geração de emprego não tem acompanhado o ritmo do crescimento da força de trabalho, fazendo com que o desemprego tenha saltado de 4,65% em 1990 para 7,88% em 2002. Isso significa que o mercado de trabalho não está tendo sucesso em assegurar que a demanda de mão-de-obra seja atendida pela oferta a um preço aceitável para ambas as partes.

Claro que nem toda a queda no crescimento do emprego é explicada pela ineficiência do mercado de trabalho. Existem outros fatores decorrentes da conjuntura macroeconômica, como as baixas taxas de crescimento do PIB. Se o crescimento econômico acontece a uma taxa menor do que a soma das variações da população economicamente ativa e da produtividade, os salários deveriam declinar para que não houvesse mais desemprego.

A ineficiência do mercado de trabalho brasileiro fica caracterizada também pelo crescimento do setor informal. O gráfico abaixo retrata a dimensão do problema.

Participação dos Empregados sem Carteira Assinada na Ocupação Total por Região Metropolitana (%)



Fonte: Mercado de Trabalho, nº 20

O mais grave do setor informal está no fato de que essas pessoas não contribuem para a previdência social, têm pouco ou nenhum acesso a programas de apoio à renda e ao seguro-desemprego e enfrentam um grau de incerteza muito mais alto quanto à sua renda futura. Em suma, o trabalho informal é responsável por um grande contingente de pessoas que não gozam de qualquer tipo de proteção social.

Outra distorção é a grande rotatividade da mão-de-obra. Estudo realizado pelo Banco Mundial e pelo IPEA estima que um de cada três trabalhadores muda de emprego a cada ano. Apesar de a rotatividade ser inerente a qualquer mercado de trabalho, ela gera custos. Se esses custos são altos, os empregadores, na expectativa de ter sua força de trabalho renovada constantemente, têm menos incentivos para investir no treinamento individual dos trabalhadores.

Um dos motivos para essa alta rotatividade do mercado do mercado de trabalho é o desenho do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS. Quando a conta vinculada do trabalhador acumula um saldo

grande, o empregado tem incentivo a ser demitido, de forma a se apoderar do dinheiro. Com essa característica do fundo, patrões e empregados não esperam que os contratos durem muito tempo. Além disso, a multa rescisória (40% dos depósitos no FGTS) é paga diretamente ao empregado, que tem interesse em provocar sua demissão, especialmente num período de crescimento econômico, em que arrumaria outro emprego facilmente. Pelo lado do empregador, o preço da demissão é alto quando o funcionário tem muito tempo de emprego, pois maior será o valor da indenização que lhe é devida. Isso significa que as empresas que têm como política investir em seu quadro de funcionários vão ser as grandes apenadas. As maiores beneficiárias serão as empresas que rodam seu pessoal de três em três meses.

Por fim, as relações de trabalho são altamente afetadas pela Justiça Trabalhista. Todos os anos, trabalhadores interpõem cerca de dois milhões de ações judiciais contra empregadores. As empresas assumem o custo das taxas federais e legais, mas o maior custo resulta do fato de as

empresas se tornarem mais cautelosas no tocante às novas contratações, reduzindo assim o emprego formal.

### *5. Possíveis itens para uma reforma trabalhista*

O correto seria empreender reformas trabalhistas que permitissem determinar corretamente o preço da mão-de-obra e promovessem o crescimento do emprego, além de alinhar os incentivos de que os trabalhadores precisam para aumentar a produtividade da mão-de-obra e os salários.

Para isso, primeiramente, o mercado de trabalho deveria ser mais flexível. Seria bem-vinda, dessa maneira, qualquer proposta que faça os contratos refletirem as condições específicas da empresa empregadora, desobrigando as firmas e os trabalhadores de seguirem o modelo rígido da CLT. Nesse caso, os sindicatos seriam os grandes negociadores. No entanto, seria ideal permitir a existência de várias entidades representativas de cada categoria e, ainda, tornar a contribuição sindical facultativa, pois, dessa maneira, os sindicatos teriam mais incentivos para conseguir acordos benéficos para os trabalhadores, de forma a obter mais associados. Podemos dizer que isso levaria a um ambiente de concorrência entre sindicatos.

Com relação aos empregados de baixa produtividade, que não têm poder de barganha junto aos empregadores, a melhor forma de ajudar esse segmento mais fraco da população é coibir os aumentos do salário-mínimo e reduzir gradualmente os benefícios não-salariais exigidos por lei. A proposta pode parecer contraditória, mas devemos considerar que esses benefícios já são negados cada vez mais aos trabalhadores assalariados; basta ver que, em 2000, o número de trabalhadores informais no Brasil ultrapassou o número de pessoas empregadas no setor formal.

Esse argumento se baseia na previsão do modelo teórico de mercado de trabalho com-

petitivo, ou seja, o aumento do mínimo faz com que a oferta de mão-de-obra seja maior que a demanda por mão-de-obra. Tal descompasso gera desocupação.

Cabe ainda frisar que existem diferenças de renda entre os estados, o que indica a necessidade de se discutir a regionalização do salário mínimo, pois, dependendo do estado da federação, um aumento do salário mínimo pode acarretar ganhos para os trabalhadores que passam a perceber o novo valor, mas pode também trazer redução de bem-estar para um grupo de trabalhadores devido à diminuição dos empregos com remuneração igual ou superior ao mínimo ou ao aumento da informalidade.

A maneira como os tribunais trabalhistas funcionam na solução de disputas e no cumprimento dos contratos dificulta a geração de emprego, uma vez que há diversas ações protelatórias e o custo é alto para as firmas, que ficam cautelosas no tocante a novas contratações. Uma solução potencial seria mudar a legislação e permitir negociações de direitos individuais por meio de contratos coletivos em nível de empresa com a participação dos sindicatos.

As normas que atualmente regem a rescisão também geram incentivos incorretos, como no caso do Fundo de Garantia comentado no tópico anterior. Os trabalhadores têm direito a receber quatro benefícios principais por ocasião da rescisão: pagamentos de seguro-desemprego, aviso-prévio, direito a sacar o acumulado na sua conta FGTS e a multa rescisória. Assim, as políticas recomendadas seriam: a) aumentar a remuneração dos saldos depositados no FGTS de forma a não incentivar seu saque; b) eliminar a multa rescisória, o que diminuiria a rotatividade e permitiria maior investimento em qualificação ou transferir a multa rescisória para um fundo público com finalidades específicas (como auxílio aos desempregados) em vez de dar o valor diretamente ao trabalhador.

## 6. Políticas públicas de emprego

As ações comentadas no tópico anterior exigem alterações na legislação trabalhista. No entanto, há outras possibilidades de criação de emprego por meio de políticas públicas.

Uma das maneiras é pela qualificação da mão-de-obra, que visa a combater tanto o desemprego quanto a baixa produtividade da força de trabalho. O treinamento profissional tem efeito sobre o desemprego na medida em que dá acesso ao trabalhador a uma série de postos de trabalho que necessitam de treinamento adicional, ou seja, a qualificação age diminuindo o descasamento entre a demanda e a oferta de trabalho.

Existem também as políticas ativas de microcrédito. A obtenção de crédito é um dos maiores problemas da pequena produção, ao lado do excesso de burocracia, de impostos e das dificuldades de acesso à tecnologia e ao conhecimento. O governo pode estudar maneiras de aumentar a abertura de linhas de capital de giro para microempreendedores de baixa renda que não têm acesso ao crédito formal negociado pelo sistema bancário.

Sistemas de intermediação de mão-de-obra também podem ter impacto positivo no combate ao desemprego. De fato, na medida em que a intermediação aumenta a informação disponível a trabalhadores e firmas, ela reduz o período de desemprego.

Por fim, cabe citar a principal causa do desemprego: a desaceleração do nível de atividade da economia, provocada principalmente pelas altas taxas de juros. Sabemos, entretanto, que o governo não pode diminuir deliberadamente os juros, pois essa ação depende de condicionantes macroeconômicos.

## 7. Conclusão

Este estudo teve a intenção de mostrar que reformas trabalhistas são necessárias,

pois estas devem acompanhar as mudanças ocorridas na sociedade.

Cabe explicitar que, apesar de determinadas ações significarem aparentemente perda de direitos, elas podem acarretar enormes ganhos para a economia, na medida em que criam novos postos de trabalho e promovem uma queda acentuada do desemprego.

Por fim, enfatiza-se que também podem ser implementadas medidas geradoras de emprego, por meio de políticas públicas, sem alteração nas leis trabalhistas.

O ideal seria uma combinação de várias frentes, com a união de vários segmentos da sociedade, todos visando a combater esse mal social que é o desemprego.

## Bibliografia

BANCO MUNDIAL E INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Empregos no Brasil*: sessão informativa sobre política. 2002. v. 1.

BARROS, R. P.; Carvalho, M. Políticas ativas de emprego e renda. *Mercado de Trabalho, Conjuntura e Análise*, Brasília, v. 20, out. 2002.

CONSTANZI, R. N. Microcrédito no âmbito das políticas públicas de trabalho e renda. *Mercado de Trabalho, Conjuntura e Análise*, Brasília, v. 19, jun. 2002.

FERRANTI, D. Thomas, V.; Arriagada, A. M.; Amsberg, J. V.; Gill, I. S. *Empregos no Brasil*: Prioridades de políticas. [s. l.]: Banco Mundial/IPEA, 2002.

GÓIS, A. C. L.; Paiva, M. A. L.; Sardegna, M. A. *O novo direito do trabalho*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br>>. Acesso em: 6 dez. 2002.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA E MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Anexo estatístico. *Mercado de Trabalho, Conjuntura e Análise*, Brasília, v. 20, out. 2002.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Base de dados macroeconômicos. Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br>>. Acesso em: 21 fev. 2003.

MENEGUIN, F. B.; Amaro, M. N. Política de salário mínimo: efetividade, condicionantes e alternativas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 157, jan./mar. 2003.

# Limites ao poder jurisdicional na perspectiva do direito brasileiro

Geraldo Magela e Silva Meneses

## Sumário

Apresentação. 1. Introdução. 2. Repartição dos poderes estatais. 2.1. A tripartição do poder como postulado da democracia. 2.2. A divisão e interdependência dos poderes no constitucionalismo brasileiro. 3. A função jurisdicional. 3.1. Controle judicial dos atos administrativos. 3.2. Controle judicial de atos legislativos. 4. Limites ao poder jurisdicional. 5. Jurisprudência sobre a limitação do poder judicial. 6. Conclusão.

## Apresentação

Propõe-se o presente trabalho a discorrer sobre tema da maior relevância no Direito Público: a limitação do poder estatal. Especificamente, aprecia-se o desempenho do Poder Judiciário.

Abordando a dimensão do poder exercido pelos aplicadores do direito, analisa-se o sistema normativo que rege a tarefa judicante.

Situa-se a abordagem no direito positivo brasileiro, norteado pelos princípios insertos na vigorante Constituição da República.

Subsidiada pela doutrina – notadamente a nacional – e pela jurisprudência, a pesquisa desenvolve o estudo na perspectiva do constitucionalismo vigente no País.

## 1. Introdução

A bem da convivência social, organizou-se o Estado, concebido como um ente que

Geraldo Magela e Silva Meneses é juiz federal substituto da Seção Judiciária de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí (UFPI). Pós-graduado, em nível de especialização, na área de Direito Empresarial, pela Universidade Regional do Cariri (URCA). Pós-graduado, em nível de especialização, na área de Direito Público, pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC/MG).

desempenharia o controle de condutas por meio da aplicação de regras jurídicas.

Segundo PLATÃO (2000), “um Estado nasce, porque cada um de nós não se basta a si próprio. O homem tem tantas necessidades, tantas, que muitos homens são obrigados a viver em conjunto para se ajudarem mutuamente. A essa convivência daremos o nome de Estado”. Deveras, “o Estado é a coisa do povo; e o povo não é um aglomerado qualquer de seres humanos reunidos de uma forma qualquer, mas a reunião de pessoas associadas por acordo”. (CÍCERO, 2000, I, 25, §39).

Em qualquer que seja a concepção de Estado, haverá um segmento incumbido de administrar a justiça. Afinal, “a justiça é a base do Estado; a constituição de uma sociedade política é o mesmo que a decisão do que é justo”. (ARISTÓTELES, 2000, 1253a).

Como bem sumariou Charles Louis de Secondat, o Barão de MONTESQUIEU, “sem um governo, nenhuma sociedade poderia subsistir” (1985, 1ª parte, livro I, cap. III).

Historicamente, organizou-se o Estado sob várias formas, conforme a origem do poder. Consagra-se a democracia como a forma mais adequada (ou menos imperfeita) de organização política. No regime democrático, o poder emana do povo, que diretamente ou por meio de representantes o exercita.

O Estado democrático de direito conduz consigo o desiderato de assegurar direitos individuais e de limitar o poder estatal. Para alcançar esse fim colimado, o Estado se reparte em grupos de órgãos autônomos, que se encarregam de atividades concernentes à administração, à elaboração de leis e à solução de litígios. Tais agrupamentos se corporificam nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Inexiste preponderância de quaisquer dos poderes estatais. O que há, fundamentalmente, é a delimitação de áreas em que atuam. Assim, para que se admita a normalidade democrática, nenhum dos poderes usurpará funções que não lhe sejam destinadas pelo ordenamento jurídico.

## 2. Repartição dos poderes estatais

O princípio da repartição de poderes do Estado já se encontra sugerido em ARISTÓTELES (2000, IV, 11, 1298a). John LOCKE (2000, XII, §§ 143, 148) e ROUSSEAU (199-?, III, 1) também conceberam uma doutrina de repartição de poderes, que veio a ser plasmada, definida e divulgada por MONTESQUIEU (1985, XI, 5).

Consignou-se na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, no artigo XV, que não teria constituição a sociedade na qual não estivesse assegurada a garantia dos direitos, nem determinada a repartição dos poderes. Assim expressava: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution” (“Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não estiver assegurada e a separação de poderes determinada, não tem Constituição”).

Na Constituição Francesa de 1848, inscreveu-se o cânone “La séparation des pouvoirs est la première condition d’un gouvernement libre” (“A separação de poderes é a primeira condição de um governo livre”).

Preconizou MONTESQUIEU (1985, p. 149) que não haveria liberdade política onde se acumulassem e se confundissem as funções próprias de cada órgão da soberania estatal. Discorre em sua celeberrima obra:

”A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão.

”Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

”Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

”Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas, e o de julgar os crimes e as divergências dos indivíduos.”

É importante reconhecer que a divisão dos poderes estatais, modernamente, não tem o mesmo molde de épocas passadas, quando a repartição se mostrava bastante rígida e inflexível. Reporta-se ao magistério de José Afonso da SILVA (1999):

“Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes.” (p. 113).

“... cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados.”(p. 114).

Assimila-se bem a teoria da repartição dos poderes estatais a partir dos apontamentos de José Alfredo de Oliveira BARACHO (1984):

“A separação de poderes, expressão considerada como equívoca para muitos, tem gerado mal-entendidos na ciência constitucional moderna, principalmente quando se tem em mente defini-la. A doutrina é tida, igualmente, como uma revolta às formas tirânicas.

“A teoria rígida e inflexível não está no próprio Montesquieu, mas em muitos de seus intérpretes que lhe deram contornos rigorosos. Tendência mais aceita é aquela que ensaia preservar a teoria, graças a uma interpretação renovada da fórmula de Montesquieu, não como separação impossível, mas distinção funcional entre os órgãos do Estado.” (p. 27-28);

“A expressão ‘separação de poderes’ não foi empregada uma vez sequer por Montesquieu, nem entendeu que os órgãos investidos das três funções do Estado seriam representantes do soberano, acometido de uma parte de soberania, absolutamente. Não está em Montesquieu qualquer explicação que leve ao entendimento de que uma teoria da separação de poderes implica separação absoluta dos órgãos que exercem a função executiva e a legislativa. Entendia que devia existir uma ação contínua dos dois poderes um sobre o outro, uma verdadeira colaboração.” (p. 29);

“O regime constitucional moderno, quando proclama a separação como indispensável à liberdade pública, vem assim entendendo-a de maneira limitada, sem acobertar uma interpretação exclusivista, que levaria essa distinção a não aceitar o menor vínculo de relacionamento entre esses órgãos.” (p. 39);

“A atividade jurisdicional é dirigida a propor a realização da norma, através de sua aplicação ao caso concreto. Como função imprescindível do Estado Contemporâneo, amplia seus

pontos de atuação. No Estado de Direito, nenhuma atividade pode estar isenta do controle, muito menos a estatal.” (p. 67).

### *2.1. A tripartição do poder como postulado da democracia*

Num Estado Democrático, é preciso que se criem meios de limitar e controlar poderes, restando a concentração de sua titularidade em um único órgão de soberania.

Nesse aspecto, assinala Paulo BONAVIDES (1993, p. 467):

“A concentração seria, sem dúvida, lesiva ao exercício social da liberdade humana em qualquer gênero de organização do Estado. Titular exclusivo dos poderes da soberania na esfera formal da legitimidade, é tão-somente a Nação politicamente organizada, sob a égide de um Estado de Direito.”

Seria mesmo inconcebível, no regime da democracia, a outorga de poderes ilimitados aos dirigentes públicos, o que, por certo, resvalaria para abusos. Anota Hugo de Brito MACHADO (2000):

“Não se pode admitir que o titular de poderes os exercite sem limites. Isto somente seria razoável se partíssemos do pressuposto de que o titular do poder é isento da falibilidade humana, o que indiscutivelmente não acontece. Muito pelo contrário, quando alguém é investido de poderes, tende a destes abusar, de sorte que a grande missão do Direito reside exatamente no equacionamento do exercício do Poder, de tal modo que o seu titular não possa cometer abusos.” (p. 23);

“Como instrumento de limitação do poder dos governantes, vale dizer, do poder do Estado, o Direito pode ser mais ou menos eficaz, na medida em que consagre o princípio da divisão de poderes.

“Realmente, a melhor técnica para limitar o poder consiste em dividi-lo.

E a melhor forma de divisão do poder estatal ainda é a divisão clássica deste, que o segmenta em três parcelas, correspondentes às três funções essenciais do Estado, vale dizer, a legislativa, a administrativa e a jurisdicional.” (p. 111-112).

Não basta, para a constituição de um Estado democrático, a divisão de poderes. É imperiosamente necessário que tais poderes se harmonizem no desempenho de suas funções. A independência harmônica entre os poderes apresenta-se como uma indeclinável condição para o reconhecimento da democracia vigente em um Estado de direito.

Efetivamente, “não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e a perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura. O legislador constituinte, no intuito de preservar este mecanismo recíproco de controle e a perpetuidade do Estado democrático, previu, para o bom exercício das funções estatais, pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, diversas prerrogativas, imunidades e garantias a seus agentes políticos” (MORAES, 1999, p. 353-354).

### *2.2. A divisão e interdependência dos poderes no constitucionalismo brasileiro*

Em praticamente todos os textos constitucionais do Brasil, a repartição dos poderes foi erigida como preceito basilar. A propósito, leciona Paulo BONAVIDES (1993, p. 466):

“Nenhum princípio de nosso constitucionalismo excede em importância e solidez o princípio da separação de poderes. (...)

“Minudente balanço do comparecimento indeclinável do princípio nos

melhores textos de nossa tradição constitucional (...) faz-nos concluir que as raízes de tão notável axioma são realmente profundas e inabaláveis na consciência jurídica do País”.

Para melhor compreender a observação do antecitado juspublicista, comporta fazer uma breve reportagem histórica.

Proclamava a Constituição Imperial de 1824 :

“A divisão e harmonia dos Poderes Políticos é o princípio conservador dos direitos dos cidadãos, e o mais seguro meio de fazer efetivas as garantias que a Constituição oferece.” (art. 9º).

“Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo e o Poder Judicial.” (art. 10).

Estatuía a Constituição de 1891 :

“São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.” (art. 15).

Disponha a Constituição de 1934:

“Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são limitados, e, entre si, harmônicos e independentes.” (art. 11).

Embora enunciasse como princípio a “forma republicana e representativa de governo”, a Constituição de 1937 não reconhecia a repartição, harmônica e independente, dos poderes estatais. Ao revés, admitia a figura do Presidente da República como plenipotenciário. Estabelecia o seu texto:

“O Poder Legislativo é exercido pelo Parlamento Nacional, com a colaboração do Conselho da Economia Nacional e do Presidente da República, daquele mediante parecer nas matérias da sua competência consultiva e deste pela iniciativa e sanção dos projetos de lei e promulgação dos decretos-leis autorizados nesta Constituição.” (art. 38, *caput*).

“O Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País.” (art. 73).

“É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questão exclusivamente política.” (art. 94).

Consagrava a Constituição de 1946 o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 7º, VII, b).

Prescrevia a Constituição de 1967 :

“Art. 6º – São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

“Parágrafo único – Salvo as exceções previstas nesta Constituição, é vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições; quem for investido na função de um deles não poderá exercer a de outro.”

Com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, que promoveu ampla reforma em toda a Carta de 1967, manteve-se a disposição do texto retromencionado.

Preceitua a atual Constituição da República:

“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (art. 2º).

### 3. A função jurisdicional

Acentuam os doutrinadores o caráter substitutivo do poder jurisdicional. A propósito, lecionam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (1997, p. 130): “Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação”.

Transparece natural que o juiz exerça seu mister almejando aplicar a Justiça. Mas deverá fazê-lo dentro dos quadrantes do Di-

reito, ou seja, buscando nas fontes jurídicas fomento para suas decisões. Cabe ressaltar que a lei constitui a principal fonte do Direito em que devem ser pautados os pronunciamentos judiciais.

Chaïm PERELMAN (1996), um dos maiores filósofos do direito do Século XX, problematiza a questão da postura do juiz na tarefa de dar (reconhecer ou devolver) a cada um o que é seu. Apresenta o mencionado jurista seis posicionamentos:

“A cada um a mesma coisa.

“A cada um segundo seus méritos.

“A cada um segundo suas obras.

“A cada um segundo suas necessidades.

“A cada um segundo sua posição.

“A cada um segundo o que a lei lhe atribui.”

Entre as fórmulas apresentadas, seguindo um critério de exclusão, seguramente a que mais se aproxima da idéia de justo é a quarta (“Justiça é dar a cada um segundo as suas necessidades”). “Dar a mesma coisa” só traz idéia de igualdade matemática. “Dar ... segundo os seus méritos” pressupõe a existência de um quadro justo de méritos alcançados legitimamente. “Dar ... segundo suas obras” também não satisfaz, na medida em que parte de resultados atingidos por pessoas que se acham sob as mais variadas condições. “Dar a cada um segundo sua posição” indica uma hierarquia social preestabelecidamente aceita. “Dar ... segundo a lei” expressa concepção conservadora de império da vontade do legislador ainda que afronte o sentimento social de Justiça.

Dar a cada um segundo suas necessidades, portanto, revela melhor a idéia de Justiça. Trata-se de formulação realista, reconhecedora das desigualdades sociais existentes, as quais devem ser minimizadas. Tal foi, aliás, o discurso ideológico inscrito na vigente Constituição da República Federativa do Brasil, ao proclamar em seu preâmbulo os “valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”. Defluente desse propósito, averba-

se como um dos objetivos fundamentais “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (Constituição, artigo 3º, III).

Entretanto, referidas concepções devem ser adotadas pelo legislador ao criar as normas de conduta. Incumbe ao juiz, tão-somente, aplicar a Justiça plasmada nas leis (‘a cada um segundo o que a lei lhe atribui’). Cabe-lhe, então, avaliar se norma legal válida incide no caso concreto posto à sua dirimência.

Grande ressonância tem o magistério doutrinário de Edgar de Godói da Mata MACHADO (1995):

“A atividade do juiz é, essencialmente, a de aplicar a lei, ou melhor, a regra de direito. Na aplicação da norma, é muitas vezes obrigado a interpretá-la. Cabe, pois, indagar se o juiz, dando a sentença, cria direito ou se tem de limitar-se simplesmente a aplicar a lei.” (p. 268);

“É antiga a tensão entre jurisprudência e lei. As sociedades primitivas não conheceram discriminação entre o juiz, o legislador e o sacerdote. Por isso mesmo, à medida que uma sociedade passa a reger-se por normas oriundas de um só poder qualificado para criá-las, vai surgindo a questão de saber qual a fonte que deve preponderar: se a que gera o direito sob a forma da disposição legislativa, se a que o configura na sentença judicial com força de precedente.” (p. 268);

“Todos os autores são hoje unânimes em repelir a tese segundo a qual o juiz deve atuar como simples autômato, na aplicação da lei.” (p. 269);

“Hoje, todos concordam em que o juiz cria algo ao dar a sentença. Em que, porém, consiste essa criação? É a criação de regra de direito?

“Sim, responde LEGAZ Y LACAMBRA:

“ ‘A sentença é fonte de direito (enquanto cria uma norma individual)

por sua própria essência; o juiz, assim como não pode deixar de julgar, porque atentaria contra a estrutura da ordem jurídica, não pode deixar de criar direito, ao julgar, porque toda aplicação normativa é uma criação. Se porém a Jurisprudência é fonte de direito, não o é por ser Jurisprudência, mas por delegação duma norma geral'. (Filosofia del derecho, p. 245)" (p. 270);

"Na realidade, são os tribunais e a jurisprudência que, nos países de *Common Law*, criam o direito." (p. 272);

"Em virtude da teoria do precedente obrigatório (*binding precedent*) os princípios enunciados numa sentença prolatada por uma corte de *record*, isto é, a qual incumbe registrar as decisões, devem ser obrigatoriamente observados por toda jurisdição de nível igual ou inferior. A decisão não vale só para a espécie, aplica-se invariavelmente aos casos semelhantes. É a cláusula do *stare decisis* (ater-se ao decidido): toda decisão tende a tornar-se uma decisão diretriz." (p. 272-273).

É pertinente o comentário de Oswaldo Aranha Bandeira de MELLO (1979, p. 32, v.1):

"No exercício da função jurisdicional não deve haver ingerência dos órgãos legislativo e executivo, sob pena de prejuízo ao bom desempenho dela, periclitando a justiça."

### 3.1. Controle judicial dos atos administrativos

Seria impensável a existência de um Poder Executivo desatrelado a limites de atuação. Deveras, em um Estado de direito, a Administração Pública age segundo normas que se compaginam com o ordenamento jurídico. Apartando-se dos cânones legais, estará o agente público praticando atos írri-tos, destituídos de qualquer carga de eficácia no plano da validade jurídica.

Compreende-se o controle da Administração Pública na fixação de parâmetros com

base nos quais deve ser norteada a atividade administrativa do Estado. Para que se torne efetivo o delineamento de condutas dos administradores públicos, oferece a ordem jurídica meios de impugnação.

Ao Poder Judiciário incumbe prestar providências de intervenção nos litígios instaurados. Proclama-se na *Lex Legum* que nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação dos órgãos judiciários (art. 5º, XXXV, CF/88). Esse enunciado expressa o princípio da inafastabilidade da prestação de tutela jurisdicional.

No controle da Administração Pública, o Poder Judiciário exerce tarefa de Estado-Juiz a que se submete o Estado-Administrador.

Uma ordem legal que não contemplasse formas de controle da Administração Pública, por meio do Judiciário, não residiria nos quadrantes jurídicos. Seria, escancaradamente, contrária à idéia do Direito.

A função administrativa possui o caráter de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Seus fins colimados dirigem-se ao bem-comum da sociedade administrada. Todos os deveres, poderes e prerrogativas de que são dotados os administradores somente se justificam em mira da defesa do interesse público.

Dicotomia clássica que se aplica aos *atos administrativos* aponta aqueles ditos *vinculados* e outros ditos *discricionários*. Ambas as categorias se sujeitam ao controle, pela singular razão de serem suscetíveis de nulificabilidade caso se arredem das balizas jurídico-legais.

Seabra FAGUNDES (1967, p. 148-159) explana elucidativamente a teoria do controle judicial sobre os atos administrativos:

"Ao Poder Judiciário, é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da *legalidade*. Este é o limite do controle, quanto à extensão.

“O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas da boa administração. Ou, noutras palavras: é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo.

“Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc. de cada procedimento administrativo.

“Esses aspectos, muitos autores o resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles *interesses* e não *direitos*. Ao Judiciário, não se submetem os interesses, que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo (...). Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional. A análise da legalidade (legitimidade, dos autores italianos) tem um sentido puramente jurídico.

“Cinge-se a verificar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais, expressamente determinadas, quanto à competência e manifestação da vontade do agente, quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma.”

Certo é que não poderá o Judiciário substituir a vontade da Administração, quando manifestada em moldes adequados e compatíveis com a lei. Nesse sentido, convergem todos os doutrinadores pátrios. Citam-se, adiante, alguns deles:

“Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ile-

gítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalavam os confins da liberdade discricionária.

“A análise dos pressupostos de fato que embasaram a atuação administrativa é recurso impostergável para aferição do direito e o juiz, neste caso, mantém-se estritamente em sua função quando procede ao cotejo entre o enunciado legal e a situação concreta.” (MELLO, 1999, p. 647);

“... a lei tanto pode ser ofendida à força aberta como à capucha. No primeiro caso, o administrador expõe-se afoitamente à repulsa; no segundo, por ser mais sutil não é menos censurável. Vale dizer: a ilegitimidade pode resultar de manifesta oposição aos cânones legais ou de violação menos transparente, porém tão viciada quanto a outra. Isto sucede exatamente quando a Administração, em nome do exercício de atividade discricionária, vai além do que a lei lhe permitia e, portanto, igualmente a ofende.

“(...)”

“É, pois, precisamente em casos que comportam discricionária administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.

“... este proceder do Judiciário não elimina a discricionariedade e nem pode fazê-lo, pena de agravo à própria lei.

Deveras: à perquirição judicial nunca assistirá ir além dos limites de significação objetivamente desentranháveis da norma legal, conquanto valendo-se desassombadamente das vias mencionadas.

“O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.” (MELLO, 1999, p. 652-653);

“Enquanto os atos administrativos em geral expõem-se à revisão comum da Justiça, outros existem que, por sua origem, fundamento, natureza ou objeto, ficam sujeitos a um controle especial do Poder Judiciário, e tais são os chamados *atos políticos*, os *atos legislativos* e os *‘interna corporis’*. Essa peculiaridade tem conduzido a maioria dos autores a considerá-los ‘insuscetíveis de apreciação judicial’ (...), o que não é exato, porque, na realidade, a Justiça os aprecia, apenas com maiores restrições quanto aos motivos ou à via processual adequada.” (MEIRELLES, 1999, p. 636);

“A só invocação da natureza política do ato não é o suficiente para retirá-lo da apreciação judiciária. Necessário é que, sendo um ato com fundamento político, não se tenha excedido dos limites discricionários demarcados ao órgão ou autoridade que o praticou.” (MEIRELLES, 1999, p. 638);

“*Interna corporis* são só aquelas questões ou assuntos que entendem

direta e imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei, que, por sua própria natureza, são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara. Tais são os atos de escolha da Mesa (eleições internas), os de verificação de poderes e incompatibilidades de seus membros (casção de mandatos, concessão de licenças etc.) e os de utilização de suas prerrogativas institucionais (modo de funcionamento da Câmara, elaboração de regimento, constituição de comissões, organização de serviços auxiliares etc.) e a valoração das votações.

“Daí não se conclua que tais assuntos afastam, por si sós, a revisão judicial. Não é assim. O que a Justiça não pode é substituir a deliberação da Câmara por um pronunciamento judicial sobre o que é da exclusiva competência discricionária do Plenário, da Mesa ou da Presidência. Mas pode confrontar sempre o ato praticado com as prescrições constitucionais, legais ou regimentais que estabeleçam condições, forma ou rito para seu cometimento.

“(…)”

“Nesta ordem de idéias, conclui-se que é lícito ao Judiciário perquirir da competência das Câmaras e verificar se há inconstitucionalidades, ilegalidades e infringências regimentais nos seus alegados *interna corporis*, detendo-se, entretanto, no vestíbulo das formalidades, sem adentrar o conteúdo de tais atos, em relação aos quais a corporação legislativa é, ao mesmo tempo, destinatária e juiz supremo de sua prática.” (MEIRELLES, 1999, p. 639-640);

“Limita-se o controle jurisdicional, nos casos concretos, ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa. Escapa-lhe, por conse-

guinte, o exame do mérito do ato ou atividade administrativa. Assim, os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto desse controle. A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente e o que é inoportuno ou inconveniente.” (GASPARINI, 2000, p. 743);

“O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da *moralidade* (arts. 5º, inciso LXXIII e 37).” (DI PIETRO, 1999, p. 593).

Evidentemente, os órgãos judicantes devem pautar sua ação no controle da legalidade, sem desbordar para ingerências no campo de restrita disponibilidade do administrador público.

Comenta Pontes de MIRANDA (1987, p. 234) que “às vezes a mentalidade reacionária dos juízes os leva ao terreno político, com ameaças à Constituição mesma e às suas reformas”.

Destarte, não se compadeceria com o fomento jurídico intervenção do Judiciário que podasse a discricionariedade do agente público, invadindo sua área política. Agindo desse modo, estaria o Judiciário resvalando em franca colisão com o altaneiro princípio da repartição de Poderes, de cuja interdependência não prescinde o Estado Democrático de Direito (art. 2º, Constituição da República).

### 3.2. Controle judicial de atos legislativos

Na elaboração de leis, está o legislador limitado pelas normas constitucionais e regimentais. Ultrapassando os limites normativos, o legislador poderá ter seus atos impugnados judicialmente. Com efeito, “o *processo legislativo*, tendo, atualmente, contor-

no constitucional de observância obrigatória em todas as Câmaras (arts. 59 a 69) e normas regimentais próprias de cada corporação, tornou-se passível de controle judicial para resguardo da legalidade de sua tramitação e legitimidade da elaboração da lei. Claro está que o Judiciário não pode adentrar o *mérito* das deliberações da Mesa, das Comissões ou do Plenário, nem deve perquirir as opções políticas que conduziram à aprovação ou rejeição dos projetos, proposições ou vetos, mas pode e deve – quando se argúi lesão de direito individual – verificar se o processo legislativo foi atendido em sua plenitude, inclusive na tramitação regimental. Deparando infringência à Constituição, à lei ou ao regimento, compete ao Judiciário *anular* a deliberação ilegal do Legislativo, para que outra se produza em forma legal.” (MEIRELLES, 1999, p. 639).

Autoriza o princípio inscrito no art. 5º, XXXV, CF/88, que o Judiciário conheça demandas envolvendo o excesso do poder legislativo. Sempre que o legislador abusar de seus poderes, far-se-á necessário invalidar seus atos, como forma de resguardar a democracia.

Discussão que gravita em torno da ingerência judicial em matéria legislativa freqüenta os debates do controle da constitucionalidade das leis a cargo do Judiciário.

Doutrina Gomes CANOTILHO (1994, p. 265) a respeito:

“A fiscalização constitucional não se transforma em juízo de mérito (inadequação, inoportunidade ou deficiência da lei para atingir certos fins), pois isso pressuporia uma substituição inadmissível do legislador pelo juiz na *selecção das determinantes autônomas*. O que se pretende é captar juridicamente o eventual ‘excesso de poder legislativo’ nos casos em que se tem de apreciar se as ‘finalidades’ da constituição não foram ‘desprezadas’ ou ‘substituídas’ por determinantes autônomas contraditórias, incongru-

entes ou não pertinentes com os fins e directivas materiais das determinantes heterônomas.”

Prossegue o insigne constitucionalista luso:

“A questão é hoje um dos problemas centrais do direito constitucional de alguns países. O problema específico do *direito judicial*, tendo sobretudo em conta o problema da constituição dirigente, residirá nos casos de *direito judicial corrector da lei*, *direito judicial concorrente da lei* e *direito judicial substitutivo da lei*. Que este direito, nas formas acabadas de mencionar, podia ter um sentido relevante, demonstra-o o problema das *omissões legislativas parciais*, onde a violação do princípio constitucional da igualdade suscitava (e suscita), simultaneamente, três questões: (1) se a lei violadora do princípio da igualdade devia ser substituída por uma sentença que eliminasse a inconstitucionalidade parcial; (2) se o juiz se devia limitar a completar a lei, deixando intocado o seu conteúdo; (3) se o juiz devia *desaplicar* a lei, ferida de inconstitucionalidade por omissão parcial. Não discutindo agora outras questões conexas (...), logo se objectou que: (1) o *direito judicial correctivo de lei* viola o princípio da vinculação do juiz à lei e a ordenação jurídico-constitucional de funções; (2) que o *direito judicial substitutivo* da lei depara com as mesmas dificuldades jurídico-constitucionais.” (CANOTINHO, 1994, p. 272-273).

Identifica-se como típica manifestação do excesso de poder legislativo a violação ao princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso, que se revela mediante contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade ou inadequação entre meios e fins.

De fato, “o excesso de poder como manifestação de inconstitucionalidade configura afirmação da censura judicial no âmbito

da discricionariedade legislativa.” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2000, p. 246).

Revelou a doutrina, com o abono da jurisprudência, o princípio da proporcionalidade (ou da adequação), segundo o qual a lei deve conter razoabilidade para subsistir.

Ensina Gomes CANOTILHO (1998, p. 462):

“Às autoridades legiferantes, deve ser vedado o direito de disporem arbitrariamente da vida, da liberdade e da propriedade das pessoas, isto é, sem razões materialmente fundadas para o fazerem. Radica aqui também um dos argumentos invocados para, posteriormente, se defender a *judicial review of legislation*. Os juízes, baseados em princípios constitucionais de justiça, poderiam e deveriam analisar os requisitos intrínsecos da lei. Mais um passo era dado para a evolução do processo devido.”

Em várias oportunidades, a Suprema Corte brasileira reconheceu aludido princípio como uma inerência da tripartição, harmônica e independente, do poder estatal.

Do vasto repertório do STF, colhe-se um caso em que se declarou a aplicação do mencionado cânone:

“O princípio da proporcionalidade visa a inibir e a neutralizar o abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes, notadamente no desempenho da atividade de caráter legislativo e regulamentar. Dentro dessa perspectiva, o postulado em questão, enquanto categoria fundamental de limitação dos excessos emanados do Estado, atua como verdadeiro parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais.” (Ministro CELSO DE MELLO, SS 1.320/RJ, publ. no DJU de 14-4-1999).

Situa-se o tema do princípio da proporcionalidade na esfera do postulado básico de contenção dos excessos do Poder Públi-

co. Qualifica-se verdadeiro coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, de acordo com o magistério de Celso Antônio Bandeira de MELLO (1993, p. 56-57) e de Lúcia Valle FIGUEIREDO (1995, p. 46).

Outorga-se ao Judiciário o controle da adequação das medidas legislativas aos fins constitucionalmente perseguidos. Sérgio NOJIRI (2000, p. 61) assevera que “nos Estados Democráticos de Direito, o Poder Judiciário cumpre um importante papel de controle, em defesa das minorias, que impede que o Estado se perverta em uma autêntica ditadura parlamentar da maioria.”

#### 4. *Limites ao poder jurisdicional*

Articula-se o Direito de modo sistêmico. Revela-se a ordem jurídica um complexo de normas agregadas hierarquicamente. De acordo com a sedimentada e abonada concepção de Hans KELSEN, a Constituição representa a Norma Ápice, que confere validade a quaisquer outras regras jurídicas.

Eis a prestigiada exposição teórica de KELSEN (1976, p. 310):

“A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do facto de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constituía unidade desta interconexão criadora.”

No sistema do direito escrito, verifica-se uma “preponderância genética da lei” (MACHADO, 1995, p. 271). Das leis, o juiz

deve extrair o comando normativo regente das condutas sociais. Não elabora o julgador a norma. Apenas interpreta e aplica. Pertinente os assertos de LÉVY-BRUHL: “Em teoria pura, não se deveria afirmar que o juiz pode fazer a lei. Seria contrário ao princípio salutar da separação de poderes (...) e também à sã doutrina democrática segundo a qual a lei emana do povo e não de uma corporação profissional.” (apud MATA MACHADO, 1995, p. 274).

Traga-se a contexto a lúcida e ressonante doutrina de Mauro CAPPELLETTI (1999, p. 24-25):

“... o juiz, embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos. Na verdade, todo sistema jurídico civilizado procurou estabelecer e aplicar certos limites à liberdade judicial, tanto processuais quanto substanciais.”

“(...)”

“... o juiz, vinculado a precedentes ou à lei (ou a ambos), tem o dever mínimo de apoiar sua própria argumentação em tal direito judiciário ou legislativo, e não (apenas) na ‘equidade’ ou em análogos e vagos critérios de valoração.”

No sistema jurídico brasileiro, há expressão autorização legal para que o juiz integre a lacuna, utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito.

Estatui o direito positivo pátrio:

“Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.” (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º);

“O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.” (Código de Processo Civil, art. 126).

Com apoio nesses dispositivos legais, poderá o juiz dizer o direito nos casos concretos, mesmo que a legislação seja omissa sobre certas situações fáticas. “Não é o legal que importa, mas o jurídico”, pondera Eliézer ROSA (1973, p. 261-262), exortando os magistrados a “realizar o Direito, apesar da lei.”

Na verificação de lacunas da lei, recorrerá o julgador a outras fontes do direito. Porém, não lhe é permitido substituir o legislador (na área política) nem o administrador (no mérito dos atos administrativos).

Não se trata de adotar soluções extraleais para os conflitos de interesses. Admitte-se, todavia, que as leis muitas vezes são lacunosas, exigindo suplementos de outras fontes do Direito para que possam incidir. Tal procedimento de suplementação, por certo, não poderá equivaler a uma atitude do juiz substituto do legislador.

Rui PORTANOVA (1997) refere-se a idéias de José Maria Rosa TESCHEINER (1993), o qual aponta para certos exageros em que se pode converter o princípio da onipresença do Judiciário. Discorre PORTANOVA (p. 83):

“É que se tem visto juízes a substituir professores na aprovação ou reprovação de alunos; a imiscuir-se na vida de associações, para manter ou excluir associados; a interferir nas disputas esportivas, para apontar o campeão ou suspender jogos. É de questionar-se até que ponto se justifica a intromissão do Judiciário, pois ‘em seus extremos limites, a omnicompetência do Poder Judiciário se torna, às vezes, deletéria; outras vezes, apenas ridícula.’”

Ainda segundo PORTANOVA (p. 246):

“É evidente que a liberdade judicial tem limites. Não se pode admitir discricionariedade e/ou arbitrariedade, como no exemplo do juiz de Rebeldias, que decidiu jogando dados.

“(…)”

“O sistema como um todo exerce certa limitação à liberdade do juiz. Veja-se: o juiz formará livremente seu

convencimento, mas há de formá-lo na apreciação da prova existente nos autos. (...)”

“A maior e mais importante limitação ao livre convencimento é a necessidade de motivação das decisões.”

Contrapondo-se a essa idéia, apresenta João Baptista HERKENHOFF (1999, p. 136-137) vigoroso manifesto, propugnando por um novo perfil (engajado a mudanças sociais) dos operadores técnicos do Direito:

“Juízes e juristas aceitando a convocação de uma nova leitura da lei, de uma desmitificação de seu pretérito papel de harmonia social numa sociedade desarmônica e visceralmente opressora;

“Juízes e juristas recusando a suposta neutralidade da lei e de seus agentes, neutralidade que cimenta e agrava as injustiças estabelecidas;

“Juízes e juristas comprometidos com o futuro, não com o passado, com a busca apaixonada da Justiça, não com as cômodas abdições, com a construção de um mundo novo, não com a defesa de estruturas que devem ser sepultadas;

“Juízes e juristas atentos aos gemidos dos pobres, insones ante o sofrimento das multidões marginalizadas;

“Juízes e juristas que morram de dores que não são suas, profetas da Esperança, bem-aventurados por terem fome e sede de Justiça;

“Juízes e juristas, que nunca lavem as mãos, em tributo à omissão, mas que desçam ao povo, que sejam povo;

“Juízes e juristas, operários do canto, crentes da utopia que a força do povo constrói;

“Juízes e juristas que se recusem a colocar amarras, impedir vôos, compactuar com maquinações opressivas;

“Juízes e juristas que abram as janelas do amanhã e construam, sem se

deterem ante martírios que lhes impuserem, o Direito da Libertação.”

HERKENHOFF invoca o anátema bíblico que enuncia: “Ai daqueles que fazem decretos iníquos e daqueles que escrevem apressadamente sentenças de opressão, para negar a justiça ao fraco e fraudar o direito dos pobres do meu povo.” (BÍBLIA, Isaías, 10: 1-2).

### 5. *Jurisprudência sobre a limitação do poder judicial*

Freqüentemente, questiona-se na justiça a reposição de perda do poder aquisitivo de estípidos de servidores públicos, que não têm seu pleito contemplado pelo Parlamento (competente para legislar sobre remuneração). Em derredor da matéria, o STF enunciou: “Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia” (Súmula 339).

Tema similar foi posto em discussão judicial. Alude-se à correção das tabelas progressivas do Imposto de Renda, possibilitando a majoração dos valores nominais das faixas de isenção, sem que houvesse lei autorizando expressamente a atualização monetária.

Segundo a sistemática jurídica vigorante no Brasil, não pode o Estado-Juiz agir como *legislador positivo*, ainda que a pretexto de adequar a lei de regência a princípios constitucionais (aleadamente violados como decurso do tempo, em que avultou a inflação). Tal ingerência do Judiciário implicaria indébita intromissão na política tributária.

Firmou-se a jurisprudência no sentido de que somente o legislador poderá determinar a atualização pretendida pelos contribuintes. Ao Judiciário incumbe, dentro da ordem jurídica positiva, aferir a validade da norma em face da Carta Magna, sem resvalar para o âmbito de atuação legiferante.

Deveras, não é o Poder Judiciário o *locus* apropriado para atualizar disposições de

lei que fixam o limite da dedução do imposto de renda ou para fazer incidir a correção monetária na tabela do referido tributo.

Com efeito, a situação fática delineada pelos contribuintes do imposto de renda – defasagem da tabela de alíquotas progressivas – deriva da política fiscal conduzida pelo governo, respaldada em normas vigentes, cuja validade (por suposta incongruência com a Carta Magna) não veio a ser contrastada.

Outra questão encontrada no meio judicial concerne à aplicabilidade de determinados índices para fins de atualização monetária, ainda que outros indicadores econômicos oficiais tenham sido utilizados pela lei. A esse respeito, pronunciou-se o Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“No sistema jurídico-constitucional brasileiro, o juiz é essencial e substancialmente julgador, função jurisdicional estritamente vinculada à lei, encastando-se do poder do *jus dicere*, descabendo-lhe recusar cumprimento à legislação em vigor (salvante se lhe couber declarar-lhe a inconstitucionalidade), sob pena de exaurar princípios fundamentais do direito público nacional.

“A correção monetária, em nosso direito, está sujeita ao princípio da legalidade estrita, constituindo seu primeiro pressuposto a existência de lei formal que a institua. Se o Estado democrático de direito adotou o princípio do nominalismo monetário, estabelecendo o valor legal da moeda, é juridicamente inadmissível que esta (moeda) tenha, *pari passu*, um valor econômico sem autorização legal. Só a lei é o instrumento adequado para instituir a correção monetária.” (STJ, 1ª S., REsp 124.864/PR, rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, j. em 24-6-98, publ. no DJU de 28-9-98).

Referida manifestação jurisprudencial, segue coerentemente o entendimento sufragado pelo Excelso Pretório. Destaquem-se

alguns decisórios da Suprema Corte brasileira:

“O Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.”

(ADIn 1822, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. em 26-6-98, publ. no DJU de 10-12-99, p. 03);

“Os magistrados e Tribunais – que não dispõem de função legislativa – não podem conceder, ainda que sob fundamento de isonomia, o benefício da isenção tributária em favor daqueles a quem o legislador, com apoio em critérios impessoais, racionais e objetivos, não quis contemplar com a vantagem fiscal. Entendimento diverso, que reconhecesse aos magistrados essa anômala função jurídica, equivaleria, em última análise, a converter o Poder Judiciário em inadmissível legislador positivo, condição institucional esta que lhe recusou a própria Lei Fundamental do Estado. É de acentuar, neste ponto, que, em tema de controle de constitucionalidade de atos estatais, o Poder Judiciário só atua como legislador negativo.” (RE 181138/SP, rel. Min. CELSO DE MELLO, j. em 06-9-94, publ. no DJU de 12-5-95, p. 13019);

“A correção monetária, em matéria fiscal, sempre depende de lei que a preveja, não sendo dado ao Poder Judiciário, que não é legislador positivo, ordenar a correção monetária onde a lei não a prevê, ou fixar índices distintos daqueles estabelecidos em lei.” (PET 2231/SC, rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. em 10-4-2001, publ. no DJU de 20-04-2001, p. 146);

“O STF COMO LEGISLADOR NEGATIVO: A ação direta de inconstitucionalidade não pode ser utilizada com o objetivo de transformar o Supremo Tribunal Federal, indevidamente, em legislador positivo, eis que

o poder de inovar o sistema normativo, em caráter inaugural, constitui função típica da instituição parlamentar.” (ADIn 1.063-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno);

“... E se inconstitucionalidade houvesse, nem por isso seria dado ao Poder Judiciário, a pretexto de isonomia, estender tal benefício aos demais crimes hediondos, pois estaria agindo desse modo, como legislador positivo (e não negativo), usurpando, assim, a competência do Poder Legislativo, que fez sua opção política.” (Min. NÉRI DA SILVEIRA, RE 326.928/SP, j. em 13-12-2001, publ. no DJU de 27-02-2002, p. 98);

“Não pode esta Corte alterar o sentido inequívoco da norma, por via de declaração de inconstitucionalidade de parte de dispositivo de lei. A Corte Constitucional só pode atuar como legislador negativo, não, porém, como legislador positivo.” (RE 283.820/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORREA, j. 23-10-2000, publ. no DJU de 22-11-2000, p. 72);

“Servidor Público. Decreto-Lei 2.225/85. – Falta de prequestionamento da questão relativa ao artigo 37, *caput*, da Carta Magna. – No tocante à alegada violação ao artigo 5º, *caput*, da Carta Magna, o que pretendem os recorrentes é que, com base no princípio constitucional da igualdade, lhes seja estendida a transferência determinada pelo Decreto-Lei 2.225/85. Ora, se esse Decreto fosse inconstitucional nessa parte por violação do princípio da igualdade, sua declaração de inconstitucionalidade teria o efeito de tê-lo como nulo, não podendo, portanto, ser aplicado às categorias por ele beneficiadas, e não o de estender a transferência por ele concedida a outra categoria que ele não alcança. Em se tratando de inconstitucionalidade de ato normativo, o Po-

der Judiciário atua como legislador negativo, jamais como legislador positivo. Portanto, a acolhida da pretensão dos ora recorrentes é juridicamente impossível por parte do Poder Judiciário. Recurso extraordinário não conhecido.” (RE 196590/AL, rel. Min. MOREIRA ALVES, j. 16-4-96, publ. no DJU de DJU de 14-11-96, p. 44492);

“Se a lei — para o caso específico — instituiu o índice de atualização, deve o legislador ter sido despertado para que este fosse o mais consentâneo com a realidade nacional e com o interesse público. Transmudar-lhe, é defeso ao Judiciário, ao qual é vedado investir-se na condição de legislador positivo.” (RE 243.618/SC, rel. Min. ILMAR GALVÃO, j. em 09-4-1999, publ. no DJU de 13-5-99, p. 58).

## 6. Conclusão

De toda a explanação que resultou este trabalho, emergem algumas ponderações conclusivas.

A divisão de poderes constitui princípio basilar do Estado Democrático de Direito, conforme J. J. Gomes CANOTILHO (1998, p. 373 et seq.) e José Afonso da SILVA (1999, p. 126). A repartição de poderes equipara-se a todas as idéias básicas do constitucionalismo moderno, as que vinculam o poder do Estado aos postulados fundamentais do Direito. A autolimitação dos juízes no controle da política representa um princípio derivante do postulado contido no art. 2º, CF/88.

O mecanismo dos *freios e contrapesos* é caracterizador da harmonia entre os poderes. A desarmonia ocorre sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro.

Deve o Estado-juiz intervir nas relações individuais e sociais dentro das balizas delineadas pela ordem jurídica.

Todo o poder jurisdicional reside na lei. Para solucionar conflitos de interesses, cum-

pre ao juiz a tarefa de extrair da norma positiva a solução.

Principiologicamente, atua o Judiciário como *legislador negativo*, não podendo o juiz criar direitos não contemplados em lei, mesmo que a pretexto de corrigir desigualdades.

O controle da legiferação se faz por meio do exame da compatibilidade dos atos legislativos com o texto constitucional (fundamento de validade).

Afigura-se, de modo manifesto, incompatível com o regime democrático, a atuação jurisdicional que desborde a sua reservada área de poder. Vulnora o princípio constitucional da repartição dos poderes estatais o ato de órgão judiciário que substitua o Executivo ou o Legislativo, ingressando na órbita de questões atinentes ao mérito de práticas administrativas ou de político legiferante.

Consentânea com a teoria explanada, apresentam-se os pronunciamentos da jurisprudência nas Cortes brasileiras, notadamente no Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça.

## Bibliografia

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsh e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os pensadores).

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CAMPANHOLE, Adriano; LOBO, Hilton. *Constituições do Brasil: compilação e atualização dos textos*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

\_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores*. Tradução de Carlos Alberto Álvaro Oliveira. Porto Alegre: Fabris Editor, 1999.

- CÍCERO. *Da República*. Tradução de Therezinha Monteiro Deutsh e Baby Abrão. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores).
- CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria geral do processo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- FAGUNDES, Miguel S. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- HERKENHOFF, João Baptista. *Como aplicar o direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armênio Amado, 1976.
- LOCKE, John. *Ensaio sobre o governo civil*. Tradução de Anoar Aiex. São Paulo: Abril Cultural, 2000. (Os Pensadores).
- MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. Belo Horizonte: UFMG, 1995.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Uma introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Dialética, 2000.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- MELLO, Celso Antônio B. de. *Curso de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Oswaldo Aranha B. de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 1.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti P. de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1 de 1969*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. 3. ed. Introdução e notas de Gonzague Truc. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues. São Paulo: Abril Cultural, 1985. (Os Pensadores).
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- NOJIRI, Sérgio. *O dever de fundamentar as decisões judiciais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- PLATÃO. *República*. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores).
- PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ROSA, Eliézer. *Dicionário de processo civil*. São Paulo: José Bushtsky, 1973.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. [S. l.: s.n.], [199-?].
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

# Caudas, rabilongos e o princípio da pureza ou exclusividade da lei orçamentária

Eber Zoehler Santa Helena

## Sumário

1. O princípio da pureza ou exclusividade orçamentária. 2. Oportunidade e conveniência do tema. 3. A pureza orçamentária e os rabilongos – evolução histórica. 4. A inclusão de matérias estranhas em leis que não a orçamentária. 5. Os limites da pureza orçamentária – a doutrina. 6. A pureza orçamentária como motivação para vetos. 7. A lei orçamentária e a execução de seus créditos. 8. Matérias passíveis de inclusão na lei orçamentária sem ferir sua pureza. 9. Conclusões.

### *1. O princípio da pureza ou exclusividade orçamentária*

O princípio constitucional da exclusividade material da lei orçamentária, dita pureza orçamentária, como insculpido no art. 165, § 8º, tem sido considerado motivo para aposição de inúmeros vetos presidenciais a dispositivos incluídos pelo Congresso Nacional nas últimas leis orçamentárias.

O § 8º do art. 165 da Constituição dispõe expressamente que: “A lei orçamentária anual não conterà dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei”.

A delimitação dos termos “estranho à previsão da receita e à fixação da despe-

Eber Zoehler Santa Helena é Consultor de orçamentos e fiscalização financeira da Câmara dos Deputados.

sa”, ali contidos, tem sido motivo de interpretações divergentes entre o Congresso Nacional e o Poder Executivo nos últimos anos.

O exame dos limites impostos pelo constituinte de 1988 ao legislador deve ser lido à luz do novo regime de responsabilidade fiscal implantado a partir de 2000 e da evolução do controle e fiscalização da gestão dos recursos públicos pelos órgãos legislativos, associado à crescente dinâmica das finanças públicas, que exigem normas ágeis e consentâneas com as necessidades da sociedade em permanente mutação.

## *2. Oportunidade e conveniência do tema*

A conveniência e a oportunidade do presente trabalho pode ser deduzida da simples leitura de jornais ou revistas de circulação nacional, que cotidianamente veiculam críticas à dissociação existente entre a lei orçamentária e a realidade financeira dos entes públicos, à malversação dos recursos na sua execução, à demora ou à superficialidade no exame da proposta orçamentária pelo Poder Legislativo, ou, ao outrora reiterado uso pelo Poder Executivo do instrumento da edição de medidas provisórias para legislar sobre matéria orçamentária.

Essa última distorção veio a ser corrigida pela Emenda Constitucional nº 32, de 11.9.2001, que vedou expressamente a edição de medidas provisórias destinadas à regulação de matéria orçamentária.

A EC nº 32 incluiu o parágrafo único, I, “d”, no art. 62, vedando a edição de medidas provisórias para matérias orçamentárias, especificamente a edição ou alteração de planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamento e créditos adicionais e suplementares, ressalvados os créditos extraordinários previstos no art. 167, § 3º. Mencione-se o flagrante equívoco terminológico no novo dispositivo ao equiparar o gênero, créditos adicionais, com uma de suas espécies, crédito suplementar.

A restrição constitucional deu maior relevância às prescrições contidas no texto da lei orçamentária ao aumentar seu grau de rigidez a alterações subsequentes. Configurada a necessidade de alteração do contido no texto legal, só por projeto de lei específico. Destaque-se possuem as leis orçamentárias processo legislativo singular, como atesta o art. 166, § 7º, da Constituição<sup>1</sup>. Materialmente constitucional, intimamente vinculado às relações interpoderes, o constituinte de 1988 não se satisfaz em dispor genericamente sobre o processo orçamentário; disciplinou-o exaustivamente, dispondo sobre sua iniciativa, elaboração, vedações e apreciação.

A aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, Lei Complementar nº 101, de 2000, trouxe inúmeros aperfeiçoamentos ao processo de planejamento, orçamentação e execução de nossas finanças públicas, criando verdadeiro código de conduta para o gestor, instaurando o que muitos consideram a era da gestão responsável no trato dos recursos públicos nas três esferas da administração, desde a federal até a municipal. As alterações trazidas pelo novel códex tiveram incidência profunda sobre a lei orçamentária e seu conteúdo, implicando no acréscimo de inúmeras matérias ao rol de assuntos a serem tratados na lei orçamentária<sup>2</sup>.

## *3. A pureza orçamentária e os rabilongos – evolução histórica*

A introdução em nosso ordenamento do princípio da exclusividade, ou da pureza orçamentária, possui motivos históricos particulares que devem ser examinados à luz do contexto em que foram concebidos e positivados.

O princípio limita o conteúdo da lei orçamentária, restringindo o legislador, impedindo que nela se incluam normas pertencentes a outros campos jurídicos, como forma de se tirar proveito de um processo legislativo mais rápido.

Dispositivos contendo matérias estranhas ao conteúdo da lei orçamentária veri-

ficam-se também no direito comparado; as nossas “caudas orçamentárias” são os *tackings* para os ingleses, os *riders* para os norte-americanos, ou os *Bepckung* para os alemães, ou ainda os *cavaliers budgetaires* dos franceses.

O primeiro orçamento geral do Império Brasileiro somente seria aprovado oito anos após a Independência, pelo Decreto Legislativo de 15.12.1830, referente ao exercício 1831-32. Esse orçamento continha normas relativas à elaboração dos orçamentos futuros, aos balanços, à instituição de comissões parlamentares para o exame de qualquer repartição pública e à obrigatoriedade de os ministros de Estado apresentarem relatórios impressos sobre o estado dos negócios a cargo das respectivas pastas e a utilização das verbas sob sua responsabilidade. Como se pode verificar, as matérias tinham relação com a gestão dos recursos públicos autorizados pelo ato legislativo. Entretanto, com o passar dos exercícios financeiros, as caudas foram-se avolumando e extrapolando os limites do razoável.

Prática essa denominada por Epiácio PESSOA (apud CASTRO, 1924) em 1922 “verdadeira calamidade nacional”. No dizer de Ruy BARBOSA, eram os “orçamentos rabilongos”, que introduziram o registro de hipotecas no Brasil ou alteraram os procedimentos para a ação de desquite. Mas a imensa maioria das caudas diziam respeito a autorizações para o aumento do gasto na área de pessoal e custeio da administração, sem que contivessem créditos próprios, à época denominadas “verbas”.

O processo chegou a tal ponto que em 1923 foi elaborada pelo Ministério da Fazenda a “Consolidação das Disposições Orçamentárias de Caráter Permanente”, editada por força do art. 64 da Lei nº 3644, de 31.12.1918<sup>3</sup>.

A Constituição republicana de 1891 introduziu alterações no processo orçamentário. A elaboração do orçamento passou à competência privativa do Congresso Nacional. Embora a Câmara dos Deputados te-

nhá assumido a responsabilidade pela elaboração do orçamento, observa Arizio de VIANA (apud GIACOMONI, 1986, p. 45) que “a iniciativa sempre partiu do gabinete do ministro da Fazenda, que, mediante entendimentos reservados e extra-oficiais, orientava a comissão parlamentar de finanças na confecção da lei orçamentária”.

A experiência orçamentária da República Velha revelou-se inadequada. Os parlamentos, em toda parte, são mais sensíveis à criação de despesas do que ao controle do déficit. A celeridade do processo orçamentário e a certeza de sua aprovação, aliada à peculiaridade da Constituição de 1891 de não permitir o veto parcial, a exemplo da norte-americana, fizeram com que as leis orçamentárias se transformassem em veículo de matérias distintas ao tema orçamentário ou mesmo financeiro.

ARAÚJO CASTRO (1924, p. 64) menciona o desabafo do Presidente Epiácio Pessoa, em sua mensagem de 10 de março de 1922, que assim se pronunciou quanto às caudas orçamentárias: “Eu sou francamente pelo veto parcial. Julgo-o não só da mais alta e urgente conveniencia publica como perfeitamente admissivel no regimen da nossa Constituição. É o único meio de responder a essa fraude contumaz com que todos os annos, desde que se proclamou a Republica, e á semelhança do que se fez outr’ora na Inglaterra contra a Camara dos Lords e nos Estados Unidos contra o Presidente, procuramos nas caudas orçamentarias impôr ao Poder Executivo medidas as mais estranhas, contra as quaes em projectos de outra natureza se revoltaria o seu zelo pelos principios constitucionaes ou pelos interesses da Nação”.

A reforma Constitucional de 1926 tratou de eliminar as distorções observadas na lei orçamentária, reforma a qual Aliomar BALEEIRO (1987, p. 44) definiu como “o parto da montanha”, pois de um projeto elaborado pelo governo Arthur Bernardes com 76 emendas dirigidas a 38 artigos dos 91 existentes na constituição de 1891 restaram

34, após a reação dos parlamentares que redundaram na retirada de 43 emendas.

Ao final, pouco foi reformado: o *habeas corpus* foi restringido à proteção do direito de ir, vir e permanecer, sem que se introduzisse outro remédio rápido e eficaz para defesa de outros direitos individuais e permitiu-se o veto parcial, já que nossa constituição de 1891, copiando a norte-americana, somente permitia o veto ao projeto de lei *in totum*. Logo veio o abuso presidencial com o veto a palavras, inclusive com a inversão total da vontade legislativa, caso do veto isolado ao termo “não”, em inúmeras oportunidades, nos regimes constitucionais de 1934 a 1969.

Como afirma Marcelo Lessa BASTOS: “Todavia, o veto parcial passou a ser utilizado na história política brasileira como instrumento de abuso do Poder Executivo, para, vetando palavras isoladas do texto legal, mudar-lhe completamente o sentido, acabando por desvirtuar o projeto de lei. E pior: para a derrubada do veto, era (como ainda é) exigido um quorum qualificado, o que dava ensejo à possibilidade de o Executivo legislar transversalmente, através da desfiguração do projeto de lei, bastando que tivesse uma minoria que o apoiasse, impedindo a formação do quorum necessário à derrubada do veto e restauração do verdadeiro alcance do projeto desvirtuado. O veto parcial acabou sendo utilizado para fraudar a vontade do Poder Legislativo usurpada pelo Presidente da República”.

Assim, com a reforma de 1926, promoveram-se duas alterações significativas em termos de orçamento: a proibição da concessão de créditos ilimitados e a introdução do princípio constitucional da exclusividade, ao inserir-se preceito prevendo expressamente o princípio<sup>4</sup>.

Essa foi a primeira inserção da exclusividade em textos constitucionais brasileiros, já na sua formulação clássica, segundo a qual a lei orçamentária não deveria conter matéria estranha à previsão da receita e à fixação da despesa, ressalvadas: a autori-

zação para abertura de créditos suplementares e para operações de crédito como antecipação de receita; e a determinação do destino a dar ao saldo do exercício ou do modo de cobrir o déficit. O conteúdo do artigo acima transcrito foi repetido, com pequenas alterações, em todas as constituições posteriores até a atual.

O princípio da exclusividade sofreu duas modificações na Constituição de 1988. Na primeira, não mais se autoriza a inclusão na lei orçamentária de normas sobre o destino a dar ao saldo do exercício, como o fazia a Constituição de 1967. Na segunda, podem ser autorizadas quaisquer operações de crédito, por antecipação de receita ou não. A mudança refletiu um aprimoramento da técnica orçamentária, com o advento principalmente da Lei 4.320, de 1964, que regulou a utilização dos saldos financeiros apurados no exercício anterior pelo Tesouro ou entidades autárquicas e classificou como receita do orçamento o produto das operações de crédito.

#### 4. A inclusão de matérias estranhas em leis que não a orçamentária

A necessidade da pureza material das normas não é privativa da lei de meios, mas personifica o ideal da norma no ordenamento jurídico como um todo, deve ser geral e abstrata, destinada a regular situações hipotéticas. Portanto, cada lei deve tratar o assunto que lhe é peculiar, nos termos do art. 7º da Lei Complementar nº 95, de 1998. A lei complementar destina-se, por força do art. 59, parágrafo único, da Constituição, dispor sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis. Assim, ela prevê que os projetos de lei devem observar os seguintes princípios:

“I – excetuadas as codificações, cada lei tratará de um único objeto;

II – a lei não conterà matéria estranha a seu objeto ou a este não vinculada por afinidade, pertinência ou conexão”.

Fica a pergunta: então, por que só a lei orçamentária foi contemplada com restrição

constitucional expressa e qual a amplitude de tal restrição?

A estratégia parlamentar de utilizar projetos de lei exógenos à matéria legislada não é privilégio das leis orçamentárias ou do Poder Legislativo. Como menciona Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (apud MORAES, 2002, p. 1158), “...o veto parcial visa atender a uma necessidade universal, qual seja, fornecer ao Poder Executivo os meios necessários para expurgar dos textos legislativos as denominadas *riders* (causas legais *sic*), que constituem disposições que, sem conexão com a matéria principal tratada, eram enxertadas pelos parlamentares, forçando o Presidente da República a aceitá-las, sancionando-as, sob pena de fulminar todo o projeto com o veto total”.

A tendência ao “aproveitamento” de projetos para matérias que lhe são estranhas não se circunscreve ao âmbito do Poder Legislativo, mas contamina igualmente o próprio Poder Executivo, sendo fenômeno tão freqüente a ponto de a Lei Complementar nº 95, de 1998, determinar em seu art. 7º que os projetos de lei devem-se restringir a um único objeto e não conter matéria estranha a esse objeto.

Da evolução histórica do princípio da exclusividade no foro constitucional, depende-se que, após o advento do veto parcial e seu uso reiterado, aliado ao fato de não ser o fenômeno restrito à disciplina orçamentária, não se justifica a manutenção da restrição expressa nas constituições. A explicação de sua sobrevivência pode ser creditada à memória dos abusos cometidos e o temor de sua recidiva. Tem-se a perpetuação de regra reconhecida como útil, ainda que não mais imprescindível. Afinal, orçamento vincula-se umbilicalmente ao exercício do poder de gasto, ao poder da bolsa.

### 5. *Os limites da pureza orçamentária – a doutrina*

A doutrina pátria, ao comentar o princípio da exclusividade, tem, em sua imensa

maioria, se resignado a transcrever o dispositivo constitucional e asseverar sua origem nas distorções históricas já comentadas, reiterando a necessidade do princípio como forma de evitar abusos no trato da questão orçamentária. A seguir, são retirados excertos das poucas análises encontradas sobre o tema.

José Afonso da SILVA (2000, p. 717), ao discorrer sobre o princípio da exclusividade, entende que: “O princípio deve ser entendido hoje como meio de evitar que se incluam na lei orçamentária normas relativas a outros campos jurídicos, tais como as que modificam ou ampliam, por exemplo, o Código Civil, o Código Comercial e a legislação de pessoal. Esse é o objetivo do princípio da exclusividade, que não pode significar impedimento de inclusão de conteúdo programático”.

Sebastião de Sant’anna e SILVA (1964, p. 32), em análise percuciente sobre a exclusividade orçamentária, afirma: “Com a implantação dessa regra constitucional (reforma de 1926), parece que caímos no extremo oposto, notadamente em virtude da interpretação restritiva que lhe tem sido dada. A lei orçamentária torna propícia a adoção de medidas fiscais aconselhadas pela conjuntura econômica e financeira, tais como aumento ou redução de certos impostos, modificações da legislação tributária, medidas disciplinadoras da realização de certas despesas autorizadas, etc. Parece-nos que seria constitucional, mantido o princípio da exclusão do orçamento de toda a matéria não financeira, incluir as medidas acima mencionadas e outras semelhantes na permissão contida nos itens I e II do artigo 73 da Constituição. Mais importante, em nossa opinião, será aplicar, rigorosamente, o que até agora não tem sido feito, a regra constitucional na parte em que proíbe a concessão de créditos para os serviços que não tenham sido criados antes da lei orçamentária. Na Inglaterra, na França e em outros países, a lei de finanças é considerada instrumento adequado para a introdução de refor-

mas e de inovações de natureza fiscal, retirando-se assim do orçamento o aspecto de mero quadro de receitas e de gasto, para transformá-lo em verdadeiro plano financeiro”.

Oswaldo SANCHES (1997, p. 109) destaca a finalidade da vedação expressa a matérias estranhas nas leis orçamentárias como forma de evitar que se tire partido do processo legislativo relativo à tramitação dos projetos de natureza orçamentária, normalmente mais expedito do que os demais, para aprovar, de modo rápido, medida que pelo curso normal do processo legislativo dificilmente prosperariam.

James GIACOMONI (1996, p. 78) reafirma a necessidade do distanciamento da matéria do tema orçamentário para ser considerado como violação ao princípio da exclusividade: “Esse princípio surgiu com o objetivo de impedir que a Lei Orçamentária, em função da natural celeridade de sua tramitação no legislativo, fosse utilizada como meio de aprovação de matérias outras que nada tinham que ver com questões financeiras”.

#### *6. A pureza orçamentária como motivação para vetos*

Nos últimos anos, têm sido apostos vetos a inúmeros dispositivos do texto da lei orçamentária a título de ferirem o princípio da pureza orçamentária. A exemplo do que ocorreu em 2003 com os vetos incidindo sobre artigos que dispunham sobre relatórios de receita e despesa previstos nos anexos orçamentários e sobre a suspensão dos créditos destinados a obras com gestão irregular<sup>5</sup>.

Na Nota Técnica Conjunta COFF/CD-CONOF/SF nº 1/2003, ao analisar os vetos apostos à lei orçamentária para 2003, fundados no motivo de inconstitucionalidade por pretensamente ferirem o princípio da exclusividade, menciona-se: “Não pode ser tida como inconstitucional a veiculação na lei orçamentária de disposição que fornece uma interpretação autêntica do art. 86 da LDO/2003, diretamente relacionada à execução da despesa fixada no programa de

trabalho aprovado. Ademais, vale recordar, em suporte à nossa argumentação, que desde 1997 as leis orçamentárias vêm dispondo sobre a matéria constante do ora vetado art.13, sem celeumas, contestações ou oposição de vetos. Como não houve alterações constitucionais que justificassem a mudança de posicionamento, a alegação de inconstitucionalidade nos parece ainda mais insubsistente, principalmente quando o mérito não foi contestado”.

Verifica-se que os parâmetros para considerar qual matéria fere ou não a pureza orçamentária varia de ano a ano conforme as conveniências.

Ainda no sentido de demonstrar quão fluida é a interpretação atual da exclusividade orçamentária, tem-se o exemplo da autorização para aumento de gastos com pessoal prevista no art. 169, § 1º, II, da Constituição<sup>6</sup>, que atribui a matéria à LDO e que as últimas LDOs têm conferido a um demonstrativo anexo ao texto da lei orçamentária a tarefa a ela cominada. Contra a inclusão dessa matéria na lei orçamentária, não foi argüida qualquer inconstitucionalidade por parte do Poder Executivo, até a presente data.

#### *7. A lei orçamentária e a execução de seus créditos*

O constituinte de 1988 não atribuiu expressamente na *Lex Legum* a qualquer diploma legal a competência de regular questões referentes à execução orçamentária dos créditos contidos na lei anual. Para a lei complementar prevista no art. 165, § 9º, remeteram-se o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual; e estabeleceram-se normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos. Tampouco foi designada a LDO para disciplinar execução orçamentária ou financeira. O fato de todas

as LDOs terem dispositivos sobre a execução e aceitação pacífica pela administração decorrem exatamente desse hiato constitucional.

Sendo a execução do orçamento sua materialização, não há como entender-se que a própria lei que autoriza não possa limitá-la ou condicioná-la. Para se descobrir se o dispositivo fere ou não a pureza orçamentária assegurada pela Lei Maior, há de se perquirir ter ou não o dispositivo pertinência direta com os créditos orçamentários e suas respectivas dotações, como constantes dos Anexos da lei orçamentária. Na programação de trabalho das unidades orçamentárias é que se dá concretude ao dispositivo constitucional de “fixação da despesa”, especificando a ação e seu custo para a sociedade.

Assim, se o dispositivo regula, limita ou condiciona a execução de crédito ali existente, não há como se negar a pertinência do dispositivo do texto legal com o demonstrativo do crédito orçamentário e seus valores.

#### *8. Matérias passíveis de inclusão na lei orçamentária sem ferir sua pureza*

A lei orçamentária pode e deve conter dispositivos que com ela tenham afinidade, pertinência ou conexão, nos precisos termos da Lei Complementar nº 95, de 1998. A concessão de tal faculdade ao legislador prescinde de alteração constitucional, pois, a nosso ver, “previsão da receita e fixação da despesa” envolvem conceitos amplos, a partir de uma interpretação progressiva, como já o faz a doutrina, que não estão restritos a quantitativos das dotações orçamentárias. A interpretação progressiva, adaptativa ou evolutiva, faz-se adaptando a lei às necessidades e concepções do presente. O intérprete não pode ficar alheio às transformações sociais, científicas e jurídicas. A lei vive e se desenvolve em ambiente que muda evolui e, uma vez que não queiramos reformá-la freqüentemente, é mister adaptar a norma às novas necessidades.

Não é objetivo desta sucinta exposição elencar rol exaustivo de temas compatíveis com a lei orçamentária e passíveis de inclusão em seu texto, sem conspurcar o princípio da pureza orçamentária. Entretanto, como já exposto, a doutrina entende que nossas leis orçamentárias podem conter disposições que não exclusivamente se refiram ao montante autorizado para a despesa ou a valores estimados para as receitas, mas que com eles mantenham um grau de pertinência que justifiquem sua inclusão no texto legal.

Assim, premissa maior, o preceito para ser aceito deve relacionar-se diretamente com os créditos orçamentários e suas respectivas dotações, como constantes dos Anexos da lei orçamentária. Na programação de trabalho das unidades orçamentárias é que se dá concretude ao dispositivo constitucional de “fixação da despesa”, especificando a ação e seu custo para a sociedade.

Ademais, não pode o dispositivo a ser incluído conter mandamento de caráter permanente, que venha a possuir ultratividade em relação à própria lei orçamentária, já que essa, por sua natureza, é temporária.

Exemplos de dispositivos que se coadunam com a lei orçamentária seriam a exigência de relatórios sobre a execução da receita ou despesa ou a fixação de condicionantes à execução dos créditos como a suspensão das dotações destinadas a obras com gestão irregular até seu saneamento.

As Leis de diretrizes orçamentárias apresentam-se como o instrumento constitucionalmente adequado à regulação da matéria, nos termos do art. 165, § 2º. Destaque-se que elas já contêm artigo próprio discriminando o conteúdo da lei orçamentária, sem, entretanto, dispor sobre o universo passível de alteração no texto da lei orçamentária<sup>7</sup>.

Assim, *de lege ferenda*, poderiam as LDOs conter dispositivo vedando qualquer preceito na lei orçamentária que não diretamente relacionado às matérias afetas à fixação da despesa e à previsão da receita, excetuadas aquelas que possuam afinidade, pertinência ou conexão no âmbito do direito financeiri-

ro e que, cumulativamente, regulem especificamente os créditos contidos na respectiva lei orçamentária, seus efeitos sejam adstritos ao exercício financeiro à respectiva lei orçamentária e não criem para o Estado qualquer obrigação adicional de cunho financeiro.

### 9. Conclusões

Os fatos e documentos aqui apresentados demonstram que o contexto histórico em que se deu a positivação em nosso ordenamento constitucional do princípio da pureza ou exclusividade orçamentária não mais condizem com as necessidades da sociedade de uma gestão eficaz e oportuna dos recursos públicos. Os motivos que determinaram a inserção no texto constitucional do princípio da exclusividade – impossibilidade de veto parcial – não mais se fazem presentes. O fenômeno da inserção de “impurezas” na legislação, como demonstrado, não é adstrito ao processo orçamentário, ainda que no passado nele tenha sido exacerbado.

Assim, a lei orçamentária pode e deve conter dispositivos que com ela tenham afinidade, pertinência ou conexão, nos precisos termos da Lei Complementar nº 95, de 1998. A concessão de tal faculdade ao legislador prescinde de alteração constitucional, pois, a nosso ver, os termos “previsão da receita e fixação da despesa” envolvem conceitos amplos que, dependendo de interpretação progressiva, consentânea com as necessidades atuais, não se restringem a quantitativos de dotações orçamentárias.

Entretanto, tal amplitude conceitual exige a fixação de parâmetros precisos quanto ao que macula ou não o princípio da exclusividade orçamentária. Deixar-se ao alvêdrio do Poder Executivo tal julgamento tem redundado em decisões vacilantes, contraditórias e sujeitas a interesses imediatos da Administração, não sendo esses necessariamente aqueles que melhor expressam uma gestão fiscalmente responsável.

As leis de diretrizes orçamentárias apresentam-se como instrumento constitucio-

nalmente adequado à regulação da matéria, nos termos do art. 165, § 2º. Assim, *de lege ferenda*, poderiam conter dispositivo vedando qualquer preceito na lei orçamentária que não diretamente relacionado às matérias afetas à fixação da despesa e à previsão da receita, excetuadas aquelas que possuam afinidade, pertinência ou conexão no âmbito do direito financeiro e que, cumulativamente, regulem especificamente os créditos contidos na respectiva lei orçamentária, seus efeitos restrinjam-se ao exercício financeiro regido pela lei orçamentária correspondente, e não criem para o Estado qualquer obrigação adicional de cunho financeiro.

### Notas

<sup>1</sup> Art. 164, § 7º – Aplicam-se aos projetos mencionados neste artigo, no que não contrariar o disposto nesta seção, as demais normas relativas ao processo legislativo.

<sup>2</sup> Art. 5º O projeto de lei orçamentária anual, elaborado de forma compatível com o plano plurianual, com a lei de diretrizes orçamentárias e com as normas desta Lei Complementar:

I – conterá, em anexo, demonstrativo da compatibilidade da programação dos orçamentos com os objetivos e metas constantes do documento de que trata o § 1º do art. 4º;

II – será acompanhado do documento a que se refere o § 6º do art. 165 da Constituição, bem como das medidas de compensação a renúncias de receita e ao aumento de despesas obrigatórias de caráter continuado;

III – conterá reserva de contingência, cuja forma de utilização e montante, definido com base na receita corrente líquida, serão estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, destinada ao:

*vetado*

b) atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.

<sup>3</sup> O Poder Executivo fará organizar a consolidação de todas as disposições de carácter permanente, incertas em leis anuais de orçamento, que, não tendo sido revogadas, digam respeito ao interesse público da União Federal; serão excluídas todas as que contenham autorização, não realizada, para a reforma da legislação fiscal ou de repartições e serviços, assim como para aumento de vencimentos ou outras remunerações, igualmente excluídas as que tenham carácter individual e as que directa ou indirectamente e com ou sem condições, autorizem

a concessão de quaisquer privilégios, favores ou vantagens.” (BRASIL, 1923, p. 3).

<sup>4</sup> “Art. 34. ...§ 1º As leis de orçamento não podem conter disposições estranhas à previsão da receita e à despesa fixada para os serviços anteriormente criados. Não se incluem nessa proibição: a) a autorização para abertura de créditos suplementares e para operações de crédito como antecipação da receita; b) a determinação do destino a dar ao saldo do exercício ou do modo de cobrir o déficit.”

<sup>5</sup> “Art. 13. As restrições impostas pelo art. 86, caput, da LDO/2003, relativas a obras e serviços com indícios de irregularidades graves, constantes do Quadro VII desta Lei, abrangem todos os programas de trabalho dos Orçamentos Fiscal, da Seguridade Social e de Investimento, inclusive as alterações ocorridas ao longo do exercício por meio de créditos adicionais, e a execução financeira, em 2003, das respectivas despesas inscritas em Restos a Pagar, no exercício de 2002 e nos anteriores, bem como qualquer forma de autorização para execução física da obra ou do serviço inquinado.

Parágrafo único. É vedada a execução orçamentária, financeira e física integral dos créditos relativos aos subtítulos incluídos no Quadro VII nos quais conste indicação de indícios de irregularidades graves em todo o empreendimento.”

<sup>6</sup> § 1º do Art. 169 – A concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público, só poderão ser feitas: I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes; II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

<sup>7</sup> “Lei nº 10.524, de 25.07.02 – LDO 2003. Art. 10. O projeto de lei orçamentária que o Poder Executivo encaminhará ao Congresso Nacional e a respectiva lei serão constituídos de:...”.

## Bibliografia

BALEEIRO, Aliomar. *A Constituição de 1891*. Brasília: Centro de Ensino à Distância, 1987.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Considerações sobre o Veto Presidencial aos Projetos de Lei*. Disponível em: <[http://www.fdc.br/artigos/veto.htm#\\_ftn15](http://www.fdc.br/artigos/veto.htm#_ftn15)>. Acesso em: 13 fev. 2003.

BRASIL, Ministério da Fazenda. *Consolidação das disposições orçamentárias de caráter permanente*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1923.

CASTRO, Araújo. *A reforma constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria Ed. Leite Ribeiro, 1924.

COFF/CD ; CONOF/SF. *Nota técnica Conjunta nº 001 de 2003: Análise dos vetos à Lei n. 10.640 de 14.01.2003 : LOA/2003*. Disponível em: <<http://intranet/Internet/orcament/Principal/notas%20conjuntas/NC%2001%20-%202003%20-20Vetos%20à%20LOA%202003.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2003.

FRANCO NETO, J. M. B. *Sistema orçamentário. Transferência de técnicas orçamentárias para a América Latina*. Seminário Nacional sobre Orçamento Público, n: 4., 1978, Brasília. Anais... Brasília: COCITEF, 1978.

GIACOMONI, J. *Orçamento público*. São Paulo: Atlas, 1986.

\_\_\_\_\_. *Orçamento público*. 6. ed. Ver. e atual. São Paulo: Atlas, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo: Atlas, 2002.

SANCHES, Osvaldo M. *Dicionário de orçamento, planejamento e áreas afins*. Brasília: Prisma, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Sebastião Sant'anna e. *Os princípios orçamentários*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1964.

# Legitimidade da justiça constitucional

Alexandre de Moraes

## Sumário

1. Introdução. 2. Complementaridade entre democracia e Estado de Direito. 3. Composição dos Tribunais Constitucionais. 4. Fundamentação e aceitação popular das decisões dos Tribunais Constitucionais.

## 1. Introdução

A lei como obra do legislador e expressão da vontade soberana do povo, que consiste em tradição do século XIX, tornou-se mera ficção<sup>1</sup>, pois seja em virtude da flagrante crise da Democracia representativa, seja pelo fortalecimento do poder político dos grupos de pressão, a lei não necessariamente representa o povo e, por muitas vezes, desrespeita princípios e direitos fundamentais básicos, com a finalidade de favorecimento de alguns poucos, mas poderosos, grupos de pressão.

Nesse sentido, importante a observação feita por Rivero de que “a idéia de representação da vontade do cidadão pelo eleito tem progressivamente diminuído na realidade, mediante a tomada de consciência pelo eleitor de que, definitivamente, os homens que são eleitos atuam para si mesmos e não para eles. O cidadão, ante essa avalanche de leis, cada vez mais completas, cada vez mais técnicas, cada vez mais conformadas com a vontade governamental, não reconhece sua própria vontade”, para concluir que “essa transformação da lei conduz à tomada de

Alexandre de Moraes é Secretário do Estado da Justiça e Defesa da Cidadania de São Paulo. Doutor em Direito do Estado e Livre-docente em Direito Constitucional pela Universidade de São Paulo. Professor associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e professor Titular da Universidade Presbiteriana Mackenzie e professor das Escolas Superiores dos Ministérios Públicos do Estado de São Paulo, Bahia e Sergipe e da Escola Paulista de Magistratura.

consciência da necessidade de proteger os direitos fundamentais, inclusive perante a própria lei” (RIVERO, 1984, p. 677).

Dentro dessa perspectiva, acentua-se a necessidade de conjugarem-se e compatibilizarem-se as idéias de *Democracia*, que se manifesta basicamente pela forma representativa, por meio dos Parlamentos, e de *Estado de Direito*, que se manifesta pela consagração da supremacia constitucional e o respeito aos direitos fundamentais, tornando-se, portanto, clara a legitimidade da Justiça constitucional e a necessidade de existência de seus órgãos, dotados de plena independência e que possam instrumentalizar a proteção dos preceitos e direitos constitucionais fundamentais (REYES, 1997, p. 16-19).

Essa necessidade foi apontada por René DAVID (1998, p. 54), ao analisar o direito comparado, afirmando que “existe uma tendência nítida, atualmente, de reforçar o valor das normas constitucionais, elevando-as, na prática, acima das leis ordinárias. A Constituição da República Federal da Alemanha declara: ‘O poder legislativo deve respeitar as leis e o direito. Todo alemão tem direito de resistir, se nenhum outro meio pode ser usado, contra quem quer que seja que tente destruir este ordenamento’. Procurou-se encontrar meios de garantir a ordem constitucional em numerosos países e, em particular à semelhança dos Estados Unidos, se admitiu um controle judiciário da constitucionalidade das leis. As evoluções mais características se produziram na Alemanha Federal e na Itália, como reação contra os regimes que nestes países haviam escarnecido dos princípios da Democracia e dos direitos humanos; uma abundante jurisprudência, nestes países, declarou nulas as leis que atentavam contra os direitos fundamentais (*Grundrechte, Diritti Fondamentali*), enumerados em uma declaração de direitos incorporada à Constituição”.

No exercício dessa grave missão de garantidora do Estado de Direito<sup>2</sup> e dos direitos fundamentais, a Justiça constitucional em suas várias organizações possui, geral-

mente, cinco grandes ramos de competência (cf. FAVOREU, 1984, p. 22; CANOTILHO, 1998, p. 789):

- controle da constitucionalidade das leis e atos normativos do *poder público*;
- proteção aos direitos fundamentais;
- controle das regras da Democracia representativa (eleições) e participativa (referendos e plebiscitos);
- controle do bom funcionamento dos poderes públicos e da regularidade no exercício de suas competências constitucionais;
- equilíbrio da federação.

A questão da legitimidade da justiça constitucional em confronto com a legitimidade da maioria legislativa coloca-se de forma acentuada no campo do controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que se concede a um Corpo de Magistrados poderes para declaração de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, afetando a produção legiferante do Parlamento<sup>3</sup>, como representante direto das aspirações populares em uma Democracia representativa<sup>4</sup>.

Assim, questiona-se a legitimação democrática do fundamento da jurisdição constitucional, colocando-a em confronto com o Princípio Democrático representativo (cf. CANOTILHO, 1996, p. 871 et seq.).

Como lembra José de Sousa e BRITTO (1995, p. 76), “o problema do fundamento da jurisdição constitucional é tão-somente o problema da sua legitimação democrática. Não é verdade que, pelo próprio facto da sua existência, há juízes que declaram inválida uma lei, a expressão da vontade do povo? A questão pressupõe, portanto, habitualmente, que o poder legislativo do povo através dos seus representantes eleitos é a dimensão essencial da Democracia e que a jurisdição constitucional é uma restrição à Democracia na medida em que retira, pelo menos em parte, à lei a sua força. Por que razão deveriam os juízes, que não são legisladores eleitos pelo povo, poder afectar a força duma lei democrática? Não é isto governo dos juízes em vez de governo do

povo? A teoria tradicional vê, portanto, na jurisdição constitucional um limite ou uma restrição ao princípio do governo do povo pelo povo. A questão será, portanto, a de justificar essa restrição”.

Importante estabelecer nesse estudo os três sustentáculos básicos da legitimidade da Justiça constitucional, a partir dos quais será possível identificar a plena compatibilidade entre o governo da maioria e o controle jurisdicional de constitucionalidade: *complementaridade entre Democracia e Estado de Direito; composição dos Tribunais Constitucionais e fundamentação e aceitação popular das decisões dos Tribunais Constitucionais.*

## 2. Complementaridade entre democracia e Estado de Direito

A premissa básica que justifica a legitimidade da justiça constitucional parte da idéia de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de direito consagra a supremacia das normas constitucionais, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria<sup>5</sup>.

Importante recordarmos a advertência feita por Walter BERNS (1986, p. 285), ao comentar os princípios fundadores da Constituição norte-americana, em relação à maioria: “Em resumo, a regra da maioria só pode ser justificada se os homens são iguais e eles só são iguais na posse de direitos. Uma política de igualdade, portanto, precisa ser uma política preocupada com direitos. Conseqüentemente, a regra da maioria só é legítima se na prática a maioria respeita os direitos da minoria”<sup>6</sup>.

Assim, é absolutamente necessária a compatibilização do *Parlamento* (que representa o princípio democrático da maioria) com a *Justiça constitucional* (que representa a garantia do Estado de Direito) (TROPER,

1990, p. 31; STARCK, 1995, p. 73) e a defesa dos direitos da minoria<sup>7</sup>.

Observe-se que a jurisdição constitucional retira sua legitimidade formalmente da própria Constituição e materialmente da necessidade de proteção ao Estado de Direito e aos Direitos Fundamentais, pois como recorda Jorge MIRANDA (1995, p. 95), “o irrestrito domínio da maioria poderia vulnerar o conteúdo essencial daqueles direitos, tal como o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modulação”.

*Formalmente*, as decisões dos Tribunais Constitucionais prevalecem sobre as dos representantes populares eleitos pelo voto porque se presume que o povo assim desejou na elaboração da Constituição, por meio do exercício de poder constituinte originário.

Ora, como manifestação soberana da suprema vontade política de um povo, social e juridicamente organizado, o poder constituinte originário, modernamente, tem o povo como seu titular<sup>8</sup>, cuja vontade é expressa por meio de seus representantes eleitos, em Assembléia Nacional Constituinte, que efetivamente o exercem, pois a titularidade do Poder liga-se à idéia de soberania do Estado, uma vez que mediante o exercício do poder constituinte originário se estabelecerá sua organização fundamental pela Constituição, que é sempre superior aos poderes constituídos, de maneira que toda manifestação dos poderes constituídos somente alcança plena validade se se sujeitar à Carta Magna<sup>9</sup> (CANOTILHO, 1998, p. 102; MELLO FILHO, 1985, p. 14; SALDANHA, 1986, p. 74; FERREIRA FILHO, 1985, p. 15; SANTOS, 1980, p. 16).

Portanto, conforme os ensinamentos de Goffredo TELLES JUNIOR (1986, p. 51), “o Poder do Congresso Nacional não é um Poder originário, nem autônomo, nem incondicionado. Ele não se rege por si mesmo, uma vez que sua atuação é pautada pelas normas da Constituição. Ele não leva em si a lei de seu próprio exercício. Não é um Poder soberano. O Poder Legislativo, considerado

como Poder do Congresso Nacional, é um Poder constituído, um Poder exercido em conformidade com o que manda o Poder constituinte”.

Assim, o Poder Constituinte originário estabelece a Constituição de um novo Estado, organizando-o e criando os poderes destinados a reger os interesses de uma comunidade. Tanto haverá Poder Constituinte no surgimento de uma primeira Constituição, quanto na elaboração de qualquer Constituição posterior<sup>10</sup>.

A idéia da existência de um Poder Constituinte é o suporte lógico de uma Constituição superior ao restante do ordenamento jurídico e que, em regra, não poderá ser modificada pelos poderes constituídos. É, pois, esse Poder Constituinte distinto, anterior e fonte da autoridade dos poderes constituídos, com eles não se confundindo.

O Poder Constituinte caracteriza-se por ser *inicial, ilimitado, autônomo e incondicionado*. É *inicial*, pois sua obra – a Constituição – é a base da ordem jurídica; é *ilimitado e autônomo*, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor; e, finalmente, é *incondicionado*, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização<sup>11</sup>.

Dessa forma, a legitimidade formal do Tribunal Constitucional existe no momento da promulgação de uma Constituição que o instituiu formalmente, pois haverá a presunção de que sua criação foi decorrente da vontade soberana do Povo organizado em Assembléia Nacional Constituinte<sup>12</sup>.

Esse entendimento é corroborado por Bernard SCHWARTZ (1966, p. 26), quando explica que “a teoria americana admite uma verdadeira hierarquia de legisladores dentro do Estado. No ápice encontra-se a Assembléia Constituinte, à qual só o povo delegou a autoridade de criar o instrumento orgânico que rege o Estado. Os dispositivos

da Constituição aprovados por ela constituem a lei suprema do país. A lei elaborada por qualquer órgão do Estado só é válida desde que não entre em conflito com a Constituição”.

Igualmente, esse é o exato sentido da lição de Thomas COOLEY (1982, p. 142), ao analisar o sistema constitucional norte-americano, afirmando que “o Poder Judiciário, tendo de decidir qual a lei que deve ser aplicada em determinada controvérsia, pode encontrar a vontade do poder legislativo, conforme é expresso em lei, em conflito com a vontade do povo em conformidade do expresso na Constituição, e as duas se não poderem conciliar. Nesse caso, como o poder legislativo é o conferido pela Constituição, é claro que o poder delegado foi o que se excedeu; que o mandatário não se manteve dentro da órbita do mandato. O excesso, por conseguinte, é nulo e é dever do tribunal reconhecer e fazer efetiva a Constituição como o direito primordial, e recusar-se a dar execução ao ato legislativo, e assim o anular na prática”.

*Materialmente*, sendo instituído por Constituições formais, os Tribunais ou Cortes Constitucionais são órgãos de garantia da supremacia de seus princípios, objetivos e direitos fundamentais, resguardando, dessa forma, o Estado de Direito e preservando as idéias básicas da Constituição material.

CANOTILHO (1998, p. 782) explica que “globalmente consideradas, as garantias de existência da Constituição consistem: (1) na vinculação de todos os poderes públicos (designadamente do legislativo, executivo e judicial) à Constituição; (2) na existência de competências de controlo, políticas e jurisdicionais, do cumprimento da Constituição”.

A jurisdição constitucional, portanto, tem como ponto fundamental a defesa dos valores constitucionais básicos, afirmados livremente pelo povo em Assembléia Nacional Constituinte, exercendo, por conseguinte, um controle negativo. Como salientado por Jorge MIRANDA (1995, p. 95), “o

Tribunal Constitucional exerce um poder de controle negativo, um *pouvoir d'empêcher*, não um poder de impulsão, um poder positivo”.

Os eventuais confrontos entre a legitimidade da justiça constitucional e a legitimidade da maioria legiferante devem ser resolvidos em uma aplicação equilibrada e harmônica do princípio da separação de funções estatais, pois todos os poderes exercem funções únicas do Estado, dentro de uma visão mais contemporânea das funções estatais, que reconhece assentar-se o Estado Constitucional de Direito na idéia de unidade, pois o poder soberano é uno, indivisível, existindo órgãos estatais, cujos agentes políticos têm a missão precípua de exercerem atos de soberania. Aliás, bem o disse ROUSSEAU, o poder soberano é uno. Não pode sofrer divisão. Assim, o que a doutrina liberal clássica pretende chamar de separação de poderes, o constitucionalismo moderno determina *divisão de tarefas estatais, de atividades entre distintos órgãos autônomos* (CLÈVE, 1993, p. 26).

As Constituições, visando, principalmente, evitar o arbítrio e o desrespeito aos direitos fundamentais do homem, prevêm a existência dos Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, repartindo entre eles as funções estatais, bem como criando mecanismos de controles recíprocos, sempre como garantia da perpetuidade do Estado democrático de Direito.

A divisão segundo o critério funcional é a célebre “separação de Poderes”, que consiste em distinguir três funções estatais, quais sejam, legislação, administração e jurisdição, que devem ser atribuídas a três órgãos autônomos entre si, que as exercerão com exclusividade. Foi esboçada pela primeira vez por ARISTÓTELES, na obra *Política*, detalhada, posteriormente, por John LOCKE, no *Segundo tratado do governo civil*. E, finalmente, consagrada na obra de MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, a quem devemos a divisão e distribuição clássicas, tornando-se princípio fundamental da or-

ganização política liberal e transformando-se em dogma pelo artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e é prevista no artigo 2º da nossa Constituição Federal<sup>13</sup>.

Como salientam CANOTILHO e MOREIRA (1991, p. 71), “um sistema de governo composto por uma pluralidade de órgãos requer necessariamente que o relacionamento entre os vários centros do poder seja pautado por normas de *lealdade constitucional* (*Verfassungstreue*, na terminologia alemã). A lealdade institucional compreende duas vertentes, uma positiva, outra negativa. A primeira consiste em que os diversos órgãos do poder devem cooperar na medida necessária para realizar os objetivos constitucionais e para permitir o funcionamento do sistema com o mínimo de atritos possíveis. A segunda determina que os titulares dos órgãos do poder devem respeitar-se mutuamente e renunciar a prática de *guerrilha institucional*, de abuso de poder, de retaliação gratuita ou de desconsideração grosseira. Na verdade, nenhuma cooperação constitucional será possível sem uma *deontologia política*, fundada no respeito das pessoas e das instituições e num apurado sentido da responsabilidade de Estado (*statesmanship*)”.

Lembremo-nos que o objetivo inicial da clássica separação das funções do Estado e distribuição entre órgãos autônomos e independentes tinha como finalidade a proteção da liberdade individual contra o arbítrio de um governante onipotente. O Direito Constitucional contemporâneo, apesar de permanecer na tradicional linha da idéia de Tripartição de Poderes, já entende que essa fórmula, se interpretada com rigidez, tornou-se inadequada para um Estado que assumiu a missão de fornecer a todo o seu povo o bem-estar, devendo, pois, separar as funções estatais, dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*).

Como salientado pelo *Chief Justice* Marshall, no célebre caso *Marbury v. Madison*,

“para que então limitarem-se os poderes, e para que estabelecer-se tal limitação em um documento escrito, se tais limites puderem, a qualquer momento, ser ultrapassados por aqueles a quem se pretende restringir”<sup>14</sup>.

Assim, as funções estatais de soberania são modernamente atribuídas a vários órgãos estatais, entre eles, aos Tribunais ou Cortes Constitucionais, que, entre várias outras importantes funções, deve zelar pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os, e pelo respeito aos direitos fundamentais (1987, p. 48).

Como salienta CAPPELLETTI (1984, p. 612), “efetivamente, resulta difícil imaginar que atualmente poder-se-ia assegurar um sistema qualquer de equilíbrio eficaz entre os poderes sem o crescimento e diversificação do próprio ramo judiciário”.

A esses órgãos, a Constituição Federal confiou parcela da autoridade soberana do Estado, garantindo-lhes autonomia e independência.

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja Poderes de Estado, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização, a perpetuidade e a efetividade desses requisitos<sup>15</sup>. Todos esses temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

Dessa necessidade protetiva do Estado de Direito advém a legitimidade material da justiça constitucional, pois como afirmado por Jorge MIRANDA (1995, p. 98), “para lá da legitimidade adveniente da previsão em Constituição democrática, há uma legitimidade própria dos órgãos de controle, inerente ao princípio da divisão e limitação de poder do Estado de direito democrático”.

Assim, o fundamento básico da legitimidade material da justiça constitucional está na necessidade de consagração e efetivação de um rol de princípios constitucionais básicos e direitos fundamentais tendentes a limitar e controlar os abusos de poder do

próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e da legalidade como regentes do Estado moderno e contemporâneo<sup>16</sup>, pois nos Estados em que o respeito à efetividade dos direitos humanos fundamentais não for prioridade, a verdadeira Democracia inexistente<sup>17</sup>, como ensina Norberto BOBBIO (1993, p. 117) ao afirmar que, *sem respeito às liberdades civis, a participação do povo no poder político é um engano, e sem essa participação popular no poder estatal, as liberdades civis têm poucas probabilidades de durar*.

Importantíssima a observação feita por RIVERO (1984, p. 666), após constatar a crise na Democracia representativa – analisada no capítulo anterior – de que “a velha idéia que dominou todo o liberal século XIX, da proteção da liberdade pela lei, tende a ser substituída pela idéia experimental da necessidade da proteção das liberdades contra a lei. E essa evolução tem sido possível graças a esse fenômeno extraordinário que é a existência de uma autoridade superior ao legislador, de uma autoridade encarregada de impor ao legislador o respeito à Constituição”.

Ora, a questão essencial sobre a legitimidade da Justiça constitucional exige uma interpretação que compatibilize a representação popular, como direito da maioria, e a defesa dos princípios constitucionais e direitos fundamentais, devendo pautar-se pela indagação sobre as tarefas e os objetivos básicos de uma Constituição Federal, que entre outros, podem ser destacados o de justiça, equidade, equilíbrio de interesses, resultados satisfatórios, razoabilidade, praticabilidade e segurança jurídica (HÄBERLE, 1997, p. 11).

Há, portanto, necessidade de direcionarem-se todas as regras hermenêuticas para garantir-se a plena aplicabilidade e efetividade dos direitos humanos fundamentais perante o governo da maioria, inclusive compatibilizando-se as lições de Ferdinand LASSALLE e Konrad HESSE, no sentido de que uma Constituição tem caráter informa-

dor de todo o ordenamento jurídico, e se em seu gênese a Constituição de um país é “a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação” (LASSALLE, 1995, p. 37), após a sua edição, “graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social” (HESSE, 1998, p. 24).

Portanto, as previsões constitucionais, e em especial os direitos humanos fundamentais e os princípios fundamentais da República, não são meros enunciados teóricos desprovidos de coercibilidade jurídica. Muito pelo contrário, uma Constituição possui supremacia incondicional em relação a todo ordenamento jurídico e força normativa inquestionável, devendo suas previsões servir de princípios informadores obrigatórios na atuação do *poder público*, no âmbito de todos os Poderes de Estado.

Somente com o pleno respeito aos princípios e objetivos básicos da Constituição e aos Direitos Fundamentais poderemos almejar a conquista da verdadeira *liberdade*, projeto maior de um Estado Democrático de Direito, no exato sentido que lhe empresta a definição de Roscoe POUND (1976, p. 5), para quem liberdade consiste “na reserva, para o indivíduo, de certas expectativas fundamentais razoáveis que entendem com a vida na sociedade civilizada e liberação em relação ao exercício arbitrário e desarrazoado do poder e da autoridade por parte daqueles que são nomeados ou escolhidos em sociedade politicamente organizada com o objetivo de ajustar relações e ordenar a conduta e se tornam, dessa maneira, capazes de aplicar a força dessa sociedade aos indivíduos”.

CAPPELLETTI (1984, p. 633) corrobora esse entendimento afirmando que “somente nos sistemas democráticos de governo existe uma oportunidade para que se respeite os direitos fundamentais”, de maneira que “a Democracia não pode sobreviver em um sistema em que os direitos e garantias fundamentais careçam de uma proteção eficaz. Como muito acertadamente se tem observado, a preservação das liberdades

públicas exige a eliminação da concentração de poder e a distribuição de todo o poder que não possa ser eliminado – um sistema de equilíbrio de poderes”; e conclui: “uma Justiça razoavelmente independente dos caprichos e intolâncias das maiorias pode contribuir em grande medida para a Democracia”.

Sem respeito a essas regras, não haverá Estado de Direito, desaparecendo a liberdade e conseqüentemente a participação popular nos negócios políticos do Estado, quebrando-se o respeito ao princípio da soberania popular, que proclama todo o poder emanar do povo, com a conseqüência nefasta do fim da Democracia<sup>18</sup>.

Bernard SCHWARTZ (1966, p. 43) conclui nesse sentido, afirmando que “o ponto básico na concepção americana do princípio da legalidade é o respeito aos princípios que estão acima do Estado e que são confirmados pelos tribunais. No sistema americano, tais princípios são os estabelecidos pela Constituição federal. Os atos legislativos que entrarem em conflito com eles serão declarados nulos pelos tribunais americanos. Deve-se admitir, afirmou a Corte Suprema dos Estados Unidos, que em todo Governo livre há certos direitos que estão acima da competência do Estado. O Governo que não reconhece tais direitos, que mantém a vida, a liberdade, a prosperidade de seus cidadãos sujeitas, a qualquer momento, à disposição absoluta e ao domínio ilimitado mesmo do mais democrático depositário do poder, é afinal de contas apenas um despótico. É verdade que é um despotismo de muitos – da maioria, se quisermos chamá-lo assim –, mas não deixa de ser um despotismo”.

A legitimidade da Justiça constitucional consubstancia-se, portanto, na necessidade de exigir-se que *poder público*, em todas as suas áreas, seja na distribuição da Justiça, seja na atuação do Parlamento ou na gerência da *res pública*, paute-se pelo respeito aos princípios, objetivos e direitos fundamentais consagrados em um texto constitucio-

nal, sob pena de flagrante inconstitucionalidade de suas condutas e perda da própria legitimidade popular de seus cargos e mandatos políticos pelo ferimento ao Estado de Direito.

### 3. *Composição dos Tribunais Constitucionais*

Igualmente, apresenta-se como fator legitimador da Justiça constitucional a participação popular, por intermédio de seus representantes eleitos no Parlamento e no Executivo, na escolha dos membros dos Tribunais ou Cortes Constitucionais.

Assim, a questão da composição das Justiças constitucionais é certamente a que provoca as mais equivocadas interpretações e os mais árduos debates, situando-se em dois níveis: *político* e *jurídico*.

Como salienta Pedro Cruz VILLALÓN (1995, p. 87), a questão da legitimidade dos Tribunais Constitucionais deve ser analisada em sua origem, ou seja, se a sua forma de composição é ou não respaldada pela idéia de soberania popular.

O tratamento diferenciado dado à investidura dos juízes da jurisdição constitucional é explicado em virtude de sua natureza dúplice, e porque suas decisões envolvem a supremacia constitucional, os atos das mais elevadas autoridades do Estado e, principalmente, as leis do Parlamento, que são consideradas como expressão da vontade geral.

Em razão disso, essa jurisdição não pode ter a mesma composição das jurisdições ordinárias, sob pena de contestação de sua legitimidade, e deve apresentar os três requisitos de observância obrigatória na composição política da Justiça constitucional para que reforcem sua legitimidade: *pluralismo*, *representatividade* e *complementaridade*.

Em relação ao *pluralismo*, o importante é que o órgão encarregado da Justiça constitucional tenha uma composição pluralista, de maneira que possa aumentar a representatividade global do sistema, protegendo os

grupos minoritários que não tenham acesso aos ramos políticos.

Observe-se que, para garantia da atualização do pluralismo e da representatividade, em regra, deverá haver uma renovação regular dos membros do Tribunal ou Corte, que devem ter mandatos certos e não muito longos, de maneira que nem a designação da maioria coincida com o início do mandato do Chefe de Governo, nem que se perpetuem no cargo, impedindo, assim, com eventuais evoluções políticas e sociais, com reflexos imediatos na composição do Parlamento e na eleição do Chefe do Executivo, não sejam acompanhadas pela Justiça constitucional. Dessa forma, o ritmo de alterações, por meio de novas nomeações envolvendo os outros dois ramos do Governo (Legislativo e Executivo), permitirá assegurar a evolução social da Corte, que não se mostrará alheia às novas exigências decorrentes da constante mutação da sociedade (CAPPELLETTI, 1984, p. 625).

A *representatividade* consiste na participação da maioria qualificada do Parlamento para a aprovação do nome do juiz constitucional e parece garantir um maior pluralismo, como reflexo do próprio pluralismo democrático das Câmaras Legislativas, pois acaba por permitir às minorias parlamentares o direito de veto ao nome indicado para compor a Corte Constitucional, uma vez que essa deve representar necessariamente as várias tendências e partes da sociedade, inclusive as diversas minorias<sup>19</sup>.

Por fim, a *complementaridade* consubstancia-se na necessidade de multiplicidade e variação de experiências profissionais anteriores dos juízes constitucionais, pois, na realidade, a experiência de um juiz constitucional proveniente da magistratura de carreira é diversa daquela proveniente da advocacia ou do Ministério Público, ou ainda, da Universidade Pública, ou do próprio Parlamento, ou outros ramos profissionais. Essa complementação de experiências acaba por legitimar a Justiça constitucional, afastando-a tan-

to do tecnicismo exacerbado, quanto da política exagerada.

Concordamos, portanto, com FAVOREU (1995, p. 233) quando aponta que o modo de designação dos juízes constitucionais pelas autoridades políticas pelos diversos sistemas jurídicos constitui, além de uma tradição da justiça constitucional, uma necessidade de legitimidade, que repousa em grande parte nessa técnica de designação.

#### *4. Fundamentação e aceitação popular das decisões dos Tribunais Constitucionais*

Outro grande pilar que sustenta a legitimidade da justiça constitucional é a aceitação de suas decisões pelos demais poderes por ela fiscalizados e, principalmente, pela opinião pública, motivo pelo qual todos os seus pronunciamentos devem ser fundamentados e públicos.

Assim, a verdadeira, duradoura e incontestável legitimidade da Justiça constitucional será concedida pela opinião pública, pois somente ela é que, em definitivo, consagrará ou rejeitará essa instituição, analisando-a em virtude de sua jurisprudência e de sua atuação perante o Estado, pois, como ressalta Henry ABRAHAM (1978, p. 99), “as decisões que contrariam o consenso geral simplesmente acabam não perdurando”.

Como salienta Antonio Scarance FERNANDES (1999, p. 117), a grande destinatária da motivação das decisões judiciais é a comunidade, no intuito de ter “condições de verificar se juiz, e por conseqüência a própria Justiça, decide com imparcialidade e com conhecimento da causa. É através da motivação que se avalia o exercício da função jurisdicional”.

Historicamente, isso é facilmente constatado ao se comparar o desenvolvimento da justiça constitucional dos Estados Unidos e da França.

Em relação ao Conselho Constitucional francês, constata-se que sua legitimidade foi fortemente contestada, principalmente

por razões históricas e ideológicas contrárias à magistratura em geral. Como salienta a doutrina francesa, o controle de constitucionalidade das leis sempre foi ausente no direito francês, havendo mesmo uma hostilidade à aplicação dessa técnica. No entanto, com a melhora da instituição e evolução de sua jurisprudência, houve considerável mudança da visão francesa sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade, principalmente quando o Conselho Constitucional ampliou seu papel e passou a exercer mais efetivamente um controle geral da constitucionalidade das leis com ênfase, basicamente, na proteção dos direitos fundamentais<sup>20</sup> (BON, 1995, p. 140; TROPER, 1990, p. 31).

Diferentemente, desde 1803 (Madison v. Marbury), a Corte Suprema americana iniciou a aquisição de reconhecimento e aceitação popular, ganhando grande respeito não só perante os demais Poderes de Estado, mas perante o próprio povo, que passou a enxergá-la como o último bastião na defesa dos Direitos Fundamentais.

Como lembra Bernard SCHWARTZ (1966, p. 184-186), “não é a Corte Suprema sozinha, mas a Corte Suprema, apoiada pela força da opinião pública informada, que tem tornado o controle judicial da constitucionalidade um fator tão importante no funcionamento do sistema de Governo americano”, uma vez que “a aceitação da Corte Suprema e de sua autoridade na esfera constitucional está atualmente tão arraigada na consciência americana quanto a aceitação da competência dos tribunais em questões de Direito Privado na Inglaterra”, para concluir que “o apoio básico do Judiciário federal dos Estados Unidos não se encontra na sua posição constitucional, que, em vários aspectos, é inerentemente fraca em comparação com a do Legislativo e a do Executivo, mas na aceitação pela opinião pública do seu papel como guardião da Constituição americana. Num Governo democrático, representativo como o nosso, escreve um juiz americano, o poder do Judiciário depende

grandemente de sua reputação quanto à sua independência, integridade e bom senso”.

Para garantir apoio a seus julgados e, conseqüentemente, reafirmação de sua legitimidade, historicamente o estilo das decisões das diversas Cortes Constitucionais foi alterado, visando a um maior detalhamento de sua motivação e propiciando maior acesso popular aos elementos básicos de sua fundamentação, por meio de publicidade de seus acórdãos<sup>21</sup>.

Como ressalta René DAVID (1998, p. 125), ao analisar o desenvolvimento no estilo formal das decisões, “um outro elemento a considerar é o estilo das decisões judiciárias. Estas, atualmente, devem ser sempre motivadas. A obrigação de motivar os julgamentos é, no entanto, recente. Durante muito tempo, concordou-se em ver nos julgamentos um exercício de autoridade, que não tinha de ser justificado. A prática de motivar os julgamentos estabeleceu-se gradualmente na Itália a partir do século XVI e na Alemanha no século XVIII; contudo, só em 1790 na França e em 1879 na Alemanha foi imposta aos juízes uma obrigação geral de motivar as decisões. O princípio de que os julgamentos devem ser motivados está hoje firmemente estabelecido; a própria Constituição o consagra na Itália. Surge aos olhos dos homens do nosso tempo uma garantia contra as decisões arbitrárias e, mais ainda, talvez como uma garantia de que as decisões serão maduramente refletidas e conformes ao direito. As decisões judiciárias nos países da família romano-germânica assemelham-se pelo fato de terem de ser todas motivadas”<sup>22</sup>.

Importante não nos esquecermos da lição de Rui Barbosa (1991, p. 300), ao advertir que “a autoridade da justiça é moral, e sustenta-se pela moralidade das suas decisões. O poder não a enfraquece, desatendendo-a; enfraquece-a, dobrando-a. A majestade dos tribunais assenta na estima pública; e esta é tanto maior, quanto mais atrevida for a insolência oficial, que lhes desobedecer, e mais adamantina a inflexibilidade deles perante ela”.

## Notas

<sup>1</sup> Como salienta CAPPELLETTI (1984, p. 606), “é um fato que nas sociedades pluralistas os Parla-mentos se compõem fundamentalmente de políticos localmente eleitos e de políticos eleitoralmente vinculados a determinadas categorias ou certos grupos. Os valores e prioridades desses políticos, pelos quais estão mais do que dispostos a gastar o dinheiro público, não são com freqüência mais que valores e prioridades locais ou de grupos.

<sup>2</sup> No sentido que lhe é dado por Konrad HESSE (1998, p. 161): “O estado de direito é, na estrutura constitucional da Lei Fundamental, finalmente, forma de limitação do poder estatal. Ele produz essa não pela exclusão de uma ‘esfera livre do Estado e do direito’ do particular, porque essa esfera seria incapaz de ganhar realidade e de garantir um estado de liberdade real, que somente é importante para a Lei Fundamental. Senão, ele afiança liberdade por uma ordem total liberal que, por um lado, organiza vinculativamente e em uma forma coordena mutuamente os âmbitos da atividade estatal, exclui, no possível, o abuso do poder, por outro, assenta sobre um *status* liberal do particular juridicamente garantido, organizado e protegido”.

<sup>3</sup> Nuno PIÇARRA (1989, p. 258) analisa essa problemática em item denominado “Balança entre função legislativa e função jurisdicional?”. Conferir, ainda: QUEIROZ (1990, p. 164).

<sup>4</sup> Essa idéia é corroborada por Vieira de ANDRADE (1995, p. 76), que expõe ser “no campo da *fiscalização sucessiva abstracta* que se opõem frontalmente a legitimidade da justiça constitucional e a legitimidade da maioria legislativa, tendo em consideração, designadamente, os poderes do Tribunal Constitucional de declaração com força obrigatória geral da inconstitucionalidade da norma ou mesmo só de um segmento ideal dessa mesma norma”. Conferir, ainda: STARCK (1995, p. 60).

<sup>5</sup> Como salientado por Lawrence BAUM (1987, p. 12-13), “a Corte Suprema é política numa variedade de sentidos... As percepções que os juízes têm da opinião pública e da opinião do Congresso afetam as decisões da Corte. As próprias decisões, com freqüência, levam a grandes controvérsias no Governo e na Nação em geral, e os juízes podem ser atacados por membros do Congresso e por outros líderes políticos que discordam de suas políticas”.

<sup>6</sup> A necessidade de garantirem-se os direitos da minoria também é ressaltada por Joseph BESSETTE (1986, p. 305), que aponta que “a versão mais comum da acusação de que o sistema político norte-americano é atualmente antidemocrático talvez seja a de que os poucos endinheirados, especialmente os interesses empresariais, subvertem as formas da Democracia para seus próprios fins estreitos

tos”. Conferir, ainda, a discussão sobre a legitimidade popular na regra da Democracia representativa sob o enfoque da Constituição dos Estados Unidos da América: GOLDWIN e SCHAMBRA (1986, p. 305); CERRI (1997, p. 17).

<sup>7</sup> Como salientado por Konrad HESSE (1998, p. 376), “esse controle significa uma incorporação, até agora desconhecida, à tradição constitucional alemã, do Poder Judiciário no sistema de refreamentos de poderes e controles. O elemento estatal-jurídico do equilíbrio de poderes, que se torna eficaz, nele, une-se com o democrático, porque ele abre as possibilidades à minoria de recorrer à proteção do Tribunal Constitucional contra um prejuízo, real ou pretendido, de sua posição e, assim, de consolidar sua situação – em que, naturalmente, o Tribunal Constitucional nenhum outro peso pode lançar no prato da balança senão aquele da sua própria autoridade”.

<sup>8</sup> O posicionamento moderno diferencia-se da clássica posição do abade Emmanuel SIEYÈS (1970?), em sua obra *Qu’est-ce que le tiers État?* (O que é o terceiro Estado), para quem o titular do poder constituinte era a *nação*.

<sup>9</sup> Nesse sentido, decidiu a Suprema Corte Americana: “Diz-se às vezes que este tribunal arrega-se o poder de dominar ou controlar a ação dos representantes do povo. Isso é uma interpretação errônea. A Constituição é a suprema lei do país, ordenada e estabelecida pelo povo. Toda a legislação deve conformar-se aos princípios fixados por ela. Quando uma lei do Congresso é adequadamente contestada nos tribunais, por não se conformar ao mandamento constitucional, o ramo judiciário do Governo só tem um dever a cumprir: pôr o artigo da Constituição que é invocado ao lado da lei que é contestada e decidir se esta última está de acordo com aquele artigo” (*United States v. Butler*, 297 U.S. I, 62 (1936) (apud SCHWARTZ, 1966, p. 259).

<sup>10</sup> O poder constituinte poderá manifestar-se tanto por um movimento revolucionário quanto por um movimento político (Assembléia Nacional Constituinte).

<sup>11</sup> Nesse sentido, CANOTILHO (1988, p. 94) sintetiza essas características dizendo que “o poder constituinte, na teoria de Sieyès, seria um poder *inicial, autónomo e onipotente*. É *inicial* porque não existe, antes dele, nem de facto nem de direito, qualquer outro poder. É nele que se situa, por excelência, a vontade do *soberano* (instância jurídico-política dotada de autoridade suprema). É um poder *autónomo*: a ele e só a ele compete decidir se, como e quando, deve ‘dar-se’ uma Constituição à Nação. É um poder *onipotente, incondicionado*: o poder constituinte não está subordinado a qualquer regra de forma ou de fundo”.

<sup>12</sup> Otto BACHOF (1987, p. 59) adverte que “não tem muito mais força a afirmação de que o poder

judicial é antidemocrático. O juiz não é menos órgão do povo que todos os demais órgãos do Estado. A alusão da falta de imediatez de sua comissão pelo povo não constitui um argumento convincente perante o fato de que também o Governo, o Presidente, os funcionários..., contam somente com um mandato indireto do povo; e mesmo o Parlamento não pode ser considerado como diretamente comissionado, sem que haja um aspecto muito relativo, pois sua composição está de fato muito mais ligada aos partidos políticos. Ademais, mais importante que a classe do mandato é a função desempenhada. O juiz administra justiça em nome do povo – essa não é uma fórmula vazia – da mesma forma que o Parlamento promulga leis e o Governo governa em nome do povo”.

<sup>13</sup> Nuno PIÇARRA (1989, p. 264) faz detalhado estudo sobre a falência da idéia de tripartição rígida de poderes e sua substituição por uma teoria geral das funções estatais.

<sup>14</sup> *Marbury v. Madison*, U.S. Supreme Court, 177 (1803). Conferir a íntegra da decisão: SWISHER (1962, p. 9-14); RODRIGUES (1958, p. 36 et seq.).

<sup>15</sup> A necessidade de existência de um órgão imparcial de controle e efetividade da Constituição é reforçada pela observação trazida por Vieira de ANDRADE (1995, p. 81): “Outras vezes, o legislador goza do poder de restringir os direitos, liberdades e garantias, um poder que a Constituição prevê até em termos genéricos, embora com a garantia da necessidade, adequação e proporcionalidade das restrições, designadamente da sua necessidade para defesa de um valor constitucionalmente protegido e do respeito pelo conteúdo essencial do preceito”.

<sup>16</sup> Como salienta François LUCHAIRE (1990, p. 19), a idéia básica da criação do Conselho Constitucional foi garantir o respeito às normas constitucionais e a efetividade dos direitos fundamentais por ela proclamados. No mesmo sentido: BON (1995, p. 143).

<sup>17</sup> Interessante observação é feita por Javier Perez ROYO (1988, p. 24), ao afirmar que “nos países com uma tradição democrática ininterrupta, ou melhor dizendo, com uma tradição constitucional ininterrupta, que não necessitaram destruir temporariamente o Estado Constitucional, na passagem do Estado Liberal ao Estado Democrático, não se criou (Inglaterra) ou houve resistência à introdução de um controle de constitucionalidade das leis (Suíça)”.

<sup>18</sup> CAPPELLETTI (1984, p. 612) corrobora esse posicionamento ao afirmar que não crê existir a menor oportunidade para a sobrevivência da liberdade se não se mantiverem sistemas bem equilibrados de controles recíprocos e conclui que “o crescimento do poder judicial constitui, naturalmente, um instrumento necessário para a realização desse equilíbrio”.

<sup>19</sup> Essa necessidade de pluralismo e representação das minorias não passou despercebida pelo en-

tão Ministro do STF, Francisco REZEK (apud BAUM, p. 8), que afirmou que “para reconforto dos brasileiros, seu tribunal mais alto não é e não será jamais uma confraria de almas-irmãs. Não o tem sido, tampouco, a Suprema Corte Americana; e isto, dado o pluralismo que caracteriza as duas sociedades – e que, no Brasil, não se limita ao plano das idéias –, é mais que positivo. Chega a ser imperioso, na medida em que o poder político facultado às duas casas de justiça reclama que representem, de modo autêntico e completo, um quadro social heterogêneo e marcado por constante transformação”.

<sup>20</sup> Pierre BON (1995), inclusive, salienta que atualmente a legitimidade do Conselho Constitucional é largamente admitida, indicando como exemplo o colóquio organizado pela Assembléia Nacional e pela Associação francesa dos constitucionalistas em 13 de março de 1987, sob o tema “O Conselho Constitucional e os partidos políticos”, em que a maioria dos parlamentares afirmou sua adesão ao princípio do controle de constitucionalidade das leis a ser exercido pelo Conselho Constitucional, concluindo que a Justiça Constitucional da França adquiriu legitimidade e encontra-se no mesmo *status* que as demais Cortes Constitucionais européias, em defesa do Estado de Direito da França.

<sup>21</sup> Em relação à publicidade dos atos processuais, Antonio Scarance FERNANDES (1999, p. 63) afirma que “trata-se de garantia relevante e que assegura a transparência da atividade jurisdicional, permitindo ser fiscalizada pelas partes e pela própria comunidade. Com ela são evitados excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa, surgindo, por isso, a garantia como reação aos processos secretos, proporcionando aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça”.

<sup>22</sup> Conferir, ainda, em relação à necessidade de motivação das decisões judiciais: TUCCI (1987) e MOREIRA (1978, p. 11).

### Bibliografia

ABRAHAM, Henry. A Corte Suprema no evolutivo processo político. In: *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: BRITO, J. S. et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 75-84.

ARAGÓN REYES, Manuel. *El juez ordinario entre legalidade y constitucionalidad*. Bogotá: Instituto de Estudios Constitucionales, 1997.

BACHOF, Otto. *Jueces y constitución*. Madri: Civitas, 1987. Reimpressão.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Secretaria da Cultura, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991. v. XIX.

BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

BERNS, Walter. A Constituição assegura esses direitos? In: GOLDWIN, R. A.; SHAMBRA, W. A. *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

BESSETTE, Joseph M. Democracia deliberativa: o princípio da maioria no governo republicano. In: GOLDWIN, R. A.; SHAMBRA, W. A. *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade y libertad*. Barcelona: Paidós, 1993.

BON, Pierre. La légitimité du conseil Constitutionnel français. In: BRITO, J. S. et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

BRITO, José de Sousa. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In: BRITO, J. S. et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

\_\_\_\_\_. Jurisdição constitucional e intransigência discursiva. In: MIRANDA, J. et al. *Perspectivas constitucionais nos 20 anos da Constituição de 1976*, Coimbra, 1996. v.1.

\_\_\_\_\_.; MOREIRA, Vital. *Os poderes do presidente da República*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1997.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

COOLEY, Thomas. *Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- FAVOREU, Louis. Informe general introductorio. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- \_\_\_\_\_. La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles. In: BRITO, J. S. et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O poder constituinte*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- GOLDWIN, Robert A.; SCHAMBRA, William A. (Org.). *A Constituição norte-americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1998.
- LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição = Uber das Verfassungswesen*. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- LUCHAIRE, François. *Le conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1980.
- MANUEL BANDRÉS, José. *Poder judicial y constitución*. Barcelona: Casa Editorial, 1987.
- MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1985.
- MIRANDA, Jorge. Nos dez anos de funcionamento do tribunal constitucional. In: BRITO, J. S. et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, v. 4, n. 16, p. 111-125, out./dez. 1978.
- PEREZ ROYO, Javier. *Tribunal constitucional y división de poderes*. Madri: Tecnos, 1988.
- PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1989.
- POUND, Roscoe. *Liberdades e garantias constitucionais*. 2. ed. São Paulo: Ibrasa, 1976.
- QUEIROZ, Cristina M. M. *Os actos políticos no estado de direito*. Coimbra: Almedina, 1990.
- RIVERO, Jean. A modo de síntesis. In: *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- SALDANHA, Nelson. *O Poder constituinte*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.
- SANTOS, Aricê Moacir Amaral. *O poder constituinte*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SIEYES, Emanuel Joseph. *O que é o terceiro Estado*. [s. l.: s. n.], [1970?]. Título original: Qu' est-ce que le tiers État?
- STARCK, Christian. La légitimité de la justice constitutionnelle et le principe démocratique de majorité. In: BRITO, J. S. et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- SWISHER, Carl Brent. *Decisões históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- TELLES JUNIOR, Goffredo. *A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- TROPER, Michel. Justice constitutionnelle et démocratie. *Revue Française de Droit Constitutionnel*, Paris, 1990.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- VILLALÓN, Pedro Cruz. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: BRITO, J. S. et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

# O ostracismo e os contratos administrativos

Direito e biologia evolutiva

Antonio Carlos do Amaral Maia

## Sumário

1. Considerações iniciais. 2. O método. 2.1. *Direito Natural* e *Direito Positivo*: uma pequena história das idéias jurídicas até a *Teoria Pura* de Kelsen. 2.1.1. As idéias jurídicas no Brasil. 2.2. Do positivismo kelseniano. 2.2.1. Filiação do *Positivismo* ao MPCs. 2.3. Antecedentes da integração conceitual. 2.3.1. A integração de conceitos. 2.4. Fundamentos *Naturais* do Direito ou *Direito Natural Darwiniano*. O problema de relativismo cultural. 3. A aquisição de bens e serviços pelo Governo. 3.1. Tendências psicológicas no contrato. O *Altruísmo Recíproco*. 3.1.1. Comportamento dos contratantes no contrato administrativo. 3.2. A estratégia da Administração: a punição do contratado.

### 1. Considerações iniciais

Problema grave em direito administrativo é o descumprimento contratual, em sua mais ampla acepção, por parte de prestadores de serviços, fornecedores de mercadorias e também de empreiteiros de toda sorte, contratados pelos órgãos da administração pública. É fundamental que exista um arcabouço jurídico capaz de enfrentar a série de questões que gravitam em torno do tema: critérios de escolha e garantias institucionais do contratado, e bem assim a fixação de penalidades para aqueles que descumprem os deveres contratuais, são alguns dos mais sensíveis. É essencial que a lei busque um comportamento de ambas as partes, com vistas à entrega do que foi contratado, isto é, a lei, na interação Contratado vs Estado,

Antonio Carlos do Amaral Maia é Advogado em São Paulo, Especialista em Direito Processual Civil, Universidade de São Paulo. Estagiário do Laboratório de Estudos Evolutivos Humanos, Instituto de Biociências, Universidade de São Paulo.

seja um indutor do comportamento que mais interessa à sociedade, que se convencionará chamar de *comportamento socialmente ótimo*.

As penalidades pela não execução do contrato visam, como de resto todas as penalidades fazem, dois objetivos principais: 1) retribuir ao indivíduo o mal por ele causado à sociedade (pode-se ver este ponto pelo prisma do grupo, que se *vinga* do faltoso, punindo-o), pelo descumprimento das regras da vida social; e 2) induzir o comportamento socialmente ótimo, isto é, utilizar o temor da retaliação do grupo como forma de influir na escolha do indivíduo entre cumprir ou não o contrato e com isso induzir o contratado a executar fielmente o ajuste, aceitando antes da contratação e no curso da interação jurídica com os desagradáveis – e possíveis – efeitos de uma conduta desonesta, que variam desde uma sanção pecuniária até uma proibição de contratar com a Administração pública, colocando literalmente o empresário no *ostracismo*. Nesse ponto, fixar-se-á o foco.

Este artigo buscará enfrentar o problema da punição do contratado, no geral, e da utilização do ostracismo, no particular, como mecanismos capazes de obter o comportamento socialmente ótimo, na interação entre o contratado e o Estado. A análise utilizará como pano de fundo as regras jurídicas existentes, mas, para atiná-las e quiçá aperfeiçoá-las, utilizará a Biologia Evolutiva atual, em sua vasta amplitude de interesses investigativos, como grande fornecedora de conceitos para a compreensão da natureza humana, da ética e do direito, porque assumo que, sem a exata compreensão do comportamento humano, não é possível compreender as regras de convivência social. Sem compreender a história evolutiva do homem, não há como entender o comportamento humano. Essa corrente de pensamento vem ganhando adeptos mundo afora, a partir do final da década de 1970 com os trabalhos seminais de Margaret Gruter e outros que se reuniram em torno do instituto por ela criado.

## 2. O método

O artigo utilizará um modelo de *integração conceitual* entre as ciências do comportamento como justificativa metodológica para o emprego da Biologia Evolutiva no problema legal apresentado. Há uma dificuldade natural nos trabalhos de integração científica, que é o *trânsito* de conceitos de uma disciplina para outra. Para facilitar a leitura, procurei definir todos os conceitos de Biologia necessários para o desenvolvimento da minha idéia. Os mais simples, como os de gene e mutação, por exemplo, foram tirados de glossários de livros clássicos como os de Ernst Mayr e Edward O. Wilson (1975), enquanto os mais complexos foram intensamente discutidos no curso do artigo e tiveram muitas fontes. Fiz o mesmo em relação ao Direito. As definições mais simples, como as de licitação e contrato administrativo, por exemplo, constam de qualquer manual. Os conceitos mais complexos, como os de *ordem jurídica* e *Estado*, foram profundamente analisados. Nos trechos em que houve tradução sem se identificar o tradutor, a tradução foi feita diretamente por mim.

A utilização do modelo *Darwinista* não é novidade entre nós. Houve pensadores brasileiros do direito que no século XIX defenderam: o direito não existe *isolado*, mas *inserido* em um conjunto de ciências; o homem existe *na natureza* e não *fora*, como sustenta ainda nos dias atuais o MPCS – Modelo Padrão das Ciências Sociais<sup>1</sup>, do qual faz parte o positivismo kelseniano, que domina a cena no pensamento jurídico brasileiro atual.

### 2.1. Direito natural e direito positivo: *uma pequena história das idéias jurídicas até a Teoria Pura de Kelsen*

Antes, porém, de evidenciar o pensamento de Kelsen, vale a pena uma breve *história do pensamento* para que se atine a ciência jurídica em sua dinâmica e as idéias sobre o direito possam ser compreendidas em seu movimento e não de maneira estática.

Para os limites estreitos do que interessa neste escrito, é importante estabelecer um contexto de convivência dialética entre o *direito natural* e o *direito positivo* estatal. Em Roma, tal dicotomia existiu sob o nome de *ius gentium* e *ius civile*. O primeiro era o direito das gentes, sem limitação espacial ou temporal, comum a todos os animais e preocupado com os postulados de *justiça*. O segundo era o direito da cidade, *posto* pelo comando político, marcado pela *utilidade*. A distinção entre eles, que de certa maneira sobrevive até hoje, ficou evidenciada nas Institutas:

“*Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit... Jus autem civile vel gentium ita dividitur: omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur; nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur*” (I,1,2,1)<sup>2</sup>.

Em outro trecho do mesmo compêndio:

“*Sed naturalia quidem jura, quae apud omne gentes peraeque servantur, divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent: ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitatis constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi vel alia postea lege lata*” (I,1,2,11)<sup>3</sup>.

Tal distinção, sob outros nomes, foi notada igualmente na Grécia. Aristóteles percebeu a existência de um *nomikón díkaion*, direito da lei, e um *physikón*, direito natural. Este se aplica em toda parte, enquanto aquele tem eficácia nas comunidades em que é *posto*. Norberto BOBBIO (1999, p. 17) recorda ainda outra diferença tirada do filósofo:

“o direito natural prescreve ações cujo valor não depende do juízo que sobre elas tenha o sujeito, mas existe inde-

pendentemente do fato de parecerem boas a alguns ou más a outros. O direito positivo, ao contrário, é aquele que estabelece ações que, antes de serem reguladas, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou de outro mas, uma vez reguladas por lei, importa que sejam desempenhadas do modo prescrito.”

A convivência entre os direitos, *natural* e *positivo*, atravessou a idade média. O primeiro, ora em alta, nos períodos de poder clerical, na medida em que expressava a própria *vontade* de Deus (quem mais vige sem limitação espacial e temporal?), ora em baixa, por conta do crescente movimento político de estabilização do Estado e consequente *monopolização da produção jurídica*.

A coroação do movimento histórico que levou ao estado como é conhecido hoje, que monopoliza a produção do direito e sua aplicação, poderia conduzir à conclusão de que o direito natural havia chegado ao fim, quando em realidade gozava de boa saúde, a ponto de inspirar os diplomas históricos de direitos *da humanidade* (ARNHART, 1998, p. 2). Não mais como uma *fonte* de direito, mas como influência filosófica poderosa, a pairar sobre o sistema de normas postas, com as idéias de *estado de natureza* e *contrato social*.

É interessante notar que o direito natural da *era moderna* era *teológico*, vinculado a Deus, isto é, estava além do mundo físico, acima do homem. É, pois, uma visão *metafísica* do mundo. A vinculação religiosa colocou o *jusnaturalismo* em cheque no século XIX, quando o positivismo filosófico<sup>4</sup> – filosofia sobre o que existe, sobre bases comprováveis – passou a ganhar terreno, com as descobertas científicas, em oposição à metafísica do pensamento *jusnaturalista* de então. De certa forma, essas idéias se inverteram, pois o direito natural de hoje se apóia em bases cientificamente comprováveis a partir da idéia de uma *natureza humana*, enquanto o *positivismo* é transcendental.

### 2.1.1. As idéias jurídicas no Brasil

A história do pensamento jurídico *brasileiro* retrocede até a década de 1830, com a fundação dos primeiros cursos jurídicos, no final da década anterior, embora haja autores que identifiquem, episodicamente, um ou outro pensador colonial. Mas até 1822, o Brasil era colônia de Portugal, de onde provinha grande parte do pensamento jurídico, haja vista a vigência, em território brasileiro, de leis portuguesas até a independência.

A independência do Brasil, no entanto, não alterou grandemente o panorama filosófico dominante. Permaneceu a tradição *jusnaturalista-teológica* vinda da tradição lusitana praticamente até a segunda metade do século XIX, quando surgiu o jurista Tobias BARRETO<sup>5</sup> (2001, p. 57-112), influenciado pelas idéias de Darwin e Spencer. Um seu colega, Sílvio Romero, chegou a decretar, em 1875, a morte da metafísica.

BARRETO (2001) considerava o homem como inserido na natureza. Chegou a afirmar que o *homem* do direito é o mesmo da zoologia. Tinha uma visão agnóstica. Defendeu a integração das ciências sociais às ciências da natureza e a aplicação da evolução darwiniana ao direito. Sua influência se fez sentir muito depois de sua morte ocorrida em 1889. O *naturalismo* por ele inspirado adentrou o século XX e chegou praticamente vitorioso até os anos de 1930, não obstante divergências periféricas aqui ou acolá, que não o desnaturalaram na essência.

Iniciou-se, então, um período dominado pela metafísica de Miguel Reale, que novamente afastou o homem da natureza e retomou a dualidade kantiana do *ser-dever ser* num primeiro momento e posteriormente acrescentou a idéia de *valor*, que jamais poderia ser obtido da observação dos fatos da natureza, mas sim da *cultura*, como ponte entre o *ser* e o *dever-ser*. Cultura entendida como o *mundo do homem*, que é a fonte de todos os valores, como ente que *é* enquanto *deve ser*. De maneira coerente, sustentou o

*isolamento* da ciência jurídica ao defender que o estudo *predominantemente* normativo da realidade jurídica, embora sem desconsiderar o aspecto axiológico, é a tarefa empírica da jurisprudência dogmática ou ciência jurídica, enquanto o estudo *predominantemente fático* é cometimento da sociologia, da etnologia e da história jurídicas (MACHADO NETO, 1969, p. 224-225).

### 2.2. Do positivismo kelseniano

O positivismo reduz o objeto do direito *exclusivamente* às normas jurídicas existentes postas pelo Estado. Em poucas palavras, KELSEN (1979) criou um modelo escalonado ou piramidal de ordem jurídica, em que existe uma hierarquia das regras que se aglutinam, conforme o grau de abstração e de quantidade, mais ao cume ou mais à base. As normas mais concretas e numerosas ficam mais perto da base e quanto menos numerosa e mais abstrata é a norma, mais acima fica até a Constituição, única e muito abstrata.

Os atos administrativos, as sentenças judiciais e os contratos estão no mesmo plano, situados na base da pirâmide (são regras concretas, individuais e ocorrem em enorme quantidade), e por sua vez tiram validade no patamar acima, composto por leis votadas pelo congresso (abstratas, numerosas, embora tenham um tema sempre definido), e estas se fundam no patamar acima, ocupado pela Constituição (a mais abstrata das regras jurídicas postas). Para KELSEN, acima da Constituição, e como fonte de validade desta e, por conseguinte, de toda a ordem jurídica, está uma norma hipotética, *pressuposta* em relação às outras normas jurídicas, que são *postas*. A existência de uma Norma Hipotética Fundamental se restringe a possibilitar que as outras normas existam.

A Norma Hipotética Fundamental tem uma concepção filosófica e muito parecida com a idéia metafísica de Deus. O filósofo Alejandro CABALLERO (2000, p. 217 et seq.), quando inicia a explicação teológica

para justificar a existência de Deus, ensina que *contingente* é o ser que pode existir e não existir, sem que isso signifique uma contradição. Sua existência depende da existência de outro ser, sendo, pois, um ser *existente-de-outro*, que não pode ser, logicamente, causa de outro ser *existente-de-outro*, porque não é causa da sua própria existência. Pode ser, no máximo, uma causa segunda, porque coloca condicionamentos naturais aos quais relativamente se subordina a existência do outro, mesmo que o efeito principal não lhe possa ser atribuído. Chama-se *contingencialidade* a qualidade essencial de qualquer existente que possa não existir.

O conjunto de seres existentes contingentes que de fato existem é único e real e carece de razão existencial suficiente dentro de si mesmo. Isso equivale dizer que um sistema composto de seres *existente-de-outro* não encontra fundamento de validade nele mesmo, necessitando de uma causa externa. Intuitiva a existência de um ser que exista sem depender de outro, um ser *existente-de-si*, necessário e suficiente para explicar a existência de todos os seres existentes contingentes – *transcontingencialidade* dos contingentes. O simples existir dos seres contingentes, ainda que não necessário individualmente, indica a existência de um outro ser, que não pode existir da mesma maneira que eles (os seres contingentes), mas que deve com certeza existir. A *transcontingencialidade revela* a existência de Deus, que é um ser *existente-de-si*, incausável, enquanto todas as criaturas são *existente-de-outro*, portanto, causadas.

O paralelo entre a explicação de Deus e da Norma Hipotética Fundamental mostra que a abordagem kelseniana. Qualquer norma jurídica que existe, posta no ordenamento, pode não existir, sem contradizer a ordem jurídica, sendo, pois, contingente. Da mesma forma, toda e qualquer norma jurídica positiva atua somente como causa secundária, condicionante acidental da existência de outras, porque não podem ser causas nem delas mesmas. De volta a

KELSEN (1979, p. 273): “uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo...mas porque é criada por uma forma determinada – em última análise, por uma norma fixada por uma norma fundamental”.

Se a norma não vale em si mesma, isto é, por seu próprio conteúdo, sua existência pressupõe a existência de outra, ou seja, é um ser *existente-de-outro*. A criação de um ser *existente-de-outro* por outro *existente-de-outro* não é um processo infinito. Existe um limite lógico. A *contingencialidade* é, destarte, característica de qualquer norma jurídica posta.

Da mesma forma, uma ordem jurídica positiva é um conjunto de normas positivas contingentes, que existem e poderiam não existir. Portanto, carecem de fundamento nelas mesmas. Necessitam de uma norma *pressuposta*, isto é, de uma norma *existente-de-si*. De volta a KELSEN (1979, p. 275):

“Neste sentido, a norma fundamental é a instauração do fato fundamental da criação jurídica e pode, nestes termos, ser designada como constituição no sentido lógico-jurídico, para a distinguir da Constituição em sentido jurídico-positivo. Ela é o ponto de partida de um processo: do processo de criação do Direito positivo”.

A postulação que haja uma norma única, suficiente e necessária, para possibilitar a existência de outras normas contingentes – *transcontingencialidade das normas contingentes* – é em si *reveladora*, porque cada uma e todas as normas, por existirem simplesmente, manifestam a existência de outra norma *pressuposta*, que não pode existir da mesma maneira que elas que são *postas*, mas que deve, absolutamente, existir. A *transcontingencialidade das normas positivas revela* a Norma Hipotética Fundamental, razão suficiente e última de toda a ordem jurídica.

Isso poderia conduzir a uma equivocada interpretação de que essa Norma Hipotética Fundamental (Grundnorm) iria além

do texto escrito e consagraria *valores* meta-jurídicos, como ponto de partida para a ordem jurídica positiva:

“aqui permanece fora de questão qual seja o conteúdo que tem esta Constituição e a ordem jurídica estadual erigida com base nela, se esta ordem é justa ou injusta; e também não importa a questão de saber se esta ordem jurídica efectivamente garante uma relativa situação de paz dentro da comunidade por ela constituída. Na pressuposição da norma fundamental não é afirmado qualquer valor transcendente ao Direito positivo” (KELSEN, 1979, p. 278).

A ciência do direito se circunscreve à análise das normas jurídicas postas, isto é, regras de conduta produzidas pela vontade humana, institucionalizada ou não. O estudo do fenômeno jurídico deve ser feito em termos de *validade* da norma, isto é, sua *existência* no mundo jurídico escalonado, o mundo das normas jurídicas, umas em relação às outras. Dessa forma, analisar as regras jurídicas de acordo com o modelo *puro* significa analisar o mundo das regras tendo como preocupação apenas sua coerência sistemática interna, sem qualquer consideração com aspectos *metajurídicos*. Se, por um lado, cria-se um sistema absolutamente lógico e inexpugnável, por outro, o próprio sistema se basta e desconsidera qualquer preocupação com eficiência ou utilidade. As análises são *formais*, logicamente precisas, mas não acodem questão alguma. Para KELSEN, existe uma conexão entre o direito e outras disciplinas, *v.g.* psicologia, sociologia, ética e ciência política, considerada a semelhança de objetos estudados. Entretanto, tal conexão deve ser sublimada para “evitar um sincretismo metodológico que obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza de seu objeto” (1979, p. 18).

A *pureza do direito* requer que KELSEN localize o homem *fora da natureza*. É emblemática a distinção que fez entre ciências

sociais e ciências naturais. Para ele, estas últimas são ciências *causais*, isto é, seu método explica o objeto estudado em relações de causa e efeito, enquanto aquelas são *impositivas* e dependem, portanto, de uma formulação consciente, um ato humano de vontade criadora, um *quid* impositivo, além da causalidade ocorrente na natureza.

Assim, as normas prescrevem uma conduta em termos de *dever ser*, num mundo hipotético, ideal, diferente do mundo físico, onde ocorrem os fatos, as condutas humanas, que *são*. A dualidade *dever ser-ser* cria uma carapaça isolante entre o mundo do direito (*dever ser*) e o mundo dos problemas interpessoais do agrupamento humano (*ser*), cujas soluções, em última instância, o direito visa. A contraposição *homem-natureza* é antecedente lógico do método da *pureza*, que é, destarte, *dualista*.

O formalismo da concepção e a necessidade de *isolar* o direito evidenciam preocupação apenas com a coerência interna do sistema e aproximam o Direito de uma anedota: conta-se que dois homens estavam perdidos num balão e de repente avistaram um indivíduo andando numa estrada. Fizeram baixar o balão e perguntaram ao viajante: – Onde estamos? O pedestre olha o balão com ar compenetrado e após alguns instantes de meditação responde: – Vocês estão num balão! Desanimado, um balonista conversa com o outro: – Este sujeito deve ser advogado, porque pensou para falar, disse algo absolutamente correto e que não serve para nada. Da mesma forma, a teoria pura é um sistema jurídico logicamente irrepresentável, fruto de meditação e indiferente à utilidade.

### 2.2.1. *Filiação do positivismo ao MPC*

Da análise do modelo proposto por KELSEN avulta a contraposição dualista entre *homem* e *natureza*. Maneira oposta de pensamento considera o homem como parte da natureza. Se o dualismo isola a ciência, o monismo insere as ciências sociais nas ciências do comportamento humano, estas

intensamente influenciadas pelas observações da Biologia Evolutiva.

O positivismo jurídico dualista é parte de um movimento de idéias em ciências sociais batizado de SSSM<sup>6</sup> (Social Sciences Standard Model), ou em sua versão abrigada MPCs (Modelo Padrão das Ciências Sociais), que se fundamenta na máxima: *Omnis cultura es cultura*. Da mesma forma que o modelo kelseniano, o MPCs é formalista em sua concepção. Valoriza o isolamento metodológico, a coerência interna do sistema conceitual, mas é indiferente à utilidade.

Emile DURKHEIM (apud COSMIDES; TOOBY, 1992), contemporâneo de Kelsen, excluiu a miscigenação metodológica na sociologia, quando afirmou que os fenômenos sociais formam sistemas autônomos, somente explicados por outros fenômenos sociais. Declarações semelhantes podem ser lidas em disciplinas como antropologia e economia, por exemplo, e reafirmam a existência de um padrão recorrente de isolamento.

COSMIDES e TOOBY (1992) enumeram os passos rumo ao isolamento metodológico das ciências sociais. Inicia-se com a constatação que não há uma variação genética importante entre os bebês das populações humanas, em termos de potencial de desenvolvimento. Não obstante, desenvolvem-se como adultos, que vivem em diferentes culturas, dotadas de hábitos e comportamentos muito variados. O *gap* entre a herança genética *constante* e as organizações culturais *variáveis* não se explica naturalmente e mostra que a *natureza humana*, isto é, a estrutura mental adaptada do homem, não pode ser a causa da organização mental dos adultos, do sistema social, da cultura, da mudança histórica, da produção de regras de conduta. Os complexos comportamentos dos adultos não existem nas crianças, que os *adquirem* de fonte externa, quando se desenvolvem. Portanto, os fenômenos culturais não são hereditários. São adquiridos, sem exceção.

Para o MPCs, a cultura *cria* o indivíduo, isto é, o *fenômeno* social preexistente molda o homem. No mesmo diapasão, a ciência jurídica considera que os *atos* praticados no mundo dos fatos somente entram no mundo jurídico quando existe uma norma jurídica *preexistente* que lhe confere *significação*. KELSEN (1979, p. 18 et seq.) exemplifica que um ato pode assumir vários significados no mundo real, mas apenas um no mundo jurídico.

Entretanto, não param por aí as semelhanças. Se foi a cultura que *criou* o indivíduo, o que então criou a cultura? Essa pergunta, elementar em qualquer das ciências sociais, também é feita em direito e é a pergunta cuja resposta leva à necessidade de uma Norma Hipotética Fundamental, que somente pode ser entendida num contexto normativo contingente. Para DURKHEIM (apud COSMIDES; TOOBY, 1992) a criação da cultura não passa pelos indivíduos, que podem desaparecer sem que a sociedade desapareça. Assim como a Norma Hipotética Fundamental, cuja existência se revela pela transcontingencialidade das normas contingentes, a cultura é algo *sui generis*, que existe mediante um processo de transcontingencialidade de fatos sociais, cujas determinantes se encontram no nível do grupo. A partir daí, a cultura somente pode ser explicada em termos dela mesma *Omnia cultura ex cultura*.

Esse vetor de pensamento do MPCs irradia em várias das ciências sociais. Em história, diz-se que *os únicos antecedentes de um fenômeno histórico são outros fenômenos históricos*. DURKHEIM era enfático ao dizer que a causa determinante de um fato social deve ser vista em outro fato social, ou quando afirmava que um fenômeno no nível sócio-cultural somente poderia ser explicado por outro fenômeno no nível sócio-cultural. Para KELSEN (1979, p. 20) “A norma que empresta ao ato o significado de um ato jurídico (ou antijurídico) é ela própria produzida por um ato jurídico, que, por seu turno, recebe a significação jurídica de uma outra norma”.

A ordem social para KELSEN (1979, p. 48 et seq.), assim como para DURKHEIM, (apud COSMIDES; TOOBY, 1992, p. 25 et seq.), é caracteristicamente *coercitiva*, pois se funda na desproporção de forças entre o indivíduo e o mundo social poderoso. Em outras palavras, os indivíduos devem obedecer às normas de conduta, sob pena de sofrerem um *mal*, isto é, uma sanção. Nota-se que ambos imaginaram um sistema coercitivo de fora para dentro.

Poderiam ser arremetidas outras tantas semelhanças entre o positivismo jurídico e o modelo padrão das ciências sociais. Entretanto, é suficiente o apanhado feito até aqui, para mostrar o quão pernicioso tem-se mostrado o isolamento metodológico que as ciências sociais se impuseram e com isso realçar as vantagens de um modelo de integração conceitual.

### 2.3. Antecedentes da integração conceitual

O afastamento do homem da natureza, em qualquer estudo preocupado com a espécie humana, não se sustenta no ambiente das descobertas científicas ocorridas a partir de meados do século XIX, que redundaram num modelo teórico confiável, que justifica, cientificamente, uma linha de causalção, desde o *big bang* até os dias atuais. Essa constelação conceitual abriga a fabulosa elaboração de Darwin, o que possibilitou a *localização* do homem na natureza, sua teia evolutiva. Mais do que isso, foi possível afirmar que o *Homo sapiens* evoluiu de outro ser. As características humanas são, pois, *produtos* da seleção natural e da adaptação genética.

O conjunto dos livros de Darwin<sup>7</sup> e outras obras publicadas imediatamente após *A origem das espécies* rapidamente conquistou adeptos na Biologia. Disciplinas foram criadas ou renovadas a reboque dessa obra genial, numa autêntica *revolução* científica. O impacto foi sentido, igualmente, nas ciências sociais, a partir do argumento de que o homem que vive na sociedade é o mesmo da zoologia.

O primeiro movimento intelectual de integração de conceitos das Ciências Sociais com a Biologia foi formado a partir da obra de Herbert Spencer e T. H. Huxley. Ficou conhecido como *Darwinismo Social*. A errônea concepção da natureza<sup>8</sup>, não do próprio Darwin, mas dos adeptos dessa corrente, permitiu interpretar-se a seleção natural de modo a justificar a *lei do mais forte* e aceitar como iminentes e, portanto, legítimos, os comportamentos egoístas do homem.

Coube a Peter KOPROTKIN, o anarquista, que foi também grande naturalista e geógrafo, desacreditar o *Darwinismo Social*, a partir da própria observação da natureza. Com efeito, seguiu-se em 1902 a publicação do livro “Ajuda mútua”, em que narrava muitos exemplos de cooperação entre os animais. Para ele, rara era a luta sangrenta pela sobrevivência. KOPROTKIN venceu a batalha, muito em razão da fragilidade conceitual da teoria da evolução, naquele momento. Não importa. Foi o suficiente para afastá-la do pensamento nas ciências sociais por um longo período, pelo menos até que a idéia de cooperação fizesse sentido do ponto de vista da Teoria da Evolução.

O *Darwinismo Social*, como escola, fracassou, mas a Teoria da Evolução, não. Ao contrário, floresceu até o ponto de tornar-se realmente útil à compreensão do comportamento humano. Os biólogos do início do século XX, entretanto, escaldados com a polêmica *sócio-darwinista*, limitaram a pesquisa da evolução aos aspectos físicos dos animais, a despeito de DARWIN ter, em seus últimos livros, preconizado a aplicação das regras da seleção natural também ao comportamento, quando se dedicou à expressão das emoções e também quando tratou da iniciativa sexual, entre outros tópicos.

Os biólogos dos anos de 1900 não podiam fazer muito mais em defesa de uma explicação darwiniana dos fenômenos sociais, porque a evolução, como teoria abrangente, estava também em cheque, em razão da descoberta dos estudos de Mendel, os

quais permitiram uma explicação segura da hereditariedade, naquele momento diferente da *intuída* por Darwin. Sem embargo de ser hoje em dia uma forma de explicar precisamente os mecanismos envolvidos na evolução, de início, a genética lançou sombras quanto à correção científica das idéias de Darwin<sup>9</sup>.

Progressos científicos<sup>10</sup> ocorridos entre o início e a metade do século XX conduziram a um *consenso* entre a genética e a evolução, que saiu fortalecida do combate. Ernst MAYR (1999) explica que essa “*síntese*” de teorias aparentemente opostas, por ele chamada de *Segunda Revolução Darwiniana*, foi possível a partir de uma Genética que considera a interação com o meio ambiente e se interessa não somente por *indivíduos*, mas também por *populações*.

Tamanha vinculação entre a Teoria da Evolução e uma Genética de Populações, disciplina que se estabeleceu a partir da *síntese* dos até então opostos, deu lugar a um interessante sinônimo atual daquela disciplina: a *Biologia Evolutiva*. O estabelecimento da Genética de Populações, nos anos de 1950, nova disciplina, revigorada por conceitos precisos, testados empiricamente, forneceu o caminho para que a Biologia retomasse o interesse por investigar o comportamento.

O naturalista norte-americano E. O. WILSON (1995), hoje uma celebridade mundial, estava iniciando sua vitoriosa carreira de professor na Universidade de Harvard, quando aceitou orientar Stuart Altmann, em 1956, para uma tese sobre o comportamento social de macacos *rhesus* de Porto Rico. A princípio, a Universidade tinha dúvidas até mesmo se o tema pretendido pelo candidato pertencia à Biologia. O comportamento de primatas em condições naturais permanecia virtualmente desconhecido em 1955.

WILSON conta que, ao desembarcar em Cayo Santiago, nada sabia sobre o comportamento social de macacos e o que viu impressionou-o: ordens de dominância sofisticadas, alianças, vínculos de parentesco,

disputas territoriais, desafios e exibições, além de intrigas enervantes. Percebeu o ranking de machos pela maneira que andavam. Aprendeu a aferir a magnitude de medo, submissão e hostilidade, a partir de expressão facial e postura do corpo. Nas noites de Porto Rico, pensava numa disciplina científica que sintetizasse o comportamento social de todos os animais e já tinha inclusive um nome para ela: *Sociobiologia*.

Naquele momento, entretanto, não havia observações de animais sociais o suficiente para uma *nova síntese*; sequer havia alguma observação. A retomada da tradição Darwinista, reforçada pela Genética de Populações (*síntese*), permitiu que surgisse um novo campo de investigação científica, no final dos anos de 1950 e início dos anos de 1960, a *Etologia*. O surgimento desse novo campo de investigação, dotado de metodologia própria, francamente influenciado pela Biologia Evolutiva, permitiu muitos estudos baseados na observação de comportamento, em praticamente todos os animais que vivem agrupados. A massa crítica de *comportamentos sociais observados* possibilitou as primeiras incursões teóricas rumo à extração de conceitos genéricos, isto é, conceitos que pudessem explicar os comportamentos recorrentes em todos os grupos. A simples observação e a descrição do que foi observado não atendia esse propósito. Era imprescindível um campo de investigação que pudesse obter das observações regras abstratas capazes de explicar as bases biológicas do comportamento social.

Uma *nova síntese* da observação do comportamento animal iniciou-se na década de 60, com W. D. HAMILTON, em monografia sobre a seleção baseada no parentesco, denominada “*A Evolução genética do comportamento social*”, em que foi fixado o conceito de “*Adequação Adaptativa Global (Inclusive Fitness)*”, que será brevemente explicado. A Teoria da Evolução tradicional baseia-se no mecanismo da seleção natural, o qual só permite a sobrevivência do mais apto, isto é,

daquele que se reproduz com mais *eficácia*. A capacidade de um indivíduo transmitir seu patrimônio genético é medida pelo número de descendentes (filhos, netos etc.) e se chama *Adequação Adaptativa (fitness)*. A evolução favorece a sobrevivência e reprodução do indivíduo, retendo aquilo que permite uma melhor interação com o meio. Essas interações constituem o modo de vida dos indivíduos. Entendê-las é um grande desafio para a Evolução. Não é diferente quando a interação envolve outros indivíduos no comportamento social. A idéia da *fitness*, centrada que estava no indivíduo, impossibilitava uma explicação biologicamente coerente para os comportamentos sociais, que se caracterizam mais por abnegação do que por egoísmo, embora este seja um comportamento nada desprezível.

No entanto, para o indivíduo, as vantagens da sociabilidade aumentam as chances de sobrevivência, reprodução, e com isso o índice de *Adequação Adaptativa Global (Inclusive Fitness)*, que mede a influência do comportamento de um indivíduo sobre a capacidade de reprodução de seus outros parentes *além dos descendentes diretos* (irmãos, primos etc.)<sup>11</sup>. Quando o modo de vida social aumenta a *Adequação Adaptativa Global* de um indivíduo, garante-lhe uma maior probabilidade de perpetuar o seu patrimônio genético.

O estabelecimento desse conceito possibilitou a explicação do altruísmo na natureza, a partir de uma perspectiva de seleção natural. Altruísmo biológico é o comportamento que procura um benefício para outros organismos a um custo reprodutivo imediato para o altruísta (TRIVERS, 1971). Por óbvio que o altruísmo recíproco não pode ser explicado sob a lógica individualista da *fitness*, o que era um obstáculo sério para a compreensão da vida em sociedade pela ótica da Biologia. Viu-se acima como foi fácil minar o *Darwinismo Social*, com a constatação de que a natureza era composta mais por altruístas cooperadores que egoístas sanguinários. Mas, a partir da expli-

cação do fato *agrupamento*, pelo conceito biológico de *inclusive fitness*, isto é, que o comportamento cooperativo necessário para a vida em grupo aumentava a chance reprodutiva de todos do grupo, foi possível retomar um estudo social-biológico. Uma observação atenta mostra o quão adaptativo, sob o prisma da *inclusive fitness*, é o comportamento altruísta, e o *custo* que de fato está na base do comportamento em sociedade – pois não há sociedade sem o sacrifício individual – é largamente recompensado pelo sucesso ecológico das espécies que vivem agrupadas.

Outras obras fundamentais, dedicadas a uma *teoria geral* do comportamento social, seguiram-se. É notável a monografia de Robert L. TRIVERS (1971), sobre a “*Evolução do altruísmo recíproco*”, no início dos anos de 1970, que ampliou a compreensão de cooperação entre os seres para além dos limites do parentesco. A extração de regras abstratas do comportamento animal, em especial a *Inclusive Fitness*, tornaram possível uma *nova síntese*, empreendida por E. O. WILSON (1975), com o lançamento de *Sociobiology: the new synthesis*. Esse autor, famoso por pesquisas de sociedade de formigas, empreendeu um trabalho de fôlego para unificar todo o conhecimento angariado em tema de comportamento social de todos os animais, inclusive o *Homo sapiens*. Estava criada a Sociobiologia, como um ramo da Biologia.

O estabelecimento da Sociobiologia, definida por seu próprio fundador como *o estudo sistemático das bases biológicas de todo comportamento social* (WILSON, 1975, p. 4), como disciplina científica permitiu que se compreendesse o comportamento social humano, como o comportamento do animal humano, largamente influenciado por toda a sua história evolutiva, sem negar a importância da grande variação do *significado*. O homem está colocado novamente na natureza e a vasta ciência do comportamento, a influenciada pela Biologia Evolutiva, pronta para fornecer os conceitos necessários a uma abordagem integrada do direito.

### 2.3.1. A integração de conceitos:

A *integração conceitual* é um princípio de investigação científica. Propõe que várias disciplinas contidas nas ciências sociais e do comportamento tornem-se mutuamente coerentes e coerentes com o que é conhecido nas ciências naturais também. Estas últimas já adotam entre elas uma *visão* integrada dos fenômenos. As ciências naturais são coerentes entre si e compreendem-se como contínuas. O processo de unificação do conhecimento não é exatamente uma novidade. Descortinou-se a partir do Renascimento, mas se intensificou no último século.

O MPCs e o positivismo Kelseniano negam a importância da *natureza humana* e compartilham o isolamento metodológico. A *pureza*, no entanto, é a causa do lento progresso das ciências sociais como um todo. Não há cooperação entre os cientistas das diferentes disciplinas, que não se dispõem sequer a unificar conceitos que descrevem a mesma realidade. A unificação não é uma exigência lógica somente. É ainda uma necessidade real para o cultivo das ciências sociais, porquanto não há nada mais pernicioso para as ciências do que mantê-las isoladas. A integração conceitual apóia-se fortemente na premissa de que há uma natureza humana universal, que existe – em princípio – no nível de mecanismos psicológicos e não de comportamentos culturais específicos.

O direito tem uma *utilidade*, não negada sequer por Kelsen, e essa utilidade consiste em influenciar o *comportamento humano* na vida em sociedade, isto é, na interação de um indivíduo com outros indivíduos. O direito deve ter uma finalidade prática que o legitime. Não deve ter uma vivência ideal. O dia-a-dia das pessoas é repleto de direito. As pessoas, na maioria das vezes, cumprem as leis, não por temerem a repreensão – até porque a imensa maioria das pessoas não sabe o conteúdo das leis. Então *por que as leis são obedecidas?* As pessoas obedecem às leis mesmo não sabendo exatamente o que dizem elas. As pessoas, ainda quando

conhecem a lei, podem optar por não se comportarem com o que ela prescreve. Então uma segunda pergunta, decorrente da primeira e tão importante quanto esta, se coloca, o que *faz com que as pessoas comportem-se de acordo com o pretendido pela lei?*

Tais perguntas escondem complexidade não alcançada pelo positivismo jurídico, que nada considera além do escrito no texto da lei. Mas para quem pensa o direito como parte da vida do homem as perguntas são relevantes. As respostas, no entanto, somente podem ser obtidas com a utilização de *integração conceitual*, porque o *fenômeno* jurídico ocorre num algoritmo muito amplo que envolve todo o comportamento humano. Para captar o fenômeno jurídico em sua integridade e com isso obter do direito mais eficiência como instrumento sócio-adaptativo, é necessário pensar o direito como um *todo mental*, o que exige a compreensão de ciências diversas como Ecologia Comportamental Evolutiva, Psicologia Evolutiva, Neurociências, Biologia Evolutiva, Teoria dos Jogos entre outras.

O direito vive em representações e significados que se passam na *mente*, isto é, nas estruturas cerebrais. Essas estruturas processam informações por meio de um mecanismo localizado no sistema nervoso. O direito ocorre em estruturas neurais preexistentes, que se desenvolveram como *adaptações*, resultantes de um processo de seleção natural, através do tempo, em *Ambientes Ancestrais*.

*Ambiente Ancestral* é o ambiente ecológico de caçadores-coletores do Pleistoceno. As instituições hoje existentes, tais como agricultura, governo, polícia, transporte etc., surgiram nos últimos milhares de anos, período de tempo ínfimo se considerados os 2 milhões de anos em que o cérebro se desenvolveu na cabeça de ancestrais caçadores-coletores do Pleistoceno, que se casavam, que tinham família, que viviam em pequenos grupos, que tinham regras *éticas* de convivência, que dividiam a caça, que faziam alianças etc. As complexas estruturas cere-

brais não surgiram no curto período de tempo que se conhece por *história*, que em termos biológicos representa apenas umas poucas gerações.

De fato, as mudanças adaptativas ocorreram lentamente e se deram antes do início da história. Evidências fósseis de um *design pan-humano* mostram uma longa trajetória de caçadores-coletores. Se a seleção natural tivesse desenvolvido os complexos mecanismos mentais durante o período *histórico*, haveria diferenças físicas significativas entre os povos que *passaram* pela agricultura nos últimos milhares de anos e povos que até *recentemente* dedicavam-se à caça e coleta, o que não ocorre.

Coerentemente, as características funcionais complexas da mente humana se desenvolveram como *respostas* às exigências do estilo de vida de caçadores coletores, mais do que dos dias de hoje. Em outras palavras, quando a mente humana dá respostas ao mundo – como no cumprimento de um contrato, p. ex. –, *o mundo* significa o mundo do Pleistoceno; respostas que funcionam como uma informação processada por um determinado *software*, instalado na mente humana com programação voltada para o tempo ancestral.

Os cientistas do comportamento, se quiserem entender a *funcionalidade* da mente humana, devem saber como os nômades viveram. Isso não significa dizer que comportamentos gerados por mecanismos que se adaptaram a um mundo antigo sejam adaptativos no mundo de hoje (COSMIDES; TOOBY; BARKOW, 1992). Como mudam os ambientes, dentro dos limites fixados pelas características da espécie, o comportamento de pessoas muda. Tais mudanças têm resultados diferentes. Esses resultados são largamente determinados pelas estratégias adotadas pelos indivíduos e pelos grupos (GRUTER, 1991, p. 19-20).

O formato das estruturas cerebrais e as funções que tais estruturas desempenham são cruciais para a vida do homem em sociedade. As estruturas mentais, que corporifi-

cam informações de toda a sorte e processam a resposta veiculada num comportamento, são localizadas e conhecidas. Essas estruturas dedicam-se a fornecer *sociabilidade*, isto é, respostas esperadas por outros indivíduos nas interações sociais. A neurologia forneceu a prova decisiva da existência de bases físicas do comportamento social e das regras de comportamento *interindividual*, pois, na medida em que resultam de uma biogênese, podem ser observados empiricamente (KIRSCH, 1993). O estudo de pessoas que tiveram acidentes ou doenças que danificaram parcialmente o cérebro foi a prova definitiva, pois permitiu que se vinculasse *regiões* cerebrais a comportamentos específicos, que se alteravam ou desapareciam quando danificada tal região. Por óbvio que as reações dos acidentados aos seus infortúnios, que alteraram dramaticamente o comportamento de até então, devem-se às alterações físicas das estruturas danificadas e não a uma *tradição cultural, histórica ou social* de pós-acidentados serem diferentes, mudarem o comportamento.

O conhecido neurologista Antônio DAMÁSIO (1993) narra casos de pessoas que tinham uma vida socialmente integrada, cumpriam as leis, respeitavam as convenções sociais até que um evento – doença ou acidente – comprometesse apenas algumas partes do cérebro e não outras. É famoso o ocorrido com EVR, cujo comportamento social se deteriorou após uma lesão cerebral, ocasionada por uma cirurgia de retirada de um tumor benigno, situado no córtex frontal dorsolateral. Antes da lesão, ocorrida quando EVR tinha 35 anos, ele era ativo no domínio de convenções sociais. Após seu infortúnio, EVR manteve a mesma – e alta – inteligência (135 pontos de QI), porém nunca mais conseguiu manter-se empregado, nem se mostrou capaz de planejar atividades, decidir entre um restaurante ou outro etc. A deficiência em sua capacidade de decidir o que é bom ou ruim para os seus interesses está de alguma forma ligada aos comportamentos sociais. Falta-lhe o sentido do

que é *socialmente* apropriado (DAMÁSIO, 1993, p. 116).

Mas não é possível justificar o *déficit de sociabilidade* de EVR com base na deterioração da inteligência, da memória, de linguagem ou de percepção, que ficaram preservadas. As lesões do tipo das sofridas por EVR inibem o funcionamento de alguns dos muitos elementos cerebrais envolvidos na tomada de decisão. A perturbação física pode causar falhas na *representação* de conseqüências futuras de cada uma das decisões possíveis. Os indivíduos do *tipo EVR* tornam-se incapazes de elaborar uma linha de conduta apropriada, porque não conseguem *representar* as informações adequadamente (DAMÁSIO, 1993, p. 117).

Por fim, vale a lembrança de que a integração de conceitos não é um mecanismo de *um para um* (GRUTER, 1991, p. 21), isto é, um comportamento corresponde a uma necessidade biológica. Tampouco a integração de conceitos significa que todos os cientistas, de todas as áreas, digam a mesma coisa, mas que as coisas ditas sejam *compatíveis* entre elas ou que pelo menos as incompatibilidades sejam sublinhadas. *A expressão* (integração de conceitos) *significa que o que é exigido é sempre um leque de explicações que se complementem nos diversos níveis de análise que sejam todas mutuamente compatíveis. Assim, coloco como exigência que qualquer explicação sociológica de ética seja compatível com as teorias psicológicas da ética, e que estas sejam compatíveis tanto com neurociências como a biologia da evolução* (BARKOW, 1993, p. 85).

#### 2.4. Fundamentos naturais do direito ou direito natural darwiniano. O problema do relativismo cultural

Até hoje sobrevivem as idéias fundamentais do direito natural. Os postulados aristotélicos de *universalidade do direito, sobrevivência no tempo e conteúdo preocupado com a justiça* não desapareceram do pensamento jurídico.

O direito natural de agora não se apóia na idéia de Deus, mas sim de uma natureza

humana profundamente vinculada com sua história ecológico-evolutiva. Um *novo direito natural* está apoiado em bases conceituais de outras ciências do comportamento, notadamente a Psicologia Evolutiva e a Biologia Evolutiva, enquanto o positivismo de hoje é metafísico, no sentido de que coloca o direito como manifestação cultural e a cultura como fruto do pensamento humano, e, portanto, contraposto à natureza.

Alguns filósofos chegaram a observar um dilema dificilmente superável, pois se a concepção teleológica de universo deve ser recusada pelos modernos padrões científicos, da mesma forma deve ser recusado o direito natural aristotélico. Tal dilema, em realidade, não chega a ocorrer. Com efeito, os fundamentos *biológicos* da obra de Aristóteles não são desmentidos pela moderna ciência, que antes os confirma: inclinação para a vida em grupos, forte vinculação entre pais e filhos. Assim, não há qualquer incompatibilidade em aceitar o moderno patrimônio científico e o direito natural aristotélico (cf. ARNHART, 1998).

O comportamento social tem bases biológicas, a partir de um *corpo humano universal*. As regras de convivência social são mecanismos psicológicos sócio-adaptativos necessários ao sucesso reprodutivo do grupo como um todo (*inclusive fitness*). O direito é, nessa perspectiva, uma necessidade. DAMÁSIO (1993) vincula a *tomada de decisões no quadro social* à sobrevivência do organismo. GIBBARD (1993) sustenta que mecanismos psíquicos geneticamente programados que dão suporte físico para um *estado de aceitação de uma norma* se desenvolveram por pressões seletivas visando cumprir tarefas favoráveis à reprodução. De qualquer forma, é certo que existe uma base biológica universal para o comportamento, que favorece o comportamento socialmente ótimo. As coisas que fazem bem evolutivo para o grupo humano, através das gerações de indivíduos, são nucleares: cooperação, altruísmo recíproco, simpatia, nepotismo, entre outros, que funcionam como programas

já instalados nos centros neurológicos de processamento de respostas sociais. Estudos com primatas não humanos demonstram que esses estados mentais favoráveis ao cumprimento de regras sociais existentes nos homens são fruto de uma continuidade evolutiva que vem desde um ancestral comum e antigo (WAAL, 1996; FLACK; WAAL, 2000).

Nos humanos, a capacidade de produzir significados complexos não desnaturou a capacidade de decisão entre o certo e o errado, que permanece invariável; eis por que o cumprimento de uma obrigação contratual – cooperação – é esperado em qualquer agrupamento humano. A variabilidade de significados produzidos a partir do núcleo de *sentimentos morais* decorreu da interação dos diferentes agrupamentos com os diferentes ecossistemas, mas de maneira nenhuma desmente um padrão moral recorrente, um senso de justiça universal, fundado em complexos mecanismos biológicos de que os seres humanos compartilham (cf. MCGUIRE, 1992).

A capacidade físico-jurídica humana implica que não haja diferença significativa entre as ordens jurídicas. Por mais que os sistemas jurídicos pareçam díspares nas muitas sociedades, em nenhum lugar do mundo o inquilino que não paga o aluguel é aplaudido. De fato, em qualquer lugar do mundo, ele é despejado. Nos EUA, os atos para desocupação do imóvel são praticados pelo Sherif, que atua sem uma prévia ordem do juiz. No Brasil, o despejo é precedido de uma ordem judicial, após um processo em que o inquilino é ouvido. A ordem é executada por um funcionário do tribunal.

Esse exemplo mostra mais semelhanças que diferenças entre os direitos norte-americano e brasileiro. Embora haja variações nos modos de exigência do cumprimento do contrato de locação ou na maneira em que se dá a punição do inquilino transgressor, o fato é que há uma recorrência aí inserida: em todas as culturas – quaisquer que sejam elas –, espera-se que os contratos sejam cum-

pridos. Daí a existência de leis ou costumes que sancionam o comportamento contratual faltoso. A semelhança de causas da existência de uma lei que determine o despejo do inquilino faltoso se deve a uma noção universal do que é *certo* e *errado*, uma força motriz a promover o comportamento altruísta.

Um dos argumentos favoritos dos positivistas jurídicos para negar a existência de um direito *natural* é o *Direito Comparado*. Essa disciplina estuda semelhanças e diferenças entre os sistemas jurídicos dos povos. A comparação de ordens jurídicas desnudaria a falácia de um *direito universal*. Trata-se de erro de perspectiva, porque o foco se dirige a *diferenças* e não a *semelhanças*. As diferenças observadas são superficiais. Decorrem de fatores acidentais, localizados: a *organização burocrática estatal*, p. ex., como no caso da ordem de despejo ser executada por um xerife ou por um oficial de justiça. Contrariamente, as semelhanças são profundas, fundamentais e geralmente se explicam por fatores ligados à sobrevivência e reprodução.

Os antropólogos não descreveram qualquer agrupamento humano sem a existência e imposição de regras de conduta social (HENDRY, 1999, p. 148). Esse comportamento jurídico é compatível com observações antropológicas que descreveram inúmeros outros traços de comportamento comuns a todos os agrupamentos humanos, de alguma forma realçando a *universalidade*, que é um pressuposto do que se pode chamar de uma *natureza humana*.

E. O. WILSON (1995, p. 332-333) coloca a questão desta maneira:

“Seres humanos herdaram uma propensão para adquirir comportamento e estrutura social, uma propensão que é dividida por pessoas em número suficiente para ser chamada de natureza humana. Os traços definidores incluem a divisão de trabalho entre os sexos, ligação entre pais e filhos, altruísmo elevado em direção a paren-

tes mais próximos, proibição do incesto, outras formas de comportamento ético, suspeita de estranhos, tribalismo, ordens de dominância dentro dos grupos, dominância masculina, e agressão territorial em razão de recursos limitados. Embora as pessoas tenham uma vontade livre e a escolha de virar em muitas direções, os canais de seu desenvolvimento psicológico são nada obstante – contudo, muitos desejam de outra forma – inclinados mais profundamente pelos genes em certas direções do que em outras. Assim, enquanto as culturas variem imensamente, elas inevitavelmente convergem para estes traços. Os habitantes de Manhattan e das terras altas de Nova Guiné estão separados por 50.000 anos de história, mas ainda se entendem, por causa da razão elementar que sua humanidade comum é preservada nos genes que eles dividem com o ancestral comum”.

O relativismo cultural e histórico, tão propalado em ciências sociais em geral e na antropologia em particular, não resiste à constatação de que existe uma natureza humana cujo núcleo invariável é o solo em que se enraíza a ética. Larry ARNHART (1998, p. 17-18), quando defendeu um novo direito natural darwiniano, teve que rejeitar todos os *relativismos* com uma passagem memorável:

“Eu rejeito o relativismo cultural, que afirma que a ética é uma invenção puramente cultural que varia arbitrariamente de uma cultura para outra, porque enquanto eu reconheço a importância do aprendizado social e os costumes no desenvolvimento moral, eu acredito que desejos humanos naturais são universais e desta forma limitam a variabilidade das práticas culturais. Eu rejeito o relativismo historicista, que afirma que a ética é puramente uma invenção histórica que varia radicalmente de uma época his-

tórica para outra, porque enquanto eu reconheço a importância das tradições históricas, eu acredito que os desejos humanos naturais constituem uma base imutável através da história humana. Eu rejeito o relativismo cético e solipsista, que afirma que não há padrões de julgamento ético, além dos impulsos de indivíduos únicos, porque enquanto eu reconheço a importância da diversidade individual, eu acredito que haja regularidade nos desejos humanos que manifestam uma natureza humana típica da espécie humana. Eu também rejeito o dogmatismo racionalista, que afirma que a ética repousa em imperativos lógicos da pura razão, porque enquanto eu reconheço a importância da razão humana em julgar quão melhor satisfazer seus desejos, eu acredito que o fundamento dos motivos da ética não é a lógica da razão abstrata, mas a satisfação de desejos naturais. E eu rejeito o dogmatismo religioso, que afirma que a ética somente pode ser fundada em leis transcendentais de um poder divino, porque enquanto eu reconheço que a ética religiosa pode reforçar a ética natural, eu acredito que a ética como fundada nos desejos naturais existe independentemente de qualquer poder divino”.

### 3. A aquisição de bens e serviços pelo Governo

A Administração Pública<sup>12</sup> frequentemente busca adquirir no mercado os serviços e produtos que precisa obter para desempenhar as finalidades institucionais. A Constituição Federal exige que tais negócios sejam precedidos de um processo formal que assegure aos pretendentes particulares do contrato tratamento *impessoal e isonômico* (CF, art. 37, inciso XXI)<sup>13</sup>. Além dessa, outras regras constitucionais estão implicadas na contratação pública: 1) *legalidade*<sup>14</sup> – o

indivíduo só é obrigado a fazer o que a lei determina; 2) *autoridade* – os atos da administração são autoexecutáveis no sentido de que podem ser implementados (até com a utilização da força física) sem a intervenção judicial, embora sujeitos a tal escrutínio (separação dos poderes); 3) *nula poena sine lege*<sup>15</sup> – o Estado não pode punir qualquer um sem uma lei anterior que defina a conduta como faltosa; 4) *da personalidade da pena*<sup>16</sup> – a pena aplicada não passa da pessoa do agente. Estão ainda implicadas com o tema da contratação pública garantias genéricas de quaisquer pessoas e que se estendem às pessoas dos licitantes, tais como o *direito à intimidade, ao livre exercício de uma profissão, à livre iniciativa*,

Em nível inferior, existe uma Lei Federal que descreve os elementos básicos que um processo de licitação deve ter. A União tem competência legislativa em matéria de licitações e contratos administrativos apenas em seus aspectos essenciais. Entre esses estão:

1) Os direitos dos licitantes em sua larga acepção: participar de sessões públicas em que se processam os atos da licitação; vistoriar documentos dos outros concorrentes; apresentar para a comprovação de habilitação subjetiva e de capacidade para desempenho do contrato somente os documentos especificados na lei e que sejam compatíveis com o negócio pretendido; ter um prazo razoável entre a divulgação da concorrência e a elaboração e apresentação de sua proposta; recorrer perante a própria administração das decisões desfavoráveis; recorrer ao Judiciário contra decisões da Administração.

2) As garantias institucionais de ambas as partes durante o contrato. A Administração detém entre outros poderes o *ius variandi*, isto é, pode alterar as quantidades inicialmente contratadas e o projeto durante sua execução (obviamente pagando por isso); pode ainda exigir garantias e suspender a execução do contrato por até 120 dias; punir o contratado por descumprimento contratual, sem a necessidade de um processo

judicial. O contratado, por sua vez, tem o direito de: não ser prejudicado por fatos imprevisíveis que alterem o equilíbrio do contrato, ocorridos posteriormente à apresentação da proposta; ser punido apenas nas hipóteses da Lei e quando lhe for garantida defesa.

3) A descrição do que é considerado falta contratual por parte do contratado, que varia desde o descumprimento parcial (pequenos atrasos nos serviços ou na entrega do bem e outros descumprimentos menores), até o descumprimento total do contrato, gerando em muitos casos prejuízos à administração, além da não entrega do que foi contratado;

4) A gradação da pena. Para os casos de descumprimento parcial, a Administração contenta-se com a imposição de multa. Em outros casos, o descumprimento é insuportável, irreversível e além da multa existe a previsão legal para a rescisão do contrato e *suspensão do direito de participar de novas licitações e ser contratado pela Administração por até dois anos*. Ainda, o descumprimento contratual pode gerar um prejuízo muito grande para a Administração. Nessa hipótese particular, a Administração pode impedir que o contratante volte a obter novos negócios até que pague todos os prejuízos e com isso obtenha uma *reabilitação*, o que somente poderá ocorrer após o prazo de dois anos.

O *Edital* é utilizado para que a Administração torne pública sua intenção de contratar um particular para um determinado negócio (compra, locação, prestação de serviços em geral, transportes, execução de obras etc.). O *Edital* é um *ato administrativo* e está na base do modelo piramidal kelseniano. Seu conteúdo não pode contrariar o conteúdo da Lei ou da Constituição Federal.

Por meio de um Edital, a administração: 1) fixa regras funcionais, como datas e horários para as sessões públicas em que todos os concorrentes são formalmente convidados para assistir e participar; 2) detalha o negócio pretendido, fixando desde o início do processo de escolha do contratado as

futuras cláusulas contratuais (cronograma, forma de pagamento, fixação de multas e penalidades possíveis, hipóteses de rescisão), dispostas num contrato de adesão, sem que o conteúdo do contrato possa contrariar os direitos institucionais do contratado; 3) fixa quais requisitos devem ter os pretendentes ao negócio, como a capacidade jurídica, a regularidade fiscal, as condições econômicas mínimas para os encargos da contratação que variam em relação ao negócio pretendido. Aqui também a Lei acima do edital tem importante papel, pois descreve quais informações do concorrente podem ser pesquisadas. Além dessas, que não variam de negócio para negócio, são necessárias informações quanto às efetivas possibilidades técnicas do pretendente, assim como de sua idoneidade profissional, mediante a apresentação de atestados de desempenho anterior, compatíveis com os serviços oferecidos. Em outras palavras, busca o promotor da licitação pesquisar a *reputação* do concorrente.

A preocupação institucional da Administração Pública é que existam mecanismos legais capazes de *induzir* o cumprimento do contrato administrativo, sempre de grande relevância para a população em geral (FRANK, 1992). A preocupação com o desempenho do contratado é fundamental. A existência de alguns dispositivos legais leva a esta conclusão: 1) a proposta do concorrente pode ser recusada: quando os valores se mostram insuficientes para o cumprimento dos encargos contratuais; quando carecer de *seriedade* ou quando cotar algum insumo com preço zero ou simbólico, entre outros exemplos; 2) existência de mecanismo jurídico que protege o contratado contra fatos inesperados, invertendo a lógica da imprevisibilidade do direito privado. Tudo isso para que a obra ou utilidade pública possa ser usufruída pelos destinatários.

### 3.1. Tendências psicológicas no contrato.

#### O Altruísmo Recíproco

O comportamento biológico do altruísta deve ser compreendido para uma melhor

observação do *contrato* como fenômeno multidisciplinar. HAMILTON (1963, p. 354) propôs um modelo conhecido como *seleção pelo parentesco*, que prediz: nas interações sociais, o comportamento altruísta é mais comum entre os parentes e a evolução de algum tipo de altruísmo não relacionado ao *parentesco* é limitada a um certo grau. Adotou uma fórmula matemática que evidencia o altruísmo como mais provável entre os parentes mais próximos e que a tendência à cooperação diminui com o enfraquecimento do vínculo de parentesco. Quanto mais distante o parentesco, mais improvável o comportamento altruísta.

Daí segue que o altruísmo fora da rede parental deve ocorrer: 1) quando o risco ou desvantagem é muito pequeno; e 2) quando o *vizinho médio* não é muito distantemente ligado ao altruísta, em termos genéticos (cf. HAMILTON, 1963, p. 355). Era justamente essa a situação no Ambiente Ancestral. Os agrupamentos eram pequenos e os membros dessa sociedade eram quase todos aparentados. Nas sociedades primitivas, as relações sociais entre os indivíduos eram determinadas pelas relações de parentesco e, embora haja particularidades que variem de uma sociedade para outra, a seleção do altruísmo pelo parentesco é recorrente em todas elas (cf. ALVES, 2002). Margaret GRUTER (1992) fornece uma série de exemplos de favorecimento de parentes nas legislações modernas. A legislação processual brasileira, quando impede o testemunho da mãe, ou a legislação civil, quando obriga o pagamento de pensão alimentícia a parentes, também assume o fato da cooperação entre parentes. Esse modelo, embora poderoso e aplicável à parte dos comportamentos envolvidos num contrato, não abarca as possibilidades em que a cooperação ocorre fora das relações de parentesco.

Robert TRIVERS (1971) argumenta que o núcleo do comportamento altruísta fora das relações de parentesco é a *reciprocidade*, a *possibilidade de trocas* entre os indivíduos envolvidos. Ele enumerou as condições em

que o altruísmo poderia evoluir, o que ocorre nas espécies em que existe: 1) *Vida relativamente longa* – uma vida longa propicia aos indivíduos muitas *situações de altruísmo*; 2) *Baixa taxa de dispersão* – propicia igualmente maiores chances para os indivíduos interagirem repetidamente com o mesmo conjunto de vizinhos; 3) *Existência de dependência mútua* – a interdependência dos indivíduos da espécie – para se proteger de predadores p. ex. – tenderá a manter os indivíduos perto o suficiente para aumentar as chances de se engajarem em *situações de altruísmo*. O *cuidado parental* é um exemplo especial da dependência mútua. Se nas espécies em que é pequeno o período de investimento dos pais nos filhos, estes nada retribuem; nas espécies em que é longo, existe uma grande possibilidade de se desenvolver o comportamento altruísta recíproco; 4) *Baixa hierarquização* – uma alta hierarquia significa relações assimétricas entre os indivíduos. Fortes relações de dominância inibem a ocorrência de *situações de altruísmo*.

As chances de altruísmo são maiores numa relação de longo prazo: quando existem inúmeras possibilidades de novas interações; quando as interações ocorrem entre um pequeno número de indivíduos; quando há um baixo custo para quem presta o auxílio e um alto benefício para quem o recebe. Nossos antepassados caçadores-coletores do Pleistoceno encontraram as condições propícias para o desenvolvimento do *altruísmo recíproco*: um período de vida longo; pequenos grupos; pequena migração; dependência mútua para caça e proteção; longo período de cuidado parental e inexistência de uma aguda dominação entre os indivíduos do grupo (TRIVERS, 1971, p. 45).

O sistema de altruísmo entre os humanos é sensível e instável. O comportamento traidor é tão esperado quanto o cooperativo. TRIVERS demonstra que o *traidor sutil* – aquele que cumpre menos das obrigações que lhe cabem – dificilmente é detectado, porque o altruísmo humano pode durar longos períodos de tempo e envolver muitas tro-

cas de diversos *bens*, o que dificulta a obtenção de totais relevantes e a percepção de desbalanceamentos. Se já é difícil detectar o *traidor sutil*, a reação punitiva (com pouca possibilidade de ser eficiente, por definição) é ainda mais improvável, porque pode levar a um rompimento, que não interessa ao altruísta minimamente recompensado. “É a sutileza da discriminação necessária para detectar esta forma de traição e a situação desfavorável que ela possibilita que permitam a alguma traição sutil ser adaptativa” (TRIVERS, 1971, p. 47); adaptativa no sentido de pertencer a qualquer traço, anatômico, fisiológico ou comportamental que tenha surgido pelo processo evolutivo de adaptação (WILSON, 1975).

Em resposta, a seleção natural dotou o *Homo sapiens* com uma capacidade de interagir contratualmente em pequenas comunidades<sup>17</sup>. Existe um módulo cerebral destinado ao reconhecimento de rostos, que informa o processo de *tomada de decisão*, fornecendo dados importantes: se é parente e em que grau, se é amigo ou estranho, se pertence ou não ao grupo. A capacidade para lembrar de rostos foi adquirida para responder ao *Ambiente Ancestral* e está modulada para *conhecer bem* 150 pessoas no máximo (cf. RIDLEY, 1999). Com o mesmo intuito, os humanos foram dotados ainda de sentimentos morais: *culpa reparativa*, *simpatia* (TRIVERS, 1971).

Outros mecanismos importantes do instrumental adaptativo para a vida social são (1) *sistema de regulação de benefícios*, que transforma os humanos em máquinas de avaliar a relação de custo e benefício do altruísmo a todo instante e permite que cada indivíduo regule suas próprias tendências de altruísmo e egoísmo e suas respostas às tendências dos outros. Isso só é possível porque existe o (2) *mecanismo de detecção de traidores*, extremamente aguçado, que permite a identificação de *traidores sutis* e a adoção de (3) *agressão moralista*, medidas de retaliação selecionadas para conter a tendência do altruísta na ausência de reciprocidade; educar o trai-

dor assinalando com um mal imediato ou com a ausência de novas ajudas no futuro e em casos extremos matar ou exilar o traidor. Muitas das agressões humanas têm causa na falta de reciprocidade, porque é importante para a seleção uma reação desmedida quando uma tendência de traição é descoberta (TRIVERS, 1971).

Com essas *informações*, o indivíduo avalia o outro, identifica a *reputação* de cooperador ou de traidor. Calcula todos os possíveis desfechos da sua própria atitude, combinada com todas as outras possíveis atitudes do outro contratante e aí sim decide pela cooperação ou pela traição. Sua análise envolve criteriosamente inclusive a opção de trair e as chances de não ser pego.

“O sistema resultante deve permitir ao indivíduo colher os benefícios das trocas recíprocas, protegê-lo contra as formas grosseira e sutil de traição e ainda adotar aquelas formas de traição que as práticas locais tornaram adaptativas. Indivíduos serão diferentes não por serem altruístas ou traidores, mas pelo grau de altruísmo que demonstram e as condições em que irão trair” (TRIVERS, 1971, p. 48).

A explicação do comportamento altruísta por HAMILTON (1963) e TRIVERS (1971), combinadamente, mostra a inequívoca importância da proximidade genética, da amizade ou da pouca distância geográfica entre os contratantes, para o desfecho de cooperação ou traição no contrato, sendo lícito esperar que: 1) parentes próximos receberão mais ajuda sem reciprocidade que os não vinculados geneticamente; 2) os amigos serão ajudados antes que os estranhos; 3) membros de um determinado grupo étnico tendem a ajudar indivíduos do seu grupo antes de outros; 4) ajudas que envolvam um alto custo serão mais encontradas em parentes que em amigos; 5) o altruísmo aumenta em função do potencial reprodutivo de quem o recebe, entre outros exemplos mencionados por ALVES (2002) e que comprovam a importância da *pessoalidade* na

escolha do comportamento a ser adotado pelo indivíduo.

### 3.1.1. Comportamento dos contratantes no contrato administrativo

Qualquer contrato é uma interação estratégica, que implica tomada de decisão. A interação contratual está ligada, portanto, à sobrevivência ou reprodução do indivíduo, ainda que disfarçada em máscaras de *significado* complexas e bem elaboradas. Envolve pelo menos dois personagens que interagem para obtenção de vantagens recíprocas, mediante *trocas*. Normalmente os contratos se dão entre indivíduos guiados apenas por seus apetites. Formam-se os vínculos contratuais conforme os interesses dos envolvidos, que têm a liberdade básica de engajar-se somente em contratos efetivamente *desejados*, com outros indivíduos que podem escolher livremente, segundo seus humores e idiosincrasias.

O contrato é a materialização da cooperação entre indivíduos. A observação da natureza permite constatar que são comuns os *comportamentos contratuais* do tipo *eu coço suas costas e você coça as minhas*. As vantagens intercambiadas, no entanto, nem sempre são tão imediatas. Muitas vezes o intercâmbio é sutil e o sinalagma é diferido no tempo, como no caso do chimpanzé que tende a repartir a comida com aqueles que lhe fazem o *grooming* (RIDLEY, 1999), ou quando se reconciliam, mediante comportamentos simpáticos recíprocos (WAAL, 2000).

O fato é que em animais que vivem agrupados a *troca* de benefícios que a vida social permite, mediante o estabelecimento de contratos, significa uma vantagem adaptativo-evolutiva, com aumento da *inclusive fitness* e conseqüente sucesso ecológico da espécie. A riqueza do *significado* garante o maior sucesso do *Homo sapiens*, porque permite uma *troca* mais elaborada, complexa e prolongada no tempo. À medida que os primatas incrementaram complexidade às suas relações sociais – graças ao sistema de comunicação –, tornou-se crucial aguçar a

sofisticação para prever o comportamento dos outros e assim resolver problemas básicos de sobrevivência e de reprodução que ocorrem na vida do grupo. O direito surgiu para tornar mais previsíveis as relações sociais.

Há uma propensão genética para se formar contratos de longo prazo, como demonstra a instalação de uma estrutura cerebral capaz de criar e comparar vantagens e desvantagens, lembrar das interações anteriores e das sensações ali experimentadas, o que permite a longa convivência dos indivíduos num ambiente dotado de regras complexas de comportamento. O cérebro *processa* as informações vindas do mundo, num centro de tomada de decisões, que opera assistido por mecanismos funcionais, que agem como programas instalados pela evolução, por meio da retenção genética de comportamentos que mais favoreceram a *inclusive fitness*, em detrimento de outros.

A tendência do contratante particular em cooperar ou trair na execução de um contrato pode ser compreendida pela utilização dos conceitos de *seleção pelo parentesco* e *altruísmo recíproco*. Quando uma pessoa contrata com o Estado, nenhum dos gatilhos geradores de um comportamento cooperativo está presente. Não há parentesco ou amizade ou qualquer relação pessoal. Não há mecanismos psicológicos, que possam reprimir as tendências egoístas, tais como a culpa regenerativa, a simpatia ou a gratidão, impossíveis de ocorrer numa relação contratual com o Governo. Atos *altruístas* do Governo nada nos dizem, porque o mecanismo psicológico que gera o *dever de reciprocidade* é absolutamente personalizado, emocional, instalado para *sensibilizar-se* apenas com atos e motivações tipicamente humanas como *sacrifícios desmedidos*, *cooperação desinteressada* etc. Para Robert Frank (1992, p. 62),

“O papel da emoção torna fácil compreender por que há muitas pessoas que não sonhariam em trair um amigo, ainda que nada pense de rou-

bar a propriedade de uma companhia ou pagar muito pouco imposto de renda. A simpatia que motiva a conduta apropriada em relação aos indivíduos tende a ser muito menos fortemente gerada por grandes instituições.”

Isso não significa dizer que o descumprimento contratual na contratação pública seja a regra, porque a conduta humana é complexa (FRANK, 1992)<sup>18</sup>. Depende, entre variados fatores, da punição possível para o transgressor e da chance de ser efetivamente descoberto, de ser punido e do que ele tem a perder. Ainda que o comportamento de traição tenha sido selecionado em algum grau, como toda predisposição genética, o ambiente pode tornar os indivíduos mais ou menos propensos a trair. Ambientes adversos, com poucos recursos disponíveis para o grupo, são indutores do comportamento de traição.

Porém, a tendência de cooperação do indivíduo na interação com o Estado é a menor que deve existir. As chances de traição são maiores, em princípio, quando existe possibilidade razoável de a traição não ser descoberta ou, no caso de descoberta da traição, há chance de o fluxo de altruísmo não ser interrompido (TRIVERS, 1971). O contratante particular calcula a cada instante a possibilidade de cooperar ou trair, até porque o ambiente – que influencia as predisposições genéticas – sofre alterações, que podem perturbar o desfecho do contrato, que muita vez tem longa duração e variados tipos de incidentes. A informação psicológica é organizada de maneira funcional e os componentes do complexo sistema cerebral trabalharão em conjunto para modular a expressão de impulsos de cooperação ou traição, de acordo com as vantagens seletivas do indivíduo num dado ambiente, considerando que *uma certa traição* é adaptativa (TRIVERS, 1971). Nesse ambiente mental é que se dá a resposta do contratante particular quando interage com o Estado.

Todos os problemas relevantes de um contrato administrativo (desde um adita-

mento contratual de prazo até a imposição de uma pena) são *burocratizados*, isto é, são documentados e processados como qualquer ato estatal, por isso arrastam-se por vários setores da administração, que se superpõem e se contradizem a todo instante. Eventual decisão punitiva, quando existe, precisa atravessar várias instâncias administrativas até que produza algum efeito. A aplicação da pena mais grave ao contratante, p. ex., pode ser objeto de recurso para quatro autoridades diferentes, perante a própria Administração. A par disso, existem as contingências naturais de um Estado pobre, em que são escassos os recursos necessários para uma tramitação eficaz dos processos que possam trazer punição ao traidor. O emaranhado cipoal de regras jurídicas – Constituição, leis, editais etc. – que interferem num contrato administrativo, expedidas por fontes diferentes (União, Estados, Municípios e Órgãos licitantes), cria uma ordem jurídica extremamente complexa e, por isso, misteriosa e confusa o suficiente para permitir que os traidores escapem frequentemente da punição mediante expedientes burocráticos e tecnicidades, explorando as *dobras e refregas da lei*. A ordem jurídica fornece a sensação de impunidade.

A *sensação de impunidade*, por sua vez, fornece a impressão de que a traição num contrato administrativo pode não ser descoberta ou, caso descoberta, de que a chance de punição é remota e improvável, com evidente aumento da possibilidade de defecção. Na lógica da avaliação fria dos custos e benefícios do comportamento altruísta, o benefício de não incorrer nos custos inerentes ao cumprimento do contrato é certo, imediato e fácil de medir, enquanto a punição é frequentemente ambígua, provável, mediata e difícil de medir.

Em contratos privados, o faltoso corre o risco de não mais ser convidado para novos negócios. O faltoso incorrerá, certa e imediatamente, nos custos da falta de novos negócios, com reflexos econômicos precisos. Nos contratos administrativos, a lógica é

diferente. Uma das partes, por força da moderna concepção estatal, não pode decidir com quem deve estabelecer um contrato com base em *estados mentais de apetência ou aversão*, nem com os mecanismos fornecidos pela evolução, como o reconhecimento facial, o detector de traidores, a consideração simultânea de muitas interações envolvendo o outro indivíduo, a checagem da possibilidade de reciprocidade. O Estado utiliza mecanismos formais e racionais de julgamento, que conduzem a resultados frequentemente desastrosos.

Embora a cooperação traga ganhos para todas as partes, esta dificilmente ocorre na ausência de *mecanismos de exigência* (POSNER, 2000). Como se constatou aqui, poucos são os incentivos naturais para o cumprimento do contrato por parte do contratante particular (FRANK, 1992, p. 62). O ambiente burocratizado em que se processa o contrato administrativo também *incentiva* a traição. Por isso, a concepção da estratégia da Administração Pública é crucial para a atitude cooperativa ou traidora do contratante. Essa estratégia, embora descrita em normas escritas, encontra paralelo no comportamento natural do indivíduo, mostrando que aquele incumbido de escrever leis e que fornece os mecanismos de atuação para a atividade *despersonalizada* apela para o conhecimento de Biologia Evolutiva<sup>19</sup>.

### 3.2. A estratégia da Administração: a punição do contratado

A Administração Pública age sempre de acordo com o que a lei prevê. Tecnicamente se diz que a *atividade administrativa* é descrita em lei. O mecanismo institucional de seleção de particulares, legalmente prescrito, procura informações no passado dos concorrentes capazes de fornecer uma avaliação segura da possibilidade de traição, pesquisando nos documentos que o concorrente é obrigado a fornecer (como faz o cérebro humano com o centro de memória) informações relevantes sobre a reputação do indivíduo, e com base em seu histórico decide ou

não pela contratação. Esse mecanismo, porém, não se mostra capaz de induzir *sozinho* o cumprimento do contrato por parte do vencedor da licitação, como de resto os mecanismos *humanos* de seleção de altruísmo não são infalíveis. A questão se resolve durante o contrato com o manuseio das sanções legais.

As origens da *ordem social* e do direito estão enraizadas no comportamento dos primeiros humanos e de seus ancestrais primatas. A maior complexidade do mundo social humano, decorrente do aumento da capacidade de comunicação e mais precisamente da riqueza do *significado* que a comunicação possibilitou, levou ao aumento do número de pessoas que viviam no mesmo grupo e exigiu que mecanismos meramente psicológicos passassem a ser reforçados com *sanções*, aplicadas por um *aparato social*. Esse aparato social, entretanto, que engloba a função de *escrever leis*, não é criador e inventivo.

Pelo contrário, a elaboração *estatal* de regras de conduta pressupõe a interação entre os que fazem e administram leis e aqueles para quem a lei é endereçada, razão pela qual a lei não pode distanciar-se do *comportamento ecológico humano*. As instituições – coisas que criamos para coordenar a vida em sociedade – são frutos da atuação dos indivíduos, que agem sem qualquer consciência do macrorresultado de suas condutas. As instituições emergem, ao longo do tempo, pelo impacto das experiências acumuladas dos indivíduos e quando as interações se aglutinam, num padrão almejado de expectativas e comportamentos. As instituições são o ponto de convergência de um *equilíbrio complexo* dos comportamentos dos agentes de um determinado ambiente, que sofrem o impacto de acidentes históricos, da mesma forma que um gene sofre o impacto de uma mutação. As instituições surgem, *evolutivamente*, como uma *estratégia evolutiva estável*, como resultado *transitório* de interações estratégicas individuais mais do que uma escolha racional de um governante ou

de um agente isolado qualquer (cf. YOUNG, 2001)<sup>20</sup>.

De qualquer maneira, o *é* da realidade biológica deve se refletir em todas as prescrições normativas que definem as condutas desejáveis, o *dever-ser* (GRUTER, 1992). Mesmo quando os comportamentos tipicamente humanos são inconvenientes para a sociedade, conhecer a natureza humana é útil para projetar o *design* da lei e assim possibilitar o comportamento socialmente ótimo. GRUTER (1992) parte da idéia de *direito vivo* em contraposição ao *direito formal*. Para ela, o direito vivo é o que guia as interações diárias entre indivíduos e é expresso no comportamento humano individual e em grupo. O direito formal será mais efetivo quanto mais se guiar pelo direito vivo, cujas principais funções seriam facilitar a existência de eventos convenientes para a comunidade, conter excessos e restabelecer o equilíbrio, se necessário. Para ser bem sucedido, aquele que *escreve leis* deve saber as inclinações do comportamento humano e também considerar as propensões e restrições biológicas na formação comportamental humana.

As *leis feitas pelo homem* nada mais são que comandos expressos em palavras, frutos da atividade cerebral. A imposição de penas e oferta de recompensas são mecanismos que a lei criou a partir da *psique humana*, reproduzindo os mesmos mecanismos de *tomada de decisões* que compõem a mente humana. Dessa forma, a atuação estatal (fruto de um conjunto de regras escritas), ainda que freqüentemente influenciada por aspectos históricos, acidentais como as mutações genéticas, busca *imitar* comportamentos tipicamente humanos. Robert FRANK (1992, p. 62) é direto:

“o modelo do comprometimento sugere que uma alternativa eficiente, ou complementar a esta estratégia – *punição e recompensa* – deve *personalizar* as atitudes das pessoas em direção às instituições. Instituições, afinal de contas, agem no interesse de pessoas

de verdade. (...) Quando traímos o governo, traímos nossos vizinhos”.

A Administração Pública não pode recusar um contratante, a não ser pelos motivos descritos na lei. Segue-se que, na ausência de possível punição para o contratante particular, é previsível o descumprimento contratual. Dessa forma, para intimidar o contratante particular, a lei dotou a Administração Pública de meios *personalizados*, capazes de fazer interromper o fluxo de atos altruístas e com isso desestimular a traição. A dosagem da punição, por outro lado, é crítica. Daí a importância do ostracismo (retirada forçada ou involuntária do indivíduo de um grupo social ou de um ambiente desejado) como um tipo de *agressão moralista*, que gera uma atitude desproporcional do traído, quando se detecta o início dos atos de traição. A *exclusão da comunidade legal* é um mecanismo freqüentemente utilizado como punição nos estados modernos (ZIPPELIUS, 1986).

A possibilidade de não mais se engajar em novos negócios com o Estado é efetivamente algo assustador. O empresário não mais será convidado para reuniões de trabalho; terá dificuldades de obter ajuda de outros empresários que atuam no mesmo ramo; terá menos informações do fluxo normal dos negócios. A lei fornece, dessa forma, um mecanismo pessoal de tratar a relação, com a possibilidade de colocar o empresário no *ostracismo*, como faria o indivíduo que foi prejudicado num contrato qualquer.

Essas possíveis conseqüências legais relativas ao descumprimento contratual influenciam os *estados somáticos*, que geram *apetência* ou *aversão* no indivíduo que vai interagir. Os *estados somáticos* estão implicados no processo cerebral de tomada de decisões. Quando é necessária uma escolha, o cérebro ativa um complexo sistema de representações mentais relativas: 1) às premissas da situação; 2) às possíveis respostas; e 3) às várias conseqüências pretendidas. Embora possa haver essa divisão lógica, tais

representações retornam ao centro de decisões instantaneamente para a *consciência* examinar. A deliberação pode se dar sobre essa *paisagem* ou automaticamente. Em ambos os casos, o processo de tomada de decisão é iniciado e auxiliado “pelo aparecimento de um estado somático que indica as conseqüências futuras da opção de resposta com a ajuda de um sinal somático positivo ou negativo” (DAMÁSIO, 1993, p. 121). Ao analisar as possíveis conseqüências das opções disponíveis, o cérebro pode chegar a conclusão que uma das estratégias mostra um cenário potencialmente perigoso. Esse cenário *indica* um *estado somático negativo* e o indivíduo sentirá uma sensação desagradável. A atuação do *indicador somático* será a de proporcionar uma *sensação visceral* e com isso focar a atenção nos efeitos negativos, além de modificar os sistemas neuronais que comandam os comportamentos de *apetência* ou *aversão*, que são ativados pelos *estados somáticos*.

A mente humana confia mais nos sinais somáticos do que numa conta racional de custos e benefícios. Isso se deve ao fato de que os *estados somáticos* desempenham papel crítico nos comportamentos sociais,

“porque a aprendizagem de tais comportamentos está ligada a uma punição ou a uma recompensa por meio de interações educativas gerais durante o desenvolvimento. Punição e recompensa visam desenvolver no indivíduo um compromisso entre os fins biológicos do indivíduo e da espécie e as regras e princípios da sociedade. Em termos psicológicos, punição e recompensa são modificações nos estados somáticos de base apercebidos como estados mentais segundo um ‘continuum’ que se estende da dor ao prazer” (DAMÁSIO, 1993).

A desagradável imagem mental de um ostracismo econômico, causada na mente do contratante particular, associada a uma reação somática desagradável – aversão –, é um meio poderoso (talvez o único) capaz de induzir o cumprimento do contrato.

Finalmente, a ostracização do indivíduo não se presta somente a *punir* o contratante faltoso. Serve também como uma *limpeza*, impedindo que a Administração volte a ser prejudicada com o comportamento antijurídico ou que o mau comportamento sirva de *exemplo* (ZIPPELIUS, 1986). Essa função é plenamente atingida na regulamentação do contrato administrativo, porque, ainda que o indivíduo não sinta a punição, pelo menos a Administração estará livre de um traidor.

### Notas

<sup>1</sup>MPCS é o equivalente do que se diz em inglês SSSM (*Social Sciences Standard Model*).

<sup>2</sup>“O direito natural é aquele que a natureza ensina a todos os animais... O direito civil e o direito das gentes devem ser distinguidos: todos os povos que são regidos por leis e pelos costumes têm um direito que lhes é próprio em parte comum a todos os homens. Com efeito, o direito que cada povo estabelece para si mesmo é o direito próprio à cidade: chama-se direito civil porque é o direito especial da cidade. Mas o direito que a razão natural estabeleceu entre os homens, que é igualmente observado entre todos os povos, chama-se direito das gentes, isto é, direito de todas as nações” (BOBBIO, 1999).

<sup>3</sup>“Os direitos naturais igualmente guardados entre todos os povos, constituídos por uma espécie de providência divina, permanecem sempre firmes e imutáveis. Os direitos que cada nação constituiu para si muitas vezes se mudam, ou pelo tácito consenso do povo, ou pela promulgação de outra lei” (BOBBIO, 1999).

<sup>4</sup>*Positivismo jurídico e filosófico não são a mesma coisa. A filosofia positiva é a que se apóia na ciência, em algo existente. Positivismo jurídico é o estudo das normas jurídicas postas pelo Estado.*

<sup>5</sup>Dedicou-se a defender o uso das idéias de Darwin nas ciências dos seres vivos em geral e no direito em particular. O trecho seguinte foi escolhido entre uma série de defesas veementes da biologia, como era do seu estilo: “A ciência do direito é uma ciência dos seres vivos; ela entra na categoria da *fisiologia* ou *filogenia* das funções vitais. O método que lhe assenta é sobretudo o método *filogenético*. (...) Mas assim considerada, ela (a ordem jurídica) assume feição *histórica* e *evolutiva*, apresentando dois únicos lados de observação e pesquisa. São os dois pontos de vista da *filogenia* e da *ontogenia*,

conforme se estuda a evolução do mesmo direito na humanidade em geral, ou nesta e naquela individualidade humana, singular ou coletiva. (...) O desenvolvimento do senso jurídico, bem como da idéia que o acompanha e ilumina tem se dado também segundo a lei da *herança* e *adaptação*” (p. 101-102).

<sup>6</sup>Toda a informação importante desta parte da minha argumentação, inclusive a sigla, foi obtida em Leda COSMIDES e Jonh TOOBY (1992), no artigo *Evolutionary and psychological foundations of social sciences*.

<sup>7</sup>*A origem das espécies*, 1859; A expressão da emoção nos homens e nos animais, 1872; A descendência do homem, 1871.

<sup>8</sup>Onde impera, segundo os *sócio-darwinistas*, a competição, o egoísmo e a luta sangrenta pelos meios de sobrevivência.

<sup>9</sup>MENDEL provou que a transmissão de características entre as gerações – fundamento da evolução pela seleção natural – ocorria com a contribuição de cada *parental* com um *gene alelo*, isto é, cada célula sexual (*gameta*) envia apenas uma *característica contrastante* (verde ou amarelo), que é transmitida sem que haja uma mistura de características, que se definem por critérios de *dominância* e *recessividade*. Disso decorre que a *adaptação genética* (mecanismo de evolução) dever-se-ia dar aos saltos, por *mutação gênica*, e o gene já modificado, após esse processo, é transmitido numa variação descontínua, ora uma característica ora outra. Para os darwinistas, ao contrário, a transmissão se dava por uma variação contínua, gradual, das características herdadas, explicação proposta por GALTON – Lei da Herança Ancestral –, que pregava uma compreensão da herança em sua totalidade e que cada característica não era fornecida somente pelos *pais*, mas também por ancestrais mais remotos, lei que se expressa numa fórmula em que, para a formação da herança de um indivíduo, os genitores contribuem com metade, os avós com um quarto e assim por diante. Então, ante a força explicativa da hereditariedade mendeliana, a evolução somente poderia ocorrer descontinuamente, contrariando a crença extraída da teoria da evolução de que a adaptação genética ocorreria continuamente.

<sup>10</sup>A descoberta de que o meio ambiente influencia a hereditariedade – *hereditariedade macia* – levou a uma precisa definição de *genótipo* (conjunto dos genes de um indivíduo, transmitido hereditariamente) e *fenótipo* (características observáveis num indivíduo que evoluíram sob uma influência combinada dos genes com os efeitos de fatores ambientais), contradizendo a idéia mendeliana de transmissão de características exclusivamente pelos parentais – *hereditariedade dura*. Descobriu-se também que a seleção se dava ao nível do genótipo e não de genes individualmente e que poderia haver mais de um gene atuando sobre uma característica. Descobriu-

se ainda que a maioria das *mutações gênicas* (alterações ocorridas no genótipo) tem pequenos efeitos nos fenótipos e não com a amplitude preconizada anteriormente. E por último, mas não menos importante, a *recombinação genética* (formação repetida de novas combinações de genes por meio de processos de meioses e fertilização que ocorrem no ciclo sexual típico da maioria dos organismos, humanos inclusive), mais do que mutação, é a fonte de variação genética disponível para seleção.

<sup>11</sup>Neste ponto a Teoria dos Jogos – a matemática do comportamento – passa a integrar a pesquisa em Biologia Evolutiva e todos os aplicativos atuais da vasta ciência do comportamento humano, v.g. psicologia, sociologia e direito. A premissa da *inclusive fitness*, isto é, que o comportamento de um indivíduo influencia o resultado do comportamento dos outros, é exatamente a mesma premissa fundamental da Teoria dos Jogos de que a estratégia de um jogador influencia a estratégia dos outros e o resultado do jogo. Isso permitiu evidenciar em que casos a cooperação – comportamento altruísta por definição – é mais vantajosa e, portanto, mais provável e com isso identificar um ponto de equilíbrio ou uma *estratégia evolutiva estável* para os altruístas na vida em sociedade. Os comportamentos egoístas, como os que serão tratados no artigo, são profundamente explicáveis por modelos evolutivos integrados com Teoria dos Jogos.

<sup>12</sup>Termo que designa neste trabalho todas as entidades que compõem o governo de uma república federativa composta por municípios, estados e união, cada qual com suas empresas estatais, autarquias, fundações etc., numa teia complexa. Foi utilizada a palavra Governo como sinônimo da Administração Pública.

<sup>13</sup>Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

<sup>14</sup>Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

<sup>15</sup>Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

<sup>16</sup>Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

<sup>17</sup>Desmond MORRIS (1996) conta que as comunidades maiores, as primeiras cidades sumérias,

surgiram entre 5 e 6 mil anos atrás. Tais agrupamentos urbanos tinham entre 7.000 e 20.000 e seu surgimento retirou o prefixo pré da pré-história. A principal modificação trazida com os grandes agrupamentos (as supertribos) foi a *despersonalização* das relações sociais. “Pelos nossos padrões as cidades sumérias eram pequenas...Sem embargo, nosso simples homem da tribo já tinha vindo de um longo caminho. Ele se tornou um cidadão, um homem da supertribo, e a diferença chave era de que na supertribo ele não mais conhecia cada membro de sua comunidade. Foi esta alteração, a mudança da sociedade pessoal para a impessoal, que ia causar ao animal humano suas maiores agonias nos milênios adiante. Como espécie não estamos biologicamente equipados para lidar com uma massa de estrangeiros disfarçados como membros de nossa tribo” (p. 18).

<sup>18</sup>FRANK (1992) desenvolve um interessante modelo de cooperação em relações contratuais, que chama de *Commitment Model of the Sense of Justice*, em que explica como podem ocorrer comportamentos em que os custos superam os benefícios imediatos, inclusive para relacionamento com grandes instituições despersonalizadas, como o Estado, p. ex.

<sup>19</sup>Neste ponto, o papel da Lei é fundamental para mudar a estratégia egoísta e transformá-la em cooperativa. Para um aprofundamento do tema, vide MAIA (2001) sobre o racionamento de energia recentemente experimentado e a estratégia governamental.

<sup>20</sup>A demonstração da origem evolutiva das instituições demanda necessariamente a utilização da Teoria dos Jogos. A justificativa da existência de uma determinada instituição é feita por meio da adoção de um *jogo* que descreve as estratégias disponíveis para cada agente. Somente dessa forma é possível a compreensão da interação no nível individual e a partir disso compreender a decisão interativa de muitos indivíduos, que resultaram numa situação de *equilíbrio estável*, ou seja, resultaram numa prática estável que chamamos de instituição (YOUNG, 2001, p. 4-6). A interação Contratante Particular vs Governo, versada neste artigo, seguramente pode ser focalizada a partir de um *jogo*, o que será feito, juntamente com um estudo da perturbação do modelo legal brasileiro pelas conhecidas estratégias dos traidores, em outro artigo a ser futuramente publicado.

## Bibliografia

ALVES, Lucio Ferreira. *Ética e natureza humana*. Tese (Filosofia) – Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro. 2002.

- ARNHART, Larry. *Darwinian natural right: the biological ethics of human nature*. Albany: State University of New York, 1998.
- BARKOW, Jerome H.; COSMIDES, Leda; TOOBY, John. *The adapted mind*. New York: Oxford University, 1992.
- \_\_\_\_\_. Regras de conduta e conduta da evolução. In: CHANGOUX, J. P. (Ed.). *Fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 83-99.
- BARRETO, Tobias. Sobre uma nova intuição do direito. In: *Introdução ao estudo do direito*. São Paulo: Landy, 2001. p. 57-112. Publicado pela primeira vez em 1881.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 1999.
- CABALLERO, Alejandro. *Filosofia do humano I*. São José do Rio Preto: Rio-pretense, 2000.
- CHANGOUX, Jean Pierre (Ed.). *Fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.
- COSMIDES, Leda; TOOBY, John. The psychological foundations of culture. In: (BARKOW, J.; COSMIDES, L.; TOOBY, J. (Ed.). *The adapted mind*. New York: Oxford University, 1992.
- DAMÁSIO, Antônio R. Compreendendo os fundamentos naturais das convenções sociais e éticas: dados neuronais. In: CHANGOUX, J. P. (Ed.). *Fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 113-130.
- DUGATKIN, Lee Alan; REEVE, Hudson Kern (Ed.). *Game theory and animal behavior*. New York: Oxford University, 1998.
- FRANK, Robert. Emotion and the costs of altruism. In: GRUTER, M.; MASTERS, R. D. *The sense of justice: biological foundations of law*. Newbury Park: Sage Publications, 1992.
- FROLIK, Lawrence; FIKENTSCHER, Wolfgang; DIECKER, Gerti. *Law and evolutionary biology*. Portola Valley: Gruter Institute for Law and Behavioral Research, 1999.
- GIBBARD, Allan. Moralidade evolução humana. In: CHANGOUX, J. P. (Ed.). *Fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 61-83.
- GRUTER, Margaret. *Law and the mind: biological origins of human behavior*. Newbury Park: Sage Publications, 1991.
- \_\_\_\_\_; MASTERS, Roger D. *Ostracism: a social and biological phenomenon*. New York: Elsevier, 1984.
- \_\_\_\_\_; MASTERS, Roger D. *The sense of justice: biological foundations of law*. Newbury Park: Sage Publications, 1992.
- \_\_\_\_\_; MORHENN, Monika Gruter. Building blocks of legal behavior: the evolution of law. In: KATZ, L. (Ed.). *Evolutionary origins of morality: cross disciplinary perspectives*. Bowling Green: Inprint Academic, 2000.
- HAMILTON, W. D. The evolution of altruistic behavior. *The American Naturalist*, [S. l.], n. 47, p. 354-356, 1963.
- HENDRY, Joy. *Other people's worlds: an introduction to cultural and social anthropology*. Washington Square: New York University, 1999.
- KATZ, Leonard D. (Ed.). *Evolutionary origins of morality: cross disciplinary perspectives*. Bowling Green: Inprint Academic, 2000.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Coimbra: armenio Amado Editor, 1979.
- KIRSCH, Marc. *Introdução à coletânea fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 11 a 27.
- MACHADO NETO, Antonio L. *A história das idéias jurídicas no Brasil*. São Paulo: Grijalbo, 1969.
- MAIA, Antonio C. A. Racionar é racional? *Diário da Região*, São José do Rio Preto. Disponível em: <<http://www.racionararacional.hpg.com.br>> Acesso em: 13 jun. 2001.
- MASTERS, Roger D.; MACGUIRE, Michael T. (Ed.). *The neurotransmitter revolution: serotonin, social behavior, and the law*. Illinois: Southern Illinois University, 1994.
- MAYR, Ernst. *One long argument: Charles Darwin and the genesis of modern evolutionary thought*. Cambridge: Harvard University, 1991.
- MCGUIRE, Michael T. Evolutionary theory and the limits of law. In: FROLTK, L.; FIKENTSCHER, W.; DIECKER, G. *Law and evolutionary biology*. Portola Valley: Gruter Institute for Law and Behavioral Research, 1999.
- \_\_\_\_\_. Moralistic aggression, processing mechanisms, and the brain: the biological foundations of the sense of justice. In: GRUTER, M.; MASTERS, R. D. (Ed.). *The sense of justice: biological foundations of law*. Newbury Park: Sage Publications, 1992.
- MORRIS, Desmond. *The human zoo: a zoologist's classic study of the urban animal*. New York: Kodansha America, Inc, 1996.
- POSNER, Eric A. *Law and social norms*. Cambridge: Harvard University, 2000.
- RALEIGH, Michael J.; MCGUIRE, Michael T. Animal analogues of ostracism: biological mechanisms and social consequences. In: GRUTER, M.; MAS-

- TERS, R. D. *Ostracism: a social and biological phenomenon*. New York: Elsevier, 1984.
- RIDLEY, Matt. *As origens da virtude: um estudo biológico da solidariedade*. Rio de Janeiro: Record, 1999.
- RUSE, Michael. Uma defesa da ética evolucionista. In: CHANGOUX, J. P. (Ed.). *Fundamentos naturais da ética*. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. p. 33-58.
- \_\_\_\_\_. *Sociobiologia: senso ou contra-senso?* Belo Horizonte: Itatiaia, 1983.
- TRIVERS, R. *The evolution of reciprocal altruism*. *Quarterly Review of Biology*, [S. 1.], n. 46, p. 35-57, 1971.
- WAAL, Frans de. *Good natured: the origins of right and wrong in humans and other animals*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- \_\_\_\_\_; AURELI, Filippo (Ed.). *Natural conflict resolution*. Berkeley: University of California, 2000.
- WILSON, Edward O. *Naturalist*. [S. 1.]: Warner Books, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Sociobiology: the new synthesis*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 1975.
- WILSON, James Q. *The moral sense*. New York: Free Press Paperback, 1993.
- YOUNG, H. Peyton. *Individual strategy and social structure: an evolutionary theory of institutions*. Princeton: Princeton University, 2001.
- ZIPPELIUS, Reinhold. Exclusion and shunning as legal and social sanctions. In: GRUTER, Margaret; MASTERS, Roger D. (Ed.). *Ostracism: a social and biological phenomenon*. New York: Elsevier, 1984.

# João Mangabeira – múltiplo

João Carlos Souto

## Sumário

1. “Última verba”. 2. Os primeiros momentos. 3. A vocação política. 4. O jurista e o Direito como ferramenta social. 5. A Subcomissão do Itamaraty. 6. A prisão e o discurso de 1944. 7. A redemocratização do país e a campanha para presidente da República. 8. A eterna esperança depositada nos jovens. 9. As idéias socialistas, a liberdade de religião e a ausência de Deus. 10. A defesa da Liberdade e das Constituições analíticas. 11. Ecos de João Mangabeira no constitucionalismo contemporâneo. 12. Conclusão.

### 1. “Última verba”

Em novembro de 1981, a Universidade de Brasília celebrou o centenário de nascimento do jurista, parlamentar, ministro de Estado e escritor João Mangabeira<sup>1</sup>, promovendo um ciclo de palestras que contou com a participação, entre outros, de Afonso Arinos, Barbosa Lima Sobrinho, Josaphat Marinho, Luiz Viana Filho, Orlando Gomes e Vamireh Chacon.

As conferências foram posteriormente reunidas num volume, intitulado JOÃO Mangabeira na UnB (1982), em que se reproduziram, também, alguns textos desse baiano ímpar que integrou a “Subcomissão do Itamaraty”<sup>2</sup>, encarregada de elaborar o Anteprojeto da Constituição de 1934. Entre os textos da lavra desse ilustre homem público, consta um intitulado “Última Verba”, redigido em 1963, em forma de mensagem dirigida aos bacharelandos pela vetusta

João Carlos Souto é Procurador da Fazenda Nacional e Professor de Direito Constitucional. Mestre em Direito Público. Realizou estudos sobre a Constituição dos EUA na *Harvard Law School* (98) e na *University of Delaware* (95).

Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, lida por Francisco Mangabeira, em face da impossibilidade de comparecimento do paraninfo<sup>3</sup>. No texto, João MANGABEIRA faz ligeira referência ao autor da *Divina Comédia*, citando um trecho constante de uma outra obra – “De Monarchia” – na qual Dante define o Direito como “a proporção real e pessoal, que conservada conserva e corrompida corrompe a sociedade” (cf. JOÃO Mangabeira na UnB, 1982, p. 162).

Embora tenha vivido no século XII, as observações de Dante Alighieri permanecem atuais, afinal de contas o Direito pode – embora não deva –, ao contrário do axioma bíblico, servir a dois senhores.

A propósito dessa observação do pensador italiano, convém assinalar que João Mangabeira é a sua antítese. Durante sua longa trajetória, como advogado, deputado, senador e Ministro de Estado, buscou servir unicamente à Democracia, em defesa dos direitos do Homem e do Cidadão. Foi, numa palavra, coerente. Sua memória, seus textos, suas idéias, enfim, sua vasta produção intelectual encontra-se esquecida<sup>4</sup>. Intenta este trabalho – de todo modesto –, em estudando-o, prestar uma homenagem, que de tão singela soa quase herética à figura do grande baiano.

Nas linhas que se seguem, o leitor encontrará uma tentativa – ainda que tosca – de fixar-lhe o seu multifacetado contorno, de orador, político, “preso político”, jurista e, principalmente, de membro da já citada *Subcomissão do Itamaraty*, encarregada de elaborar um anteprojeto de Constituição Federal. Da leitura das diversas sessões dessa Subcomissão é possível ter uma idéia aproximada da vasta cultura, da preocupação social e do apego aos princípios democráticos deste que, sem sombra de dúvidas, foi um dos maiores expoentes de uma terra pródiga em talentos.

## 2. Os primeiros momentos

João MANGABEIRA nasceu em Salvador, em 26 de junho de 1880, filho de um

farmacêutico e de uma dona de casa. Aos 11 anos organizou, junto com um colega, o grêmio literário *A Evolução*, que se ocupava em discutir o “problema da evolução social e do progresso”. Como estudante na Faculdade de Direito de Salvador, ingressou na redação do jornal *A Bahia*, “defendendo soluções republicanas e democráticas para os problemas do país.” (BELOCH; ABREU, 1984).

A Guerra de Canudos não passou impune à sua crítica. Ao tomar conhecimento que os revoltosos de Canudos estavam sendo degolados pelas forças legalistas, tratou de redigir – juntamente com seu colega Bernardo Madureira de PINHO –, em 1896, seu penúltimo ano na Faculdade de Direito, um manifesto condenando o “barbarismo indigno de um povo civilizado e afrontoso às tradições da Bahia”. O documento exigia, ainda, que o “governo encontrasse uma forma de reparar o morticínio, posição semelhante à adotada por Rui Barbosa no Senado Federal.” (BELOCH; ABREU, 1984).

Esse pequeno detalhe da vida de João Mangabeira talvez merecesse letras garrafas para realçar sua postura em defesa das causas sociais e dos oprimidos. Não se tratava de demagogia barata ou de busca dos holofotes, de resto inexistentes naquela época. Conforme se verá nas linhas seguintes, a coerência política e principalmente de idéias marcou toda a sua longa e rica trajetória como homem público.

## 3. A vocação política

Um outro baiano, Aliomar Baleeiro<sup>5</sup>, teve trajetória, sob certos aspectos, parecida com a de João Mangabeira, embora o primeiro, ao que se saiba, nunca tenha sido preso político ou integrante de Partido de esquerda. Ambos foram advogados, políticos, parlamentares, exerceram cargos públicos de relevância no Executivo e autores de texto reconhecidamente puro e culto.

Como consequência dessa proximidade intelectual e jurídica entre ambos, torna-se

possível utilizar o texto escrito sobre um como espelho do outro. É o que ocorre, por exemplo, com o perfil traçado por Ronaldo POLETTI (1987) sobre Aliomar Baleeiro, em obra coletiva idealizada por Bilac Pinto e Luiz Vianna Filho, e publicada por ocasião do octagésimo aniversário de seu nascimento. Sobre Aliomar disse POLETTI (p. 132):

“Quem passar os olhos pelo currículo de vida de ALIOMAR BALEEIRO (1905-1978), de jornalista e professor de Direito na Bahia a parlamentar constituinte, de catedrático no Rio a Secretário de Estado em sua terra natal, de Deputado à assembléia constituinte e legislativa do Estado da Guanabara a representante do povo na Câmara dos Deputados e depois Ministro do Supremo Tribunal Federal, do qual foi Presidente; quem ler os textos de sua lavra, livros e artigos doutrinários, ou recordar os seus discursos parlamentares, não poderá deixar de notar em sua vida luminosa, nas suas múltiplas e correlatas atividades, um traço marcante de seu caráter, que foi a vocação política. Político foi sempre, como parlamentar, obviamente, mas foi também como jurista, como escritor, como professor e como magistrado.”

João Mangabeira foi tudo isso, um pouco mais, um pouco menos. Concluiu o Curso de Direito aos 17 anos e, segundo relata Luiz VIANA FILHO (apud JOÃO..., 1982, p. 11), seu pai, o governador Luiz Viana, recusou-se a nomeá-lo promotor em razão da aparência “tão jovem” e por lhe “faltar o aspecto indispensável a uma autoridade”. Recusado como promotor em decorrência da sua jovialidade latente, rumou para Ilhéus (1897) onde se fixou como advogado, fundou o jornal oposicionista *A Luta* (que dirigiu até 1907), além de construir fama como tribuno. Sobre essa sua faceta, convém que se reproduza o testemunho de Hermes LIMA, citado por Luiz VIANNA FILHO (apud JOÃO..., 1982, p. 11):

“O promotor replica, o advogado de defesa, sempre de memória, lhe indica páginas, lhe corrige nomes, lhe situa depoimentos. Nessa altura, ninguém pensava mais no réu. Era a revelação do orador, a afirmação de um advogado, a descoberta de um talento que toda Ilhéus vinha de fazer. A cidade não falou durante dias seguidos de outra coisa.”

Elege-se Deputado Estadual em 1906 e em 1909 Prefeito de Ilhéus, cargo que, segundo informa Luiz VIANA FILHO, acumulou com o de Deputado Federal. Na Câmara Federal, aproximou-se de Rui Barbosa, de quem se tornaria discípulo e sobre quem escreveria o trabalho *Rui*: o Estadista da República (MANGABEIRA, 1999), um clássico de quase quinhentas páginas, resultado de uma conferência, por ele proferida, na Casa de Rui Barbosa, quando discorreu por “duas horas e meia”, de improviso (ancorado somente em parcas anotações), a respeito do Águia de Haia.

De 1909 a 1930 elege-se ininterruptamente à Câmara Federal como representante do seu Estado natal. A Revolução de 30 lhe toma o mandato e o empurra novamente à advocacia. Anos mais tarde, integra a Subcomissão do Itamaraty, designada pelo Decreto 21.402, de maio de 1932, na qual haveria de sobressair por suas posições firmes e por suas sugestões no campo social.

Josaphat MARINHO (1982, p. 79) registra que Mangabeira não participou da Constituinte de 34 posto não lhe foi possível candidatar-se à Assembléia eleita em 1933. O professor Josaphat não esclarece a natureza desse impedimento. Todavia, o DICIONÁRIO biobibliográfico de autores brasileiros (1999, p. 311), no breve verbete dedicado a Mangabeira, assinala ter sido ele constituinte em 34. Ainda segundo Josaphat, Mangabeira não se elegeu em 1945, informação que não se harmoniza com a constante no já citado Dicionário, que relata inclusive a liderança que exercera na Esquer-

da Democrática da UDN e, logo em seguida, a criação do PSB.

No que tange à eleição para a Constituinte que elaboraria a Lei Fundamental de 1934, razão parece assistir a Josaphat Marinho, porquanto uma terceira publicação, Dicionário histórico-biográfico brasileiro (BELOCH; ABREU, 1984), relata que na eleição de 1933 João Mangabeira, embora candidato, somente conseguiu a segunda suplência. Quanto à eleição à Constituinte de 1946, também razão assiste a Josaphat Marinho. O *Dicionário histórico-biográfico brasileiro* (1984) da Fundação Getúlio Vargas registra que João Mangabeira só conseguiu a quinta suplência, obtendo 3.863 votos, candidato que fora da coligação UDN-Esquerda Democrática, embrião (a Esquerda Democrática) do futuro PSB.

Como se vê, não conseguiu emprestar seu brilho a nenhuma das Assembléias Constituintes de que poderia ter participado. Embora não possamos dizê-lo constituinte no sentido formal do termo, sem sombra de dúvida a sua contribuição ao Direito Constitucional é das mais expressivas do país, seja pela destacada atuação na *Subcomissão do Itamaraty* – conforme se verá em momento oportuno –, seja principalmente pela sugestão da inserção na Constituição de 1934 do instrumento mais tarde conhecido como mandado de segurança, que, pela sua importância e efetividade, dispensa qualquer comentário<sup>6</sup>.

#### 4. O jurista e o Direito como ferramenta social

Ao elaborar – em 1930 – parecer em favor de viúva de um guarda civil, Mangabeira demonstrava que a interpretação do jurista não se afastava do pensamento socialista do político. Indignado com a recusa do Estado em conceder pensão à viúva de guarda civil, João Mangabeira elabora incisivo parecer sustentando o direito da viúva e repudiando a posição estatal contrária ao direito da sua constituinte.

Ocorre que o Estado arguia a prescrição do direito da pretendente sem atentar para a situação peculiar da viúva, que para sua sobrevivência só dispunha daquela expectativa de direito negada sistematicamente pelo Estado-administrador. Irônico, MANGABEIRA (apud BELOCH; ABREU, 1984, p. 119) assinalou que “o Estado é inacessível a essas razões sociais ou morais. Regela-se na frieza de uma fórmula jurídica e réplica indiferente: Todos são iguais perante a lei. O Estado não faz favores. Fortes ou fracos, têm todos que sofrer essa igualdade” ... “com essa igualdade majestática, proíbe igualmente a ricos e pobres, dormir debaixo das pontes, furtar pão ou mendigar na rua. O Estado não se conturba. Defende-se com uma dessas armas gastas, através do regime antigo, o feudal, ou o capitalista, no serviço de todas as injustiças e espoliações – *Dura lex, sed lex*. É a velha máxima opressora com que os fortes esmagam os fracos e os felizes os desafortunados”. Defendia, enfim, uma hermenêutica, por assim dizer, humanista social, se é que é possível apartar uma da outra; confira-se:

“Abandonemos, porém, o processo arcaico de inquirir da intenção do legislador. Consideremos o fim social da lei: a necessidade social que lhe deu origem e lhe assegura a existência, cuja cessação coincidirá com o desaparecimento da causa econômica que lhe determinou o nascimento.

Consideremos a lei como fórmula jurídica de necessidades sociais; como fórmula imperativa que, visando à harmonia social, equilibra as forças sociais em contraste, num meio econômico-político determinado.” (JOÃO ..., 1982, p. 117).

Essa é a forma pela qual Mangabeira afasta a interpretação absurda do Direito ou a existência de conceitos absolutos e incontornáveis. Aliás, nem mesmo na Matemática prevalece o absoluto, consoante ensinamento de Albert Einstein: “As teses da matemática não são certas quando relaciona-

das com a realidade, e, enquanto certas, não se relacionam com a realidade” (CLARET, 1997, p. 15).

Mangabeira repudia o absurdo com uma – reiterar-se – aborgadem humanística do Direito, a Ciência Jurídica como ferramenta à consecução de políticas sociais, como meio de construção de uma sociedade mais justa, que ainda estamos a perseguir. É curioso como Carlos MAXIMILIANO (1957, p. 210) (jurista de sua geração e seu colega na Subcomissão do Itamaraty) enfrenta o tema de forma diametralmente oposta, despedido de qualquer preocupação social<sup>7</sup>: “Deve o direito ser interpretado inteligentemente: não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis”.

Ao discorrer acerca da igualdade, no citado parecer, de forma positiva radicaliza o princípio, procurando elevá-lo de modo dele extrair “ampla, total e irrestrita”<sup>8</sup> proteção aos mais fracos, *in verbis*:

“Consiste a igualdade, sobretudo, em considerar desigualmente situações desiguais, de modo a abrandar, tanto quanto possível, pelo direito, as diferenças sociais e por ele promover a harmonia social, pelo equilíbrio dos interesses e da sorte das classes. A concepção individualista do direito desaparece ante a sua socialização, como instrumento de justiça social, solidariedade humana e felicidade coletiva.”

##### 5. A Subcomissão do Itamaraty

Numa das primeiras intervenções de João Mangabeira na já mencionada Subcomissão do Itamaraty, sua voz resultou ouvida em dois momentos seguidos: o primeiro quando propuseram a seguinte redação para um dado artigo: “Só a Nação é soberana; os Estados são simplesmente autônomos”. A respeito dessa proposição, acentuou MANGABEIRA que preferia União ao invés de Nação, acrescentando que “Nação

é um território com um povo. O que é soberano é a União Federal. A Nação não é propriamente um Estado, tanto que pode haver muitas nações dentro de um Estado. É o caso dos flamengos e dos valões na Bélgica. Têm usos, costumes, línguas diferentes”.

A redação do artigo que deu origem ao mandado de segurança foi apresentada na 24ª sessão, em 27 de janeiro de 1933. O artigo, elaborado por MANGABEIRA, encontrava-se redigido da seguinte forma:

“Art. Toda pessoa que tiver um direito incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo, poderá requerer ao Poder Judiciário que a ampare com um mandado de segurança. O juiz, recebendo o pedido, resolverá, dentro de 72 horas, depois de ouvida a autoridade coatora. E, se considerar o pedido legal, expedirá o mandado ou proibindo esta de praticar o ato, ou ordenando-lhe de restabelecer integralmente a situação anterior, até que a respeito resolva definitivamente o Poder Judiciário”.

Seguiram-se inúmeras discussões travadas principalmente entre Mangabeira e Themístocles Cavalcanti acerca de prazo para a providência judicial, manifestação da autoridade coatora, amplitude do mandado de segurança, significado da expressão “direito incontestável”, etc. No término dessa sessão, entenderam incumbir MANGABEIRA de elaborar uma redação definitiva, que foi apresentada na sessão subsequente (25ª, de 31.1.1933), contemplando o novo texto questões atinentes a prazos e vedações:

“Quem tiver um direito incontestável ameaçado ou violado por ato manifestamente ilegal do Poder Executivo poderá requerer ao juiz competente um mandado de segurança. A lei estabelecerá processo sumaríssimo que permita ao Juiz, dentro de 5 dias, ouvida neste prazo por 48 horas a autoridade coatora, resolver o caso, ou negando o mandado, ou, se o expedir,

proibindo esta de praticar o ato ou ordenando-lhe restabelecer integralmente a situação anterior, até que, em última instância, se pronuncie o Poder Judiciário.

Parágrafo único. Não será concedido o mandado se o requerente já tiver, há mais de 30 dias, conhecimento do ato ilegal, ou se a questão versar sobre dívidas fiscais. Nestes casos caberá ao lesado recorrer aos meios normais.”<sup>9</sup>

Outra proposição que causou debates acirrados – também de autoria de João Mangabeira – referia-se à liberdade de organização partidária. O artigo proposto por MANGABEIRA acolhia a seguinte redação: “A todos os brasileiros é lícito organizarem-se em partidos políticos, sustentando, livremente, e sem restrição nenhuma, os princípios e idéias que entenderem.”

Goes Monteiro, membro da Comissão, votou contra, motivando a intervenção do próprio Mangabeira em defesa do artigo. A Ata da sessão encontra-se assim redigida:

“O sr. João Mangabeira acha que não se pode proibir a brasileiro nenhum de organizar o partido que entender, sem restrição nenhuma.

A respeito, por exemplo, do comunismo, diz que o partido comunista pode ser combatido por meio de um programa hábil em que se lhe demonstre os erros. O partido comunista tem muito por onde ser combatido eficazmente. Ninguém, porém, tem o direito de impedir pela força que uma pessoa lhe defenda as idéias. Uma idéia combate-se com outra idéia e não com violência. A violência é condenada em toda parte do mundo...” (AZEVEDO, 1993, p. 475)

E continua citando Rui Barbosa, Napoleão III, Victor Hugo, Carlos V, Crowwell, Trotsky, Maloy, Caillaux, Carlos Prestes, Lampião, etc. em abono da sua proposta de liberdade ampla à criação de partidos políticos. Senão todos, quase todos os demais

membros da Subcomissão posicionaram-se contra o citado artigo. Preferiam a alternativa proposta pelo membro Antônio Carlos que contemplava somente a primeira parte do artigo, ou seja “A todos os brasileiros é lícito organizarem-se em partidos políticos.”

Sem alternativas para fazer valer a redação que propusera, João MANGABEIRA acabou aceitando o novo texto, mas antes registrou que:

“O sr. João Mangabeira disse aceitar a emenda do sr. Antônio Carlos porque já viu votar-se, no Brasil, uma lei destinada a proibir a propaganda comunista. Amanhã ‘quereriam’ uma lei impedindo campanhas socialistas. E não está longe o socialismo do comunismo.

(...)

Mas hoje se proíbe comunismo; amanhã pode-se proibir o radical socialismo; e depois será votada uma lei proibindo os partidos do divórcio, por ser este um elemento de dissolução social! E iriam até a proibição do partido que pregasse a liberdade de testar!

Amanhã, uma maioria de assembléia, determinadamente católica, quererá proibir o partido que defende a laicidade do ensino.

São esses abusos que quer impedir. E sob esse ponto de vista que julga conveniente dizer-se alguma coisa na Constituição. Não convém suprimir-se o artigo, deixando-se que as maiorias ocasionais decidam a respeito. Uma constituição não se faz para 10 ou 20 anos.” (AZEVEDO, 1993, p. 478-479)

Mais uma vez posiciona-se em favor da ampliação do leque de garantias e da liberdade de associação. Pela natureza deste trabalho, não é possível avançar mais acerca da participação de Mangabeira no alinhar do projeto de constituição elaborado pela Sucomissão do Itamaraty. Contudo, não restam dúvidas que suas intervenções, sumariamente reproduzidas acima, bem demons-

tram quão importante foi sua atuação; sempre combativo e preocupado em dotá-la – a Constituição – de dispositivos que pudessem erigi-la em veículo de transformações sociais.

### 6. A prisão e o discurso de 1944

Mangabeira não era propriamente um moderado ao estilo de Paine<sup>10</sup>. Ao contrário. Não era de escrever panfletos anônimos como *The common sense*<sup>11</sup>. Seu destemor, sua coragem<sup>12</sup> podem ser mensuradas nos diversos embates contra Getúlio, antes e durante a Ditadura do Estado Novo. Por exemplo, em novembro de 1935, juntamente com outros deputados, Mangabeira fundou o Grupo Parlamentar Pró-Liberdades Populares para combater a Lei de Segurança Nacional que vigorava desde março daquele ano.

Com a eclosão da Revolta Comunista na capital do Rio Grande do Norte, em fins de novembro de 1935 Getúlio Vargas requer ao Congresso a decretação de estado de sítio em todo o país por 60 dias. Mangabeira votou contra – e teve ao seu lado os deputados Domingos Velasco, Abgvar Bastos e Abel Chermont entre outros – alegando que a revolta se restringia a somente dois Estados do Nordeste, não havendo razão para ampliá-la a todo o país. O governo federal conseguiu a aprovação da medida e logo depois mandou prender Francisco Mangabeira, filho de João, acusando-o de envolvimento com os comunistas do Rio.

Em fevereiro de 1936, João Mangabeira impetra *habeas corpus* em favor do filho e dos demais detidos. Não obtém sucesso. Com o aumento da repressão, ele próprio acaba preso, em março de 1936, juntamente com outros parlamentares. Mesmo com enorme pressão de parte do Congresso e de entidades civis, Mangabeira e seus colegas continuam presos até maio de 1937 (portanto, permaneceu na prisão por mais de um ano), quando, julgados, alguns foram absolvidos e outros condenados. Entre os últimos encontrava-se Mangabeira, condenado à

três anos e quatro meses de reclusão. Com um novo recurso, foi posto em liberdade em junho de 1937 e retornou à Câmara em julho do mesmo ano.

Com o Golpe de novembro de 1937, Mangabeira perderia o mandato e em seguida se refugiaria na embaixada da Colômbia, de onde só sairia após as garantias dadas por Francisco Campos (então Ministro da Justiça) de que não seria detido (BELOCH; ABREU, 1984, p. 3527).

Voltou ao exercício da advocacia. Em 1943 fez uma conferência sobre Rui Barbosa, publicada em uma série de artigos no jornal *Diário Carioca* e mais tarde condensada no livro *Rui: o estadista da República* (MANGABEIRA, 1943).

Em 1944 Mangabeira é escolhido parainfo da turma de formandos da então Faculdade de Direito da Bahia. Nessa passagem, Mangabeira mais uma vez dá exemplo de como envolvente era sua oração, da firmeza dos seus ideais e, por linhas oblíquas, parece nos conduzir a emendar COMTE (apud JACQUES, 1982, p. 137) quando afirmou que “o homem se agita e a humanidade o conduz”. Mangabeira, com suas idéias e, principalmente, por sua coragem, chacoalhou os alicerces do país, não o conduziu<sup>13</sup>, mas não se deixou conduzir.

“Há quase meio século, um jovem, aos 17 anos, abandonava, num dia como este, esta casa sagrada. Pobre e só, ele subia cantando pelas encostas da vida. E o sol, que o apanhava de frente, doirava-lhe a fronte com todas as ilusões. Tinha uma confiança enorme em si mesmo e uma fé inabalável em certos princípios morais, que a maldade dos homens pode conturbar, mas não pode destruir.

O peito aberto a todos os sofrimentos humanos. Julgava que ia vencer e conquistar a glória. Mas vieram as tormentas, veio a dor, veio a noite. E nada do que previu se realizou, e nada do que sonhou aconteceu. Vieram as desilusões, as preterições, as calúnias, a

prisão, a condenação. Mas a umas arrostou, de outras zombou e algumas desprezou. E a todas venceu, porque a sua consciência era sã e a sua alma era forte. E por fim veio a treva. Treva estreita, treva suja, treva de túnel sem luz, em que a traição e o egoísmo há sete anos mergulham o país. Mas, por entre todos os contratemplos e reveses, a flama que iluminava o adolescente de outrora não se apagou jamais, porque era a do ideal. Transmitiu-se da adolescência à idade viril e daí à maturidade. Hoje ele desce a encosta que dá para o vale da morte. Os cabelos branqueiam. As faces enrugam-se. Mas o espírito não envelhece. É o mesmo dos 17 anos de então. A mesma flama. O mesmo peito aberto ao sofrimento dos pobres donde saiu, blindado por certas virtudes que somente a pobreza dá. E por isso mesmo, apesar de todos os desenganos e derrotas, a felicidade o coroa na velhice. O prêmio de uma vida que se apurou no sofrimento, e não se empederniu no egoísmo.”<sup>14</sup>

### *7. A redemocratização do país e a campanha para presidente da República*

Lentamente a Ditadura Vargas afrouxava o rígido controle sobre a imprensa. Assim é que em meados de 1945 MANGABEIRA é procurado para falar sobre eleições, declarando textualmente: “Não temos eleições – nós e as tribos africanas.”

Com a convocação de eleições presidenciais e com o retorno do país à Democracia, são formados novos partidos, entre eles a União Democrática Nacional (UDN), que teve como primeiro presidente Otávio Mangabeira, irmão de João e futuro governador da Bahia.

Dentro da UDN, surgiu um grupo denominado “Esquerda Democrática” (ED), formado em sua maioria por intelectuais e políticos simpáticos e praticantes do socialismo. Desnecessário dizer que João Mangabeira era um dos líderes (por sinal juntamente com

Juraci Magalhães, seu antigo desafeto), exigindo um maior compromisso social da UDN. Passadas as eleições de 1945 (e tendo João Mangabeira ficado com a quinta suplência de deputado federal), ocorreu o inevitável, isto é, a separação da ED com a UDN<sup>15</sup>. A Esquerda Democrática passou a agremiação política autônoma tendo João Mangabeira sido eleito deputado federal no pleito de 1947 por essa legenda. Logo em seguida, a Esquerda Democrática foi dissolvida, passando a denominar-se Partido Socialista Brasileiro (PSB). João Mangabeira foi seu primeiro presidente.

O PSB, buscando preservar sua identidade programática, lança João Mangabeira candidato à Presidência da República, no pleito de outubro de 1950. Getúlio sagra-se vencedor com quase quatro milhões de votos e João Mangabeira obtém apenas 9.466 (nove mil quatrocentos e sessenta e seis votos). Como era dura a vida da esquerda.

O resultado desse pleito e a tentativa de alguns partidos em empastelar a vitória de Getúlio Vargas propiciou mais uma demonstração de coerência e sensatez política de Mangabeira. Embora tenha permanecido preso por mais de um ano por crime de opinião e, inclusive, tenha tido seu mandato cassado, ambas as atrocidades cometidas pela Ditadura do Estado Novo, João Mangabeira posicionou-se contrariamente à tentativa de alguns partidos em impugnar o resultado das eleições de 1950 sob a alegação de que a Constituição exigia implicitamente “maioria absoluta”, o que Getúlio não havia conseguido.

Em julho de 1962, no período parlamentarista, foi nomeado Ministro das Minas e Energia, cargo que ocupou por apenas dois meses em decorrência de rearrumação política. Em setembro do mesmo ano, foi nomeado para a pasta da Justiça. Com o retorno do Presidencialismo, João Goulart o manteve no Ministério, todavia, Mangabeira, mais uma vez, por coerência de princípios, resolveu pedir exoneração (em maio de 1963) por não concordar com um empréstimo compul-

sório aprovado pela Câmara. A partir de então, não exerceu nenhum outro cargo público. Seu falecimento ocorreu em abril de 1964.

### 8. *A eterna esperança depositada nos jovens*

Outro detalhe que sobressai nos discursos e nos trabalhos de Mangabeira – notadamente naqueles – é a sua constante pregação dirigida à juventude<sup>16</sup>, concitando-a a lutar por dias melhores e procurando despertar nos jovens – com licença para o lugar comum – a força do seu potencial. É o que se constata, por exemplo, em mais um discurso erudito pronunciado em 24 de agosto de 1946, quando da abertura da Convenção Nacional da Esquerda Democrática. Confira-se:

“Mocidade flamante da vida! Vós sois o sal da terra. A vós confia a Pátria, o seu destino e o seu futuro. Confiai em nós que vos amamos. Os homens da minha geração estão a sair pela porta da morte, olhando-vos com carinho e com esperança, a vós que entraís cantando e coroados de rosas pelo pórtico da vida... Vós ides ser a voz de um novo mundo, de uma democracia nova, gerada nas entranhas da dor. Desprezai os reacionários, os retrógrados, os retardados. Quebrai os velhos moldes carcomidos. Alijai as velhas ânforas, que elas não suportariam o fermentar do vinho novo da vida. Derrubai os falsos ídolos. Destruí os preconceitos absurdos e os privilégios caducos. Plasmái com vossas mãos vossos destinos. Formai em nossas fileiras, que são vossas. Enfrentai tranquilos o futuro promissor que já alvoreja. Nada deterá a vossa marcha. A fé vos ilumina, a esperança vos acena, a vitória vos sorri.”<sup>17</sup> (JOÃO..., 1982, p. 158).

Creio que, nesse momento, não obstante seu reconhecido otimismo e sua crença em dias melhores, João Mangabeira, particular-

mente nesse discurso, encontrava-se mais esperançoso do que o normal dos seus dias. Muito provavelmente pelo ambiente democrático que se respirava com a queda de Getúlio Vargas, seu almoz, e, ainda, pelos ventos democráticos que sopravam do Velho Continente, já, à época, respirando os ares benfazejos do Pós-Guerra.

### 9. *As idéias socialistas, a liberdade de religião e a ausência de Deus*

Nesse mesmo pronunciamento dirigido aos participantes da I Convenção Nacional da Esquerda Democrática, ele expressa a “sua” filosofia socialista (poder-se-ia dizer, o seu socialismo moreno), que, embora laica, reconhece a todos o direito de professar qualquer religião: “A Esquerda Democrática, como partido do povo, não tem uma concepção própria da vida, nem credo religioso e reconhece a cada qual o direito de seguir, nesta matéria, a sua própria consciência. Na Esquerda Democrática, cabem pessoas de todas as crenças e das filosofias mais diversas” (JOÃO..., 1982). Dessa assertiva mangabeiriana, convém indagar: tratava-se de uma posição consciente ou de uma estratégia para atrair adeptos num país reconhecidamente religioso e à época ainda mais católico do que nos dias que correm?

O esclarecimento para a indagação do parágrafo anterior pode ser colhido no discurso proferido em 1935, portanto, anos antes dessa Convenção (que é de 1946), em reunião de minoria parlamentar<sup>17</sup>, quando, já deputado eleito pela Concentração Autonomista da Bahia<sup>18</sup>, afirmara:

(...) “sou homem da esquerda. Assim, sou pela liberdade ampla de pensamento e de cátedra, pela exposição livre de todas as doutrinas pelo exame sem restrições. Sou pela separação entre a Igreja e o Estado.

Como Rui, não creio em nações atéias; mas também não creio em nações clericais. E uma rajada clericalista ameaça o Brasil, expressa no desejo

visível da Igreja intervir no Estado e, sob mão oculta, manejá-lo. A religião é uma força indispensável à conservação e à perfeição da sociedade. Mas o clero que se mantenha nos templos e os governos que dirijam livremente o Estado.” (JOÃO..., 1982, p. 14)

Em outra ocasião, quando do já mencionado discurso aos bacharelandos da Faculdade de Direito da Bahia, em 1963 (Última Verba), João Mangabeira reafirma sua adesão à liberdade de religião, deixando patente, entre outros discursos e textos, não tratar-se de mera retórica. O curioso é que, embora extremamente ligado a Rui Barbosa, que, como sabido, professava um catolicismo senão exacerbado bastante acentuado, Mangabeira raramente – para não dizer nunca<sup>19</sup> – referia-se a Deus. Ressalte-se – embora óbvio – que o fato de propugnar um Estado laico não indica necessariamente descrença na existência de um Ser superior. É o que ocorria, por exemplo, com Rui, isto é, pregava a separação da Igreja com o Estado, todavia, era capaz de cunhar frases como esta: “de tudo quanto no mundo tenho visto se resume nestas cinco palavras: não há Justiça sem Deus.”<sup>20</sup>

Mangabeira, por certo, não pensava como John DEWEY<sup>21</sup> (2002, p. A-15), para quem a religião “foi petrificada numa escravidão de pensamento e sentimento, como superioridade intolerante da parte de poucos e peso intolerável para muitos”. Mas é sintomático que, tendo nascido e crescido num Estado com forte presença religiosa – onde Vieira teve o (sic) “tal” estalo – e tendo sido discípulo de um pensador crente e temente a Deus, além de ser autor de vasta produção intelectual, suas referências ao Criador sejam extremamente raras, para não dizer inexistentes.

### *10. A defesa da Liberdade e das Constituições analíticas*

A trajetória de vida de João Mangabeira bem revela sua crença inabalável na Liberdade, tomada essa no sentido mais amplo

possível e não àquele que nos legou o século XVIII. Lutou por ela na defesa de presos políticos e dele próprio. E sobre ela escreveu textos e proferiu discursos. Entre eles merece destaque uma Conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, colhida por Josaphat MARINHO (1982, p. 88) e reproduzida parcialmente na obra JOÃO Mangabeira na UnB:

“Em conferência na Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, o constitucionalista era simultaneamente o sociólogo. Advertia: ‘As liberdades civis e políticas não passam de aspectos parciais da liberdade. Não são, por isso mesmo, a liberdade. A Liberdade é o conceito abstrato do fato concreto da libertação. Pela manifestação da palavra ou do voto livra-se o homem do cativo político; não se liberta todavia, por elas, do cativo econômico, tanto quanto aquele parasitário e abominável.’ Prosseguia, com argúcia de pesquisador social: ‘Livre pela opinião e pelo voto, escravo pela pobreza e pela necessidade. De um lado, a democracia política, como forma de governo da maioria, apurada nas urnas. De outro lado, a oligarquia econômica, como forma de despotismo de uma diminuta minoria, dona dos meios de produção, dominando a vida material da imensa maioria. Em casos tais, a forma abstrata da liberdade não tem o conteúdo concreto da libertação.’”

No que diz respeito à extensão dos textos constitucionais, Mangabeira encontrava-se em oposição à maioria da doutrina, que defendia (e de certo modo ainda defende), com intransigência, constituições sintéticas. Preocupado com o homem como valor social, Mangabeira haveria de pugnar por constituições amplas, que pudessem contemplar temas sociais. Confira-se, mais uma vez, o testemunho de Josaphat MARINHO (1982, p. 83):

“João Mangabeira não previu, e há de compreender-se, muitas dessas

provisões constitucionais. Várias delas despontam como exigências de mudanças ocorridas e até de peculiaridades nacionais apuradas depois de sua morte. Mas, antes que a tendência expansionista se houvesse consolidado no corpo da doutrina e das constituições, ele defendeu o alargamento dos textos. Já passou o tempo – assinalava em 1934 – das constituições sintéticas – curtas e obscuras como queria Bonaparte. Todas novas constituições abrangem direitos e interesses que se não representavam nas antigas. O campo de matéria constitucional se dilatou com as transformações econômicas do mundo.”

É curioso, mas as Constituições sintéticas exercem um certo fascínio entre acadêmicos de muita, média, pouca ou quase nenhuma importância. Todos, ao que parece, seduzidos pela longevidade da Constituição norte-americana e pela solidez das suas instituições. O que não se comenta ou quase não se comenta é que expressiva parcela da doutrina anglo-saxã enxerga na *Fundamental Law* um documento *vague* e, por isso mesmo, digno de alterações. Igualmente critica a posição da Suprema Corte, transformada, em virtude do caráter vago da Constituição, numa Assembléia Constituinte Permanente.

Não eram essas as razões que levaram João Mangabeira a advogar a necessidade de um texto constitucional mais amplo. Sua preocupação não era de natureza formal ou pelo menos não se circunscrevia a isso. Aqui o enfoque mais uma vez tinha caráter social: o indivíduo, a coletividade, a dignidade do ser humano. Mangabeira advogava uma Constituição extensa como forma de garantir direitos mais amplos. Aqui, mais uma vez, a demonstração do seu humanismo – tal como definido por Nicola ABBAGNANO<sup>22</sup> (2000, p. 519) – no sentido de exaltação à “dignidade e a liberdade do homem”, reconhecendo seu “lugar central na natureza e o seu destino de dominador desta”.

Parece pertinente registrar que a pregação de João Mangabeira faz falta na medida em que caminhamos (melhor seria dizer já nos encontramos) para um tempo em que, no dizer de Leyla PERRONE-MOISÉS<sup>23</sup>, “os estudos humanísticos” encontram-se relegados “a um lugar secundário” em face da lógica perversa “identificada com um bem-estar do homem baseado apenas no acesso às conquistas da ciência e da tecnologia, assim como no bom funcionamento do mercado”, identificando, lamentavelmente, as humanidades como “um luxo, uma perfumaria, uma inutilidade” (2002, p. 9).

### *11. Ecos de João Mangabeira no constitucionalismo contemporâneo*

Conta a lenda que o constitucionalista português J. J. Gomes CANOTILHO, em Seminário promovido por um quase desafeto de Paulo Bonavides, referiu-se a ele – Bonavides – como o maior constitucionalista vivo da Língua Portuguesa. Verdadeira ou não a assertiva do publicista lusitano, o fato incontestável é que, se fossémos buscar identificar entre os doutrinadores do Direito Constitucional alguém que se aproximasse mais das idéias pregadas por Mangabeira, este seria – além do Professor Josaphat Marinho e de outros tantos que por razões variadas não se declaram como tal – o nobre professor de Direito da Universidade Federal do Ceará. Se dúvida há, convém que se reproduza a seguinte passagem da lavra do eminente cearense:

(...) “Com efeito, os juristas do Estado social, quando interpretam a Constituição, são passionais fervorosos da justiça; trazem o princípio da proporcionalidade na consciência, o princípio igualitário no coração e o princípio libertário na alma; querem a Constituição viva, a Constituição aberta, a Constituição real. Às avessas, pois, dos juristas do Estado liberal, cuja preocupação suprema é a norma, a juridicidade, a forma, a pureza

do mandamento legal com indiferença aos valores e portanto à legitimidade do ordenamento, do qual, não obstante, são também órgãos interpretativos.”

(...) “Seus postulados de reengenharia política e social, formulados como um traslado de seu protótipo empresarial, colocam em perigo o Estado social, ao mesmo passo que assinalam o triunfo da injustiça. Aí os fortes esmagam os fracos, os grandes anulam os pequenos e as minorias, senhoresando os privilégios e concentrando o capital, perpetuam a ditadura social dos poderosos. De tal modo que ao povo – desmaiado o Estado social – restar-lhe-á unicamente o partido da resignação ou do desespero. E nessa alternativa, o desespero é, como sabemos, o conselheiro do crime e da revolução. No crime o País já vive com as guerrilhas urbanas dos delinquentes que traficam com drogas. Na revolução, quem dirá, já não é este momento a antevéspera de um terremoto político e social?”

(...) “Isto é absolutamente falso. Basta ver que a adoção do neoliberalismo na sociedade brasileira pelo Governo, em benefício unicamente de parcelas privilegiadas do meio financeiro e empresarial, tem gerado na ordem social efeitos catastróficos: duma parte, empobrece o povo, sobretudo as classes assalariadas, conduzindo ao mesmo passo a juventude para a senzala do crime e da prostituição. E por essa estrada vai igualmente inaugurando novos cativeiros, desagregando valores, cavando abismos, sepultando aspirações, estiolando esperanças, desfigurando, enfim, o semblante nacional das instituições.” (BONAVIDES, 1996, p. 18-19)

Como se vê, há enorme aproximação doutrinária e semelhança de texto. Basta conferir alguns discursos e textos de João Mangabeira, especialmente o já aludido

parecer em favor da viúva de um guarda civil, em que se constata a mesma indignação com o Estado Liberal e a nítida inclinação com os postulados do Estado Social. Bonavides é enfático ao assinalar que:

“Tanto a filosofia política da esquerda como a da direita chegaram a esse resultado comum: a superação da liberdade qual a conceituava outrora o liberalismo, sem a consideração dos fatores econômicos, reconhecidos, hoje, como indispensáveis à prática da verdadeira liberdade humana.

Vã, por conseguinte, a esperança de reprimir a rotação idealista do progresso, a busca necessária de uma liberdade e de uma democracia estaçada em postulados de justiça social e econômica.” (p. 62).

Como contraponto à defesa Bonavidiana do Estado Social (que Mangabeira por certo endossaria com louvor), convém que se invoque o testemunho de Maurice DUVERGER (1980, p. 5):

“Marx não morreu. Foi traído. Cerca de um bilhão e meio de homens vivem hoje sob o império de seu pensamento. Mas este produziu tantas ilusões que se aproximou do pensamento liberal. Sessenta anos após a Revolução de 1789, Marx denunciou vigorosamente a democracia formal do Ocidente, onde as leis consagravam a soberania nacional e as liberdades públicas enquanto se estabeleciam o domínio do dinheiro e o reinado ‘de uma aristocracia manufatureira, uma das mais duras surgidas sobre a Terra’, segundo Tocqueville. Sessenta anos após a Revolução de 1917, os países comunistas aplicam um socialismo formal, cuja prática desmente a teoria todos os dias.

Substituiu os patrões nomeados pelos bancos ou pelos conselhos de administração pelos patrões nomeados pelos autocratas do partido. Estes últimos não são menos parasitas

do que os capitalistas. Os verdadeiros empresários não são menos explorados pela burocracia política do Leste do que pela estrutura técnico-financeira do Ocidente. Os trabalhadores não participam da direção das empresas coletivas. Ganham em dignidade. São reverenciados por um regime, cuja legitimidade estabeleceram, mas não dispõem nem de direito de greve, nem das liberdades sindicais. O trabalho deles é menos apertado, mas sua fraca produtividade provoca uma vida medíocre. Todo mundo vê agora que a cor dos países comunistas não é vermelha, mas o cinzento.

A socialização da economia deveria permitir edificar uma verdadeira democracia, uma democracia real enfim, que seria um modelo para as instituições da democracia burguesa, e garantiria o desenvolvimento de cada homem. Quanto a este ponto, o fracasso foi total. Jamais em nenhuma parte, a distância entre as leis e os fatos foi tão grande...”

Em *Os laranjais do Lago Balaton*, DUVERGER (1980) procede a uma análise fria, crua e, ao que parece, imparcial das idéias de Marx e Engels e, principalmente, dos caminhos “equivocados” que o Socialismo havia tomado. A obra consiste em interessante contraponto à doutrina socialista. Até onde pude perceber, DUVERGER não repudia o socialismo, aponta-lhe as fraquezas.

Da leitura desse trabalho do eminente filósofo francês e dos textos e discursos de João Mangabeira surge a dúvida: é possível uma verdadeira Justiça Social fora de um governo socialista?<sup>24</sup>

## 12. Conclusão

João Mangabeira, político, orador, jurista, ministro de Estado e escritor, foi, no dizer de alguns, “homem de ação e pensamento”. Sem sombra de dúvidas essa expressão bem caracteriza a vida desse ilustre baiano.

Creio, entretanto, que se poderia melhor defini-lo como um homem de ação e pensamento coerentes na sua longa trajetória. Uma trajetória marcadamente preocupada e voltada para a condição do ser humano. Seu enfoque era social, em defesa intransigente da dignidade humana.

Vivesse em nossos dias, estaria proferindo discursos inflamados e envolventes no Fórum de Porto Alegre, combatendo Davos, o Consenso de Washington e a pobreza; defendendo a Ecologia, o direito à união civil entre homossexuais, a quebra de patentes de remédios essenciais e denunciando o flagelo da AIDS na África. Enfim, por não se enquadrar no *Sermão da primeira domingo do advento*, de autoria de VIEIRA (1954, p. 63), não se omitiria acerca de nenhum fato relevante que pudesse macular a existência do Homem em qualquer quadrante do globo.

### Notas

<sup>1</sup> Em verdade, o centenário havia ocorrido um ano antes, em junho de 1980.

<sup>2</sup> Sobre a Comissão do Itamaraty, consultar: (AZEVEDO, 1993).

<sup>3</sup> As comparações são sempre perigosas e podem conduzir a interpretações apressadas e equivocadas; contudo, parece pertinente lembrar a situação vivida, algumas décadas antes, por Rui Barbosa, na formatura dos bacharelados da centenária Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, em 29 de março de 1921 (turma de 1920). Impossibilitado em comparecer pessoalmente, enviou o discurso, intitulado *Oração aos Moços*, que mais tarde viria a se tornar um clássico, reeditado inúmeras vezes.

<sup>4</sup> Trata-se de uma constação ingrata: a pós-graduação no país pouco ou quase nada se dedica a refletir a obra dos grandes nomes nacionais.

<sup>5</sup> Sobre Aliomar Baleeiro, consultar sua cronologia de vida (organizada por Igor Tenório), constante da obra *Estudos de direito público* (REZEK, 1976).

<sup>6</sup> Embora incontestável à adoção do Mandado de Segurança no Estatuto Básico de 1934 por sugestão de João Mangabeira, convém que se reproduza passagem constante do *Dicionário histórico-biográfico brasileiro* (BELOCH; ABREU, 1984, p. 3526): “Os trabalhos da subcomissão (do Itamaraty) só foram divulgados em novembro de 1933, mês em que a Assembléia Nacional Constituinte se

reuniu pela primeira vez. Os jornais da época atribuíram a João Mangabeira um papel essencial na elaboração do anteprojeto, ressaltando como de sua autoria a inclusão do mandado de segurança nesse texto.”

<sup>7</sup> Admito que essa assertiva é um tanto quanto perigosa, afinal de contas não perquiri toda a obra de Carlos Maximiliano para assegurar sua insensibilidade às causas sociais. Todavia, nesse texto específico, a causa social não teria escapado ao crivo mangabeiriano.

<sup>8</sup> Para quem desconhece, essa expressão marcou o fim da década de setenta, quando o governo militar promoveu a chamada abertura política, contemplando, entre outras medidas, a anistia aos presos e exilados políticos. Contudo, a anistia proposta era parcial, o que propiciou a elaboração desse mote: ampla, geral e irrestrita, conforme advogam os defensores dos Direitos Humanos.

<sup>9</sup> Na Constituição de 1934, o artigo restou assim redigido: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito público interessada. O mandado não prejudica as ações petitórias competentes” (Art. 113, n. 33).

<sup>10</sup> Thomas Paine, pensador britânico nascido em Thetford, em 1737. Conheceu Benjamin Franklin na Inglaterra e por ele foi levado à América, em 1774. Na Filadélfia editou a revista *Pennsylvania Magazine*, abraçando a causa da Independência norte-americana. Não pegou em armas, contudo, foi autor de textos importantes como *The common sense*, publicação anônima que exigia a declaração de Independência. Eleito à Convenção francesa que decidiu a execução de Luís XVI, de tão moderado por pouco não foi levado à guilhotina, salvo que fora pela pronta atuação de Robespierre. Faleceu em Nova Iorque em 1809. Algumas das suas principais obras: *Thoughts of peace; Age of reason; Dissertation of the first principles of government*.

<sup>11</sup> O fato de ter sido um texto anônimo não deslustra a figura de Paine. É preciso não esquecer do contexto histórico.

<sup>12</sup> Por falar em coragem, um livro que merece ser lido é o *Admirável mundo atual*: dicionário pessoal dos horrores e esperanças de um mundo globalizado, de autoria de Cristovam BUARQUE (2001). A propósito, confira-se o verbete *carro popular* (p. 69): “O conceito de *carro popular* é um dos indicadores do desprezo das elites brasileiras aos *excluídos*. Em um país onde dezenas de milhões não têm condição de pagar nem sequer uma condução, onde 80% dos trabalhadores recebem entre zero e oitenta dólares por mês, um automóvel privado que custa o equivalente a dez anos de salário mínimo é consi-

derado um produto popular porque atende aos interesses dos menos ricos entre 10% de ricos e quase-ricos. Como a elite ignora os excluídos, os *pobres dos ricos* passam a ser considerados a parcela popular da sociedade, porque os demais são o povão, tratados como inexistentes”. As palavras grifadas pertencem ao original, significando que elas são objeto de definição no próprio Dicionário.

<sup>13</sup> Melhor seria dizer: não conseguiu conduzi-lo.

<sup>14</sup> Trecho do discurso como paraninfo da Turma de 1944 da Faculdade de Direito da Bahia, citado por Luiz VIANA FILHO (apud JOÃO... 1982, p. 9).

<sup>15</sup> Situação parecida viria a ocorrer quarenta anos mais tarde, entre o PMDB e o PSDB.

<sup>16</sup> Tivesse Martin Luther King vivido antes de João Mangabeira e haveria quem dissesse que este se inspirara naquele, tal, em alguns casos, a similitude de pregação e a intransigência com os males da sociedade, notadamente das classes menos favorecidas. A propósito, “ouçamos” Luther KING (apud SURIANO, 1993, p. 82) em discurso proferido na capital, Washington D.C., em 1963: *Go back to Mississippi, go back to Alabama, go back to South Carolina, go back to Georgia, go back to Louisiana, go back to the slums and ghettos of our Northern cities, knowing that somehow this situation can and will be changed. Let us not wallow in the valley of despair*.

<sup>17</sup> A propósito, é bem provável que Mangabeira tenha passado toda a sua vida pregando em favor das minorias e fazendo política ao lado e com as minorias.

<sup>18</sup> O Movimento Autonomista que tomou conta do Estado berço da nacionalidade brasileira é consequência direta da nomeação, por Getúlio Vargas, do jovem Tenente Juracy Magalhães como Interventor do Estado da Bahia. Os baianos de quase todos os credos (e como se sabe não são poucos) se uniram contra a nomeação de um quase imberbe cearense de 26 anos para governar um Estado de tantas tradições. O Movimento Autonomista contou com figuras excepcionais, a exemplo de saudoso Josaphat Marinho, além, como visto, de João Mangabeira. O curioso é que, passadas algumas décadas, Juracy Magalhães a todos conquistou, principalmente por não ter compactuado com o Estado Novo.

<sup>19</sup> Nos textos pesquisados, não se encontrou nenhuma referência de Mangabeira ao Criador.

<sup>20</sup> Frase reproduzida no *hall* principal do Fórum Ruy Barbosa, localizado em Salvador e inaugurado em 1949 pelo governador Otávio Mangabeira.

<sup>21</sup> Filósofo, psicólogo e educador nascido em Burlington (1859) Vermont. Graduiu-se pela Universidade de Vermont e obteve Ph.D pela Johns Hopkins. Lecionou Filosofia na Universidade de Minnesota e Michigan onde firmou reputação com o seu livro *Psicologia*, de 1887. Em seguida fixou-se na Universidade de Chicago onde introduziu se

método *directed living*, que consistia numa proposta de aprendizado com atividades concretas e de relevância prática. Mudou-se para a Universidade de Colúmbia após se desintender com a Universidade de Chicago. Em Colúmbia se transformou num dos expoentes do Pragmatismo. Nessa época apoiou candidatos progressistas e socialistas, embora se opusesse ao Marxismo e ao comunismo. É autor, entre outros, de *The school and society* (1899), *Experience and nature* (1925), *Experience and education* (1938) e *Freedom and culture* (1939). Suas atividades incluíram também a de assessor educacional em diversos países. Faleceu em 1952, após intensa atividade pública como filósofo e educador.

<sup>22</sup> Convém registrar que se trata de uma das definições constantes de seu conceituado Dicionário.

<sup>23</sup> Professora emérita da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo.

<sup>24</sup> A resposta para essa indagação provavelmente restará respondida com a continuidade que se pretende imprimir a este trabalho. Quando pronto, será veiculado no site <<http://www.joaozarlossouto.adv.br>>.

## Bibliografia

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AZEVEDO, José Affonso Mendonça de. *Elaborando a constituição nacional: atas da subcomissão elaboradora do anteprojeto 1932/1933*. Organização e índices de Paulo Roberto Moraes de Aguiar. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1933. 1007p.

BELOCH, Israel; ABREU, Alzira Alves de. (Coord.). *Dicionário histórico-biográfico brasileiro: 1930-1983*. Rio de Janeiro: Forense Universitária; FGV/CPDOC, 1984. v. 3.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 1996.

BUARQUE, Cristovam. *Admirável mundo atual: dicionário pessoal dos horrores e esperanças de um mundo globalizado*. São Paulo: Geração, 2001. 333 p.

CAMPOS, Newton Macedo. Os cento e dez anos de João Mangabeira. *A Tarde*, Salvador, 26 jun. 1990. Opinião, p. 6.

CLARET, Martin. *Einstein: vida e pensamentos*. São Paulo: Martin Claret Ltda, 1997.

DEWEY, John. Religião volta ao debate público nos EUA. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 ago. 2002. p. A-15.

DICIONÁRIO bibliográfico de autores brasileiro. Salvador: Centro de Documentação do Pensamento Brasileiro, Senado, 1999.

DUVERGER, Maurice. *Os laranjais do Lago Balaton*. Brasília: UnB, 1980.

JACQUES, Paulino. *O governo parlamentar e a crise brasileira*. Brasília: UnB, 1982.

JOÃO Mangabeira na UnB: conferências, comentários e debates de um simpósio realizado de 3 a 6 de novembro de 1981. Brasília: UnB, 1982. 162 p. (Coleção Itinerários).

MANGABEIRA, Francisco. *João Mangabeira: República e socialismo no Brasil*. Prefácio de Jorge Amado. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. 208 p. (Coleção Estudos Brasileiros, v. 36).

MANGABEIRA, João. *Análise do momento política*. Rio de Janeiro: Imp. Nacional, 1948. 17 p. Discursos.

\_\_\_\_\_. *Em torno da contituição*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1934. 333 p. (Biblioteca de Cultura Jurídica e Social, v. 2.)

\_\_\_\_\_. *Esquerda democrática: democracia, capitalismo e socialismo*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1946. Discurso.

\_\_\_\_\_. *Idéias políticas de João Mangabeira: cronologia, notas bibliográficas e textos selecionados por Francisco de Assis Barbosa*. Introdução Hermes Lima. Brasília: Senado Federal; Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1980. 3 v.

\_\_\_\_\_. *Oração de paraninfo*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1945. 38 p. Discurso proferido na Faculdade de Direito da Bahia, em 8 de dezembro de 1944.

\_\_\_\_\_. *Rui: o estadista da República*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943. 432 p. il. (Coleção Documentos Brasileiros, v. 40).

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 2. ed. São Paulo: Martins, 1946. 395 p.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 3. ed. São Paulo: Martins, 1960. 411 p.

\_\_\_\_\_. *Rui Barbosa: discursos e conferências*. Prefácio de Hermes Lima. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1958. 181 p.

\_\_\_\_\_. *Sobre Rui Barbosa: um discurso e um parecer*. Rio de Janeiro: LUX, 1924. 94 p. Em colaboração com Otávio Mangabeira.

- MARINHO, Josaphat. *João Mangabeira: constitucionista*. In: JOÃO Mangabeira na UnB. Brasília: UnB, 1982. p. 88.
- \_\_\_\_\_. *João Mangabeira: um exemplo de coerência*. Salvador: Centro de Estudos Baianos da Universidade Federal da Bahia, 1984. 24 p. Publicação da Universidade Federal da Bahia.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.
- MORAES FILHO, Evaristo de (Org.). *O socialismo brasileiro*. Brasília: Câmara dos Deputados/UnB, 1981. 278 p.
- PERRONE-MOISÉS, Leyla. *Para que servem as humanidades?* Folha de São Paulo, São Paulo, 29 jun., 2002. Caderno Mais, p. 9.
- POLETTI, Ronaldo. Aliomar Baleeiro: judicatura e política. In: ROSAS, Roberto. *Aliomar Baleeiro no Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- REZEK, José Francisco (Coord.). *Estudos de direito público em homenagem a Eliomar Baleeiro*. Brasília: UnB, 1976.
- ROCHA, Geraldo. *Uma excursão*. Rio de Janeiro: Tvp. do Jornal do Comércio, 1935. 131 p.
- SOUZA, Antônio Loureiro de. *Baianos ilustres: 1567-1925*. 3. ed. rev. São Paulo: IBR.ASA; Brasília: INL, 1979. p. 267-268.
- SURIANO, Gregory R. (Ed.). *Great american speeches*. New York: Gramercy Books, 1993.
- VIEIRA, Antônio. *Obras escolhidas*. Lisboa: Sá da Costa, 1951-1954. 12 v.

# Cultura dos direitos humanos

Lafayette Pozzoli

## Sumário

1. O tema dos direitos humanos. 2. A afirmação do direito humanista na lei. 3. O abandono do direito natural. 4. Direitos humanos constitucionalizados. 5. Caminhos do humanismo. 6. Considerações finais.

### *1. O tema dos direitos humanos*

Como se tornou possível a crença numa lei comum que se estende “*erga omnes*” (para todos), e que por isso transcende a lei particular de uma determinada comunidade política? Ou melhor, como se tornou possível o tema dos direitos humanos?

Observa o professor da Faculdade de Direito da USP, Celso LAFER (1988), no seu livro *A reconstrução dos direitos Humanos*, que no Livro do Gênese, da Bíblia, está dito que “Deus criou o ser humano à sua imagem”. O ser humano, portanto, é o ponto culminante da criação, tendo importância suprema na economia do Universo. Nessa linha, os hebreus sempre sustentaram que a vida é a coisa mais sagrada que há no mundo e que o ser humano é o ser supremo sobre a terra. Todo ser humano é único, e quem suprime uma existência é como se destruísse o mundo na sua inteireza.

Na elaboração judaica desse ensinamento, isso se traduz numa visão da unidade do gênero humano, apesar da diversidade de nações, que se expressa por meio do reconhecimento e da afirmação das Leis de

Lafayette Pozzoli é Advogado, Pós-doutorado em Filosofia do Direito e do Estado pela Universidade de Roma “La Sapienza” (Itália), Doutor e Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP, Professor de Direito, Consultor Internacional em Legislação para pessoa portadora de deficiência pela OIT, Secretário Executivo do Instituto Jacques Maritain do Brasil e Consultor avaliador do INEP.

Noé, que na verdade não deixam de ser o direito comum a todos, pois constituem a aliança de Deus com a humanidade e representam um conceito do “*jus naturae et gentium*” (direito natural das gentes, ou seja, como denominamos atualmente, o direito internacional).

Na vertente grega, LAFER (1988) menciona o estoicismo<sup>1</sup>, que na época helenística<sup>2</sup>, com o fim da democracia e das cidades-estado, atribuiu à pessoa que tinha perdido a qualidade de cidadão, para se converter em súdito das grandes monarquias, uma nova dignidade. Essa nova dignidade resultou do significado filosófico conferido ao universalismo de Alexandre. O mundo é uma única cidade – cosmópolis – da qual todos participam como amigos e iguais. À comunidade universal do gênero humano corresponde também um direito universal, fundado num patrimônio racional comum, daí derivando um dos precedentes da teoria cristã da “*lex aeterna*” (lei eterna) e da “*lex naturalis*” (lei ligada à natureza humana), inspiradoras dos direitos humanos.

O cristianismo retoma o ensinamento judaico e grego, procurando aclimatar no mundo, por meio da evangelização, a idéia de que cada pessoa humana tem um valor absoluto no plano espiritual, pois Jesus chamou a todos para a salvação. Nesse chamamento, “não há distinção entre judeu e grego”<sup>3</sup>, pois “não há judeu, nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus”<sup>4</sup>. Nesse sentido, o ensinamento cristão é tido como um dos elementos formadores da mentalidade que tornou possível o tema dos direitos humanos.

O valor da pessoa humana, historicamente, agregou-se àquilo que se convencionou chamar de direito natural ou humanista. Este evidentemente um tema mais amplo porque na concepção d’alguns filósofos – como foi o caso de Locke – abrangia até mesmo a propriedade privada. Aliás, tanto a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, quanto a De-

claração de Virgínia, dos Estados Unidos da América, de 1776, absolveram essa tendência *lockiana* e nelas a propriedade aparece no rol dos direitos naturais.

## 2. A afirmação do direito humanista na lei

O direito natural ou humanista representa um padrão geral, a servir como ponto de Arquimedes na avaliação de qualquer ordem jurídica positiva, de modo que o direito natural teria preeminência sobre o Direito Positivo, vez que este se caracteriza pelo particularismo de sua localização no tempo e no espaço.

A afirmação de um direito natural como forma de resgatar a justiça teve efeitos práticos na obra de codificação das leis. Esses efeitos aparecem claramente na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789:

No preâmbulo: “Os representantes do povo francês constituídos em Assembléia Nacional... resolvem expor uma declaração solene dos direitos naturais, inalienáveis, imprescritíveis...”

No artigo 11: “O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem...”

E na Declaração de Direitos da Virgínia, dos Estados Unidos da América, de 1776:

Artigo 1º – “Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, por nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade...”

O Brasil recebeu o direito humanista por via da tradição portuguesa. A lei de 11 de agosto de 1827, que dispõe sobre a criação dos Cursos Jurídicos, estabeleceu a inserção da cadeira de direito natural, justificando da seguinte forma: “o direito natural, ou da razão, é a fonte de todo direito, porque na razão apurada e preparada por boa e

luminosa lógica, se vão achar os princípios gerais e universais para regularem todos os direitos, deveres e convenções do homem”.

Mas essa orientação funcionou por um período de tempo relativamente pequeno, como veremos.

### 3. *O abandono do direito natural*

Efetivamente, a burguesia chegou ao poder desfraldando a bandeira do direito natural que serviria de sustentáculo na aparência da ordem fundada na justiça participativa. Não obstante, no século XIX assistimos ao mesmo tempo à destruição e ao triunfo do sistema legado pelo jusnaturalismo. Como isso aconteceu?

Transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições, a visão jusnaturalista, de um direito natural, foi perdendo o significado da idéia de um outro direito que não o direito dos códigos e das constituições. A codificação terminou por constituir-se em ponte involuntária entre o jus-naturalismo e o positivismo jurídico.

O positivismo esteve ligado, inegavelmente, à necessidade de segurança da sociedade burguesa, em virtude mesmo da falta de unidade e coerência no conjunto de normas vigentes em quase todos os países da Europa.

A codificação surge em virtude de um duplo imperativo sócio-econômico: o primeiro era a necessidade de pôr em ordem o caos do direito privado para garantir a segurança com justiça das expectativas e atender, dessa maneira, às necessidades do cálculo econômico-racional de uma economia capitalista em expansão. O segundo era de fornecer ao Estado, por meio da lei, um instrumento eficaz de intervenção na vida social.

Assim, se o direito natural fora apanhado totalmente pela legislação, então não se poderia duvidar da plenitude da lei, que contém todo o direito, inclusive o direito natural, como ficou expresso na Declaração Francesa dos Direitos do Homem e dos Cidadãos de 1789. Está aí a gênese do movi-

mento que pretendeu reduzir a ciência do direito a uma simples técnica jurídica, à simples interpretação do texto legal. Tudo isso, não obstante tratar-se de declaração de direitos, num primeiro momento. No entanto, gradativamente, para não dizer com rapidez, tais direitos declarados foram tomando corpo nos textos constitucionais.

No Brasil, o direito natural começa a perder força a partir dos pareceres de Ruy BARBOSA sobre o ensino em geral, em que realça a importância da ciência e do método experimental e propõe a substituição da cadeira de direito natural. Esses ataques culminaram, na Faculdade de Direito de São Paulo, com a substituição da cátedra de direito natural pela de filosofia do direito, sendo esta ocupada pela primeira vez pelo jurista e professor Pedro Lessa.

Vale consignar que o humanismo ressurgiu com extraordinário vigor na Alemanha Ocidental, durante o nazismo, para resistência e, após ele, para a restauração da democracia. Depois de ficar subjacente a todo julgamento dos criminosos levados ao Tribunal de Nuremberg<sup>5</sup>, o direito natural serviu de fundamento às sentenças da Justiça alemã, anulando velhas decisões, baseadas em leis nazistas, e empolgou as cátedras universitárias daquele país.

### 4. *Direitos humanos constitucionalizados*<sup>6</sup>

No humanismo, que inspirou o constitucionalismo, os direitos do ser humano eram vistos como direitos inatos e tidos como verdades evidentes. A positivação desses direitos nas constituições, que se inicia no século XVIII com a Revolução Francesa, almejava, pelo menos teoricamente, conferir-lhes uma dimensão permanente e segura. Essa dimensão, acreditava-se, seria o dado de estabilidade que serviria de contraste e tornaria aceitável, no tempo e no espaço, o Direito Positivo.

À guisa de exemplo, o primeiro passo deu-se com a declaração de tais direitos

como os consignados nos artigos I, II e III da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789:

“I – O governo é instituído para garantir ao homem o gozo destes direitos naturais e imprescritíveis.

II – Estes direitos são a igualdade, a liberdade, a segurança e a propriedade.

III – Todos os homens são iguais por natureza e diante da lei.”

Nessa mesma linha, os direitos naturais da pessoa humana encontram-se hoje copiados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU – Organização das Nações Unidas. A maioria desses direitos fundamentais foram ratificados em constituições dos diversos países signatários da mencionada declaração, entre eles o Brasil. Aliás, a Declaração da ONU, convém observar, tem validade como qualquer contrato, especialmente por conta do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>7</sup>.

Veja isso no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988:

“Artigo 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Os direitos humanos conscientizam e declaram o que vai sendo adquirido nas lutas sociais e dentro da história, para transformar-se em opção jurídica indeclinável.

A lei provinda do órgão competente para legislar no Estado – o Poder Legislativo – foi, gradativamente, assumindo a quase exclusividade da condição de fonte do direito. Vale observar que o crescente intervencionismo estatal que ampliou o processo de positivação do direito pelo Estado resultou em base para a convicção de que ele, o direito, não tem por função simplesmente qualificar como boas ou más as condutas das

pessoas, mas também servir de instrumento de gestão da própria sociedade.

A correlação entre direito, Estado e organização social permitiu enfocar o direito como uma instituição que é um ordenamento, ou seja, uma totalidade organizada que não perde a sua identidade mesmo com a mudança de seus elementos. Assim, a teoria do ordenamento acabou por se configurar como uma teoria do direito, que se ocupa das normas e dos ordenamentos na sua estrutura e não no seu conteúdo.

Assim, o que caracteriza o direito positivo, no mundo contemporâneo, é a sua contínua mudança. Por isso mesmo torna-se difícil identificar o jurídico só pelo conteúdo. Daí a necessidade de conhecer, identificar e qualificar as normas como jurídicas pela sua forma. A esse respeito Hans KELSEN deu uma contribuição teórica, de admirável rigor, ao elaborar, no âmbito da teoria pura, o princípio da dinâmica do direito, graças ao qual uma norma é válida não porque tem um certo conteúdo, mas sim porque foi formalmente criada de acordo com as normas previstas no ordenamento.

Resta estudar a maneira como o direito foi ganhando legitimidade no seio da sociedade.

### 5. *Caminhos do humanismo*

Os direitos humanos foram concebidos como proposta de um sistema de vida integral que abarcasse os âmbitos cultural, econômico, político e social, tanto em nível individual como coletivo, e aplicável a todos, sem qualquer discriminação. Expressam um desejo de sobrevivência cada vez mais profundo à medida que crescem as ameaças à vida. Não se contentam em proclamar a sede da vida dos seres humanos, mas tentam permitir concretamente a sobrevivência.

Jacques MARITAIN<sup>8</sup> (1945) ensina, em seu livro *Humanismo integral*, que o ser humano deve realizar uma obra comum na terra: o amor. O verdadeiro fim da humanidade está em realizar uma vida comum terre-

na, um regime temporal de acordo com a dignidade humana e o amor. Trata-se de um trabalho árduo e heróico e que exige força de vontade, paciência e, sobretudo, fé de cada pessoa.

O que se espera da humanidade? Qual caminho seguir? Que ela tenha estruturas sociais, instituições e leis dignas, inspiradas no espírito de amizade fraterna, e que oriente cada vez mais vertiginosamente as energias da vida social para uma concepção de amor. Uma nova sociedade, baseada em valores fraternos, teria o amor como princípio dinâmico essencial. A sociedade é composta de pessoas humanas e tem como fim o bem comum coletivo. Esse bem comum não significa simplesmente o bem individual, mas o empenho de cada um na realização da vida social dos demais, das outras pessoas. O bem comum de um ser humano está na realização do bem comum de outro ser humano: aqui o verdadeiro sentido do bem comum de uma humanidade.

Uma obra baseada em princípios humanistas incita ao trabalho todos os seres humanos de boa vontade, todos aqueles que possuem uma noção desses ensinamentos, visto que poucos conhecem tais ensinamentos e, também, poucos os praticam em sua totalidade. Nasce, assim, uma humanidade reunida em um corpo social homogêneo, mas espalhada por todo o planeta como uma cadeia de grupos humanistas disseminados entre as nações.

Não se pode negar que essa passagem implica mudanças muito profundas na psique humana. Consiste essa transformação num real reflexo dos ensinamentos humanistas em cada ser humano. Trata-se de mudanças no regime da vida humana que devem efetuar-se em nível de coração, contribuindo para a construção de uma nova moral. A moral exige que antes de se fazer o mal, o ser humano deve fazer tudo para impedi-lo. E na impossibilidade disso, deve-se fazer tudo para reverter as consequências da prática desse mal sem acarretar um mal maior.

Se o mal existe, este é por culpa do ser humano e a este cabe repará-lo. Exige a moral que apliquemos um certo policiamento à nossa conduta, que o ser humano abomine qualquer idéia de vingança sobre seu semelhante, pois o julgamento cabe tão-somente a seu criador e, em certa medida, muito imperfeita, aos juízes e educadores humanos; é assim que se seguiram os ensinamentos de MARITAIN, lembrando, ainda, que o ser humano não é juiz de seu irmão: eis, de maneira geral, quer se trate de ética privada ou de ética política, o dado fundamental do comportamento para com outrem.

Esse ensinamento não diz que deve o ser humano se calar diante de injustiças, pelo contrário, deve denunciar a plenos pulmões a injustiça. O que se evidencia é que, a menos que se possua, por um título ou outro, uma jurisdição sobre o ser humano que comete uma injustiça, não cabe ao ser humano reprovar sua falta por meio do juízo arbitrário.

O humanismo realça, sobretudo, o valor do homem e da mulher como pessoa, isto é, como princípio autônomo e individual de consciência e responsabilidade, aberto à plenitude do ser e ultimamente orientado pela divindade.

### *6. Considerações finais*

É da natureza dos seres humanos nascerem livres e iguais em dignidade e direitos, bem como agirem em mútuo respeito, solidariedade e reciprocidade. Ninguém pode ser submetido a tortura nem a tratamentos e punições cruéis, inumanas ou degradantes, físicas ou morais. Ninguém pode ser condenado à morte, ou arbitrariamente preso, detido ou exilado. Toda pessoa tem direito à livre escolha do próprio estado de vida. Homens e mulheres em idade núbil têm o direito de casar e de formar uma família sem nenhuma discriminação ou limitação de raça, nacionalidade ou religião.

É por esse caminho que se está construindo uma cultura dos direitos humanos. Uma cultura dos direitos humanos e da so-

lidariedade contemporânea que consiste em reforçar a interação entre os viventes, nem iguais, nem diferentes, no sentido do humanismo integral.

São esses os ditames impregnados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos há mais de cinquenta anos e que criaram uma cultura dos direitos humanos, sendo gradativamente incorporada e vivenciada por todos.

### Notas

<sup>1</sup> Doutrina de filósofos gregos que considera fortemente a questão moral.

<sup>2</sup> Período da Grécia antiga que mais conhecemos, século V ao III, a.C., aproximadamente.

<sup>3</sup> Epístola de São Paulo aos Romanos, 10, 12.

<sup>4</sup> Epístola de São Paulo aos Gálatas, 3, 28.

<sup>5</sup> Tribunal onde foram julgados, após a Segunda Guerra Mundial, os dirigentes nazistas.

<sup>6</sup> A doutrina está buscando concretizar conceitos que melhor identifiquem uma classificação histórica para os chamados direitos humanos. A mais usual é a que identifica três categorias distintas. A primeira geração compreende os precedentes da Antigüidade e da Idade Média como os antecedentes dos direitos humanos e que resultaram nas revoluções dos séculos XVII e seguinte, em que aparecem as chamadas liberdades públicas. Com a segunda geração surgem os direitos sociais, decorrentes da situação difícil porque passaram as pessoas que viviam o início da industrialização. Mais recentemente surge a terceira geração, correspondendo a direitos concernentes a toda a humanidade, como por exemplo o direito ao meio ambiente sadio, à paz, ao desenvolvimento.

<sup>7</sup> Os Pactos foram adotados pela Resolução nº 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1996 e ratificados pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992. A transformação da Declaração em Pactos foi a forma encontrada pela ONU de fazer com que os seus países membros convalidassem os membros em suas respectivas ordens jurídicas.

<sup>8</sup> Jacques Aimé Henri MARITAIN (1882-1973) viveu 91 anos, um filósofo francês que propõe a retomada dos ensinamentos de Santo Tomás de Aquino para a solução dos problemas característicos de nossa época. Foi o apóstolo da filosofia conhecida como humanismo integral.

À guisa de informação, existe no Brasil o Instituto Jacques Maritain do Brasil (filiação ao Instituto Internacional Jacques Maritain, com sede em Roma).

É presidido pelo Dr. Alceu Amoroso Lima Filho, tem núcleos em várias Universidades do país e centros de estudos sobre pensamento de diversos pensadores humanistas. Embora leve o nome de Jacques Maritain, o Instituto trabalha o processo de reflexão do pensamento humanista, conforme disposto no art. 2º dos seus Estatutos Sociais: "Tem como objetivo o estudo, aprofundamento e difusão da cultura inspirada nos princípios de um humanismo integral." Nesse sentido, o Instituto trabalha na reflexão do pensamento de Jacques Maritain, bem como de humanistas cristãos, como: Lebre, Mounier, Teilhard de Chardin, Alceu Amoroso Lima (Tristão de Athayde), Igino Giordani e outros. Maiores informações constam na Internet: <http://www.maritain.org.br>.

### Bibliografia

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

AQUINO, Tomás de. *Suma teológica*. Tradução de Alexandre Correa. [S. l.: s. n.], [19-?].

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. São Paulo: Perspectiva, 1979.

ARISTÓTELES. *Política*. Brasília: UnB, 1988.

ASSIS, Olney Queiroz. *O estoicismo e o direito justiça, liberdade e poder*. São Paulo: Lúmen, 2002.

CARTA encíclica Fidei et Ratio do Sumo Pontífice João Paulo II aos Bispos da Igreja Católica sobre as relações entre fé e razão. Cidade do Vaticano: Libreria Editrice Vaticana, [1998?].

CHALITA, Gabriel. *Vivendo a filosofia*. São Paulo: Minden, 1998.

CHARDIN, Pierre Teilhard. *Hino do universo*. São Paulo: Paulus, 1994. (Coleção Educadores da Humanidade).

COELHO, Luiz Fernando. *Lógica jurídica e interpretação das leis*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

GIORDANI, Igino. *Diário de fogo*. São Paulo: Cidade Nova, 1986.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução de João Vasconcelos. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

LA FER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.

- LIMA, Alceu Amoroso. *Política*. Rio de Janeiro: Agir, 1956.
- LIMA, Jorge da Cunha; PUSSOLI, Lafaiete (Coord.). *Presença de Maritain testemunhos*. São Paulo: LTr, 1995. (Coleção Instituto Jacques Maritain).
- MACHADO, Edgar de Godói da Mata. *Direito e coerção*. São Paulo: Unimarco, 1999.
- MARCÍLIO, Maria Luiza. RAMOS, Ernesto Lopes (Coord.) *Ética na virada do milênio: busca do sentido da vida*. São Paulo: LTr, 1999. (Coleção Instituto Jacques).
- MARITAIN, Jacques. *Humanismo integral*. Tradução de Afranio Coutinho. [S. l.] : Cia. Editora Nacional, 1945.
- \_\_\_\_\_. *Os direitos do homem*. Tradução de Afranio Coutinho. Prefácio de Alceu Amoroso Lima. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.
- MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Participação: desenvolvimento com democracia*. São Paulo: Nossa Editora, 1990.
- MORENTE, Manuel Garcia. *Fundamentos de filosofia*. São Paulo: Mestre Jou, 1980.
- PLATÃO. *A República*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1987.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- PUSSOLI, Lafaiete. *Justiça dos tribunais ou da cidadania?* São Paulo: Cidade Nova, 1996.
- \_\_\_\_\_. MARCÍLIO, Maria Luiza (Coord.). *Cultura dos direitos humanos*. São Paulo: LTr, 1998. (Coleção Instituto Jacques Maritain).
- SOUZA, C. A. M. de *Direitos humanos, urgente!* São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Segurança jurídica e jurisprudência: um enfoque filosófico-jurídico*. São Paulo: LTr, 1996.

# O Estatuto da Cidade e os desafios postos à ação do Ministério Público na atualidade

Daniella S. Dias

## Sumário

1. Considerações iniciais. 2. O Estatuto da Cidade e o papel do Ministério Público. Bibliografia.

### *1. Considerações iniciais*

As inúmeras crises sociais, políticas, econômicas, ambientais são vivenciadas em nossa atualidade por todos os cidadãos. As desigualdades econômicas, fruto de um modelo de desenvolvimento econômico desigual, irracional e não prudente, revelam-se também em desigualdades sociais e políticas.

Em diferentes gradientes, os cidadãos sofrem diversas formas de desigualdades causadas pelo sistema econômico adotado. Essas desigualdades se expressam também no espaço jurídico, quando os direitos e garantias fundamentais, que deveriam ser estendidos formal e materialmente a todos cidadãos, apresentam-se, em realidade, como direitos vivenciados por uma parca minoria. Isto para não falar nos direitos sociais e nos direitos difusos, que sofrem obstáculos à sua concretização, seja porque muitas das normas a eles referentes são consideradas, por muitos doutrinadores, como *normas de conteúdo programático*, seja porque esses direitos necessariamente requerem a atuação positiva do Estado no sentido de criar, forjar mecanismos jurídicos e políticas públicas que propiciem a sua efetividade.

O equívoco em dar aos direitos sociais e difusos, e mesmo a alguns direitos e garan-

Daniella S. Dias é Doutora em Direito Público (UFPE), Professora da Graduação e Mestrado da UNAMA, Professora da Graduação e Mestrado da UFPA e Promotora de Justiça.

tias fundamentais, *uma interpretação de bloqueio*, no dizer de BARROSO (2000), impedindo sua efetivação, deve-se, principalmente, a confusões jurídicas criadas em torno de conceitos jurídicos como *eficácia, validade e efetividade* das normas constitucionais relativas a esses direitos.

Considerando, inicialmente, que os direitos e garantias fundamentais, e até mesmo os direitos sociais e difusos, são direitos que apresentam validade, uma vez dispostos no texto constitucional, e também eficácia, tais direitos devem ser interpretados sob uma visão sistêmica que permita a interpretação e a inteligência do texto constitucional, ou seja, esses direitos devem ser interpretados dentro do sistema constitucional, dentro da *unidade da Constituição*.

Não há que se questionar a eficácia das normas constitucionais referentes aos direitos e garantias fundamentais e aos direitos sociais e difusos. O que se pode refletir é o nível de *aplicabilidade* dessas normas, isto é, buscar aferir se o instrumental jurídico existente, que deve dar densidade normativa a esse plexo valorativo disposto no texto constitucional, possibilita que as normas constitucionais aludidas sejam eficazmente aplicadas. Nesse sentido, a eficácia seria a *potencialidade* da norma constitucional para produzir efeitos jurídicos, enquanto a aplicabilidade, a virtude de a norma ser *realizável*, de causar efeitos práticos (SILVA, 1998, p. 60).

É sob esse prisma que devemos realizar o presente estudo.

A necessidade de efetivação de direitos difusos, garantias e direitos fundamentais e direitos sociais passa por uma interpretação sistêmica que objetiva, da forma mais ampla possível, dar *força normativa* aos preceitos e objetivos constitucionais, aos fundamentos da República Federativa do Brasil. A interpretação constitucional busca também definir, delimitar as diretrizes valorativas que deverão estar espelhadas nos instrumentos jurídicos que propiciarão a aplicabilidade das normas constitucionais e, por consequência, a efetividade de referi-

dos direitos, isto é, dar plena eficácia aos preceitos constitucionais implica possibilitar a produção de normas infraconstitucionais que possibilitem a realizabilidade desse direito, e também a busca de sua *efetividade*.

Todavia, a efetividade das normas constitucionais depende não só da produção normativa infraconstitucional, da criação de ordenamentos jurídicos que acabem por dar densidade aos princípios e diretrizes constitucionais. Requer, também, que o Estado busque incessantemente intervir nos processos e modelos econômicos, ao criar mecanismos de diminuição das diferenças e desigualdades.

Com base nesse raciocínio, o Estado é ator político e jurídico determinante para promover transformações substanciais em nível político, social e econômico. Há que ser um modelo de Estado interventor, que deve produzir políticas públicas em busca da efetivação de seu sistema jurídico, que crie normas e ordenamentos jurídicos que possibilitem maior igualdade e justiça social, que atue por meio de seus funcionários na busca da concretização da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade humana é diretriz constitucional à realização do Estado Democrático de Direito e se expressa nesse complexo valorativo, nesse conjunto de direitos consagrados em nível constitucional, determinando que o Estado seja o ator principal, velando por interesses que não se limitem ao aspecto privado e individual, mas que englobem interesses e direitos individuais dentro do espaço social, isto é, considerando os interesses da coletividade.

Os problemas de cunho econômico, político e também jurídico requerem do Direito uma mudança paradigmática para a efetiva concretização de interesses individuais consoante interesses coletivos e transindividuais. Quer-se dizer que o ordenamento jurídico deve-se adequar às novas exigências sociais, e a Constituição Federal, como conjunto de normas sistemicamente interligadas, é instrumento que não só reflete os

anseios de uma sociedade, mas também traça as diretrizes para o gerenciamento da Nação.

Considerando que a Constituição determina os limites da governabilidade, objetivando a realização da justiça, da igualdade, da liberdade, a interpretação da Constituição é forma, é caminho para a consolidação dos direitos dos cidadãos, de suas necessidades vitais.

A interpretação constitucional se revela especial, pois, segundo GUERRA FILHO (1995, p. 256)

“requer o entendimento de normas que, em geral, são ‘princípios’, devendo ser compreendidas em um contexto em que aparecem outros tantos princípios, e essas normas não se reportam a algo palpável, como são os fatos referidos nas ‘regras’, já que são a expressão normativa de certos valores. Os valores todos consagrados em nossa constituição, abstrata e estatisticamente considerados, enquanto mero ‘texto’, se encontram na mais perfeita harmonia”.

A interpretação de seus princípios, mais especificamente, leva-nos a refletir sobre a densidade valorativa dessas diretrizes que objetivam não somente a realização da justiça social, a concretização da dignidade humana, a vivência de um Estado Democrático de Direito, mas também a vivificação permanente e duradoura da própria Constituição. Não é descabido afirmar que a interpretação dos princípios constitucionais permite a harmonização da Carta Magna às transformações sociais, econômicas e políticas, ao mesmo tempo que possibilita sua atualização, a manutenção de sua força normativa (HESSE, 1991). Como afirma Canotilho, “o sistema jurídico necessita de princípios (ou os valores que eles exprimem) como os da liberdade, igualdade, dignidade, Democracia, Estado de Direito; são exigências de otimização abertas a várias concordâncias, ponderações, compromissos e conflitos” (CANOTILHO, 1993, p. 169).

Os princípios assumem a função sistêmica ao fundamentar e dar vitalidade às regras jurídicas. Apresentam-se permanentemente revigorando o conjunto de regras que compõem o sistema constitucional. Como “exigências de otimização” de valores, de compromissos, os princípios constitucionais acabam por revelar as diretrizes do Estado Democrático de Direito que fundamentam a própria ordem jurídico-constitucional.

A necessidade incontestada da Constituição Federal – carta que apresenta os objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito – ter revigorada sua força normativa, em que a implementação dos direitos e garantias nela dispostos se estenda a todos os segmentos sociais, reforça, mais uma vez, a incumbência dos operadores do direito, dos agentes políticos, dos legisladores para detectar os direitos que, dotados de eficácia jurídica, não são efetivamente exercidos pelos cidadãos.

CANOTILHO (1999, p. 23) apresenta as dimensões do Estado de direito, afirmando que se trata de um Estado que apresenta as qualidades de Estado de direito, Estado constitucional, Estado democrático, Estado social e Estado ambiental.

Um Estado Democrático de Direito, sob a perspectiva do autor português, é um Estado subordinado ao direito, um Estado que é regulado pela constituição e restringido pelos direitos e liberdades fundamentais. Para o autor, o poder político, “o ‘governo que se aceita’ ou ‘está justificado’, será apenas o governo subordinado a leis transportadoras de princípios e regras do direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na constituição” (1999, p. 25).

Mas esse Estado constitucional precisa ser legítimo, e a legitimidade do Estado de Direito constitucional se realiza por meio do que chamou o autor “elemento democrático”, que, ao mesmo tempo que trava o poder do Estado, também o legitima.

“Só o princípio da soberania popular, segundo o qual ‘todo o poder

vem do povo’, assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de ‘charneira’ entre o ‘Estado de direito’ e o ‘Estado democrático’, possibilitando a compreensão da moderna fórmula Estado de Direito democrático” (1999, p. 30).

Estado de direito e democracia estão intrinsecamente relacionados. Estado de direito só o é à medida que for democrático. O poder político que o Estado enfeixa deve ser legitimado pelo povo, e isso se concretiza por meio de políticas públicas e processos de participação democráticos de forma que os cidadãos possam participar democraticamente da resolução dos problemas nacionais e, principalmente, por meio de processos decisórios democráticos que possibilitem solucionar questões locais e regionais (processos decisórios em que os interesses são concertados por Estado e sociedade).

Uma outra dimensão do Estado Democrático de Direito versa sobre a sociabilidade. CANOTILHO (1999, p. 38) afirma que um Estado de Direito constitucional e democrático há que ser também um Estado social de direito. Para o autor:

“os princípios básicos do Estado social continuam incontornáveis: equilíbrio das clivagens sociais, estímulos regulativos e materiais do Estado a favor da justiça, reajustamento das condições reais prévias à aquisição de bens materiais e imateriais indispensáveis ao próprio exercício de direitos, liberdades e garantias pessoais, estabelecimento de regras jurídicas em prol do emprego e dos direitos dos trabalhadores”.

(...)

“Se por estatalidade social se entender o grau de intervenção estatal na esfera do bem-estar das populações, então o que pode dizer-se é que o

Estado de direito social só será Estado de direito se for social. As tentativas para recriar um ‘Estado absentista’ ou um ‘Estado subsidiário’ numa época de ‘agressividade social’ e de globalitarismo ideológico escondem a razoabilidade e justiça do Estado social de direito. Como escreveu recentemente um ilustre constitucionalista italiano, este tipo de Estado é a tentativa qualitativa para tornar compatível o *desenvolvimento econômico com uma ordem social justa na qual se definam antecipadamente as dimensões constitucionais e essenciais dessa ordem, em vez de se acreditar nos acertos resultantes da mera concorrência de forças econômicas*. Se quiséssemos adotar uma fórmula de síntese, poderíamos dizer que Estado social de direito só será Estado de direito se, como reclamavam os liberais e exigem agora os neoliberais, reconhecer a função estruturante dos princípios fundamentais do direito civil assente nos direitos da vontade dos sujeitos econômicos (ou seja, dos proprietários, empresários) e dos princípios norteadores desses direitos (a livre iniciativa econômica e autonomia contratual). Contudo, “o *Estado de direito só será social se não deixar de ter como objetivo a realização de uma democracia econômica, social e cultural e só será democrático se mantiver firme o princípio da subordinação do poder econômico ao poder político*” (p. 39) [grifo nosso].

Finalmente, afirma o autor: “o Estado de justiça compreende-se hoje como Estado de direito social. Podemos reverter a formulação: o Estado de direito só é Estado de direito se for um Estado de justiça social”.

“Neste contexto, e qualquer que seja formulação e justificação teórica e econômica das desigualdades, parece indiscutível que o Estado de justiça tem que encarar a exclusão social como um déficit humano que corrói o próprio Estado de justiça. A margina-

lização social cria marginalidades no direito: defende melhor os seus direitos quem tiver possibilidades materiais. A exclusão social é também exclusão do direito e um Estado de direito que se pretenda um Estado de justiça tem de ser algo mais do que um Estado que encarcera os excluídos ‘fazendo justiça’ ou um Estado que exclui os excluídos da justiça (os estrangeiros, as comunidades migrantes)” (p. 43).

Das assertivas acima transcritas sobre as dimensões de um Estado Democrático de Direito, vale refletir sobre o que dispõe a Constituição Federal de 1988, ou seja, vale refletir sobre o conjunto principiológico disposto no ordenamento constitucional que reflete e expressa os valores estruturantes de nosso Estado de Direito. A República Federativa do Brasil é Estado Democrático de Direito (art. 1º), tendo como valores fundamentais a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a livre iniciativa, o pluralismo político, a soberania popular. Apresenta como objetivos fundamentais desse Estado Democrático de Direito a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e da marginalização a redução das desigualdades sociais e regionais. Apresenta também a promoção do bem-estar para todos, sem discriminações ou desigualdades (art. 3º, I, III, IV).

A prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) é princípio que corrobora uma das dimensões essenciais do Estado de Direito: um Estado de Direito constitucional que se autolimita em função das garantias e direitos fundamentais. Ainda, como princípios especiais expostos no artigo 170, o Estado Democrático de Direito pretende valorizar o trabalho humano, a livre iniciativa, objetivando assegurar a existência digna de acordo com os ditames da justiça social. Apresenta a propriedade privada, a função social da propriedade privada, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais

como valores a serem concretizados tendo em vista a busca de uma ordem econômica e financeira que expresse um Estado Democrático de Direito.

Das reflexões sobre as dimensões do Estado Democrático de Direito, podemos dizer que o texto constitucional brasileiro apresenta as dimensões até então analisadas, ressaltando-se que o Estado Democrático de Direito no Brasil há que ser um Estado social porque objetiva a concretização da igualdade material, a proteção aos hipossuficientes e aos grupos marginalizados, a proteção da propriedade privada e da livre iniciativa em consonância com os valores implícitos na expressão justiça social. Nesse sentido, a exclusão social que corrói o próprio Estado Democrático de Direito, que aniquila a dignidade humana e impede o exercício da cidadania, é vista, na Constituição Federal, como questão de Estado, de políticas públicas, de ações por parte dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

O Estado de Direito Social, o Estado de Justiça Social há que ser um Estado atuante que, ao mesmo tempo que objetiva salvar a propriedade privada, a livre iniciativa e também a livre concorrência, é um Estado que deve agir e intervir nos processos econômicos em busca do bem-estar das populações. Trata-se de um Estado que objetiva por meios de princípios especiais, gerais e estruturantes do sistema constitucional compatibilizar desenvolvimento econômico e justiça social, desenvolvimento nacional e sociedade livre, justa e solidária. Pode-se dizer, consoante as lições de CANOTILHO, que o Estado Democrático de Direito brasileiro é um Estado de Direito que reconhece, em sua base constitucional, a necessidade de compatibilização, de realização de uma democracia econômica, social e cultural, de uma sociedade auto-sustentável, por meio da atuação estatal que subordina o poder econômico ao poder político.

Há que se acrescentar que o Estado há que forjar políticas e formas de gestão que sejam ecologicamente sustentáveis. Essa é

outra dimensão do Estado de Direito, sob a forma alemã Estado de direito de ambiente (Umweltrechtsstaat) (CANOTILHO, 1999, p. 43).

“A qualificação de um Estado como ‘Estado ambiental’ aponta para duas dimensões jurídico-políticas particularmente relevantes. A primeira é obrigação de o Estado, em cooperação com os outros Estados e cidadãos ou grupos da sociedade civil, promover políticas públicas (econômicas, educativas, de ordenamento) pautadas pelas exigências da sustentabilidade ecológica. A segunda relaciona-se com o dever de adoção de comportamentos públicos e privados amigos do ambiente de forma a dar expressão concreta à assumpção de responsabilidades dos poderes públicos perante as gerações futuras.

O ‘Estado ambiental’ estrutura-a, como já se sugeriu, em termos de Estado de direito e em termos democráticos. Estado de direito do ambiente quer dizer indispensabilidade das regras e princípios do Estado de direito para se enfrentarem os desafios impostos pelos desafios da sustentabilidade ambiental”.

(...)

“afirmação desta nova dimensão do Estado pressupõe o diálogo democrático, exige instrumentos de participação, postula o princípio da cooperação com a sociedade civil. O Estado de ambiente constrói-se democraticamente de baixo para cima; não se dita em termos iluminísticos e autoritários de cima para baixo. Finalmente, o Estado de ambiente é um estado de justiça ambiental. De novo, a justiça aponta para as exigências de igualdade, sob pena de os riscos ambientais representados por indústrias, resíduos, descargas serem deslocados para as zonas deprimidas ou para estados sem defesas ecológicas”.

Sem pluralismo político, sem solidariedade social, sem mecanismos participativos que possibilitem a paulatina tomada de consciência sobre os problemas, crises e questões ambientais, e também processos de gestão democráticos por meio de políticas públicas que possibilitem a co-participação da sociedade, dificilmente se poderá vivenciar a busca de práticas sustentáveis, até porque é por meio da participação dos cidadãos que se viabiliza a reflexão sobre os problemas locais, sobre as necessidades e anseios sociais, culminando com a busca de novas soluções para o presente e futuro. Não se forjando processos decisórios democráticos, impossível a busca de um desenvolvimento sustentável endógeno, ainda que a tecnologia possibilite soluções para que a natureza absorva as ações antrópicas e delas se recomponha.

A necessidade de um Estado atuante e ao mesmo tempo democrático, um Estado Democrático de Direito, sob o paradigma do desenvolvimento sustentável, é um desafio, pois implica a busca de políticas públicas inteligentes que objetivem a melhoria da qualidade de vida das camadas populacionais desfavorecidas – os hipossuficientes –, políticas que insiram os bens ambientais no cálculo econômico do processo produtivo e que consigam conservar o capital natural para as presentes e futuras gerações. Essa proposta é revolucionária à medida que trabalha com a necessidade de realização da igualdade material entre gerações, uma nova forma de aferir o desenvolvimento, novas formas de distribuição da riqueza no presente e para o futuro. Pode-se dizer que a cidadania e dignidade humana são valores-chaves direcionadores do desenvolvimento sustentado, pois essa nova via desenvolvimentista requer bem-estar e qualidade de vida para todos, participação política, processos decisórios democráticos no Estado e entre Estados, o uso de tecnologias que utilizem menos insumos e energia, que sejam instrumentos para o desenvolvimento coerente, prudente e justo.

As políticas de governo devem ser pensadas a longo prazo, para as presentes e futuras gerações, e a intervenção do Estado na ordem econômica há que se dar objetivando coadunar utilização da propriedade privada, livre iniciativa, livre concorrência (art. 170, II, III, IV, CF) com a proteção ao meio ambiente, a redução das desigualdades sociais e regionais para que se tenha bem-estar e qualidade de vida (art. 170, VI, VII c/c art. 225), em suma, concretização da dignidade humana (art. 1º, III, CF).

Sem sombra de dúvidas, na necessidade de manutenção do Estado Democrático de Direito, advém a necessidade de proteção e salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais, e também dos direitos difusos.

Após análise das dimensões do Estado Democrático de Direito, aliadas aos valores implícitos na expressão e tendo em vista a necessidade permanente de interpretação do texto constitucional como processo revelador dos princípios e normas direcionadores da vivência desse Estado Democrático de Direito, o Ministério Público se revela, na atualidade, instituição essencial à atividade jurisdicional estatal, cabendo defender as diretrizes e valores ínsitos na expressão Estado Democrático de Direito que tem por fundamentos, entre outros, a cidadania, a dignidade humana, o pluralismo político (art. 1º, CF).

Nesse diapasão, os promotores de justiça (e aqui entenda-se o Ministério Público) são agentes determinantes para uma transformação estrutural dos espaços sociais, dos paradigmas culturais e jurídicos. São operadores jurídicos necessários a forjar mecanismos, quer jurídicos, quer políticos, para a efetividade dos direitos constitucionais. A interpretação do texto constitucional por esses operadores jurídicos possibilitará a produção de novas vias, soluções para os problemas sociais a partir das diretrizes nele contidas (Constituição).

É por meio desses operadores jurídicos, por meio do desenvolvimento de suas ativi-

dades institucionais que se tem paulatinamente buscado a realização da justiça, a concretização de princípios constitucionais que objetivam a qualidade de vida, a igualdade, a dignidade humana, o desenvolvimento com maior justiça social. Prova incontestante da importância e do papel dos promotores de justiça se revela em dispositivo constitucional que apresenta gama de atribuições tão amplas e complexas que necessitam, sem sombra de dúvidas, para sua efetivação, da necessária e imprescindível estrutura que possibilite o desenvolvimento de suas atribuições (CF, art. 127).

Se considerarmos que as inúmeras atribuições destinadas ao órgão ministerial não se restringem ao texto constitucional; se considerarmos que fatores políticos, sociais e econômicos cada vez mais forjam, nos espaços públicos e privados, a movimentação de cidadãos em prol de ordenamentos jurídicos que objetivem e procurem assegurar caminhos para a diminuição das desigualdades e injustiça sociais; se considerarmos o importante papel do Ministério Público nesse projeto estatal de grande envergadura, concluiremos que, na atualidade, mais uma atribuição de caráter eminentemente complexo e essencial nos é delegada: o papel dos promotores de justiça em busca de espaços urbanos sustentáveis.

Falo do *Estatuto da Cidade*: Lei n. 10.257 (2001), que veio dar densidade às normas expressas nos artigos 182 e 183, ordenamento infraconstitucional que estabelece diretrizes gerais da política urbana.

Essa recente lei é marco para mudanças paradigmáticas na interpretação de institutos civilistas. Trata-se de norma que apresenta diretrizes determinantes para a interpretação e concretização da função social da propriedade nos espaços urbanos, objetivando a realização de melhor qualidade de vida, sustentabilidade nos espaços urbanos, realização de direitos e garantias fundamentais, ou seja, serviços e infra-estrutura para todos os cidadãos, considerando-se a existência de inúmeros dispositivos que

objetivam a qualidade de vida, o bem-estar, a vivência de direitos fundamentais por parte dos hipossuficientes. Essa nova lei objetiva a concretização da dignidade humana nos espaços urbanos.

As disposições constitucionais vinculam legisladores, administradores e operadores do direito a dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais (direitos civis, políticos, sociais, culturais e econômicos) e a buscar mecanismos que possibilitem a aplicabilidade de direitos sociais e difusos.

Se levarmos em consideração que o artigo 182 da Constituição Federal, que trata sobre a política urbana, apresenta normas de conteúdo principiológico que objetivam qualidade de vida e o bem-estar para todos em cidades que sejam sustentáveis, e que o Estatuto da Cidade se apresenta como norma que vem dar densidade normativa ao capítulo constitucional da Política Urbana, permitindo não só a aplicabilidade das normas constitucionais referentes ao capítulo aludido por meio de instrumentos urbanísticos, políticos, financeiros, conclui-se que o conjunto normativo referido não só possui eficácia como também apresenta caminhos para sua efetividade.

Uma vez existente o quadro normativo constitucional e infraconstitucional que dá validade e eficácia às normas sobre política urbana, a vinculação de legisladores, administradores e operadores do direito se faz obrigatória, uma vez que é preceito constitucional atuar em prol de um desenvolvimento urbano sustentável.

Considerando a eficácia das normas constitucionais e infraconstitucionais no que diz respeito à gestão urbana sob o signo da sustentabilidade, surge hoje, por consequência, complexo de direitos e deveres para os cidadãos, assim como complexo de prestações positivas do Estado de forma a concretizar as diretrizes, os princípios e os ditames legais dispostos no Estatuto da Cidade e na Constituição Federal.

As ações estatais, de forma ampla, podem ser analisadas sob diversas vertentes.

Sob o plano jurídico-constitucional, novo paradigma para a gestão urbana, para a utilização da propriedade privada e para a realização da igualdade e justiça social nos espaços urbanos se estabelece, e ainda, por consequência, toda a interpretação de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais a elas correlatos recebem novo conteúdo valorativo, considerando a unidade da Constituição, pois a realização de espaços urbanos sustentáveis requer interpretação constitucional renovadora que possibilite o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, com qualidade de vida e bem-estar de seus habitantes (art. 182, CF).

Essa interpretação constitucional renovadora implica, por consequência, a atuação de legisladores de forma coetânea com os dispositivos constitucionais. Pressupõe que, no sistema de distribuição de competências existente no nosso sistema federativo, União, Estados e municípios devem produzir normas, ordenamentos jurídicos que sejam harmônicos com os ditames, os princípios e as regras constitucionais referentes à política urbana; que sejam coetâneos com os dispositivos existentes na lei federal referente ao desenvolvimento da política urbana; que sejam dispositivos coerentes e que objetivem, acima de tudo, a concretização da dignidade humana em espaços urbanos.

Ainda, sob essa perspectiva, a mudança paradigmática que a Constituição Federal impõe em relação à política urbana, e que se revela, mais especificamente, no Estatuto da Cidade, determina grandes transformações na forma do gerenciamento dos espaços urbanos. Isso nos leva a considerar que os gestores dos espaços urbanos deverão adequar suas políticas públicas ao sistema jurídico acima revelado.

Considerando que mais de 80% da população mundial habita os espaços urbanos; considerando que as desigualdades econômicas, políticas, sociais e jurídicas se expressam indelevelmente nos espaços urbanos (seja sob a forma de cidades ilegais, seja sob a forma de moradias inóspitas, insalu-

bres e inseguras); considerando que as diretrizes do Estatuto da Cidade objetivam a garantia do direito a cidades sustentáveis, a gestão democrática por meio da participação da população e associações representativas, a cooperação entre governos para a realização de planejamento urbano que se torne sustentável, a necessária realização de políticas públicas planejadas, a premente ordenação e controle do uso do solo, conclui-se que, na atualidade, faz-se necessário repensar e reconstruir o modelo de desenvolvimento e as políticas públicas a serem implementadas para os espaços urbanos.

Diante da necessidade de se buscar transformações na base da atividade econômica em prol de uma qualidade de vida por meio de um desenvolvimento que considere a natureza, que objetive bem-estar, qualidade de vida, o Estado é ator determinante para transformar a moldura econômica, pois acima de tudo deve modificar as regras institucionais que ofendem e desequilibram o meio ambiente, introduzindo salvaguardas institucionais em favor da natureza, o que implica, acima de tudo, a implementação paulatina de processos decisórios democráticos, de políticas públicas transparentes que sejam legitimadas por meio da atuação conjunta Estado e cidadãos. A gestão dos espaços urbanos e a criação e implementação de políticas públicas necessitam considerar todos os valores acima ressaltados. E o Ministério Público tem papel preponderante nesse processo.

## *2. O Estatuto da Cidade e o papel do Ministério Público*

Sabe-se que o órgão ministerial é agente atuante em prol do Estado Democrático de Direito, em prol da consecução da igualdade, da constante vivência da cidadania, e que na atualidade *novos desafios são impostos ao Ministério Público por meio do Estatuto da Cidade.*

Esse novo ordenamento jurídico traz instrumentos políticos, jurídicos e urbanísticos inovadores. Objetiva a realização de um planejamento municipal coerente, prudente, endógeno, em harmonia com as diretrizes do desenvolvimento sustentável; apresenta institutos jurídicos e instrumentos políticos e tributários que possibilitam o Estado intervir na atividade econômica, intervir na utilização da propriedade para que esta cumpra sua função social, consoante os interesses urbanísticos também expressos nas funções sociais da cidade.

Diante de tantos e importantes instrumentos jurídicos e políticos, diante da necessidade de efetivar, de cumprir o que o novo ordenamento jurídico propõe para que se tenha, no presente e no futuro, maior qualidade de vida nos espaços urbanos, o órgão ministerial se apresenta hoje como ator preponderante para a mudança, para a transformação dos espaços urbanos.

Prova incontestada é revelada no próprio Estatuto da Cidade que apresenta o Ministério Público como ator indispensável no processo de planejamento e crescimento dos espaços urbanos.

Ressalte-se ainda as novas modalidades que o novo ordenamento jurídico traz acerca da improbidade administrativa, em se tratando de assuntos urbanos. Ao não autuar de acordo com as diretrizes e determinações legais dispostas no Estatuto da Cidade (art. 52 e incisos), o gestor municipal incorrerá em improbidade administrativa. As hipóteses seguem relacionadas: quando deixar de proceder, no prazo de cinco anos, o adequado aproveitamento do imóvel incorporado ao patrimônio público; utilizar áreas obtidas por meio do direito de preempção em desacordo com o disposto no artigo 26 desta lei; aplicar os recursos auferidos com a outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso em desacordo com o previsto no artigo 31 desta lei; impedir e deixar de garantir os requisitos contidos nos incisos I a III do parágrafo 4º do artigo 40 desta lei; deixar de tomar as providências neces-

sárias para garantir a observância do disposto no parágrafo terceiro do artigo 40 e no artigo 50 desta lei; adquirir imóvel objeto de direito de preempção, nos termos dos artigos 25 a 27 desta lei, pelo valor da proposta apresentada, se este for, comprovadamente, superior ao do mercado.

O artigo 53, por sua vez, acrescenta novo inciso ao artigo 1º da Ação Civil Pública, podendo esse instrumento processual ser utilizado em prol da ordem urbanística. O artigo 4º da Lei 7.347/85, com nova redação, revela: “poderá ser ajuizada ação cautelar para os fins desta lei, objetivando, inclusive, evitar o dano ao meio ambiente, ao consumidor, à *ordem urbanística* ou aos bens de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”. E, finalmente, a obrigatória intervenção do Ministério Público em casos de usucapião especial de imóvel urbano, em sua forma individual ou coletiva (art. 11).

Sem realizar análise minuciosa de todos os instrumentos e elementos que possibilitarão a atuação do órgão ministerial, consideremos somente que o promotor de justiça será agente determinante para a consecução de uma nova gestão urbanística que se faça transparente, legítima, democrática, gestão esta que objetive uma mudança paradigmática na utilização da propriedade privada, que sempre foi utilizada em benefício de interesses privados, na realização de especulações imobiliárias, deixando, muitas vezes de lado, os interesses daqueles que não têm acesso à terra.

As diversas possibilidades de atuação que o órgão ministerial terá em razão do interesse público nos espaços urbanos revelam a necessária e urgente criação de Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo e, ainda, de Centros de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, Habitação e Urbanismo que possibilitem a constante e necessária troca de informações, produção de conhecimentos jurídicos e técnicos para que o Ministério Público possa, mais uma vez, abraçar competência de tão grande envergadura.

O Estatuto da Cidade é ordenamento jurídico revolucionário na medida em que apresenta institutos jurídicos que possibilitam a camadas desprivilegiadas, não dotadas de capacidade econômica, o acesso ao direito de moradia, já anteriormente previsto na Constituição Federal (art. 6º). Se abraçamos com competência e comprometimento nossas atribuições institucionais, decorrentes não só de nossa Lei Orgânica, das normas constitucionais e infraconstitucionais, mas sobretudo dos princípios constitucionais que revelam a necessidade de um processo constante de construção do Estado Democrático de Direito, quem sabe possamos transformar em jurídico os espaços ilegais, as cidades excluídas, onde o Direito estatal não tem penetração, onde camadas populacionais vivem e criam um direito marginal em prol de sua sobrevivência nos espaços urbanos.

Precisamos diminuir, dissipar as crises econômicas, social, política que se expressam no nosso sistema jurídico-político. Precisamos dar força normativa à Constituição da República Federativa do Brasil e efetivar seus princípios maiores que objetivam a vida digna, decente, a todos os cidadãos, ricos e pobres (incluídos e excluídos).

### Bibliografia

- BARBIERI, José Carlos. *Desenvolvimento e meio ambiente: as estratégias de mudanças da Agenda 21*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- BISWANGER, Hans Christoph. Fazendo a sustentabilidade funcionar. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1997.

- BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRASIL. *Estatuto da Cidade*: Lei n. 10.257 de 10 de julho de 2001. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CAVALCANTI, Clóvis. Política de governo para o desenvolvimento sustentável: uma introdução ao tema e a esta obra coletiva. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1997.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- \_\_\_\_\_. *Estado de direito*. Lisboa: Gradiva publicações Ltda., 1999.
- FIORILLO, Celso Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Manual de direito ambiental e legislação aplicável*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- GOULET, Denis. Desenvolvimento autêntico: fazendo-o sustentável. In: CAVALCANTI, Clóvis (Org.). *Meio ambiente, desenvolvimento sustentável e políticas públicas*. São Paulo: Cortez; Recife: Fundação Joaquim Nabuco, 1997.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da interpretação especificamente constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 32, n. 128, p. 255-259, out./dez. 1995.
- \_\_\_\_\_. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2000.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1991.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- VIEIRA, Paulo Freire. Meio ambiente, desenvolvimento e planejamento. In: VIOLA, Eduardo J. et al. *Meio ambiente, desenvolvimento e cidadania: desafios para as ciências sociais*. São Paulo: Cortês; Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 1998.

# Crime, pena e sociedade no Brasil pré-republicano

Pedro Braga

## Sumário

1. Introdução. 2. O Brasil Colônia. 3. O Brasil Reinado. 4. O Brasil Império.

### *1. Introdução*

Fazemos neste artigo um esboço sucinto da sociedade brasileira no período que vai da Colônia ao Império, os tipos de crimes aí praticados, as penas infligidas. Nos valem em grande medida, para isso, da literatura dos viajantes. Eles possuíam o distanciamento cultural necessário para perceberem as peculiaridades da sociedade que estava sendo gestada no Brasil pré-republicano, e que escapavam aos residentes no novo país, em sua maioria portugueses, que as consideravam naturais e justificáveis. Paralelamente, discutimos a legislação vigente à época, principalmente a penal.

Com efeito, este é apenas um bosquejo de fatos que interessam para uma possível história da criminalidade e das penas no Brasil, com a constatação de que as sanções eram aplicadas como suplício, vingança física, moral e psicológica, e não como forma de reabilitação do indivíduo; e de como o sistema penal, já àquela época, era profundamente desumano.

### *2. O Brasil Colônia*

Vigoravam em Portugal ao tempo do descobrimento do Brasil as Ordenações Afonsinas, o mais antigo código da Europa,

Pedro Braga é sociólogo e funcionário do Senado Federal.

impresso somente em 1792, embora publicado no ano de 1446 ou 1447. Influenciado do ponto de vista doutrinário pelo *Corpus Juris Civilis*, obedeceu, na organização das matérias, ao modelo das *Decretais* do Papa Gregório IX. As Ordenações Afonsinas davam supremacia ao Direito Romano relativamente ao Canônico. Foram substituídas, a partir de 1521, pelas Ordenações Manuelinas (editadas por D. Manuel I, o Venturoso), que eram o Código anterior revisado, e seguindo-lhe o mesmo sistema, com a prevalência do Direito Romano e, agora, com o absolutismo real revigorado. A partir de 1603, passam a vigor as Ordenações Filipinas. Esse Código continha todos os institutos do manuelino acrescidos daqueles decorrentes das reformas por que passou ao longo do século XVI. As Ordenações Filipinas eram compostas de cinco livros: “o 1º define as atribuições, direitos e deveres dos magistrados e funcionários da Justiça; o 2º legisla sobre as relações entre a Igreja e o Estado, os direitos do fisco, os privilégios da nobreza; o 3º trata do processo civil e criminal; o 4º versa sobre direitos de família, das coisas, das obrigações e das sucessões; e, finalmente, o 5º expõe a matéria penal.” (PORTUGAL, 1998, p. 157-158). A legislação penal era draconiana, mas, segundo Cândido Mendes de ALMEIDA (1870, p. XXV), nada deixava a desejar com relação à de outros países, notadamente a inglesa. As penas para os mesmos crimes eram cominadas levando-se em conta a condição social do réu; passavam da pessoa do delinqüente para a de seus descendentes, sendo estes considerados infames até várias gerações.

Esse conjunto de Ordenações é conhecido como as Ordenações do Reino.

Escreve Sérgio HABIB (1989 p. 147-148) que

“não há dúvida de que, comparadas com as legislações modernas, as ordenações eram muitas vezes mais severas e até mesmo cruéis. As penas, na sua quase totalidade, quando não se apresentavam fatais ao delinqüente,

impunham a este pesados sofrimentos físicos e, outras tantas vezes, morais, aviltando-o e atingindo-o em sua dignidade. Eram comuns nessa época os castigos corporais, tais como o açoite, as mutilações, freqüentes as penas infamantes, o banimento, o desterro, as galés, e até mesmo a pena máxima, que consistia na morte do condenado, representava um verdadeiro ritual de dor e de sofrimento a que era submetido aquele, antes de expirar.”

Martim Afonso de Sousa, nomeado governador do Brasil, em 1531, foi investido de poderes extraordinários, no cível e no criminal. A ele incumbia “tomar posse do território, fazer lavrar autos, pôr marcos, dar terra de sesmária, criar cargos de tabeliães, oficiais de justiça e outros”. Já os donatários de capitânicas hereditárias, instituídas a partir de 1534, “com os títulos de capitães e governadores, dispunham do poder de criar vilas, conceder sesmarias, auferir rendas não reservadas à metrópole e exercer, com amplitude, funções administrativas e judiciárias. Em todos os pontos não especificados, consideravam-se vigentes na colônia as leis gerais do reino” (PORTUGAL, 1998, p. 159-160). Assim, os donatários das capitânicas possuíam atribuições judiciárias, bem como o governador-geral, os ouvidores e provedores, em casos específicos, no resguardo do interesse do Estado e na distribuição de justiça aos particulares.

Foi criado em Lisboa, em 1604, o Conselho da Índia, que conhecia as questões atinentes ao Brasil. Uma vez extinto, suas atribuições foram transferidas para o Conselho Ultramarino (negócios da fazenda), Mesa de Consciência e Ordens (Igreja, defuntos e ausentes) e Desembargo do Paço (magistratura). Só em 1609 foi criado o Tribunal de Relação da Bahia, extinto em 1629, e reativado em 1652. O do Rio de Janeiro data de 1751. O ouvidor-geral do Estado do Maranhão ligava-se diretamente à metrópole. Pequenos tribunais denominados Juntas de Justiça foram criados em 1765 nas capitânicas, e

eram integrados pelo ouvidor e dois letrados adjuntos.

É interessante a esse propósito o quadro esboçado acerca da justiça e das Ordenações do Reino no Brasil Colônia por Luís EDMUNDO (2000, p. 433 et seq.) em sua obra *O Rio de Janeiro no tempo dos Vice-Reis*. Para ele, no período colonial, a justiça d'el-Rei é “mais inspiração arbitrária de conveniências e instintos do que propriamente justiça”. Em 1549, ainda segundo esse autor, chega Tomé de Sousa para pôr um freio aos desmandos dos donatários das Capitânias. “Traz, além de novas ordens, nova carta régia, um ouvidor-geral e mais um código manuelino.” E prossegue:

“Cria-se, anos depois, a Casa da Relação da Bahia. Com mais Relação, porém, ou menos Relação, na Bahia ou no Rio de Janeiro, a justiça continua irregular e falha, pessoal e feroz, cera que se amolda à vontade pessoal do Juiz, que, quando não é arbitrária, é ignorante, e, quando não é ignorante, é venal. Há exceções, claro. Essas, porém, são bem raras.”

Predominava o arbítrio dos poderosos. “Ao fraco valia sempre suportar os agravos dos portentosos, perdoando, esquecendo-os, a articular qualquer protesto”, informa Luís EDMUNDO (2000).

O abuso era tal que houve a necessidade de uma carta régia, datada de 10 de março de 1646, dirigida aos ouvidores, ordenando-os proibirem os bispos ou qualquer clérigo de prenderem pessoas seculares.

O Padre Antônio VIEIRA (1997, p. 138-139), em seu célebre “Sermão de Santo Antônio”, conhecido como “Sermão aos Peixes”, já que aos homens não adiantava exortar, pronunciado em 1654 em São Luís do Maranhão, denunciava a voracidade dos fortes em relações aos fracos, aos pequenos, à plebe. E ele usou exatamente um exemplo retirado dos tribunais, utilizando figurativamente o verbo *comer*:

“Vede um homem, desses que andam perseguidos de pleitos ou acusa-

dos de crimes, e olhai quantos o estão comendo. Comeu o meirinho, comeu o carcereiro, comeu o escrivão, comeu o solicitador, comeu o advogado, comeu o inquiridor, comeu a testemunha, comeu o julgador, e ainda não está sentenciado, e já está comido. São piores os homens que os corvos. O triste que foi à forca, não o comem os corvos, senão depois de executado e morto; e o que anda em juízo, ainda não está executado nem sentenciado, e já está comido.”

Para o Brasil, a MetrÓpole enviava os grandes criminosos: “O código lusitano, quando o crime requintava e mais dura se devia tornar a pena, estabelecia imediatamente: degredo para o Brasil.” E acrescenta Luís EDMUNDO (2000):

“Na MetrÓpole, só ficavam os réus de pequenos delitos: os hereges, os que levavam barregãs à corte, os que vestiam roupas de mulher, os que nos arruídos chamavam por outro nome que não fosse o *d'el-Rei*, os que compravam colméias para matar as abelhas, os que davam música à noite, o cristão que dormia com infiel, ou o infiel que dormia com cristão, os que faziam mexericos...”

Mas segundo Pedro CALMON, tanto os delitos leves quanto os graves podiam ser punidos com o degredo. Não há documentos referentes aos degredados que vieram com a armada de Tomé de Sousa, em 1549, todavia os delitos previstos nas Ordenações, segundo aquele autor, estariam ali representados. Geraldo PIERONI (2000, p. 33), citando CALMON, enumera alguns: “o espadachim vadio, o homicida por paixão, o desprezador dos bons costumes, o pecador renitente, o cristão-novo, o criado fugido, o devedor perseguido pelo meirinho, o clérigo egresso do convento, o jogador, o perjuro, o rufião...”. Aos que se podem acrescentar: o homicida, o adúltero, o bígamo, o sodomita, o ladrão, o falsário... Num primeiro momento, não eram bem quistos pelos

donatários de capitânias, depois passaram a ser solicitados para engajarem-se como soldados a serviço do Rei, para servirem como mão-de-obra, ou para povoarem regiões vazias.

Já àquela época, a vida valia pouco. Temos igualmente testemunhos da impunidade, da falta de jurisdição do Estado relativamente a certas condutas delituosas. Bulkeley, referindo-se ao Rio de Janeiro, consoante anotação de Afonso de TAUNAY (apud EDMUNDO, 2000, p. 449), observou: “Isto aqui é um lugar onde um homem tem que se sujeitar a ser às vezes maltratado, pois se repele as afrontas corre risco grave de perder a vida. O que não falta cá são malfeitores que se alugam para matar o próximo por preços de espantar.”

Alvarás proibiam os capuzes, o porte de facas, punhais, choupas, sovelas. Ninguém, no entanto, fazia caso. Os delitos eram feitos às claras. “Não se esperava sequer pela cumplicidade da treva para arrancar a vida ao próximo: à luz do dia, sob as janelas do palácio do Vice-Rei, mata-se o capelão do Etoile. Duclerc é assassinado na casa da Rua General Câmara por quatro embuçados, apesar da guarda numerosa que o cerca. [...] Os próprios filhos da Igreja são rixentos, irrequietos, amigos de disputas e banzés.”

E o autor de *O Rio de Janeiro no tempo dos Vice-Reis* denuncia o manifesto favoritismo da legislação conforme a condição social do destinatário:

“Padres e frades, entretanto, gozavam de privilégios especiais, concedidos pelas leis. Havia uma justiça, uma cadeia e uma impunidade para eles. [...] As Ordenações do Reino respeitavam, além de outros, os da Fidalguia, os da Cavalaria e os do Doutorado. Quer isso dizer que a lei se aplicava, às vezes, em se tratando do mesmo crime, de modo diferente, e sempre de acordo com as regalias de cada um.”

Há casos de sanções previstas no Livro V das Ordenações Filipinas contra as aman-

cebadas de padres e frades, punições eventuais a clérigos que possuíam barregãs, eventuais porque só eram infligidas se houvesse um pedido de um superior hierárquico, o que nos faz lembrar das *lettres-de-cachet*, na França, de que nos fala Michel FOUCAULT (1999, p. 95). O Livro V prescrevia igualmente a força para alcoviteiros de mulheres casadas. E há relatos jocosos como aquele mencionado por F. J. MARTINS (apud EDMUNDO, 2000, p. 453) na *História do descobrimento e povoação da cidade de S. João da Barra e Campos de Goitacases*, referindo-se a uma famosa janeirinha dos tempos do Senado da Câmara, acusando um certo Gregório da Silva

“por ter feito mal à moça Páscoa, de peitos atacados, ao pé do brejo dos Tucuns, irmã de Alberto Pedro. A ofendida alegou que ia cortar uns gravatás e vira o réu embaixo do lucuparim abaixado, de quatro pés e lhe parecia o Demônio. Por isso fechou ela os olhos, rezando sempre o Magnificat e deixou ele fazer a estropelia”.

As Ordenações do Reino concediam ao *pater familias* grandes poderes, até o de “castigar e emendar de más manhas”. Luís EDMUNDO (2000) cita casos de extrema crueldade paterna. Um certo Coronel Antônio de Oliveira Leitão mata a filha a facada, trespassando-lhe o coração pelo simples fato de supor que ela acenava com um lenço para um hipotético namorado, quando na realidade ela colocava roupas ao coradouro.

Uma senhora de nome Verônica Dias Leite assassina a filha porque lhe vieram fazer murmurações de que a moça havia sido vista à janela da casa. Afonso TAUNAY (apud EDMUNDO, 2000, p. 288), que narra tão triste acontecimento, assinala que o crime ocorrera “sem que o fato causasse estranheza ou provocasse a ação da justiça”.

Havia muitos crimes contra a vida. Para dar um exemplo fora do Rio de Janeiro, o governador do Maranhão, Joaquim de Melo e Póvoas, solicitou, em 17 de outubro de

1775, a instalação naquela capitania de uma Junta de Justiça semelhante à que já existia no Pará, em razão do elevado número de presos que ali havia. Em 6 de dezembro do mesmo ano, reiterou o pedido, em virtude do crescimento de casos de homicídio, fato esse que ele atribuía à impunidade reinante, dando conta também de muitos assassinios cometidos por escravos contra seus senhores (MARQUES, 1970, p. 425).

No Brasil Colônia, ademais, o Estado não arcava com a manutenção do preso; isso cabia à família, ao patrão, ao senhor ou a amigos, ou então o preso tinha de esmolar à porta da cadeia, agrilhado a longas correntes, para não morrer de fome.

Existia ainda o pelourinho, *moenia* dos tempos de Roma antiga, que chegou a Portugal por meio da França. Nele o condenado era atado para receber açoites, ou então para aguardar a pena de morte por enforcamento. Os açoites eram reservados a pessoas de baixa extração social. O pelourinho alia a suplicio à execução pública. A punição era dada em espetáculo a uma turba que se divertia como em uma arena. O pelourinho, coluna feita de pedra de cantaria, com uma esfera armilar ornando o capitel e simbolizando a monarquia portuguesa, ou de madeira (também chamado de picota ou tronco a picota ou ainda vira-mundo), ficava no espaço público à vista de todos; os açoites ali ministrados tinham o objetivo de exemplaridade, de atemorização pela violência, mas era também espetáculo. O condenado era, assim, atingido em sua dignidade de ser humano. A disciplinização era dada pelo verdugo que ministrava os açoites, mas também pelos circundantes que acorriam para divertir-se. A pena era meramente punitiva e destrutiva, e não corretiva e edificante. A dor física era um fim em si mesmo. Era apenas vingança e retaliação sem outra forma de processo. Punir para vingar e não para corrigir. Era um tipo de sociedade punitiva, meramente penal. Aliás, o pelourinho era símbolo do poder. Quando fundavam uma vila, logo com a

nomeação do capitão-mor e da vereação, erguia-se um pelourinho. Nele eram afixados, sob o rufar dos tambores, proclamas e editos da governança.

O próprio rei de Portugal mostrava-se preocupado com os excessos. A fim de coibi-los, envia carta régia com data de 20 de março de 1688 para que fossem feitas devassas anuais sobre os senhores que infligissem castigos cruéis a seus escravos, obrigando-os a vendê-los a quem lhes dispensasse melhor tratamento.

Preocupação essa não sem razão. Em 1653, no “Sermão da Primeira Dominga da Quaresma”, o Padre Antônio VIEIRA (1998, p. 112), admoestando os senhores de escravos, ao clamar contra a escravização de indígenas, exclamou do alto do púlpito: “Ah fazendas do Maranhão, que se esses mantos e essas capas se torceram, haviam de lançar sangue!”.

O estatuto dos indígenas sempre foi algo confuso no período colonial. Em 1611, houve uma lei de Felipe III que reconhecia a liberdade dos índios, não obstante permitir a sua escravização quando aprisionados em “guerras justas” ou resgatados de tribos inimigas que praticavam a antropofagia. Uma lei de 6 de junho de 1755 aboliu o cativo dos indígenas, mas as cartas régias de 13 de maio, 5 de novembro e 2 de dezembro de 1808, que autorizaram a guerra contra os silvícolas de São Paulo e Minas, determinavam “que os prisioneiros ficassem em servidão por 15 anos”.

No Brasil Império, a lei de 27 de outubro de 1831 “revogou estas cartas régias, libertou todos os índios que ainda deviam prestar serviços e colocou-os sob a proteção dos juízes de órfãos.” (RIO BRANCO, 2000, p. 419)

### 3. O Brasil Reinado

Com a vinda da Corte portuguesa para o Brasil, o príncipe regente D. João edita, em 10 de maio de 1808, alvará com força de lei transformando a Relação da cidade do Rio de Janeiro em Casa da Suplicação do Brasil,

a fim de que “a administração da justiça não tenha embaraços, que a retardem ou estorvem, e se faça com a prontidão e exatidão que convém”, com a função de Superior Tribunal de Justiça, “para se findarem ali todos os pleitos de última instância”. Para cá vieram os tribunais, erário e polícia, as repartições públicas necessárias ao funcionamento de um Estado ainda sem nação. Em 1815, o Brasil foi elevado à categoria de reino.

À Casa da Suplicação incumbia igualmente “tomar assentos”, reunindo a jurisprudência produzida no mundo português.

Temos registros de alguns tipos de delinqüência praticados no Brasil ao tempo de D. João VI nas cartas do bibliotecário português Luís Joaquim dos Santos MARROCOS (apud LEITE, 2000, p. 102), dirigidas ao pai e à irmã que haviam ficado em Portugal. Em uma delas, lê-se em certa passagem:

“Tem havido grandes recrutamentos, não só a fim de aumentar os Regimentos... e socorrer os que foram para as fronteiras, mas para desbasta os muitos ladrões e matadores que atacam sem medo algum de Minas Gerais e outras terras, tem vindo aos 200 e mais facinorosos. Destes foi há tempo enforcado em patíbulo um preto que matara seu senhor, senhora, um filho e violentara uma sobrinha, a quem matou depois. Destes casos acontece freqüentemente, assim como pretas matarem seus senhores com veneno”.

Era grande a violência dos senhores contra os escravos. Mary C. KARASCH (2000, p. 174-176 et seq.), em seu livro *A vida dos escravos no Rio de Janeiro (1808-1850)*, refere-se às sevícias que eram praticadas contra o elemento servil:

“Havia ameaças mais terríveis que a palmatória para controlar escravos. Os senhores podiam ameaçá-los com chibatadas em praça pública ou no temível Calabouço; abandono numa masmorra; uma visita ao domador de ‘escravos refratários’, que se especializava em torturas mais exóti-

cas; aprisionamento com ferros nas pernas, máscara de ferro ou tronco; diversas formas de humilhação e tortura públicas; castração, desmembração, enforcamento; venda fora da cidade ou para a África.”

Essa situação levava amiúde o escravo ao suicídio. Muitos deles faleciam em decorrência dos suplícios, ou eram simplesmente assassinados. KARASCH (p. 174-176 et seq.) escreve ainda:

“O artigo 179 da Constituição de 1824 proibia a tortura e o açoite de escravos por cidadãos particulares. Onze anos\* depois, o código criminal dava aos senhores o direito de punir seus escravos com moderação — como o pai a seus filhos, ou o professor, seus alunos —, mas não podiam queimar, ferir, afogar ou matar. Que muitos senhores não obedeciam à lei fica óbvio a partir dos registros policiais, mas outros se ajustavam e pagavam à cidade para castigar seus escravos. [...] Basicamente, as autoridades realizavam cinco serviços para os senhores de escravos do Rio: pena de morte, em geral por enforcamento; degredo para Angola, Moçambique ou outras províncias brasileiras; prisão com trabalhos forçados nas galés; prisão simples; e chibatadas no Calabouço ou nas praças públicas da cidade.”

Essa autora nos informa igualmente a estatística da violência praticada pelos escravos no período que vai de 1810 a 1844, de forma detalhada, que reproduzimos aqui de forma genérica: de 1810 a 1815, foram registrados no Rio de Janeiro 40 crimes compreendendo assassinios, lesões corporais e ataques quilombolas. De 1818 a 1844, 17 delitos, a maioria homicídios (16) e uma insurreição. A quase totalidade dos assassinios era cometida contra amos ou seus familiares. Quando era o senhor que retirava a vida ao escravo, reinava a impunidade

\* A bem da verdade, seis anos depois, já que o Código Criminal foi promulgado em 1830.

quase absoluta. O senhor só era punido quando matava escravo pertencente a outrem.

O arbítrio e a corrupção de funcionários do Judiciário já era objeto de denúncias. Com efeito, o governador do Maranhão, Paulo José da Silva Gama, oficiou ao Conde de Aguiar, em 2 de janeiro de 1812, informando-lhe

“que encontrou muitos abusos e defeitos na administração da Justiça, chegando todos os dias ao seu conhecimento muitos requerimentos de pessoas que se queixavam dos seus procedimentos arbitrários, chamando muito o povo contra as violências do Ouvidor interino, Bernardo José da Gama, a quem descrevem como um homem incendiário, e até usando de dinheiro que lhe não pertencia, e estava arrecadado nos cofres da Junta” (MARQUES, 1970, p. 426-427).

#### 4. O Brasil Império

Em 22 de agosto de 1822, João Ignácio da Cunha foi incumbido de realizar um censo no Rio de Janeiro. Para isso, recebeu as “Instruções para a fatura de Recenseamento e Mapa dos Habitantes da Província do Rio de Janeiro e Conhecimento dos Vadios e Ociosos”. Segundo essas instruções (em número de nove), ele seria ajudado por quadrilheiros e milicianos, devendo estes “coibir qualquer bulha, motim, ou algazarra”. Deveriam informar-se, por meio dos vendedores e rancheiros, sobre os viandantes, sua cor e figura, bem como efetuar prisões em flagrante delito dos jogadores, vadios e escravos fugidos, ou que estivessem sem autorização escrita de seus amos. Consoante as Instruções, “muito dos ditos escravos costumam acoitar-se em quilombos, donde saem a fazer roubos, e muitos outros crimes”. Os quadrilheiros estavam obrigados a dar parte desses fatos aos Juízes Territoriais, estando os Comandantes dos Distritos também na obrigação de convocar os Capitães do Mato, espécie de sicários, para efetuar a captura (RIBEIRO, 2000, p. 267).

Do ponto de vista dos delitos praticados, já após a Independência, C. SCHLICHTHORST (2000, p. 31), em seu livro *O Rio de Janeiro como é (1824-1826)*, refere-se a crimes no Brasil Império tendo a defesa da honra como motivação: “O selvagem vingasse imediatamente de qualquer ofensa. O meridional educado engole insultos e até pancadas; mas sabe admiravelmente empregar no silêncio da noite suas armas prediletas: o veneno e o punhal. Ri-se dum desafio ou dele se serve para perdição de seu inimigo.”

“Duelos e facadas, que é como se chama um crime muito comum no Brasil, às vezes ignominiosamente praticado por assassinos assalariados, têm sua utilidade social. Evitam grosserias e chalaças ofensivas em todas as rodas, tornam os homens discretos e respeitosos para com o belo-sexo, e fazem as mulheres mais amáveis e cautelosas do que lhes permitiria a inata vaidade aumentada pela lisonja, se esta livremente se pudesse externar. Numa palavra, o medo de ofender e a certeza do castigo a toda afronta permitem a agradável conversa, em que o sarcasmo não chega a doer, porque grande dose de lisonja lhe tira o amargor.”

E continua:

“Mesmo que o revide nasça de exagerada compreensão da honra e dos restos dum sentimento cavalheiresco já fora do nosso tempo, como acontece na Europa, ou duma paixão mais negra que fere sua vítima com covarde segurança, malgrado a condenação de ambos esses motivos pela moral, é inegável que a estrutura da alta sociedade seria abalada em seus alicerces, se a brutalidade e a inclinação para a sátira não encontrassem corretivo”.

Luís EDMUNDO (2000) relata ainda, no livro já citado, um crime ocorrido pelos idos de 1829, narrado por Tristão Araripe em uma memória que se encontra no Instituto Histórico do Rio de Janeiro. Um certo Pedro

Vieira ordena que o filho mais velho mate outro filho, porque o velho pai descobrira que ele havia se relacionado sexualmente com a jovem amante dele pai. Apesar dos apelos dos dois irmãos, assim foi feito.

O missionário protestante americano Daniel P. KIDDER (2001, p. 89-95), que veio para o Brasil em 1837, em seu livro *Reminiscências de viagens e permanência no Brasil*, informa que em 1838 havia muitos vagabundos perambulando pelas ruas e esmolando. O número era tal que o chefe de polícia oferecia \$10000 a título de gratificação ao guarda que levasse um vadio à Casa de Correção do Rio de Janeiro. Desse modo, em pouco tempo, cerca de cento e setenta e um vagabundos foram detidos, sendo que mais de quarenta foram contratados pelo Arsenal da Marinha. Os outros tiveram que trabalhar na Penitenciária para pagar a carceragem. Na rua, segundo nos relata aquele missionário, só ficaram os verdadeiros mendigos, os indigentes que precisavam da caridade pública.

Por essa época, os sentenciados trabalhavam na obra de melhoramento da Casa de Correção. “Os criminosos mais insubordinados — acrescenta — são acorrentados geralmente aos pares, mas, outras vezes, caminham quatro ou cinco jungidos à mesma corrente que vai presa à perna de cada um”. E acrescenta: “É para aí que se mandam os escravos desobedientes ou insubordinados. Os negros são recebidos a qualquer hora do dia ou da noite e aí ficam até que os seus senhores os venham reclamar. Seria realmente de admirar se de vez em quando não se dessem aí cenas de requintada crueldade.” E continua Daniel P. KIDDER o seu relato sobre os presos:

“Quadro triste esse que contemplávamos de passagem, destacando-se de quando em vez, várias dezenas de sentenciados acorrentados, em pelotões e marchando sob a guarda de soldados, desde os muros da Casa de Correção até as barracas, em Mata-Porcos, onde pernoitavam depois de

um dia de penoso trabalho. Alguns desses infelizes — como outros que se encontravam diariamente nas ruas — usavam enorme colarinho de ferro com uma extremidade que se projetava para cima, do lado da cabeça.”

E finaliza: “Esse cruel distintivo geralmente indicava um escravo egresso que havia sido recapturado.”

O missionário KIDDER refere-se igualmente aos estabelecimentos penitenciários e à estatística dos crimes:

“As principais prisões do Rio de Janeiro são a do Aljube, na cidade, e a de Santa Bárbara numa ilha a pequena distância da Ponta da Saúde, na parte Norte da urbe. De acordo com as últimas informações de que dispomos, existiam nessas duas cadeias trezentos e sessenta e seis prisioneiros sentenciados, pelos seguintes crimes: 62 de homicídios, 4 por tentativa de morte, 50 por latrocínio, 9 por ‘conto do vigário’, 3 por perjúrio, 79 por furto, 27 por assalto e espancamento, 11 por tentativa de roubo, 6 por porte de armas, 3 por calúnia, 2 por prática de jogos proibidos, 23 por falsificação, 39 condenados no estrangeiro, por crimes ignorados, 3 por escravizarem pessoas livres, 2 por terem auxiliado a fuga de outros prisioneiros, 6 por desacato às autoridades, 3 suspeitos de serem escravos fugitivos, 2 por crime de rapto, 2 por sonegação de impostos e 21 sentenciados para correção.”

Daniel P. KIDDER informa ainda que

“Apenas cento e cinquenta e nove desses indivíduos foram submetidos a julgamento. Cinco deveriam sofrer a pena capital. Onze dos sentenciados foram transferidos para o Calabouço. Trata-se de masmorra construída numa ponta de terra que se projeta para a baía, mesmo em frente à cidade, onde os escravos fugitivos são encarcerados até que sejam procurados pelos respectivos donos.”

As fortalezas, como o Forte da Laje, por exemplo, também possuíam dependências para prisioneiros comuns.

KIDDER reporta-se a um pequeno “Candiru” no Brasil Império. Na Ilha da Caqueirada morava um soldado que fizera parte da guarda de honra imperial, e que estava na reserva. Certa noite fora vítima de um assalto por parte de vários ladrões, e reagiu. Matou um deles com um tiro de mosquetão. Os outros quatro, logrando dominar o velho soldado, o assassinaram em seguida. Entretanto, ao cabo de alguns meses, todos foram presos ao mesmo tempo. Passaram por três julgamentos e em todos foram condenados por um júri de quarenta e sete pessoas, por unanimidade, e sentenciados à pena de morte. No trajeto para o Forte de Laje, de onde seriam conduzidos para a Capela de Aljube para fazerem a última confissão, os condenados, que haviam serrado as grillhetas, usaram-nas como armas contra os guardas, provocando-os, desse modo, em seu desespero, a abrir fogo e matá-los ali mesmo. O oficial todavia decidiu que eles seriam executados como mandava a lei. No entanto, primeiro os submeteu ao castigo de fome e sede. Na manhã seguinte, na sequência dos suplícios, os guardas jogaram para dentro da masmorra “uma bola de enxofre em chamas para sufocá-los”. Desse episódio KIDDER (2001, p. 89-95) nos legou uma narrativa dramática: “Somente uma voz se fez ouvir, suplicando misericórdia. Três dos assassinos se haviam suicidado, seccionando a garganta com uma navalha, cada um por sua vez. O quarto criminoso foi tomado de horror ao contemplar a pavorosa cena e a agonia de seus companheiros banhados no sangue que cobria todo o piso da cela.”

O diplomata e viajante inglês Richard BURTON (1976, p. 327-331), em um relato de viagem publicado originalmente em 1869, e que recebeu o título na tradução brasileira de *Viagem do Rio de Janeiro a Morro Velho*, traz um rol de crimes julgados na Província de Minas Gerais, no período compreendido entre 1855 a 1864. Escreve ele, louvando-se

em um relatório da Secretaria da Polícia de Minas, com data de 1º de agosto de 1866:

“Limitar-me-ei a observar que os crimes contra a propriedade são 204, em comparação com 3.299 contra pessoas, de um total de 4.705, e que, para três casos de furto, ocorreram 1.186 homicídios. No entanto, as leis brasileiras, ao contrário das nossas, protegem muito mais a vida e a integridade física do que a propriedade. Aqui, levantar uma bengala, ou mesmo usar linguagem insultuosa, é considerado crime, e o crime é severamente punido. Os estrangeiros costumam dizer que, no Brasil, é melhor matar um homem do que feri-lo. É um crime atirar em um ladrão que está assaltando nossa casa.”

E BURTON se pergunta: “Por que motivo, então, em Minas ? posso dizer, no Brasil em geral ? há tão pouca segurança pela vida, que é tão zelosamente protegida?” Segundo ele, estas são as razões:

“Entre os ricos, os homicídios derivam de três causas: terras, questões políticas e ‘negócio do coração’ ? um motivo apenas secundariamente mencionado — especialmente quando está em jogo a honra da família, e somente um tiro ou uma facada poderiam resolver o caso. Os pobres matam uns aos outros por causa de brigas por questões de terra, perdas no jogo, amor e bebida; a cachaçada termina sempre em derramamento de sangue.”

E prossegue o relato:

“Via de regra, todos os homens andam armados: com revólveres e punhais, que são usados ocultamente nas cidades; no interior, ninguém anda, a pé ou a cavalo, sem uma garfua e todos trazem uma faca na cintura. O derramamento de sangue é encarado sem muito horror; praticamente, não há aquela preocupação e aquele respeito pela vida humana que caracterizam os antigos países da

Europa. O afetuoso diminutivo ‘facadinha’ significa um esfaqueamento e uma ‘mortezinha’ é um assassinato, geralmente à traição.”

Segundo BURTON, a inexistência da pena capital, a facilidade de fuga das cadeias e a ineficácia dos trabalhos forçados, como sanção penal, para os escravos são fatores de estímulo à vingança. Observa ainda que a maioria das pessoas que cometem delitos nesse terceiro quartel do século XIX são pessoas sem instrução.

Richard BURTON refere-se também a alguns “assassínios escandalosos”:

“... na cidade de Lavras, tendo A. B. brigado com C. D., feriu-o cinco vezes, assassinou o guarda municipal E. F., matou G. H. e feriu gravemente I. K., que estava em companhia da autoridade policial. Em 1866, um certo M. D., casado com a neta do Barão de R. V., um homem inofensivo, muito considerado, matou-o em praça pública da Freguesia de São Gonçalo da Campanha. No mesmo ano, o Dr. A. B., viajando a cavalo, com três amigos, nas vizinhanças de Filadélfia, foi assassinado a tiros, de emboscada, por C. B., que imediatamente montou a cavalo e fugiu. Quando cheguei à Cachoeira de Paulo Afonso, os moradores comentavam um assassinato que ocorrera um mês e meio antes. Nesse caso, havia o habitual negro e mais de uma mulher. A Senhora Isidora Maria da Conceição preferia o Senhor Ferino (Zeferino) da Cruz a seu esposo legal, Senhor José Teles de Menezes, e os dois resolveram afastá-lo do caminho.”

E continua BURTON (1976, p. 327-331) :

“Ferino conseguiu o apoio e a ajuda de sua própria esposa, Senhora Mariana Teles de Barros, dizendo-lhe que a futura vítima a caluniara. ‘Ele tem que morrer!’ exclamou a dama ludibriada. A Clitenestra brasileira escondeu as armas do marido, e o gru-

po matou a vítima com muitas facadas, cortou-lhe a língua e as orelhas, escalpelou-a tão bem como os moicanos o fariam e jogou o corpo no Rio São Francisco.”

BURTON (p. 161) refere-se igualmente a uma prática criminosa ainda hoje comum no Brasil: o matador de aluguel:

“Passamos por um rancho, cujo dono, alto e barbado, com um chapéu de abas largas caído sobre os olhos, olhou-nos grosseiramente, e não respondeu às perguntas que lhe fizemos sobre a possibilidade de nos conceder hospedagem durante a noite. Esse indivíduo, chamado João Militão, tem fama de ser ‘valentão’, ou, pior ainda, ‘capanga’, assassino profissional. Esses capangas, relíquia dos tempos bárbaros, infelizmente ainda não desapareceram no interior das províncias brasileiras. Como a Honra continua a ser uma inspiradora de ação, e o duelo é desconhecido, os ofendidos recorrem aos serviços de facínoras mercenários, e o inimigo é alvejado de trás de uma árvore, como o proprietário rural irlandês da geração passada.”

Oscar CANSTATT (2002, p. 386-387), outro viajante, em *Brasil: terra e gente* (1871), menciona cenas com sentenciados na cidade de Desterro, capital da Província de Santa Catarina. Escreve ele:

“... sem levar em conta a hora abrasadora do meio-dia, passam sentenciados carregados de ferros e escoltados, porque Desterro serve também ao governo como lugar de degredo para crimes mais graves. São figuras de aspecto tenebroso, cujos uniformes azuis, com guarnições encarnadas, se reconhecem de longe. Conquanto esses homens estejam, quase como os galés franceses, presos dois a dois, por pesadas argolas de ferro, seria errôneo julgá-los todos criminosos merecedores de pena capital. A escolha dos sentenciados acorrentados não é sem-

pre feita com o necessário cuidado, parecendo só ter em vista a duração da sentença. Acontece, por isso, que ficam cada vez mais calejados moralmente.”

Sobre as prisões, ele anota:

“Em geral as prisões são, antes de tudo, um lado fraco da administração no Brasil. Faltam-lhes não só edifícios adequados aos seus fins, como a atenção e direção necessárias à regeneração moral dos delinquentes. Neste sentido é ainda a capital, Rio de Janeiro, que está melhor aparelhada. Nas províncias contentam-se com edifícios destinados a outros fins ou com a detenção dos condenados em ilhas e fortalezas na costa. Os sentenciados não têm que se queixar duma vigilância por demais rigorosa, circunstância de que freqüentemente se aproveitam, fugindo e desaparecendo para nunca mais serem vistos.”

E acrescenta:

“Mas, se se submetem razoavelmente às ordens das autoridades da prisão, é-lhes permitido, sob a vigilância dum soldado, irem de dois em dois procurar, na cidade ou povoação onde estão, qualquer serviço, seja como artífice, como carregador ou qualquer outro trabalho, de cuja remuneração terão uma parte. Legalmente se distinguem Casas de Detenção, Casas de Correção e Degredos, em todos os quais o número de condenados por atentados contra pessoas constitui a maioria.” (CANSTATT, 2002, p. 386-387)

Não obstante serem as leis rigorosas na proteção à vida e à integridade física, como observam os viajantes acima citados, havia, paradoxalmente, muita ocorrência de crimes contra a vida e de lesão corporal no período referido. Isso demonstraria, a rigor, o equívoco de Maquiavel ao afirmar que são as leis que fazem os homens bons...

Melo MORAIS FILHO (2002, p. 272-276), em páginas antológicas, lega-nos uma des-

crição do “espetáculo” que constituía um enforcamento, os momentos que o antecediam, e refere-se a alguns sentenciados no Brasil Império. Sobre os criminosos, escreve ele:

“Dentre as execuções célebres dos anos mais chegados, estão no primeiro plano a de Guimarães sapateiro, a do escravo que assassinou a Filipe Néri, a dos três marinheiros do patacho *Santa Clara*, que viajava para Santos, e a do preto cego Domingos Moçambique, que foi expiar no patíbulo o assassinato de seu senhor, perpetrado por um indivíduo que confessou o seu crime em artigo de morte.”

E retraça-lhes o perfil:

“O Guimarães era uma natureza refratária a todo o bem. Era um facinora como o Lucas da Feira e Pedro Espanhol, mas sem as qualidades boas que distinguiam-se nos dois saltadores. Feroz até à crueldade, o sangue tinha para ele as excitações das orgias brutais. [...] O escravo de Filipe Néri foi um louco. O seu crime teve naturalmente origem na noite das senzalas e da escravidão. Dos marinheiros do patacho, que assassinaram na travessia os negociantes de Santos, o móvel foi o roubo em pleno mar, e a certeza de que o rugido da vaga abafaria o grito das vítimas. Se quisésseis saber, porém, quais foram os jurados que votaram pela pena de morte do preto cego da Rua do Rosário, ninguém vos responderia, porque Deus, para poupar à inocência mais uma súplica de perdão, de há muito que os fez esquecer!”

Melo MORAIS FILHO prossegue, descrevendo com minudências o cenário no Largo de Santa Rita e da embocadura da Rua dos Ourives, onde o povo apinhava-se para assistir ao lúgubre espetáculo. Após o pão-de-ló com vinho servido ao penitente, ainda na cadeia, e a confissão e o sacramento feito a um frade, ele era conduzido em préstito pelas ruas da cidade até o patíbulo. O ritual

fazia-se na presença do juiz das execuções, do escrivão do júri, que lia a sentença, do porteiro dos auditórios, do carrasco e de seu ajudante, do meirinho, incluindo desembainhar de espadas. O juiz das execuções “de casaca e chapéu armado, montado a cavalo, marchava, tendo a seu lado o escrivão do júri e o pregoeiro. No final do cortejo, era lida a sentença pelo pregoeiro”.

E continua Melo MORAIS FILHO:

“O padecente, de baração ao pescoço, trajando geralmente jaqueta, calça de cor e com os pés descalços, vinha logo após, com os pulsos ligados por uma corda fina, descansando-lhe nos antebraços, como dissemos, a imagem de Cristo. Junto ao *enforcado* achavam-se os dois franciscanos; e os carrascos ? réus de morte com comutação de pena ? seguiam com os meirinhos, formando a retaguarda desse grupo sinistro. [...] ...o carrasco empurrava o desgraçado, cavalgando-lhe os ombros, estribando-se fortemente nos pulsos ligados, tapando-lhe a boca... E, balançando-se no vácuo, de língua para fora, de olhos saltando-lhe das órbitas, aquela figura medonha esperneava-se, debatia-se, até a quietação. Em seguida a corda era cortada, ouvindo-se o baque do corpo morto” (MORAIS FILHO, 2002, p. 272-276).

O Livro V das Ordenações Filipinas viveu no Brasil até 1831, quando foi substituído pelo Código Criminal do Império. (E o Livro IV, que regia as relações de ordem privada, viveu até ser revogado pelo novo Código Civil, em 1917). Com efeito, por meio da Lei de 20 de outubro de 1823, D. Pedro I manda executar o decreto da Assembléia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, que estabelecia, em seu art. 1º:

“As ordenações, leis, regimentos, alvarás, decretos e resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quais o Brasil se governava até o dia 25 de abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelíssima, atual Rei de Por-

tugal e Algarves, se ausentou desta Corte; e todas as que foram promulgadas daquela data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcântara, como Regente do Brasil, enquanto Reino, e como Imperador Constitucional dele, desde que se erigiu em Império, ficam em inteiro vigor na parte em que não tiverem sido revogadas, para por elas se regularem os negócios do interior deste Império, enquanto se não organizar um novo Código ou não forem especialmente alteradas.”

No período imperial, o quadro modificava-se em razão dos novos ventos do liberalismo. O aparelho judiciário precisava igualmente ser modernizado. A Carta de 1824 estipulava no Título 6º, Capítulo Único – Dos Juízes e Tribunais de Justiça: Art. 151. O Poder Judicial é independente, e será composto de Juízes e Jurados, os quais terão lugar assim no Cível, como no Crime, nos casos e pelo modo que os Códigos determinarem. Art. 152. Os Jurados pronunciam sobre o fato, e os Juízes aplicam a Lei. Art. 153. Os Juízes de Direito serão perpétuos, o que todavia se não entende que não possam ser mudados de uns para outros lugares, pelo tempo e maneira que a Lei determinar. Art. 154. O Imperador poderá suspendê-los por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos Juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Os papéis, que lhes são concernentes, serão remetidos à Relação do respectivo Distrito, para proceder na forma da Lei. Art. 155. Só por sentença poderão estes Juízes perder o lugar. Art. 156. Todos os Juízes de Direito e os Oficiais de Justiça são responsáveis pelos abusos de poder e prevaricações que cometerem no exercício de seus Empregos; esta responsabilidade se fará efetiva por Lei regulamentar. Art. 157. Por suborno, peita, peculato e concussão haverá contra eles ação popular, que poderá ser intentada dentro de ano e dia pelo próprio queixoso, ou por qualquer do povo, guardada a ordem do processo estabelecida na Lei. Art. 158. Para

julgar as causas em segunda e última instância haverá nas Províncias do Império as Relações, que forem necessárias para comodidade dos povos. Art. 159. Nas causas crimes, a inquirição das testemunhas e todos os mais atos do processo, depois da pronúncia, serão públicos desde já. Art. 160. Nas cíveis, e nas penais civilmente, intentadas, poderão as partes nomear Juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes. Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum. Art. 162. Para este fim haverá Juízes de Paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo e maneira por que se elegem os vereadores das Câmaras. Suas atribuições e Distritos serão regulados por Lei. Art. 163. Na Capital do Império, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um tribunal com a denominação de Supremo Tribunal de Justiça, composto de Juízes Letrados, tirados das Relações por suas antigüidades; e serão condecorados com o título do Conselho. Na primeira organização poderão ser empregados neste Tribunal os ministros daqueles que se houverem de abolir. Art. 164. A este Tribunal compete: I – Conceder ou denegar revistas nas causas e pela maneira que a Lei determinar. II – Conhecer dos delitos e erros de Ofício que cometerem os seus ministros, os das Relações, os empregados no Corpo Diplomático e os Presidentes das Províncias. III – Conhecer e decidir sobre os conflitos de Jurisdição e competência das relações provinciais.

Destarte, D. Pedro sanciona, pela Lei de 18 de setembro de 1828, decreto da Assembléia Geral criando o Supremo Tribunal de Justiça, composto por 17 juizes. Entre outras funções, o novo tribunal poderá “conceder ou denegar revistas nas causas”. Estipula ainda que “as revistas somente serão concedidas nas causas cíveis e criminais, quando se verificar um dos dois casos manifesta nulidade, ou injustiça notória nas sentenças proferidas em todos os juízos em

última instância”. Em seu art. 7º, estatui: “As revistas não suspendem a execução das sentenças, exceto nas causas crimes, quando é imposta a pena de morte natural, degredo ou galés, sendo os réus os recorrentes.”

Há que se observar que os juizes gozavam de uma vitaliciedade precária, e não se beneficiavam do princípio hoje assente da inamovibilidade.

Aprovada a Lei de 23 de outubro de 1875, de autoria de Lopes Gama, o Supremo Tribunal de Justiça passou a tomar assento da jurisprudência produzida, pondo um termo, no dizer de NABUCO (apud NOGUEIRA, 1999, p. 40), à “anomalia que os Tribunais inferiores possam julgar em matéria de direito, o contrário do que decidiu o primeiro Tribunal do Império”. E mais: “Sobreleva a subversão das idéias de hierarquia, infringidas por esse pressuposto, a desordem da jurisprudência que não pode existir sem uniformidade e onde se acham arestos para tudo.”

A organização judiciária é completada ou disciplinada por outras normas legais. A Lei de 15 de outubro de 1827 cria os juizes de paz; a de 1º de outubro de 1828, a as Câmaras Municipais em cada cidade e vila; a de 3 de dezembro de 1841 dispõem sobre juizes municipais e de direito; o decreto de 15 de março regula a execução na área civil; a Lei de 20 de setembro de 1871 altera a legislação judiciária e o decreto que a regulamentava.

No Império, as Câmaras Municipais conservam as “atribuições administrativas, mas perdem a jurisdição contenciosa que tiveram durante o período colonial”, conforme assinala Octaciano NOGUEIRA (1998, p. 18 et seq.). Ainda é este autor quem observa: “Durante todo o regime colonial, as Câmaras Municipais não eram instituições políticas, mas simples órgãos administrativos e judiciários, funções herdadas da tradição portuguesa que, por sua vez, as adaptara do Direito Romano. Tanto que as funções dos Vereadores estavam prescritas

nas Ordenações do Reino, entre as dos demais magistrados.” Com efeito, a Lei de 1º de outubro de 1828, conhecida também como “Regimento das Câmaras Municipais”, trata, em seu segundo título (arts. 66-73), das posturas policiais, compreendendo a economia, medidas sanitárias, edificações, e medidas visando à ordem e à segurança públicas das povoações e seus termos. Essa lei revoga implicitamente os Livros 66 e 67 das Ordenações Filipinas que dispunham sobre o funcionamento das Câmaras Municipais, anota igualmente NOGUEIRA.

Ainda no plano do sistema normativo, em 16 de dezembro de 1830, o Visconde de Alcântara, então ministro da Justiça, assina a lei promulgando o Código Criminal do Império. Esse Código, elaborado por Bernardo Pereira de Vasconcelos, era portanto de cariz liberal, em consonância com a Carta de 1824 que, em seu art. 179, assegurava: I – Nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. III – A sua disposição não terá efeito retroativo. VII – Todo o cidadão tem em sua casa um asilo inviolável. De noite não se poderá entrar nela, senão por seu consentimento, ou para o defender de incêndio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos e pela maneira que a Lei determinar. VIII – Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em cidades, vilas ou outras povoações próximas aos lugares da residência do Juiz; e nos lugares remotos dentro de um prazo razoável, que a Lei marcará, atenta a extensão do território, o Juiz por uma nota, por ele assinada, fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes do seu acusador e os das testemunhas, havendo-as. IX – Ainda com culpa formada, ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado estando já preso, se prestar fiança idônea, nos casos que a Lei a admite; e em geral nos crimes que não tiverem maior pena do que a de

seis meses de prisão, ou desterro fora da comarca, poderá o réu livrar-se solto. X – À exceção de flagrante delito – a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da Autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas que a Lei determinar. XI – Ninguém será sentenciado, senão pela autoridade competente, por virtude de Lei anterior e na forma por ela prescrita. XIII – A Lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. XVIII – Organizar-se-á quanto antes um Código Civil e Criminal fundado nas sólidas bases da Justiça e da Equidade. XIX – Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as demais penas cruéis. XX – Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau que seja.

Sepultava-se desse modo todo e qualquer laivo, no plano constitucional pelo menos, das fatídicas Ordenações do Reino, embora, consoante Sérgio HABIB (1989, p. 148), “o Código Criminal do Império insistia nas chamadas penas infamantes, nos castigos corporais e na desproporção entre aquelas e a conduta do agente do delito, utilizando muito pouco a pena de prisão, a exemplo do que faziam as várias legislações em toda a Europa”.

As fontes doutrinárias dessa primeira Constituição provinham do liberalismo e do constitucionalismo vigentes, de Locke a Chateaubriand. Nessa ocasião, os autores mais lidos eram também Rousseau, Montesquieu, Filangieri e Benjamin Constant. Por outro lado, já a *Magna Charta*, de 1215, do Rei João Sem-Terra, que impunha um limite legal ao poder do rei, determinava que “nenhum homem poderá ser preso, detido, privado de seus bens, posto fora da lei ou exilado sem julgamento de seus pares ou por disposição da lei”.

Norberto BOBBIO (1997) menciona *O pacto do povo* de 1649, não muito lembrado,

constituição elaborada pelos chefes dos *Niveladores*, movimento democrático da Revolução Inglesa, e composto pela pequena burguesia. O cerne dessa constituição, que nunca foi aplicada, é a limitação do poder do Estado. Ela seria para BOBBIO um antecedente histórico importante das grandes constituições dos estados americanos e da constituição francesa saída da Revolução em fins do século XVIII. No Preâmbulo d’*O pacto do povo*, lê-se: “Nós, povo livre da Inglaterra... concordamos em oferecer segurança ao nosso governo, abolir qualquer poder arbitrário e colocar limites e impedimentos a qualquer autoridade” (BOBBIO, 1997, p. 35).

A *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789, estatua que “nenhum homem pode ser acusado, detido ou preso, senão em caso determinado por lei e segundo as formas por ela prescritas”. “Ninguém pode ser detido senão em virtude da decisão de um juiz”. “A lei não deve estabelecer senão penas estritamente necessárias e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada ao delito e legalmente aplicada.” “Todo homem é tido como inocente até o momento em que seja declarado culpado.”

Estavam firmados assim os princípios da legalidade, que limita o poder discricionário do príncipe ou do Estado, preservando o direito do cidadão, bem como o da presunção de inocência. Alguns anos antes, em 1776, a *Declaração de Direitos de Virgínia* já desaconselhava a irretroatividade das leis punitivas, e que ninguém fosse privado de liberdade, “a não ser por julgamento de seus pares, em virtude da lei do país”, assegurando, destarte, o princípio da legalidade; afirmava a imperatividade de julgamentos justos e o direito a ampla defesa, ninguém podendo ser “forçado a produzir provas contra si próprio”, bem como interditava penas cruéis e desusadas; as ordens de prisão deviam ter fundamentos convincentes; e, finalmente, dava preferência à forma de processo por jurados, considerando-a sagra-

da. Em seu art. 10, está estatuído o direito a ampla defesa:

“Em todos os processos por crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido por um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser por um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país.”

A propósito da Carta de 1824, Oliveira LIMA (1972, p. 74), em sua obra *O império brasileiro*, assinala que ela “devia tornar definitivas todas as conquistas teóricas ou concretas do espírito revolucionário liberal”.

A exemplo de outras ex-colônias da América Latina, após a Independência, o Brasil adotou uma constituição inspirada na dos Estados Unidos da América.

A partir da constituição americana, todas as constituições do mundo fizeram constar em seu texto o *Bill of Rights*. A bem da verdade, o *Bill of Rights* foi um legado da Inglaterra tanto aos Estados Unidos da América quanto à França. A Inglaterra assegurava aos súditos do rei garantias como a *Petition of Rights* de 1628, bem assim o *Habeas corpus Act* de 1679. Com efeito, o direito de petição e o *habeas corpus*, incorporados às constituições modernas, já eram garantias na Inglaterra do século XVII.

A Carta de 1824 recebeu influência da Constituição americana de 1787, em que as dez primeiras emendas constituem o *Bill of Rights* no plano federal. E assegurava a liberdade de expressão, religiosa, de reunião pacífica, de inviolabilidade de domicílio, liberdade individual, o direito a um *due pro-*

cess, o julgamento por júri, e assim por diante. De igual modo com a Constituição francesa de 1791, que, como a americana, inspirou a maioria das constituições do século XIX relativamente à adoção da declaração de direitos do homem (GILISSEN, 1988, p. 425-426).

Assim, não fugíamos ao padrão implantado em todas as nações de nosso continente: liberalismo jusnaturalista, que se afigurava do ponto de vista jurídico constitucionalismo, crença no poder do texto político maior, a Carta Magna como garantidora da estabilidade, justiça e felicidade social. Conforme Nelson Nogueira SALDANHA (1968), em sua *História das idéias políticas no Brasil*, esse liberalismo jusnaturalista, “como no constitucionalismo daquelas nações, provinha doutrinariamente da idéia de uma ordem *natural* a ser captada pela *razão* e consolidada em *lei*”. Nesse sentido, uma “Proclamação” de D. Pedro, datada de 15 de julho de 1823, ainda durante a vigência da Constituinte, afirmava que “o governo constitucional que não se guia pela opinião pública, ou que a ignora, torna-se o flagelo da humanidade”. E mais adiante, que se não tinha o país ainda uma Constituição, tinha já “aquelas bases estabelecidas pela razão, as quais devem ser invioláveis”, bases essas representadas pelo respeito à segurança individual, propriedade e domicílio.

A Constituição refletia um ânimo equilibrador, com uma estrutura bem construída, seguro senso jurídico e estilo sintético. O título I tratava “Do Império do Brasil, seu território, governo, dinastia e religião”. O título II, “Dos cidadãos brasileiros”. O III, “Dos poderes e representação nacional”. O IV tratava “Do poder legislativo”. O V, “Do Imperador”. O VI, “Do poder judicial”. O VII, “Da administração e economia das províncias”, e o VIII, “Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros”.

Segundo ainda Nelson Nogueira SALDANHA (1968, p. 95-99), na obra citada, “do ponto de vista político o que se espelhava naquele arcabouço era a combinação dos

cânones constitucionais liberais (incluindo-se já a tendência ao parlamentarismo) com o ‘princípio’ monárquico”. E mais adiante, conclui ele: “Nossa Constituição inicial já refletia a concepção de que o Estado constitucional é aquele onde há garantias assentes, e prerrogativas protegidas por uma ordenação legal de poderes.”

O Código Criminal representa o segundo componente importante do ordenamento jurídico do Brasil Império, após a Carta de 1824. Além de elaborado dentro do espírito liberal, fora “redigido segundo a melhor doutrina clássica penal” (WOLKMER, 1998, p. 85), “adotando critérios utilitaristas, tão caros a Jeremias Bentham”, como diria Sérgio HABIB (1989, p. 148). Ele incorporara o princípio da reserva legal e o da pessoalidade da pena, não devendo esta estender-se além da pessoa do condenado.

O Código Criminal teve a influência do Código de Napoleão, de 1810, das formulações de Feuerbach, e do Código da Baviera, de 1813, do Código Penal Napolitano, de 1819, influenciando por sua vez o Código Espanhol de 1870 e, indiretamente, a legislação penal dos países latino-americanos de expressão espanhola (HABIB, 1989, p. 149; BARBOSA, 1996, p. 29).

O Código Criminal previa a pena de morte, mas diante de um erro judicial flagrante e tristemente famoso, o caso Motta Coqueiro, o Imperador, em 1870, passou a converter a condenação capital em galés perpétuas.

O liberalismo da sociedade patrimonialista e escravocrata possuía uma faceta pragmática. Assim, relativamente aos escravos, a fim de evitar prejuízos para seus proprietários, ao invés da pena de morte ou trabalhos forçados, o Código Criminal substituiu essas sanções pela de açoite. Aliviava a pena, não por questões puramente humanitárias, mas por considerações de ordem sobretudo econômicas. O Código Criminal, assim, em seu art. 14, § 6º, estatuiu que os senhores não podiam castigar seus escravos imoderadamente, sob pena de respon-

derem criminalmente, podendo ser obrigados a vendê-los para quem lhes pudesse dispensar melhor tratamento.

São como que idéias fora de lugar: uma legislação que se pretendia liberal, em uma sociedade escravagista, em que havia necessariamente um descompasso entre o ordenamento jurídico e as estruturas socioeconômicas, a base estrutural da sociedade. Ou, para usar uma linguagem ao agrado dos marxistas, uma defasagem entre a superestrutura jurídica e a infra-estrutura social e econômica.

Em 1831, no entanto, houve uma reação a esse liberalismo imperial. Foi votada a Lei de 10 de junho de 1835, proibindo o benefício da graça aos escravos condenados à morte e impondo a execução imediata da sentença.

Por outro lado, o Código de Processo Criminal, cujo relator foi Manuel Alves Branco, 2º Visconde de Caravelas, entrou em vigor por força de lei datada de 29 de novembro de 1832, assinada pelo ministro da Justiça, Honório Hermeto Carneiro Leão, que viria a ser posteriormente Marquês de Paraná. O Código de Processo, também de feição liberal, teria tido influência do “procedimento misto ou eclético”, “meio termo entre o procedimento acusatório inglês e o misto seguido pela França” (HABIB, 1989, p. 149).

No entanto, a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841, e o Regulamento nº 120, de 1842, introduziram modificações no Código de Processo, de natureza conservadora e centralizadora, concernente à instrução processual, transferindo-a dos juízes para a polícia, tentando instaurar um “absoluto policialismo judiciário”, no dizer de Sérgio ADORNO (apud WOLKMER, 1998, p. 88). Essa modificação foi, no entanto, revertida para a situação anterior com a Lei nº 2.033, de 1871, restituindo-se aos juízes a formação da culpa. Segundo Marcelo Fortes BARBOSA (1996, p. 30), essa lei foi que estabeleceu, pela primeira vez em nossa legislação penal, “a punição do homicídio culposo e das lesões corporais culposas”, pos-

to que o Código Criminal não se referia a crime culposos.

Em 10 de outubro de 1886, passa a vigorar a Lei nº 3.310, que revoga o júri específico de escravos, completando, segundo BARBOSA, o “quadro legislativo penal do Império, que teve o brilho do Iluminismo”.

É com a entrada em vigor do Código de Processo Criminal, em 1832, que se completa o ordenamento jurídico penal do Brasil Império, dando uma nova moldura ao sistema judiciário. Ele incorpora a figura do juiz de paz com “poderes para atuar na formação da culpa dos acusados, antes do julgamento, e também de julgar certas infrações menores, dando termos de bem viver aos vadios, mendigos, bêbados por vício, meretrizes escandalosas e baderneiros. Além desses crimes, as demais infrações deveriam ser julgadas pelos juízes criminais. As infrações da alçada dos juízes de paz eram chamadas crimes de polícia” (LIMA apud WOLKMER, 1998, p. 87).

O Código de Processo sepultara métodos inquisitoriais das Ordenações Filipinas, adotando alguns procedimentos oriundos do sistema francês e inglês, de fundo liberal. Incorporara o instituto do *habeas corpus* e do sistema de jurados; aboliu os ouvidores e os juízes de fora. Ainda, segundo Roberto Kant de LIMA (apud WOLKMER, 1998, p. 87), ele “acabou com as devassas, transformou as querelas em queixas, tornando-se a denúncia o meio de ação do Ministério Público. A iniciativa do processo – *ex officio* – era mantida para todos os casos em que era cabível a denúncia”.

Para completar o aparato repressivo do Estado no Brasil Império em todo o quadrante do país, foi criada por lei, em 1831, a Guarda Nacional, e extintos os corpos de milícias e ordenanças e as recém-criadas guardas municipais.

Tudo indica, no entanto, que havia uma certa dissonância entre o arcabouço jurídico liberal e a prática da vida cotidiana. Em que pese o espírito liberal das leis, conti-

nuava a prevalecer o arbítrio, e o abuso de autoridade por parte da polícia. Elizabeth Cary AGASSIZ, de nacionalidade americana, esposa de Luís AGASSIZ, que estiveram em nosso país entre 1865 e 1866, no livro *Viagem ao Brasil*, anota:

“A Constituição, eminentemente liberal, calcada em parte sobre a nossa, faz supor a quem vem de fora encontrar no Brasil a mais completa liberdade prática. Até um certo ponto essa suposição não é desmentida; a imprensa não está submetida ao menor entrave; nenhuma religião é perturbada no exercício do seu culto; há uma liberdade nominal absoluta. Mas quando, da teoria, passa-se à aplicação das leis, um novo elemento se interpõe: o arbítrio, a tirania mesquinha e miserável da polícia contra a qual parece não haver recurso. Para bem dizer, existe uma falta de harmonia entre as instituições e o estado da nação” (AGASSIZ; AGASSIZ, 2000, p. 281).

Sem se falar no emperramento da máquina da Justiça e na complicação do processo judicial, o que persiste ainda hoje entre nós.

Essa constatação coincide com a do alemão Carl SEIDLER (1980), que foi oficial do Império brasileiro. Com efeito, em seu livro *Dez anos no Brasil*, escrito entre 1833 e 1834, assevera:

“A polícia no Brasil acha-se em más condições por toda a parte. Reina um vasto sistema de suborno; tudo é venal; alguns poucos cruzados contrabalançam muitas vezes a consciência dos juízes, e a justiça, qual propriedade particular, é publicamente vendida a quem mais dá. Antigamente existia no Rio de Janeiro uma ‘polícia armada’, de cerca de mil homens, que patrulhava dia e noite as ruas e assim peiava a ladroagem; após a revolta de 7 de abril, ou porque fosse de lembrança odiosa para o povo, ou porque pelo menos aparentemente se quisessem fazer reformas em todos os ramos da

administração pública, ela foi subitamente dissolvida, e em seu lugar criou-se uma *Guarda Permanente*.”

E continua SEIDLER:

“Esse corpo compreende cerca de 600 homens, recrutados na ralé do povo: caixeiros do comércio infieis, escreventes imprestáveis, operários miseráveis, jogadores infelizes, filhos degenerados, aleijados e mandriões de toda espécie constituem esse bando autorizado de ladrões, que parecem recrutados por um moderno Falstaff, embora se destinem a proteger a segurança pública e a propriedade dos cidadãos.”

SEIDLER (1980, p. 69, 71-72), não obstante, tem palavras elogiosas para outra instituição brasileira da época: “Só os juízes de paz, que são eleitos pelo povo e desempenham suas funções sem qualquer remuneração, gozam de estima pública e quase cega obediência. Seus plenos poderes são amplos, se bem que não possam decidir dos processos desde que a causa exceda ao valor de dezesseis talers, a sua palavra é quase sempre acatada e confirmada pelas instâncias superiores; uma recomendação deles vale por uma sentença.” E prossegue: “Em caso de desordem, todas as forças militares ficam às suas ordens, assim como dispõem integralmente da polícia. Seu distintivo é uma faixa verde-amarela, com a largura da mão, que passa do ombro direito ao quadril esquerdo e atesta sua dignidade judicial.” E conclui: “Mostrando essa faixa num motim ou no mais louco ajuntamento popular, instantaneamente se restabelece a ordem; até o aparecimento de um juiz de paz, com suas palavras severas, amigáveis, tem muito mais influência sobre a massa do que toda a ostentação da força militar. Tenho prazer em poder finalmente assumir o papel de panegirista duma instituição pública brasileira.”

Havia igualmente expedientes francamente desonestos, como aquele denunciado, por meio de renhida polêmica na imprensa de São Luís do Maranhão, pelo advogado Luís Antônio Vieira da Silva, for-

mado em Leis e Cânones pela Universidade de Heidelberg, e autor da *História interna do direito romano até Justiniano*, contra o Desembargador Pontes Visgüeiro (que viria a ser autor de célebre crime passionnal que comovera a sociedade do Império, analisado posteriormente em livro por Evaristo de Moraes). Nessa denúncia, era questão o fato de o magistrado ser procurador extrajudicial de uma das partes em uma demanda envolvendo a herança de um cura, e de usar sua influência para fazer dormir o testamento “na poeira do cartório do escrivão de apelações do Sr. Moraes Martins, em vez de estar no de resíduos”. O ano era o de 1868, e em que pese haver normas constitucionais disciplinando a conduta de juízes, Vieira da Silva concede a seu contendor: “Sei que não há responsabilidade neste país para os juízes prevaricadores, mas se não há responsabilidade criminal, há responsabilidade moral” (LEANDRO, 2000, p. 24, 29).

Por outro lado, Thomas P. BIGG-WITHER (2001) viajante inglês que aqui se fixou por alguns anos, constata a cultura da ilicitude já presente no Brasil Império no que se refere ao trato do dinheiro público concedido à guisa de incentivo a particulares e a mentalidade de empresários de auferir o maior lucro possível em curto espaço de tempo, o que existe até hoje em nosso país. Assim, em seu livro *Novo caminho no Brasil meridional: a província do Paraná, que reúne observações de 1872 a 1875*, lemos:

“Os brasileiros, em geral, não se interessam em empregar dinheiro em coisa que não lhes dê grande lucro. Sua educação os torna incapazes de aplicar uma libra para ganhar vinte e um *shilling*, mormente se houver preocupações. Há muitas maneiras mais simples e mais rápidas de se ter lucro. Assim, eles não empregam o dinheiro quando se lhes oferece um negócio de pouca vantagem. A criação de gado requer muito pouco tirocínio e capital moderado, rendendo, pelo menos, cinquenta por cento ao ano. O comércio,

quando o negociante consegue fazer aliança com uma casa do Rio, que lhe dá crédito, é ainda a maneira mais fácil de fazer dinheiro. Seu único trabalho é comprar mercadorias por cem libras e revendê-las, a varejo, aos seus iludidos patrícios, por trezentas.”

No que concerne ao malbaratamento dos incentivos dados pelo governo, BIGG-WITHER observa: “Há ainda outra razão (que, a princípio, pode parecer paradoxal) para explicar por que a criação de carneiro não teve êxito. E esta baseia-se no fato de que o Governo ter-se mostrado interessado em iniciá-la, chegando mesmo a fazer diversas experiências, em pequena escala, as quais, infelizmente, redundaram em perda total, o que só serviu para desencorajar a iniciativa privada.” E prossegue ele, com um exemplo, não sem uma ponta de ironia:

“Certo cavalheiro (brasileiro, naturalmente) ofereceu as suas terras de graça ao Governo para a experiência. O Governo recebeu uma leva de carneiros vindos do sul, pagou todas as despesas de transporte, desembarcando-os sem ônus na propriedade do cavalheiro patriota. Depois de algum tempo, este cavalheiro, muito interessado no bem-estar da manada a seu cuidado, descobriu, ou imaginou ter descoberto, que uma das reses estava doente. Deu ordem imediatamente para que a matassem, a fim de não contaminar as outras. Tempos depois, seu olhar de lince descobre a aproximação insidiosa da doença em outro animal do rebanho. As mesmas medidas são repetidas e sua mesa, mais uma vez, fica provida da apetitosa carne.”

E conclui BIGG WITHER (2001, p. 79-80), após estender-se um pouco mais sobre a conduta fraudulenta do cavalheiro em questão: “O Governo perdeu alguns contos de réis e o cavalheiro ‘patriota’ e seus amigos ficaram familiarizados com o paladar da carne de carneiro, mas a sua criação na província do Paraná foi considerada impossível.”

Esse o Brasil de antanho que teima em perdurar até hoje, após a República, com os mesmos vícios e as mesmas mazelas, as mesmas idiossincrasias. E aqui a pergunta sempre repetida: até quando?

### Bibliografia

- AGASSIZ, Luís; AGASSIZ, Elisabeth Cary. *Viagem ao Brasil (1865-1866)*. Brasília: Senado Federal, 2000. 516 p. (O Brasil Visto por Estrangeiros).
- ALMEIDA, Cândido Mendes de. *Código filipino ou ordenações e leis do reino de Portugal recompiladas por mandato d'El-Rei D. Felipe I*. 14 ed. Rio de Janeiro: [s.n.], 1870.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Direito penal atual*. São Paulo: Malheiros, 1996. 125 p.
- BIGG-WITHER, Thomas P. *Novo caminho no Brasil meridional: a província do Paraná: três anos em suas florestas e campos 1872/1875*. Curitiba: Imprensa Oficial do Paraná, 2001. 457 p.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e estado no pensamento de Emanuel Kant*. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997. 168 p.
- BURTON, Richard. *Viagem do Rio de Janeiro a Morro Velho*. São Paulo: Itatiaia: Universidade de São Paulo, 1976. 366 p.
- CANSTATT, Oscar. *Brasil: terra e gente (1871)*. Brasília: Senado Federal, 2002. 446 p. (O Brasil Visto por Estrangeiros).
- EDMUNDO, Luís. *O Rio de Janeiro no tempo dos vice-reis: 1763-1808*. Brasília: Senado Federal, 2000. 480 p. (Brasil 500 Anos).
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 1999.
- GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988. 803 p.
- HABIB, Sérgio. A relação direito penal processo penal na república. In: O DIREITO na República. Brasília: Senado Federal, 1989. p. 147-169.
- KARASCH, Mary C. *A vida dos escravos no Rio de Janeiro (1808-1850)*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. 643 p.
- KIDDER, Daniel P. *Reminiscências de viagens e permanência no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001. 321 p. (O Brasil Visto por Estrangeiros).
- LEANDRO, Eulálio de Oliveira. (Org.). *Por trás da toga: crime, violência e corrupção do desembargador Pontes Visgueiro*. Imperatriz: Ética, 2000. 129 p.
- LEITE, Miriam Lifchitz Moreira. A condição feminina no início do século XIX. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL D. JOÃO VI: UM REI ACLAMADO NA AMÉRICA, 1999, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: Museu Histórico Nacional, 2000. 384 p.
- LIMA, Manuel de Oliveira. *O movimento da independência: o império brasileiro (1821-1889)*. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1972. 321 p.
- MARQUES, César Augusto. *Dicionário histórico-geográfico da província do Maranhão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Fon-Fon, 1970. 634 p.
- MORAIS FILHO, Melo. *Festas e tradições populares do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002. 384 p. (Biblioteca Básica Brasileira).
- NOGUEIRA, Octaciano. *1824*. Brasília: Senado Federal: CEE-MCT, 1999. 121 p. (Constituições Brasileiras, v. 1).
- PIERONI, Geraldo. *Os excluídos dos reinos*. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. 308 p.
- PORTUGAL, Sílvio. Direito (1500-1947). In: MORAIS, R. B. de; BERRIEN, W. (Org.). *Manual bibliográfico de estudos brasileiros*. Brasília: Senado Federal, 1998. v. 1. 659 p. (Brasil 500 Anos).
- RIBEIRO, Gladys Sabina. A cidade em branco e preto: trabalhadores portugueses na corte do Rio de Janeiro no início do século XIX. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL D. JOÃO VI: UM REI ACLAMADO NA AMÉRICA, 1999, Rio de Janeiro. *Anais...* Rio de Janeiro: Museu Histórico Nacional, 2000. 384 p.
- RIO BRANCO. *Efemérides brasileiras*. Brasília: Senado Federal, 1999. 734 p. (Brasil 500 Anos).
- SALDANHA, Nelson Nogueira. *História das idéias políticas no Brasil*. Recife: UFP: Imprensa Universitária, 1968. 342 p.
- SCHLICHTHORST, C. *O Rio de Janeiro como é (1824-1826)*. Brasília: Senado Federal, 2000. 326 p. (O Brasil Visto por Estrangeiros).
- SEIDLER, Carl. *Dez anos no Brasil*. Belo Horizonte: Itatiaia: Universidade de São Paulo, 1980. 335 p. (Reconquista do Brasil, v. 24).
- VIEIRA, Antônio. *Santo Antônio luz do mundo: nove sermões*. Petrópolis: Vozes, 1997. 348 p.
- \_\_\_\_\_. Sermão da primeira domingo da quaresma. In: \_\_\_\_\_. *Sermões*. Erechim: EDELBRA, 1998. v. 12.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. 170 p.

# A intervenção do Estado no domínio econômico e a função das agências de regulamentação no atual contexto brasileiro

Jair José Perin

## Sumário

1. Histórico. 2. A atuação do Estado brasileiro no domínio econômico. 3. A reforma administrativa operada principalmente pela Emenda Constitucional nº 19/98. 4. As agências de regulação. 4.1. Exercício do poder normativo das agências. 4.2. Exercício material do poder de polícia pelas agências. 4.3. Controle das agências de regulação. 5. Conclusão.

## 1. Histórico

Desde o nascimento do Estado politicamente organizado, sob a inspiração e o controle da classe burguesa, idéia evidenciada principalmente por ocasião da Revolução Francesa, ocorrida no século XVIII, a sua forma de atuação no domínio econômico tem variado.

No liberalismo, século passado, a presença do estado no domínio econômico foi bastante tímida, porquanto a base da doutrina liberal era que o mercado deveria fixar os parâmetros de atuação na economia, sendo que, qualquer distorção, a sua própria lógica funcional encarregar-se-ia de fazer os devidos ajustes.

A regulação privada, fulcrada na livre iniciativa, na livre concorrência e na propriedade privada dos meios de produção, inibia a atuação positiva do estado, que deveria restringir-se a exercer o poder de polícia para que esses princípios regedores da concepção liberal tivessem efetividade.

Jair José Perin é Advogado da União, PRU 4ª Região.

Essa postura de abstenção do estado fez que se perdesse, gradativamente, a legitimidade no exercício do poder, já que existia uma forte compreensão da sociedade de que o estado estava mais a serviço dos detentores dos meios de produção, propiciando a concentração e o abuso do poder econômico. Significa dizer, a auto-regulação pelo próprio mercado estava bastante deficitária e falha.

Em vista dessa realidade, somado aos acontecimentos históricos da primeira e da segunda grandes guerras mundiais, à crise de 1929, que abalou profundamente as bases econômicas mundiais, e ao fortalecimento da ideologia socialista, surge o estado do bem-estar social, exigindo deste uma presença em quase todos os setores da vida social. Muitas atividades comerciais, industriais e sociais foram transformadas em serviços públicos. Essa forma de atuação ampliada exigiu, principalmente do poder executivo, uma presença administrativa por demais elástica, até mesmo na edição de atos legislativos, como decretos-leis, leis delegadas e medidas provisórias, regulamentação e/ou complementação das demais leis.

A concepção do estado do bem-estar social sofreu fortes golpes com o fim da guerra fria, porquanto despontam questionamentos quanto à sua forma de atuação no domínio econômico e social. Seria de acordo com a forma concebida pelos socialistas, considerada fracassada, ou pelo liberalismo do mundo clássico, que também não resolveu os problemas essenciais da ordem econômica e social.

Essa crise do estado, principalmente a fiscal, em vista da elevação das despesas públicas para atender à concepção do estado do bem-estar social, aliada ao processo de globalização, que prega, essencialmente, a redução da autonomia das políticas econômicas e sociais dos estados nacionais, tende a ceder espaço, paulatinamente, para o ressurgimento do liberalismo (neoliberalismo).

Portanto, a globalização e o neoliberalismo precipitaram a busca pela reforma dos estados nacionais. Na busca de soluções, são implementadas, em diversos países, reformas administrativa, fiscal e política. O Brasil não fugiu à regra, porquanto implementou a reforma administrativa, por intermédio da Emenda Constitucional nº 19/98; e a reforma fiscal, pela edição da Lei Complementar nº 101/00.

Sobre a influência da globalização e o neoliberalismo, veja-se o que deixou consignado Leonardo BRANT, citando Jair SIQUEIRA (apud PEREIRA, 1997):

“A lógica que acompanha o mercantilismo contemporâneo é simples: o homem não precisa de cidadania, ele precisa de consumo. Se a Revolução Francesa criou a noção dos direitos do homem no seu sentido civil e político, se a Revolução Russa expandiu a noção do Estado-Nação como planejador e regulador do domínio econômico, a globalização expandiu o conceito darwinista da realidade econômica. Como na natureza, o mercado permite a sobrevivência do mais apto; como na internet, julga-se que ele não tenha proprietário, é fruto de simples intenção e da vontade econômica... No entanto, de uma maneira silenciosa, o liberalismo que a acompanha tende a afastar o Estado das grandes decisões macroeconômicas, esvaziando sua competência na garantia da dignidade humana e consolidando mundialmente a exclusão social. Num mundo globalizado, são as grandes empresas internacionais que ditam as regras de sobrevivência. O poder econômico e o poder político vão sendo transferidos do público para o privado. A competição por capital e investimentos faz com que, cada vez mais, os Estados aceitem concessões econômicas, adaptem suas legislações às demandas do grande capital internacional e administrem

seus recursos satisfazendo aos interesses privados em detrimento dos interesses públicos... Neste sentido, se por um lado o liberalismo contemporâneo, aliado à globalização, dinamiza o consumo, por outro, ele aprofunda o acúmulo de capital, a exclusão social e o desemprego. O que, evidentemente, na sociedade atual, pode vir a causar uma crise revolucionária social.”

O doutrinador Eros Roberto GRAU (1997) expressa:

“As conclusões de Perry Anderson, em texto no qual faz um balanço do neoliberalismo, são expressivas: ‘Economicamente, o neoliberalismo fracassou, não conseguindo nenhuma revitalização básica do capitalismo avançado. Socialmente, ao contrário, o neoliberalismo conseguiu muitos dos seus objetivos, criando sociedades marcadamente mais desiguais, embora não tão desestatizadas como queria. Política e ideologicamente, todavia, o neoliberalismo alcançou êxito num grau com o qual seus fundadores provavelmente jamais sonharam, disseminando a simples idéia de que não há alternativas para os seus princípios, que todos, seja confessando ou negando, têm de adaptar-se a suas normas’.

O fato é que a apologia ideológica do mercado é produzida em função exclusivamente do interesse do investidor, que é o de baixar os custos que oneram a empresa (os salários, os tributos e as cargas sociais).”

Em relação ao último parágrafo, realmente, é só analisar a dificuldade das empresas nacionais, principalmente as de pequeno porte que trabalham para o mercado interno, para confirmar a sua assertiva. Ou seja, as grandes empresas multinacionais pregam e praticam a redução dos salários na economia brasileira, para produzir um produto mais competitivo no mercado internacional, e, com isso, as empresas brasileiras

que somente produzem para o mercado interno sentem-se sempre ameaçadas quanto à venda de sua produção pela falta de poder aquisitivo do assalariado brasileiro.

Portanto, é necessário que os Estados Nacionais percebam todas essas conjecturas e dificuldades, e, com isso, busquem alternativas que satisfaçam a grande massa da população mundial. Mostrando essa inquietação e preocupação, o Ministro José Augusto DELGADO (apud SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2000) assim manifestou-se:

“O século XXI, como diz o Ministro Carlos Mário Velloso, é um século onde ou o Estado se volta para a cidadania, ou então vamos presenciar a mais séria e mais grave das revoluções, que é a revolução suja do homem, que é a revolução silenciosa, é aquela revolução em que não sabemos de onde vem a bala do canhão e de onde vem a metralhadora; é aquela revolução que é feita pelo cochicho, que é feita pelo conchavo de homem para homem; que implanta a insatisfação, que implanta a discórdia, que implanta a insegurança, que implanta a não-confiança nas instituições; é aquela revolução que degrada a dignidade do ser humano. E esta será a mais grave revolução que poderemos enfrentar, se não houver uma mudança muito séria na responsabilidade do Estado deste final de século XX, em face do que se nos apresenta para o século XXI.”

Logo adiante, o Ministro DELGADO continua:

“Hoje temos os grandes impérios das empresas privadas debatendo, digladiando com o Estado e impondo as suas vontades, e o Estado cada vez mais fracassando na sua missão; com exceção dos Estados Unidos, porque cada vez mais eles se fortificam –, isso também é motivo de investigação a respeito do funcionamento do Estado,

porque quanto mais se fortalecem os Estados Unidos, mais há o empobrecimento de outros Estados. Como também, não pode deixar de ser examinada a grande potencialidade das fusões empresariais.

(...)

Está provado que o regime socialista não nos serve; e está provado também que o regime democrático não está implantado, especialmente no momento em que está havendo a concentração das empresas privadas em grande escala, as riquezas estão passando para as mãos das empresas privadas, e isso constitui também um perigo para a democracia: passaremos a viver uma democracia disfarçada.”

## 2. A atuação do Estado brasileiro no domínio econômico

Em vista do disposto no Capítulo I do Título VII da Constituição da República Federativa do Brasil, nota-se que existem duas formas de atuação do Estado na seara do domínio econômico. Uma é a intervenção direta exercendo o Estado o papel de empresário. A outra é a intervenção indireta, quando o Estado atua como agente fiscalizador, incentivador e planejador da atividade econômica, buscando atingir os objetivos finalísticos de sua própria razão de existência constitucional.

Na intervenção estatal direta, a participação do Estado no domínio econômico ocorre sob dois regimes, o monopolista e o concorrencial. No regime de monopólio, é o Estado que, por prerrogativa constitucional, atua nas áreas especificadas, que, diga-se de passagem, foram bastante restringidas após diversas Emendas Constitucionais levadas a cabo após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O fundamento constitucional para essa restrição quanto à atuação direta no domínio econômico se deve ao constante no art. 173, “caput” e seu § 4º, que dispõem, respectivamente:

“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

“A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

No regime concorrencial, o Estado intervém diretamente na atividade econômica, concorrendo, como o nome já diz, em igualdade de condições com a iniciativa privada. Porém, pela segunda parte do “caput” do art. 173, já transcrito, percebe-se que a Carta Magna somente permite nos casos de necessidade imperativa da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, sendo que lei específica deverá definir e demonstrar a presença dos requisitos exigidos pela Constituição Federal. Para essa intervenção concorrencial, o Estado se utiliza de empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades, as quais deverão seguir o regime de direito privado, sem os privilégios concedidos aos Entes Estatais (União, Estados e Municípios) e suas autarquias e fundações públicas. A razão de seguirem o regime de direito privado é para evitar que as prerrogativas sejam tantas que inviabilizem a concorrência das empresas particulares. O doutrinador Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (2001) assim expressa quando comenta o dispositivo constitucional:

“Em setores não monopolizados da economia, portanto, em setores onde concorram empresas privadas e públicas e sociedades de economia mista, deve existir, segundo o dispositivo que ora se comenta, igualdade jurídica. Assim, as empresas públicas e as sociedades de economia mista estarão sujeitas às mesmas normas que se aplicam às empresas privadas, es-

pecialmente quanto ao direito do trabalho e ao direito das obrigações.”

No atinente à intervenção estatal indireta, esta ocorre nos termos do art. 174 da Carta Fundamental, o qual expressa *in verbis*:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

O doutrinador José Afonso da SILVA (1997) assim se expressa em relação a esse artigo da Constituição:

“O art. 174 declara que o Estado exercerá sua atividade de agente normativo e regulador, na forma da lei. Não se quer, com isso, dizer que a intervenção, nesses termos, dependa sempre de lei em cada caso específico. De fato, não se exige lei em cada caso para *estimular e apoiar* a iniciativa privada na organização e exploração da atividade econômica, como também não é mediante lei que se limitam atividades econômicas. Essas intervenções todas se realizam *mediante ato administrativo*, embora não possam efetivar-se senão de acordo com previsão legal. As limitações, sim, como ingerência disciplinadora, constituem formas de intervenção por via de regulamentação legal, mas o fomento nem sempre demanda lei, tal a implantação de infra-estrutura, a concessão de financiamento por instituições oficiais, o apoio tecnológico. A repressão do abuso do poder econômico é uma das formas mais drásticas de intervenção no domínio econômico e, no entanto, não é feita mediante lei, mas por ato administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), embora sempre nos termos da lei (Lei 8.884/94), no que se atende ao princípio da legalidade.”

O incentivo ocorre por meio do fomento às atividades econômicas da iniciativa privada. Por exemplo, o estímulo ao cooperativismo, ao associativismo e às microempresas, conforme consta nos arts. 174, §§ 2º a 4º, e 179. E o planejamento se materializa nos planos e programas nacionais, regionais e setoriais, a fim de que a atividade econômica levada a efeito pelo Estado e pelo particular de fato atinja os objetivos e princípios, estes traduzidos principalmente no art. 170 da Carta Magna, almejados pelo Estado Brasileiro.

### 3. A Reforma Administrativa operada principalmente pela Emenda Constitucional nº 19/98.

A Reforma Administrativa está inserida dentro do contexto da idéia de descentralização administrativa na prestação dos serviços públicos, o que justifica a criação de agências de regulação, o que será abordado no item seguinte.

É importante salientar que o Estado brasileiro já operou Reformas Administrativas, a começar, em passado não muito remoto, pela de 1967, passando pela do Governo do Presidente Sarney, em 1985, que criou o Ministério Extraordinário para Assuntos de Administração, e, posteriormente, foi criada a Comissão Geral do Plano de Reforma Administrativa, a qual apresentou diversas propostas, sendo algumas adotadas, como a unificação do regime jurídico aplicável aos servidores públicos, o Cadastro Nacional do Pessoal Civil, gênese do Sistema Integrado de Administração de Pessoal (SIAPE).

Mas, sem dúvida, a Constituição de 1988 e principalmente a Reforma Administrativa levada a efeito pela Emenda Constitucional nº 19/98 têm a pretensão mais arrojada de moldar o Estado Brasileiro dentro da concepção atual quanto à busca da qualidade no serviço público, com o máximo de descentralização administrativa, bem como o próprio afastamento do Estado das ativi-

dades que podem ser absorvidas pela iniciativa privada.

Foram previstos os princípios que devem reger a Administração Pública Direta e Indireta (veja-se *caput* do art. 37), a definição de competências executivas do serviço público, o fortalecimento do Tribunal de Contas no controle e fiscalização da atuação do administrador público, alterações no referente às licitações para as empresas estatais, em face do previsto no art. 22, XXVII, combinado com o art. 173, § 1º, III, da Constituição, o surgimento da previsão de existência de organizações sociais, agências executivas, além da possibilidade de ser levado a efeito o contrato de gestão entre os administradores das organizações sociais e agências executivas, nos termos do art. 37, § 8º, que reclama uma regulamentação infraconstitucional.

No Governo do Presidente Collor, foi seguida a linha, basicamente, do ajuste econômico, desregulamentação, desestatização e mudanças relativas ao regime jurídico dos servidores públicos; logicamente que, em face do impedimento imposto pelo Congresso Nacional em julgamento histórico, não houve oportunidade de um maior detalhamento.

No Governo do Presidente Fernando Henrique, houve a materialização de uma reforma administrativa substantiva, com a mudança novamente do regime jurídico dos servidores públicos, possibilitando a volta do regime celetista, o surgimento da discussão acerca de carreira típica de Estado, à qual ficará assegurado o regime jurídico estatutário, mas admitida a flexibilização da estabilidade, a previsão de criação de organizações sociais e de agências executivas, inclusive com possibilidade de entabulação de contrato de gestão, que, por sinal, é o grande mote da Reforma Administrativa. Logicamente que todas essas previsões constitucionais dependem de regulamentação infraconstitucional, algumas já levadas a efeito, entretanto outras ainda não. A respeito da previsão de existência de agências executivas e organizações sociais, veja-se o que

deixou consignado o doutrinador Luiz Alberto dos SANTOS, citado pela também doutrinadora Cláudia Fernanda de Oliveira PEREIRA (1998):

“Ambas as figuras foram ‘decalgadas’ da experiência britânica de reforma administrativa, adotada a partir de 1979 na gestão Margareth Thatcher. Naquele país, a criação das chamadas ‘*quangos*’ (*quasi autonomous non-governmental organisations*) e das *executive agencies* associou-se ao processo de privatização de estabelecimentos industriais, reduzindo expressivamente a atuação direta do Estado na prestação de serviços, notadamente nas áreas de saúde, educação e assistência. Inobstante, mesmo na Inglaterra – país com larga tradição de profissionalização da administração pública e controle social do Estado –, esse sistema deu origem a graves distorções, entre elas a proliferação de entidades, a fragmentação da ação administrativa e um aguçamento do nepotismo, em face da ampla permeabilidade dos quadros de pessoal dessas entidades a pressões externas.

(...) Por fim, não restou provado que essas entidades tenham sido capazes de proporcionar melhores serviços à população, ou uma gestão mais eficiente dos recursos colocados à sua disposição. No caso brasileiro, há fundados receios de que o processo de publicização venha a servir de instrumento para a redução, a médio prazo, das despesas com serviços públicos nas áreas de saúde, educação e assistência social, assim como de pretexto à cobrança, por parte das entidades, de quaisquer serviços prestados, inclusive naquelas atividades em que, por determinação constitucional, é dever do Estado assegurar serviços gratuitos.”

No referente ao disciplinamento quanto à criação de agências executivas, a Lei nº

9.649/98 e o Decreto nº 2.488/98 encarregaram-se de estabelecer os requisitos, diretrizes e outros aspectos a serem observados na qualificação dessas agências. Da mesma forma, no atinente às organizações sociais, e à forma do contrato de gestão, a Lei nº 9.637/98 incumbiu-se de fazer a devida normatização.

Pode-se concluir este tópico dizendo que o espírito, em linhas gerais, da última Reforma Administrativa é possibilitar o enxugamento da máquina estatal, a fim de atender os reclamos do próprio processo de globalização econômico-político-social, o melhoramento da produtividade e da qualidade do serviço público, principalmente com a adoção de administração gerencial, à semelhança da iniciativa privada, e o atendimento aos princípios de responsabilidade fiscal consagrados na Lei Complementar nº 101/00.

#### 4. As agências de regulação

De acordo com o texto constitucional, promulgado pelo Poder Constituinte Originário, e as alterações subseqüentes levadas a efeito pelo Poder Constituinte Derivado, por intermédio das Emendas Constitucionais 8/95, 9/95, 13/96 e 19/98, foi intensificada a criação de agências de regulação no âmbito do Poder Público, seja na esfera federal, seja na estadual.

Está dentro do espírito da descentralização do serviço público, a fim de que o Estado, por intermédio desses entes, consiga melhores resultados no exercício do poder de polícia, e até no normativo, quando da complementação e da integralização da normas legais, já que são especializados por excelência, com amplo conhecimento técnico-científico de tarefas econômicas e/ou financeiras.

Conforme a concepção da última Reforma Administrativa, o papel de controle do Estado, em relação a determinadas atividades, é melhor executado se desempenhado por entes descentralizados que ele cria.

Teoricamente, esses entes não estariam com os mesmos vícios burocráticos que atrasam as decisões e tornam, muitas vezes, as mesmas intempestivas, pela própria velocidade imposta pelo mercado de hoje, a qual é atribuída, em grande parte, ao desenvolvimento da cibernética.

O doutrinador Alexandre de MORAES (2001), em artigo sobre *Agências reguladoras*, assim se expressa, aproveitando-se, inclusive, de observações de outros doutrinadores:

“(…)

A continuidade da atenuação das idéias liberais clássicas da impossibilidade absoluta de delegação legislativa é uma conseqüência do novo panorama administrativo do Estado, que exige a *descentralização* e que traz consigo novas exigências de *celeridade, eficiência e eficácia fiscalizatória* incompatíveis com o modelo anacrônico da burocracia tradicional gerada a partir das idéias liberais de Separação dos Poderes e inaplicável em face do aumento de ingerência do Poder Público na Sociedade.

A insatisfação com a ineficiência do Estado contemporâneo, sobrecarregado na execução de obras e serviços, acarretou uma reforma de mentalidade administrativa com a ocorrência de diversas privatizações, sempre com a finalidade de descentralização dos serviços públicos, pois, como salientam Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, as funções e atividades a serem realizadas pela Administração são algo puramente contingente e historicamente variável, que dependem essencialmente de uma demanda social, distinta para cada órbita cultural e diferente também em função do contexto socioeconômico em que se produzem.

Como destacam Arnaldo Wald e Luiza Rangel de Moraes, ‘desatrelasse, assim, o Poder Público das tarefas

de execução das obras e serviços públicos para assumir a elaboração e execução da política regulatória de todos os setores da economia em que as empresas estatais assumiam o papel de concessionárias de serviços públicos’.

(...)

Dessa forma, a moderna Separação dos Poderes mantém a *centralização governamental* nos Poderes Políticos – Executivo e Legislativo –, que deverão fixar os preceitos básicos, as metas e finalidades da Administração Pública, porém exige maior *descentralização administrativa*, para a consecução desses objetivos.”

Como se sabe, a descentralização pressupõe autonomia dos entes reguladores em relação ao Ministério ou Órgão da Administração ao qual estão vinculados. A administração pública somente deve supervisionar, nos termos da lei instituidora do ente, o atingimento de sua finalidade.

Até o momento, surgiram diversas agências de regulação. No plano federal, existem: por previsão constante no art. 21, XI, e no art. 177, § 2º, III, ambos da Constituição Federal, foram criadas, respectivamente, por intermédio da Lei nº 9.472/97, a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), e pela Lei nº 9.478/97, a Agência Nacional de Petróleo (ANP); além dessas, que decorrem diretamente do texto constitucional, existem as seguintes, sem a pretensão de enumeração exaustiva: Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), criada pela Lei nº 9.427/96; Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), prevista na Lei nº 9.961/00; Agência Nacional de Águas (ANA), surgida com a Lei nº 9.984/00; Agência Brasileira de Inteligência (ABIN), que apareceu na Lei nº 9.883/99; Agência Nacional de Cinema (ANCINE), criada pela Medida Provisória nº 2.228-1/01; Agência Nacional de Vigilância Sanitária, surgida com a Lei nº 9.782/99; e Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), instituída pela Lei nº 10.233/01.

Como se percebe, a quantidade de agências de regulação em nível da Administração Pública Federal é bastante grande, demonstrando, de forma cabal, uma opção efetiva do Poder Público Federal pela adoção do princípio da descentralização administrativa e, também, da desestatização dos serviços públicos até então realizados diretamente pelo Estado.

As Agências de Regulação, criadas pelo Governo Federal, pertencem à Administração Indireta, sob a forma de Autarquias Especiais, as quais somente podem ser criadas mediante lei específica, à luz do disposto no art. 37, XIX, da Carta Fundamental.

Segundo a doutrinadora Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (1999), as autarquias apresentam as seguintes características: criação por lei, personalidade jurídica de direito público, capacidade de auto-administração, especialização dos fins ou atividades e sujeição a controle ou tutela. Cabe destacar que essas características têm extração no Decreto-Lei 200/67.

No intuito de aprofundar e investigar o significado da expressão autarquias especiais, o doutrinador e Ministro do Superior Tribunal de Justiça José Augusto DELGADO (apud SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2000) assim se expressou:

“(...)

Observem que temos uma tradição em nosso Direito em interpretarmos o conceito do que seja autarquia simplesmente como Administração Direta, mas não temos a tradição de interpretarmos o que seja uma autarquia especial. E esse termo ‘especial’ está exigindo uma meditação e contornos jurídicos, doutrinários, para que seja bem posto, e que não se passe a compreender, como alguém já está a dizer, especialmente muitos adeptos, muitos pregadores da Reforma Administrativa do Executivo, que esse termo ‘Autarquia Especial’ tem o sentido de particularização, de privatiza-

ção, de ser através de um regime de Direito Privado. Não podemos deixar de observar que essas quatro agências reguladoras (referindo-se à ANATEL, ANEEL, ANVS e ANP) estão regidas por sistemas rigorosamente rígidos de Direito Público, onde há um compromisso muito maior com os princípios basilares da atividade administrativa; onde a vontade do agente tem de ser a vontade da lei e somente da lei, sem nenhuma influência quer de natureza política, quer de natureza econômica, nem de natureza ideológica; não estou falando de natureza ideológica social, de ideologia política, propriamente dita, mas de natureza ideológica administrativa.

Convém observar que temos de ponto comum, nessas quatro autarquias já criadas e devidamente reguladas através de decretos que regulamentam as suas atividades, a presença muito marcante de um sentido que seja a função de independência, fugindo daquela tradição, até então existente, de que autarquia, de qualquer maneira, tinha uma subordinação não vertical, mas uma subordinação horizontal com os ministérios aos quais estava ligada. Não obstante atuarem dentro de um círculo onde circulam mensagens do Ministério da área em que elas funcionam, essas agências reguladoras recebem, por via legal, um campo de atuação livre, um campo de atuação com liberdade; mas isso não quer dizer que é uma autonomia sem limites, uma autonomia em que ela passa a ter vontade própria; a autonomia que ela passa a ter é autonomia estrutural, autonomia institucional, onde poderá exercer as suas atividades dentro de um regime, de uma postura gerencial, quebrando por inteiro aquela postura até então existente na Administração Pública brasileira, que é a postura burocrática. E dessa

atividade gerencial que elas têm de exercer, o que se pretende é eficiência, rapidez e, especialmente, penso eu, que a finalidade maior da atuação dessas agências, no controle das empresas que estão recebendo por delegação, via sistema de privatização, a execução dos serviços públicos, a finalidade maior é de proteção dos usuários.”

Portanto, o reconhecimento legal da natureza jurídica como autarquia especial para as agências de regulação está diretamente ligado ao fato de que esses entes exercem funções típicas de estado, que, portanto, precisam de todas as prerrogativas inerentes ao regime jurídico da Administração Pública Direta. Gozar dos atributos e das prerrogativas inerentes ao regime jurídico de direito público significa contar com uma série de benefícios que são colocados à disposição da pessoa jurídica e do agente público investido no exercício de função, a fim de que possa atender e cumprir fielmente os anseios de que a sociedade espera. De acordo com a doutrinadora Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (1999), podem ser arrolados os seguintes atributos extraídos dos doutrinadores: imperatividade, revogabilidade, tipicidade, estabilidade, impugnabilidade, executoriedade e exigibilidade.

Por praticarem ato administrativo, os agentes públicos investidos nos cargos e funções nas agências de regulação devem observar a existência da perfeita anatomia do ato administrativo, ou seja, que esteja definido o agente, o objeto, a forma, o motivo e o fim, consoante as palavras do doutrinador CRETELLA JÚNIOR, citado por Maria DI PIETRO (1999).

Na realidade do dia-a-dia das agências de regulação, com certeza, a presença de dois poderes diretamente extraídos do princípio da legalidade é fundamental para que possam exercer com êxito suas finalidades institucionais, sem que ocorram abusos e desvios, que são: a vinculação e a discricionariedade. A respeito desses dois atributos, vale reproduzir as palavras dos doutrinadores

Luís Henrique Martins dos ANJOS e Walter Jone dos ANJOS (2001, p. 105):

“Compreendemos que as qualidades de vinculados ou de discricionários dos poderes administrativos não são absolutos, e *sim uma questão de preponderância*. O poder administrativo, conforme a sua previsão legal, pode ser instituído como vinculado, quando o modo de se exercer o poder e o ato administrativo decorrente já vêm descritos na lei, ou como discricionário, quando o administrador tem certa liberdade de escolher a oportunidade e a conveniência de exercer ou como exercer o poder e o ato administrativo daí derivado.

(...)

Assim, o agente público quando deve atuar fundado em um poder caracterizado como vinculado ou regrado é porque ele está inteiramente preso ao enunciado da lei, em todas as suas especificações, as quais não lhe dão margem de escolha, de opções em adotar tal ou qual decisão ou caminho. Existe, por outro lado, um campo na atividade da Administração Pública em que ela pode comportar-se de modo até certo ponto livre ou desvinculado. É a área do chamado poder qualificado como discricionário, que se exerce por motivo de conveniência e de oportunidade. Nessas situações, o agente público pode ser levado a escolher entre dois ou mais critérios a adotar para exercer sua função prevista em lei, tendo em vista o interesse público.

Na atividade administrativa pública, surgem situações em que a Autoridade competente deve optar por uma ou outra dentre as soluções que a lei permite, conforme o que seja mais conveniente e oportuno para a Administração Pública diante do caso concreto, para consecução da realização do bem comum. Portanto, o poder dis-

cricionário da atividade administrativa não é inteiramente livre, uma vez que se sujeita a limitações impostas pela própria redação do texto legal que autorizou a ação discricionária, subordinada ao princípio da legalidade e aos demais princípios da administração pública, (...).”

Esses princípios, a que se reportam os autores, estão arrolados expressamente nos art. 37, *caput*, da Constituição Federal, que são: o da legalidade, o da moralidade, o da impessoalidade, o da publicidade e o da eficiência; e 70, também da Carta Magna, que anuncia mais outros dois princípios, o da legitimidade e o da economicidade. Ainda acrescentem-se os princípios implícitos que decorrem do regime jurídico constitucional, o da razoabilidade, o da proporcionalidade e o da boa-fé objetiva, sendo que esses três incidem principalmente nos atos praticados com certo grau de discricionariedade. Por fim, existem os princípios implícitos que são originários do próprio regime de direito administrativo. De acordo com os autores citados, podemos localizar o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da indisponibilidade do interesse público, o da finalidade, o da presunção de legitimidade, o da autotutela, o da hierarquia e o da continuidade, além de outros citados por outros doutrinadores.

Os poderes vinculados e discricionários, para o caso das agências de regulação, são vitais para o exercício de duas grandes funções que, sem as quais, pode-se considerar, as suas finalidades estarão fadadas praticamente ao insucesso absoluto. Fala-se do exercício do poder normativo, para complementar e integrar a legislação, e do poder de polícia, para dar consequência aos comandos constitucionais, legais, regulamentares e administrativos.

#### *4.1. Exercício do poder normativo das agências*

De acordo com as concepções traduzidas nas Reformas Administrativas levadas

a cabo, que refletiram diretamente nas Leis normatizadoras e criadoras das agências de regulação, nota-se um amplo espectro de atuação para essas autarquias especiais, sem que isso represente um poder ilimitado, mas dentro dos parâmetros constitucional, legal e regulamentar. Caso isso não ocorra, com a mais absoluta certeza, pode-se afirmar que o Estado Democrático de Direito estará falhando, já que os Poderes Executivo, Judiciário e, principalmente, Legislativo estarão renunciando a poderes-deveres estabelecidos e fixados pelo Poder Constituinte Originário no Texto Constitucional.

A idéia de que as agências de regulação devam ter amplo poder de normatização, sob o argumento de estarem mais especializadas e, por isso, em melhores condições de regular, controlar e fiscalizar, precisa ser compatibilizado com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, ou seja, o povo, que, por intermédio de seus representantes, deve participar ativamente desse processo. Para isso, não podem simplesmente o Congresso Nacional, o Presidente da República, os Ministros de Estado, que possuem competência constitucional para, respectivamente, legislar por intermédio do processo legislativo, regulamentar (art. 84, IV, da Constituição Federal) e expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos (art. 87, II, da Constituição Federal), renunciar a esses poderes-deveres.

Essas observações ganham mais corpo e vida quando percebemos que os serviços públicos essenciais e de utilidade pública estão saindo da órbita do Estado e passando para a iniciativa privada.

A Nação politicamente organizada não pode deixar que o Estado simplesmente esvazie a própria legitimidade do Poder Estatal. É preciso, como já salientado, que o Congresso Nacional legisle, fiscalize, faça o povo participar ativamente desse processo em relação às agências de regulação, bem como o Poder Executivo, a fim de corrigir rumos e estabelecer novos objetivos. *Isso é essencial*

*perceber e ter presente, até para fortalecer essas agências de regulação no seu desiderato institucional.*

Em relação ao Poder Executivo, existe, ao que parece, uma oportunidade ímpar para melhorar a sua atuação em relação às agências de regulação. De acordo com a Medida Provisória nº 103, de janeiro de 2003, foi instituído, na estrutura da Presidência da República, o Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, que, por ser recém-criado, ainda não definiu bem as suas áreas de atuação, sendo, por esse motivo, tempestivo dizer que é um excelente Órgão Institucional para conduzir, elaborar e apresentar sugestões para o Presidente da República e Ministros melhorarem as leis e respectivos regulamentos direcionados às agências de regulação.

A advogada Patrícia ROSSET (2002) assim pronunciou-se a respeito:

“A independência das agências, por sua vez, requer mecanismos de controle social além dos elencados na própria Constituição, e aqui, sim, devemos observar o direito comparado, onde existe uma grande preocupação com a regulação excessiva, a técnica altamente especializada desses entes, e um suficiente distanciamento da política partidária, *que por muitas vezes camuflam a tão almejada transparência e a desejável forma de controle da Administração Pública.*” [grifei].

O doutrinador Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (2001) acrescenta outras preocupações no atinente ao poder normativo das agências de regulação. Eis suas colocações:

“19. Gozam elas de poder normativo que, na letra das leis instituídas, é amplíssimo.

Este seu poder normativo merece um exame à parte.

Da leitura dos textos legais que regulam as agências existentes, depreende-se que ele envolve, por um lado, a regulamentação das leis que regem o campo de atividade a elas atribuí-

do, por outro, a edição de normas independentes, sobre matérias não disciplinadas pela lei. Para usar a linguagem habitual, envolve ele o poder de editar atos *regulamentares executivos* e atos *regulamentares independentes ou autônomos*. Ora, ambos envolvem graves dificuldades, em face do sistema constitucional brasileiro.

20. Quanto aos primeiros, óbice advém do art. 84, IV, da Constituição. Este atribui ao Presidente da República, e *privativamente*, a competência de:

‘IV– sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como *expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*; [grifei] [sic]’

Trata-se ademais de poder indelegável, como decorre do parágrafo único desse mesmo art. 84.

É, porém, antiga, difundida e tolerada a prática de que órgãos autárquicos regulamentem as leis.

O problema, todavia, existe.

21. Quanto à edição de normas independentes, *praeter legem*, o óbice advém do princípio da legalidade, segundo o qual ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (Constituição, art. 5º, II).

Tais regras independentes importam, numa exegese rigorosa, em usurpação do poder legislativo pertencente ao Congresso Nacional. Poder indelegável, fora das hipóteses que a própria Constituição prevê (lei delegada), que não se configuram no caso. Por isso, muitos afirmam que regulamentos independentes não pertencem ao direito brasileiro.

Mas, a este respeito, igualmente se pode dizer que a prática é antiga, difundida e tolerada. Todos têm presente as circulares e portarias de que certos órgãos da Administração Pública usam e abusam, fazendo ‘leis’ que não raro mais interferem na vida do cida-

ção que as leis propriamente ditas.”

Também, do doutrinador e Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Alexandre Santos de ARAGÃO (2001), pinça-se a seguinte passagem em relação ao poder normativo das agências de regulação:

“(…)

Todavia, a possibilidade de o poder normativo ser conferido em termos amplos e às vezes implícitos, não pode isentá-lo dos parâmetros suficientes o bastante para que a legalidade e/ou a constitucionalidade dos regulamentos seja aferida. Do contrário, estaríamos, pela inexistência de balizamentos com os quais pudessem ser contrastados, impossibilitando qualquer forma de controle sobre os atos normativos da Administração Pública, o que não se coadunaria com o Estado de Direito.”

A razão para essa inquietação reside no fato de que, afinal, o povo (usuário final dos serviços públicos) merece uma garantia e uma atenção especial no sentido de lhe dar a certeza de que o Poder Público efetivamente está-se preocupando em obedecer todos os princípios da Administração Pública, da Ordem Econômica e Social, listados na Constituição Federal e legislação infraconstitucional, aqui principalmente a Lei nº 8.987, de 1995, que instituiu o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos essenciais e de utilidade pública, *a fim de materialmente concretizar os fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º da Constituição Federal), os objetivos (art. 3º) e os Direitos e Garantias Fundamentais listados no art. 5º da Carta Fundamental.*

Em conformidade com a Lei nº 8.987, de 1995, os serviços públicos devem ser prestados segundo os princípios da *permanência, generalidade, eficiência, modicidade e cortesia.*

A permanência significa que os serviços, uma vez instituídos, não podem ser suspensos ou interrompidos.

A generalidade representa o entendimento de que o serviço deve ser igual para todos, dentro das condições fixadas na legislação.

A eficiência tem a ver com a busca constante pelo aperfeiçoamento no sentido de conseguir o máximo de resultados.

A modicidade refere-se ao sentido de que os serviços públicos precisam ser colocados à disposição do povo dentro de custos (preços e taxas) compatíveis, ou seja, proporcionais à necessidade de pequenos lucros, a fim de manter a constância do serviço e os custos operacionais.

No referente à cortesia, para os mais desavisados, pode significar nada ou pouco, porém tem um impacto muito grande naqueles (a grande maioria) que buscam os serviços públicos essenciais e de utilidade pública. A diferença entre serviço público essencial e de utilidade pública, conforme o doutrinador Hely Lopes MEIRELLES (1997) reside no fato de que naquele é reconhecida, como o próprio nome diz, a essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, enquanto neste a Administração reconhece sua conveniência (não essencialidade, nem necessidade) para os membros da coletividade.

#### 4.2. Exercício material do poder de polícia pelas agências

Como vimos até agora, as agências de regulação, por serem autarquias especiais, ou seja, pessoas jurídicas de direito público que desempenham papel típico do Estado, de forma descentralizada, gozam de prerrogativas, a fim de condicionar o interesse particular ao interesse público. Desfrutam de largo campo de atuação para, inclusive, normatizar de forma a complementar e/ou integralizar a legislação. Aqui também é reconhecido pela doutrina, em certo ponto, um exercício do poder de polícia. A lei, quando editada, pode, como geralmente acontece, criar limitações administrativas ao exercício dos direitos e das atividades individuais, como o Poder Executivo quando baixa decretos, resoluções, portarias e instruções. Mas, neste tópico, a questão será restringida à análise dos atos administrativos materiais que podem ser aplicados concretamente.

Quanto ao conceito, nada melhor do que se valer daquele estatuído pelo Código Tributário Nacional, em seu art. 78, *in verbis*: “considera-se poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”.

Assim observa a doutrinadora Maria DI PIETRO (1999) em relação ao artigo:

“Note-se que o artigo 78 do Código Tributário Nacional define o poder de polícia como atividade da *administração pública*; mas no parágrafo único considera regular o seu exercício ‘quando desempenhado pelo órgão competente *nos limites da lei aplicável*, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder’.”

Em razão dessa bipartição do exercício do poder de polícia, Celso Antonio Bandeira de MELLO (apud DI PIETRO, 1999) dá dois conceitos de poder de polícia:

1. em sentido amplo, corresponde à ‘atividade estatal de condicionar a liberdade e a propriedade ajustando-as aos interesses coletivos’; abrange atos do Legislativo e do Executivo;

2. em sentido restrito, abrange ‘as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais’; compreende apenas atos do Poder Executivo.”

Socorrendo-se à doutrinadora DI PIETRO (1999), vale salientar que a Administração Pública age em concreto, no exercício do poder de polícia, quando, preventivamente, fiscaliza, vistoria, ordena, notifica, autoriza e licencia uma obra ou atividade, com a finalidade de adequar o comportamento individual à lei, e, também, ao tomar medidas repressivas de dissolução de reunião, interdição de atividade, apreensão de mercadorias deterioradas, internação de pessoa com doença contagiosa, tudo com a finalidade de coagir o infrator a cumprir a lei.

O poder de polícia somente é exercido se o Estado efetivamente lhe garantir três atributos, quais sejam: a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade.

Em contrapartida, existem limites legais que coarctam a atuação do agente público, de forma a evitar que abusos e desvios de finalidade aconteçam. Esses limites são a própria observância da existência dos elementos necessários para a prática do ato administrativo.

Esses aspectos genéricos consagrados na legislação e na doutrina, inerentes ao exercício do poder de polícia, aplicam-se, para esse fim, no todo às agências de regulação.

#### 4.3. Controle das agências de regulação

Em relação ao Poder Executivo, existe muita controvérsia doutrinária a respeito da possibilidade, ou não, de controle por parte desse Poder. Existem entendimentos que afirmam categoricamente no sentido de que o Poder Executivo somente exerce o controle no momento da nomeação dos dirigentes da agência, sendo que, no demais, não deve haver qualquer tipo de subordinação hierárquica, ou de qualquer natureza. Outros não pensam de forma tão convicta. Veja-se o que doutrina Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (2001):

“(…)

14. As agências escapam, em princípio, à tutela administrativa.

Assim sendo, seus atos, normativos ou não, fogem à revisão pelas

autoridades do Executivo, seja o Ministro a cujo departamento o ente estiver vinculado, seja, em última instância, ao Presidente da República.

*Entretanto, não é seguro que prevaleça esta interpretação, à vista dos precedentes. Estes são no sentido de que o Chefe do Executivo pode sempre rever atos da Administração Indireta”. [grifei]*

Por outro lado, em relação ao Poder Judiciário, em face do princípio da jurisdição única adotada no Brasil, que encontra fundamento no art. 5º, XXXV, da Carta Fundamental, ao dispor que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça ao direito*, percebe-se claramente que não há condições de admitir qualquer tipo de exclusão de sua sindicabilidade no atinente aos atos praticados pelas agências de regulação. A respeito, muito apropriadas as palavras do doutrinador Luís Roberto BARROSO (apud SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2000) :

“(…)

Em relação ao Poder Judiciário, todavia, o sistema praticado no Brasil é o sistema de jurisdição una, e portanto da inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário. E aí, portanto, existe uma dificuldade; não é possível constitucionalmente impedir que as decisões das Agências Reguladoras sejam submetidas à apreciação do Poder Judiciário. Aqui o conhecimento convencional em matéria de controle dos atos administrativos costumava distinguir, para fins de controle pelo Poder Judiciário, duas modalidades deste controle: o controle de mérito e o controle de legalidade. Para sustentar que o Poder Judiciário somente podia exercer em relação aos atos emanados do Poder Executivo, em relação aos atos administrativos em geral, um controle de legalidade; apenas poderia verificar se a lei, à qual o administrador é vinculado, havia sido cumprida; e a doutrina costumava iden-

tificar como os típicos elementos vinculados e, portanto, suscetíveis de avaliação pelo Poder Judiciário, a competência, a forma e a finalidade do ato.

Não assim, porém, admitia-se que o Judiciário exercesse um controle do chamado ‘mérito do ato administrativo’, traduzido pelo conhecimento clássico, nos elementos – motivo e objeto do ato –, porque aí residiria a discricionariedade administrativa do agente público. Este entendimento que fez carreira no Direito Público brasileiro por muitas décadas, e que de certa forma ainda é de grande utilidade, confronta-se, todavia, com alguns conceitos novos. É que o entendimento clássico de que não é possível exercer controle de mérito sobre os atos administrativos cede a algumas exceções importantes de desenvolvimento recente e fulgurante, a saber: os princípios da razoabilidade, da moralidade e, já mais recentemente, o princípio da eficiência.”

Essas possibilidades de revisão, seja por parte do Poder Executivo, seja por parte do Poder Judiciário, não devem ser vistas como malélicas para a dinâmica do desenvolvimento econômico e social, haja vista a necessidade de os Poderes da República Federativa do Brasil efetivarem o princípio insculpido no art. 2º da Magna Carta sempre com os olhos voltados para o disposto no parágrafo único do art. 1º da Carta Fundamental da República Federativa do Brasil que expressa: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”

## 5. Conclusão

Ante o abordado retro, como considerações finais, impende salientar que o anseio de mudanças motivado pelo novo modelo econômico, político, social e cultural internacional, com forte tendência no sentido de impor aos Estados Nacionais padrões de

atuação semelhantes aos do liberalismo do século XVIII, precisa ser atentamente acompanhado, no caso específico do Brasil, sob pena de transformar-se a Constituição Federal de 1988 em mera carta de intenções, já que a prática administrativa do Estado estará balizada fora dos contornos e parâmetros fixados principalmente pelo Poder Constituinte Originário, que propugna para uma atuação bastante ativa do Estado, a fim de serem atingidos os princípios e objetivos fixados, sempre respaldado pelo povo, originador e destinatário final do Poder Estatal, como preceitua o parágrafo único do art. 1º da Carta Fundamental. Significa dizer que a Constituição Federal exige do Estado, por intermédio de seus agentes, e da participação da sociedade, por ser um regime democrático de direito, com forte caráter social, muita criatividade e discernimento para fazer frente aos desafios que nos estão atormentando cotidianamente.

No caso específico do relacionamento dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário com as agências de regulação, o mesmo deve ocorrer dentro da concepção da divisão dos poderes prevista no art. 2º da Carta Magna. Melhor explicando, significa dizer que as agências de regulação não podem ser organismos sequiosos por amplos poderes discricionários na utilização das faculdades normativa e de polícia. A razão dessa assertiva reside no fato de que o mercado interno brasileiro é patrimônio nacional, e que, por conseguinte, deve a sociedade visualizar perfeitamente as tendências e os desafios desse mercado, a fim de dar concreção à previsão constitucional.

## Bibliografia

ANJOS, Luís Henrique Martins dos; ANJOS, Walter Jone dos. *Manual de direito administrativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As Agências Reguladoras independentes e a separação de poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos*

setoriais. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 786, p. 11-56, abr. 2001.

\_\_\_\_\_. O Poder Normativo da Agência Nacional do Petróleo – ANP. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 17, n. 8, p. 609-617, ago. 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o papel das Agências Reguladoras e Fiscalizadoras. *Fórum Administrativo*, São Paulo, v. 1, n. 3, p. 253-257, mai. 2001.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 791, p. 739-756, set. 2001.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEREIRA, Cláudia Fernanda de Oliveira. *Reforma administrativa: o Estado, o serviço público e o servidor*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

ROSSET, Patrícia. O Estado Regulador e as Agências Reguladoras. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 18, n. 10, p. 804-814, out. 2002.

SEMINÁRIO NACIONAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 6., 1999, São Paulo. Agências Executivas, Agências Reguladoras e organizações sociais: natureza jurídica, características, distinções e atribuições destes novos entes: contratos de gestão conferindo maior autonomia gerencial, orçamentária e financeira. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 16, n.11, p. 801-822, nov. 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

# Poluição visual e poluição sonora: aspectos jurídicos

Solange Teles da Silva

## Sumário

1. Introdução. 2. Poluição sonora e visual: elementos comuns, distinções necessárias. 2.1. Dificuldade de conceituar. 2.2. Dificuldade de quantificar. 2.3. Dificuldade de sistematizar juridicamente. 2.4. Definição de poluição. 2.5. Competências legislativas e materiais. 2.5.1. Poluição. 2.5.2. Ordenamento do território. 3. Poluição sonora; 3.1. Definição. 3.2. Poluição sonora e legislação correlata. 3.3. Poluição sonora – tutela penal. 3.4. Jurisprudência em matéria de poluição sonora. 4. Poluição visual. 4.1. Definição. 4.2. Poluição visual e legislação correlata. 4.3. Poluição visual – tutela penal. 4.4. Jurisprudência em matéria de poluição visual. 5. Conclusão.

## 1. Introdução

As cidades, grandes e pequenas, foram os motores do crescimento e o berço da civilização, propiciando a evolução dos conhecimentos, da cultura e das tradições, bem como da indústria e do comércio. Mas as cidades constituem também espaço de conflitos socioeconômicos, do uso irracional do território e ocupação desordenada do solo. A planificação e a gestão integrada das cidades e de seus elementos devem buscar equacionar o problema do desenvolvimento humano num ambiente desordenado, opressor e caótico, impregnado de múltiplas formas de poluição. Aliás, foi nesse sentido que a Declaração da Conferência das Nações Unidas, Habitat II – Istambul, junho de

Solange Teles da Silva é Doutora em direito ambiental pela Universidade de Paris I Panthéon-Sorbonne, Professora de direito ambiental da Universidade da Cidade de São Paulo – UNICID, Professora convidada dos Cursos de Especialização em Direito Ambiental da Faculdade de Saúde Pública da USP e de Engenharia ambiental da UNICAMP, Professora convidada do Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas – UEA.

1996 –, colocou em evidência o problema das cidades, em seus aspectos globais. Como respeitar o ténue e frágil equilíbrio entre a cidade histórica e a cidade contemporânea, entre o crescimento necessário à sobrevivência das cidades e à qualidade de vida de seus cidadãos?

O meio ambiente urbano<sup>1</sup>, *habitat moderno do homem civilizado*, traduz o modo de vida de cada sociedade e reflete as relações políticas e socioeconômicas que ali se desenvolvem. No Brasil, por exemplo, 81,25% da população vive nas zonas urbanas<sup>2</sup>, e, grande parte dessa população desfruta de uma qualidade de vida que muito deixa a desejar: a poluição em todas as suas formas é uma variável constante na maioria das cidades brasileiras<sup>3</sup>. O desenvolvimento da vida humana em condições qualitativas na *urbes* e o desenvolvimento da própria *urbes* implicam que os problemas de poluição, e entre eles os da poluição sonora e visual, também sejam equacionados, proporcionando a plena realização do direito a cidades sustentáveis. Saliente-se que o direito a cidades sustentáveis constitui uma das diretrizes gerais da política urbana e foi consagrado no inciso I do artigo 2º do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257 de 10.07.2001).

Este artigo tem como objetivo indagar quais as possíveis soluções jurídicas para dois problemas que afetam as cidades na contemporaneidade e cuja apreciação é delicada e subjetiva: os problemas da poluição sonora e da poluição visual. Cabe a uma minoria determinar o que seja belo, o que seja barulho insuportável? O direito à tranquilidade e o direito ao belo constituem direitos supérfluos, elitistas? Ou esses direitos correspondem a uma preocupação que se insere no contexto da saúde pública, do equilíbrio mental, psicológico e físico dos cidadãos, de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, do pleno exercício ao direito à cidade? Como o direito brasileiro tem respondido a essas questões será objeto deste artigo. Num primeiro momento, serão destacados os elementos comuns da polui-

ção sonora e visual analisando-se as dificuldades do ordenamento jurídico para conceituar, quantificar e sistematizar juridicamente esses dois tipos de poluição. Observar-se-á então a definição geral de poluição e as competências dos entes político-administrativos em relação à matéria, ou seja, como a Constituição Federal de 1988 repartiu as competências em matéria de poluição e de ordenamento do território. Enfim, uma segunda etapa será consagrada a uma análise específica da poluição sonora e da poluição visual.

## *2. Poluição sonora e visual: elementos comuns, distinções necessárias*

A poluição sonora e a poluição visual apresentam características comuns: dificuldade de conceituar especificamente o que seja uma perturbação sonora ou visual, dificuldade de quantificar esses tipos de alterações bem como uma enorme dificuldade de sistematizá-las.

### *2.1. Dificuldade de conceituar*

O elemento subjetivo incide sobre a formulação do conceito do que possa vir a ser classificado como um “barulho” ou um ruído insuportável, como também do que seja feio e medonho, desagradável e agressivo ao olhar!

O que é “barulho” intolerável, ruído insuportável? Há certamente uma dificuldade de estabelecer o que para uma pessoa seja “barulho” e o que seja agradável. Por exemplo, para determinadas religiões, seu culto é a expressão máxima e a possibilidade de estabelecer uma ligação espiritual com Deus, enquanto para a vizinhança os sons produzidos podem ser vistos como um “barulho” intolerável e uma agressão quotidiana. E os exemplos se multiplicam: para o proprietário de um bar, pode ser mais atrativo e interessante ter música ao vivo até o raiar do dia, enquanto para a vizinhança trata-se de uma perturbação insuportável;

para a segurança de seu patrimônio, proprietários de determinadas casas podem ter em sua guarda cães que ladrem continuamente, o que para a vizinhança pode tornar-se intolerável.

O que é feio, o que possui um aspecto desagradável? O que pode ser belo para uma pessoa pode ser disforme para outra. Por exemplo, a Pirâmide do Louvre suscitou muitos debates, e, se muitas pessoas a consideravam um horror arquitetônico, hoje, após mais de dez anos de sua existência, ela faz parte integrante da paisagem do Museu do Louvre. Outros monumentos e obras arquitetônicas despertam também imensas paixões.

Nenhuma cidade, nenhuma paisagem torna-se feia ou produz barulhos ensurdecedores por si só, o que há é a produção artificial da feiúra e do barulho. Mas como quantificar essa produção artificial que agride aos sentidos visuais e auditivos?

### 2.2. Dificuldade de quantificar

O que é perturbação, alteração ou poluição sonora e visual? A partir de qual patamar uma perturbação ou alteração passa a ser desagradável, começa a modificar as características do meio ambiente? Há uma dificuldade de quantificar essas alterações, resultante da própria subjetividade do incômodo.

Em relação à poluição sonora, podem ser consideradas as fontes de emissão, ou seja, as fontes das quais provém o ruído, ou as fontes de imissão, o local onde os ruídos provocam seus efeitos. Já no que diz respeito à poluição visual, quantificá-la é muito mais delicado. Ao estabelecer-se o que é belo e o que possui um aspecto desagradável, disforme, desproporcional, pode-se tangenciar à tirania do esteticamente correto. O critério da subjetividade só poderá ser contornado pelo critério da universalidade: é belo tudo aquilo que agrada universalmente sem conceito (KANT, 1993). Trata-se da noção do “*sensu comum estético*”, preconizada por KANT, que permite compreender como é

possível a existência da subjetividade do julgamento do gosto e sua ascensão ao universal, quer dizer, a possibilidade, em outras palavras, de tornar objetivo o sentimento do belo e do feio.

A dificuldade de quantificar tanto a alteração sonora quanto a perturbação visual pode ser superada por meio da adoção de patamares ou parâmetros a partir dos quais pode-se constatar a existência da poluição, como por exemplo:

a) para o som: decibéis com base em critérios científicos, regulamentando-se o que seja suportável, ou seja, os limites do barulho;

b) para a estética urbana: respeito às limitações urbanísticas, que determinam categorias de usos admissíveis (zoneamento); limitações à ocupação dos terrenos diante da aplicação de índices urbanísticos.

Como sustenta CABALLERO (1981, p. 71), “o princípio de patamares consiste portanto em definir o nível de agressão, a partir do qual existe verdadeiramente nocividade, de tal modo que sua transposição possa ser considerada certamente como perturbadora da ordem pública ecológica”. Estar-se-ia, portanto, diante de limites de tolerabilidade.

### 2.3. Dificuldade de sistematizar juridicamente

Como sistematizar o direito à tranqüilidade, e o direito ao belo? Como apropriar-se de valores tais como a tranqüilidade e o belo? A noção de patamares, de parâmetros é fundamental?

O legislador pode e deve legislar sobre os valores que a sociedade deseja proteger, o verdadeiro problema é que não seja decretada uma estética oficial ou a era do silêncio. O que é necessário é que haja um consenso da sociedade e uma participação dos cidadãos no processo decisório. A informação é indispensável: a informação dos efeitos nefastos à saúde provocados pela poluição sonora e visual, a informação sobre as possibilidades de melhoria da qualidade de vida. Nesse sentido, devem ser realizados debates e conferências sobre assuntos de interesse

urbano. Não se trata de outorgar apenas a uma parte da sociedade o direito ao belo, ao sossego, ao ambiente ecologicamente equilibrado; mas trata-se de buscar uma gestão democrática da cidade que torne possível a participação dos cidadãos nas escolhas a serem efetuadas nas cidades em que vivem, circulam e trabalham. A gestão democrática da cidade (art. 43 do Estatuto da Cidade) poderá ser alcançada mediante a participação em três esferas: a) na *criação do direito*: participação em órgãos colegiados de política urbana que não tenham apenas funções consultivas, mas também deliberativas; iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano que objetivem solucionar ou ao menos minorar os problemas relacionados à poluição sonora e visual; b) na *execução e implementação de políticas públicas*, em parceria com a Administração Pública e mediante a participação em órgãos colegiados de política urbana; c) na *movimentação da máquina judiciária*, por meio da propositura de ações cabíveis, como ações civis públicas.

A partir da constatação de que é possível sistematizar juridicamente a poluição sonora e visual, mesmo diante das dificuldades de conceituá-las e quantificá-las, é necessário observar qual é a definição geral de poluição existente no ordenamento jurídico brasileiro para analisar se essa definição aplica-se a esses dois tipos de poluição.

#### 2.4. Definição de poluição

A Lei 6.938 de 31.08.1981 sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, no inciso III do artigo 3º, define a poluição como sendo a degradação da qualidade ambiental – alteração adversa das características do meio ambiente – resultante de atividades que direta ou indiretamente:

- “a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;
- b) criem condições adversas às atividades econômicas e sociais;
- c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos.”

Essa definição de poluição engloba, além da poluição atmosférica, hídrica e do solo, a poluição sonora, bem como a poluição visual<sup>4</sup>. Dessa maneira, haverá poluição sonora desde que haja degradação da qualidade ambiental pelo incômodo ou pela perturbação sonora que prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população ou ainda que esteja em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. Observar-se-á a ocorrência de poluição visual pela perturbação da qualidade ambiental que prejudique a saúde, a segurança e o bem-estar da população ou que afete as condições estéticas do meio ambiente.

Apesar da existência de uma definição legal de poluição que possibilite o enquadramento da poluição sonora e visual, esses dois tipos de poluição, por sua especificidade, pela dificuldade de percepção do que seja realmente uma poluição sonora e uma poluição visual, não vêm merecendo a atenção desejada por parte dos poderes públicos e são muitas vezes considerados como males necessários ao desenvolvimento desenfreado, caótico e ensurdecido das cidades. Trata-se, na verdade, de uma questão de escolha de sociedade: viver e conviver harmoniosamente num ambiente ecologicamente equilibrado, belo e tranquilo, ou aceitar a qualquer preço o desenvolvimento desenfreado sem qualquer compromisso com a sustentabilidade do *habitat humano*. Pode-se, por meio do estudo dos diplomas legais e da jurisprudência, observar como os operadores do direito e em particular os tribunais brasileiros vêm buscando uma solução apropriada a essas questões ao traduzir as preocupações da sociedade brasileira. Contudo, antes de estudar especificamente a poluição sonora e visual e seus contornos, é necessário observar as competências administrativas e legislativas em relação à matéria.

## 2.5. Competências legislativas e materiais

A poluição sonora e a poluição visual podem ser regulamentadas enquanto poluição, no contexto geral de proteção ao meio ambiente, como também, por meio de normas do ordenamento do território, no contexto específico dos municípios.

### 2.5.1. Poluição

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios possuem *competência administrativa comum* para proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas (art. 23, VI, CF/88). Essa competência material comum dos entes político-administrativos deve ser exercida em colaboração, cabendo a uma lei complementar fixar normas para a cooperação entre eles, em busca do equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (art. 23, parágrafo único, CF/88). SILVA (2002, p. 77) afirma que essa “é uma competência mais voltada para a execução das diretrizes e preceitos relativos à proteção ambiental”. Trata-se portanto de uma competência para implementar, para executar a proteção ambiental e combater a poluição em qualquer de suas formas, inclusive a poluição sonora e visual.

A União, os Estados e o Distrito Federal têm *competência legislativa concorrente*<sup>5</sup> no que se refere à proteção do meio ambiente e ao controle da poluição (art. 24, VI, CF/88). No âmbito da competência legislativa concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais e isso não exclui a competência suplementar dos Estados. Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades, e essas normas só poderão ser mais restritivas em relação às normas federais e nunca mais permissivas. A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

A título de ilustração, é possível citar o Código Estadual do Meio Ambiente do Rio Grande do Sul, lei estadual nº 11.520 de 03.08.2000, que contém um capítulo específico sobre a poluição sonora (capítulo XIII) e um capítulo específico sobre a poluição visual (capítulo XIV). Esse código estabelece que a emissão de sons, em decorrência de quaisquer atividades industriais, comerciais, sociais, recreativas ou outras que envolvam a amplificação ou produção de sons intensos, deverá obedecer, no interesse da saúde e do sossego público, aos padrões, critérios, diretrizes e normas estabelecidos pelos órgãos estaduais e municipais competentes, em observância aos programas nacionais em vigor (art. 226). Há um dispositivo específico sobre Unidades de Conservação que preconiza que, para a realização de eventos que causem impactos de poluição sonora nesses espaços territoriais especialmente protegidos e seu entorno, exigirse-á prévia autorização do órgão responsável pela respectiva Unidade de Conservação (art. 229). Esse código estabelece também um sistema de uso do espaço visual cujos objetivos são, entre outros, a ordenação da exploração ou utilização dos veículos de divulgação<sup>6</sup>; a elaboração e implementação de normas para a construção e instalação dos veículos de divulgação; a proteção da saúde, segurança e o bem-estar da população; e o estabelecimento do equilíbrio entre o direito público e privado, visando ao bem da coletividade.

Finalmente, se o Município encontra-se excluído da esfera de competência legislativa concorrente, objeto do artigo 24 da Constituição Federal de 1988, a norma erigida no artigo 30 possibilita-lhe legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF/88) ou ainda suplementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II, CF/88). Fundamentando-se nesses incisos do artigo 30 do texto constitucional, muitos municípios legislam para combater a poluição sonora e visual, protegendo assim o meio ambiente. O Código Ambiental de Bauru,

por exemplo, lei municipal nº 4.362 de 12.01.1999, prevê, em seu artigo 2º, que, em matéria de política do meio ambiente, considera-se como interesse local estabelecer parâmetros para a busca da qualidade visual e sonora adequadas. Em seu artigo 101, esse código municipal preconiza que o controle da emissão de ruídos visa garantir o sossego e bem-estar público, evitando sua perturbação por emissões excessivas ou incômodas de sons de qualquer natureza ou que contrariem os níveis máximos fixados em lei ou regulamento.

### 2.5.2. Ordenamento do território

A União tem competência para elaborar e executar os planos nacionais e regionais de ordenação do território e desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX, CF/88) e instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos (art. 21, XX, CF/88). Aos Estados cabe organizar o plano estadual de ordenação do território, estabelecendo normas urbanísticas regionais suplementares das normas federais.

Os Municípios têm competência para promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (art. 30, VIII, CF/88), e para legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I, CF/88) ou ainda complementar a legislação federal e a estadual no que couber (art. 30, II). Ressalte-se ainda que a política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*, CF/88). Garantir o bem-estar de seus habitantes significa a adoção de políticas públicas que propiciem aos cidadãos um ambiente ecologicamente equilibrado, tranqüilo e belo, um ambiente no qual a poluição sonora e a poluição visual sejam controladas. As diretrizes gerais da política ur-

bane, previstas no Estatuto da Cidade (lei nº 10.257 de 10.07.2001), deverão possibilitar a operacionalização da ordenação do espaço urbano, “com observância da proteção ambiental, e a busca de solução para problemas sociais graves, como a moradia, o saneamento, por exemplo, que o caos urbano faz incidir de modo contundente sobre as camadas carentes da sociedade” (ME-DAUAR, 2002, p. 13).

## 3. Poluição sonora

### 3.1. Definição

Da definição geral de poluição, pode-se constatar que *poluição sonora* é o ruído oriundo de atividades que, direta ou indiretamente, prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população ou que estejam em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. Ruído é o barulho provocado pela queda de um corpo, qualquer estrondo, barulho, estrépito, fragor, rumor contínuo e prolongado, bulício (FERREIRA, 1988). É o som constituído por grande número de vibrações acústicas com relações de amplitude e fase distribuídas ao acaso. Segundo estudos da Organização Mundial da Saúde – OMS –, os efeitos do ruído são: perda da audição, interferência na comunicação, dor, incômodo, interferência no sono, efeitos clínicos sobre a saúde (nos sistemas cardiovascular e psicofisiológico), efeitos sobre a execução de tarefas (produtividade), sobre o comportamento social (BERGLUND; LINDVALL, 2003).

Pode-se concluir que a poluição sonora é constituída por sons e ruídos acima dos limites permitidos pela OMS e pelos órgãos reguladores municipais, estaduais e federais, limites esses estabelecidos com o objetivo de resguardar a saúde, a segurança e o bem-estar da população.

### 3.2. Poluição sonora e legislação correlata

Várias atividades podem ocasionar poluição sonora: as atividades desenvolvidas

pelas indústrias, os principais meios de transporte (carro, trem, avião), as atividades desenvolvidas pelo comércio e também algumas atividades recreativas ou sociais. Uma análise panorâmica das normas em matéria de poluição sonora permite constatar que essas atividades encontram-se regulamentadas por diversas resoluções do CONAMA. Mas há de se ressaltar também a possibilidade de prevenir eventuais problemas ocasionados pela poluição sonora por meio da adoção pela legislação municipal de um novo instrumento previsto no Estatuto da Cidade: o Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV – arts. 36 a 38 da Lei nº 10.257/2001).

A Resolução do CONAMA nº 1, de 08.03.1990, estabeleceu normas a serem obedecidas, no interesse da saúde, no tocante à *emissão de ruídos em decorrência de qualquer atividade*. Ela estabeleceu, assim, padrões, critérios e diretrizes para a emissão de ruídos em decorrência de quaisquer atividades, tais quais as industriais, comerciais, sociais ou recreativas, inclusive as de propaganda política. Destaque-se que os ruídos gerados pelo tráfego rodoviário, ferroviário e aéreo<sup>7</sup> devem respeitar esses parâmetros. Na realidade, tais parâmetros têm como fundamento o interesse da saúde e do sossego público<sup>8</sup>. Adotaram-se como patamar os valores preconizados pela norma NBR 10.152 – Avaliação do Ruído em Áreas Habitadas visando o conforto da comunidade, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT (cf. MACHADO, 2001, p. 615-617). Para a execução de projeto de construção ou de reformas, os patamares do nível do som são os previstos na norma NBR 10.152 e, para emissão de ruídos por veículos automotores e os produzidos no ambiente de trabalho, as normas expedidas, respectivamente, pelo CONTRAN e pelo órgão competente do Ministério do Trabalho. Os valores previstos pela norma NBR 10.152 são medidos nos pontos de recepção do som, quer dizer, trata-se de normas de emissão.

A Resolução do CONAMA nº 2, de 08.03.1990, instituiu o *Programa Nacional de*

*Educação e Controle da Poluição Sonora – SILÊNCIO*, visando controlar o ruído excessivo que possa interferir na saúde e bem-estar da população. O objetivo desse programa é, entre outros, o de “capacitar pessoal e controlar os problemas da poluição sonora nos órgãos de meio ambiente estaduais e municipais, divulgar junto à população matéria educativa e conscientizadora dos efeitos prejudiciais causados pelo excesso de ruído e incentivar a fabricação e uso de máquinas, motores, equipamentos e dispositivos com menor intensidade de ruído quando de sua utilização na indústria, veículos em geral, construção civil, utilidades domésticas, etc.”. Constata-se nesses itens uma preocupação fundamental com a formação adequada de recursos humanos, o acesso à informação por parte de todos os cidadãos e o recurso às tecnologias disponíveis para combater esse tipo de poluição.

No que diz respeito aos aparelhos eletrodomésticos que venham a ser produzidos ou importados e que gerem ruídos em seu funcionamento, a Resolução do CONAMA nº 20, de 07.12.1994, instituiu o *selo ruído*, exigido *para os eletrodomésticos*, como forma de indicação do nível de potência sonora.

A poluição sonora ocasionada pelos veículos automotores, bem como por motocicletas, motonetas, bicicletas com motor auxiliar e veículos assemelhados, é objeto de várias resoluções do CONAMA. As Resoluções do CONAMA nº 1 e nº 2, de 11.02.1993, estabeleceram os *limites máximos de ruídos de veículos* com aceleração e na condição parado, *para os veículos automotores nacionais e importados* (Resolução 1/93) e *para motocicletas, motonetas, bicicletas com motor auxiliar e veículos assemelhados* (Resolução 2/93). Esses limites máximos de ruídos foram ratificados pela Resolução do CONAMA nº 17, de 13.12.1995, e a Resolução CONAMA nº 272, de 14.12.2000, veio definir novos limites máximos de emissão de ruídos por veículos automotores. Destaque-se ainda que, em matéria de emissão de ruído por motocicletas, motonetas, triciclos, ciclomotores, bi-

cicletas com motor auxiliar e veículos assemelhados, a Resolução CONAMA nº 2/93 foi complementada pela Resolução CONAMA nº 268 de 14.09.2000 com o intuito de aplicar requisitos unificados para tornar os veículos de fabricação nacional aptos à aceitação no exterior, trazendo mais competitividade e desenvolvimento à indústria e à economia brasileira.

Considerando a necessidade de se reduzir os altos índices de poluição sonora nos principais centros urbanos do Brasil e o fato de que os veículos rodoviários automotores são as principais fontes de ruído no meio urbano, há ainda que se mencionar a Resolução do CONAMA nº 252, de 01.02.1999, que estabeleceu para os veículos rodoviários automotores, inclusive veículos encaroçados, complementados e modificados, nacionais ou importados, *limites máximos de ruído nas proximidades do escapamento, para fins de inspeção obrigatória e fiscalização de veículos em uso*. Essa resolução complementa a Resolução do CONAMA nº 7, de 31.08.1993, que define as diretrizes básicas e padrões de emissão para o estabelecimento de programas de inspeção e manutenção de veículos em uso – I/M, incluindo a verificação obrigatória de itens relacionados com a emissão de ruído<sup>9</sup>.

Destaca-se ainda o papel inovador do Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV) previsto no Estatuto da Cidade. A legislação municipal poderá definir quais os empreendimentos e atividades privados ou públicos, em área urbana, que dependerão do EIV para obter as licenças ou autorizações necessárias para a sua construção, ampliação ou funcionamento. O objetivo do EIV é de prevenir efeitos negativos e contemplar os aspectos positivos desses empreendimentos à qualidade de vida da população, analisando necessariamente algumas questões, como por exemplo o adensamento populacional, equipamentos urbanos e comunitários e a geração de tráfego e demanda por transporte público<sup>10</sup>. Pode ser que a instalação de apenas uma atividade em deter-

minada zona não provoque ruídos em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos. Mas a instalação de vários empreendimentos e atividades em zonas próximas pode resultar em efeitos negativos à saúde, ao sossego e à tranquilidade da população, decorrentes da poluição sonora. Assim, o EIV poderia prevenir tais efeitos negativos. Aos documentos que integram o EIV deverá ser dada publicidade, permitindo que qualquer interessado possa consultá-los. Ademais, esse estudo não substitui o estudo de impacto ambiental, mas vem possibilitar uma melhor gestão dos efeitos que as atividades e empreendimentos podem gerar no espaço urbano e notadamente à qualidade de vida da população.

### 3.3. Poluição sonora – tutela penal

A Lei de Contravenções Penais prevê em seu artigo 42 o seguinte tipo penal:

“Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios: I – com gritaria ou algazarra; II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais; III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos; IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem guarda. Pena – prisão simples de 15 dias a 3 meses e multa.”

De acordo com esse tipo penal, a perturbação de uma pessoa, do seu labor ou de sua tranquilidade pode se dar em razão de quatro possibilidades :

a) “*I – com gritaria ou algazarra*”: é necessário que os fatos sejam analisados, apreciando-se a duração e as circunstâncias nas quais ocorreu a vozearia, a sucessão de gritos ou muitos gritos.

b) “*II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais*”: normalmente essas prescrições legais são normas impostas pelos municípios, e, sendo assim, trata-se de norma penal em branco.

c) “*III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos*”: a perturbação advém do

fato de serem utilizados instrumentos sonoros ou sinais acústicos, tais como buzinas, escapamentos, instrumentos musicais, aparelhos de som, trios elétricos. É necessário que haja um uso excessivo desses instrumentos ou sinais acústicos.

d) “IV – *provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem guarda*”: quem incorre no tipo legal é aquele que possui a guarda do animal e que provoca (ação) o barulho que o animal faz, ou não o impede (omissão).

A ação penal é da competência da Justiça Estadual, sendo a ação penal privativa do Ministério Público Estadual (art. 129, I, CF 88)<sup>11</sup>. A pena é alternativa: prisão simples ou multa. Nessa seara, FREITAS e FREITAS (1997, p. 160) consideram que “a tutela penal é totalmente desatualizada e ineficiente”.

Durante a tramitação do Projeto de Lei que resultou na promulgação da Lei 9.605, de 12.02.1998, sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, não foi possível superar os obstáculos que impediram uma sistematização moderna da matéria (cf. CAMINO, 1998). O Projeto de Lei de Crimes Ambientais, de iniciativa do Poder Executivo, foi encaminhado ao Congresso Nacional em 1991. Aprovado pela Câmara dos Deputados em 1995 e pelo Senado Federal em 1997, retornou à Câmara para votação final, devido às modificações substanciais realizadas pelo Senado. A redação final do substitutivo do Senado Federal ao PL da Câmara nº 62 de 1995<sup>12</sup> previa em seu artigo 66 a criminalização da poluição sonora:

“Art. 66. Produzir sons, ruídos ou vibrações em desacordo com as prescrições legais ou regulamentares, ou desrespeitando as normas sobre emissão e imissão de ruídos e vibrações resultantes de quaisquer atividades.

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.”

Apesar dos esforços realizados para um tratamento penal atualizado e eficiente da

poluição sonora, o artigo 66, então artigo 59 na redação final do Projeto de Lei nº 1.164-E, de 1991, e da lei aprovada no Congresso, foi vetado pelo Presidente da República. Isso ocorreu em face das pressões dos *lobbies*, que sustentavam que esse dispositivo legal poderia prejudicá-los, tolhendo-os de realizar seus cultos religiosos.

Contudo, mesmo não tendo a Lei 9.605/98 contemplado um tipo penal específico de poluição sonora, em seu artigo 54, *caput* e no parágrafo 1º, figura a incriminação de todas as formas de poluição:

“Art. 54, *caput* – Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora.

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa

§1º. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.”<sup>13</sup>

Segundo MACHADO (1999, p. 11), o crime “abrange ‘poluição de qualquer natureza’: (...) [inclusive] a poluição sonora (...). Não é excessivo o espectro da locução ‘qualquer natureza’, pois para a consumação do delito é preciso mais do que poluir, é necessário poluir perigosamente ou causando dano”. Isso significa que, desde que a poluição sonora alcance níveis que venham a causar danos à saúde humana, configura-se o delito e aplica-se o artigo supracitado.

### 3.4. *Jurisprudência em matéria de poluição sonora*

Ao efetuar uma análise jurisprudencial em matéria de poluição sonora<sup>14</sup>, é possível observar que “nem todo o ruído é incômodo e reprimível, só o é o anormal, o intolerável. Assim, é direito do cidadão impedir que os outros o incomodem com excessos de ruídos, ou seja, barulhos insuportáveis e emanações prejudiciais à sua saúde”<sup>15</sup>.

O respeito ao direito de vizinhança tem sido utilizado como base legal tanto para

postular que a poluição sonora seja coibida, como para motivar as sentenças que discorrem sobre a matéria. Destaque-se o artigo 544 do Código Civil de 1916:

“Art. 544 CC – O proprietário ou inquilino de um prédio tem o direito de impedir que o mau uso da propriedade vizinha possa prejudicar a segurança, a saúde e o sossego dos que o habitam”<sup>16</sup>.

De acordo com o Novo Código Civil de 2002, o direito de vizinhança e, em particular, o uso anormal da propriedade encontram-se regulados nos artigos 1.277 a 1.281. O artigo 1.277 preconiza que:

“Art. 1.277 NCC – O proprietário ou possuidor de um prédio tem o direito de fazer cessar as interferências prejudiciais à segurança, ao sossego e à saúde dos que o habitam, provocadas pela utilização de propriedade vizinha.

Parágrafo único – Proíbem-se as interferências considerando-se a natureza da utilização, a localização do prédio, atendidas as normas que distribuem as edificações em zonas e os limites ordinários de tolerância dos moradores da vizinhança”.

É interessante notar que, segundo o artigo 1.279 do NCC, mesmo que a decisão judicial determine que as interferências devam ser toleradas, o vizinho poderá exigir sua redução ou eliminação quando estas se tornarem possíveis. Portanto, pode-se imaginar que, com a evolução de novas tecnologias, o vizinho possa exigir do poluidor que ele venha a reduzir ou eliminar a poluição sonora que esteja causando.

Ademais, o direito de propriedade não é um direito absoluto: “a propriedade, os estabelecimentos comerciais não podem ser utilizados de maneira única e desejada pelo proprietário, há de respeitar o direito de vizinhança, do seu fim social e da respeitabilidade à tranqüilidade, à segurança. (...) É proibido perturbar o sossego e o bem-estar público ou da vizinhança, com ruídos, algazaras, barulhos ou sons de qualquer for-

ma”<sup>17</sup>. A propriedade deve respeitar a sua função social (art. 5º, XXIII, CF/88) e a propriedade urbana cumprirá sua função social quando atender às exigências fundamentais de ordenação da cidade, expressas no plano diretor (art. 182, § 2º, CF/88). Cabe ao plano diretor assegurar o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida (art. 39 do Estatuto da Cidade). Em outras palavras, “A atividade privada não pode se sobrepor aos interesses de ordem coletiva e sobre o direito difuso do cidadão. A saúde e a tranqüilidade do homem é a Lei Suprema que deve prevalecer”<sup>18</sup>.

A saúde e a tranqüilidade da população figuram como fundamentos utilizados para postular que cessem as perturbações sonoras. Trata-se de danos ocasionados às pessoas por intermédio do meio ambiente, ou seja, o meio ambiente é o meio condutor desse dano. A poluição sonora “concernente ao ‘Recifolia’, com seu desfile de trios elétricos, os danos pessoais se tornam enormemente exacerbados, não só para os residentes da Av. Boa Viagem [Recife – PE], que ficam privados do direito que têm ao sossego, ao repouso noturno, bem como dos próprios foliões, destinatários da parafernália eletrônica”<sup>19</sup>. Observe-se ainda que “a comercialização de produtos de bar após as 22:00 horas nas mesas espalhadas na calçada conduz a emissões de barulho que, com o avançar da madrugada, tornam-se intoleráveis, impedindo o sono, a tranqüilidade e o bem estar da coletividade (...)”<sup>20</sup>.

A jurisprudência não considera a poluição sonora apenas uma afronta ao direito de vizinhança. Ela vai além de considerações de direito privado e isso ocorre quando a poluição sonora ultrapassa a lesão a direito subjetivo individual. Nesse contexto, com base no artigo 3º, III, da Lei 6.938/81, a poluição sonora é considerada uma agressão ao meio ambiente, pois o agressor atinge não apenas o interesse coletivo dos vizinhos, mas também interesse difuso<sup>21</sup>.

Em relação à legitimidade do Ministério Público nessa matéria, o Conselho

Superior do Ministério Público editou a seguinte súmula:

“Súmula 14 – Em caso de poluição sonora praticada em detrimento de número indeterminado de moradores de uma região da cidade, mais do que meros interesses individuais, há no caso interesses difusos a zelar, em virtude da indeterminação dos titulares e da indivisibilidade do bem jurídico protegido. Fundamento – Se os ruídos urbanos importam lesões que não são restritas ao direito de vizinhança, mas atingem a qualidade de vida dos moradores da região ou de toda a coletividade, o Ministério Público estará legitimado à ação civil pública (Pt. N. 35.137/93)”.

Os tribunais brasileiros vêm reconhecendo a *legitimidade ad causam* do Ministério Público<sup>22</sup> e a jurisprudência encaminha-se para averiguar em cada caso concreto a extensão da lesão do objeto da poluição sonora, por meio da prova produzida, para determinar a relevância social do dano (CUNHA; FINK; FRONTINI; PEREIRA, 1999, p. 76).

#### 4. Poluição visual

##### 4.1. Definição

Poluição visual é a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente afetam as condições estéticas do meio ambiente. A redação da letra “d” do inciso III do artigo 3º da Lei nº 6.938/81 é inequívoca! Entretanto, os limites do que seja “afetar as condições estéticas do meio ambiente” não foram fixados nem pelo legislador pátrio nem pelos magistrados – com exceção ao que diz respeito às paisagens notórias. A indagação que se coloca é: toda e qualquer modificação das condições estéticas do meio ambiente resultam em uma poluição visual? Certamente a resposta a essa pergunta é negativa, pois apenas as modificações estéticas que degradem a qualidade ambiental podem ser concei-

tadas como poluição visual. Ainda pode ser considerada poluição visual aquela que prejudique a saúde e o bem-estar da população (art. 3º, III, “a”, da Lei nº 6.938/81), ou que crie condições adversas às atividades sociais e econômicas (art. 3º, III, “b”, da Lei nº 6.938/81). Postes e equipamentos mal situados, emaranhado de fios elétricos a céu aberto, pichações, excesso de *outdoors*, placas publicitárias, espaços públicos e monumentos mal cuidados podem vir a causar um desconforto visual, prejudicando o bem-estar da população e chegando até mesmo a fazer com que atividades sociais e econômicas venham a se instalar em outras cidades.

Uma das modalidades de poluição visual é a poluição luminosa, a menos conhecida de todas as formas de poluição. Pode-se defini-la como sendo a utilização incorreta da iluminação artificial que causa incômodos pela difusão desnecessária de luz na atmosfera, afetando as condições estéticas do meio ambiente e ameaçando a beleza do céu noturno. Um bom planejamento da iluminação artificial, ou seja, reduzir os inconvenientes da poluição luminosa, representa preservar a atividade astronômica, reduzir o consumo de energia como também proteger a saúde humana, permitindo aos cidadãos noites de sono que lhes possibilitem reparar o cansaço<sup>23</sup>. Várias cidades e regiões adotaram leis para proporcionar uma melhor iluminação e prevenir o fenômeno da poluição luminosa por razões de ordem econômica, ecológica, astronômica ou de segurança. Entre elas, cite-se a Portaria sobre a iluminação exterior da cidade de Flagstaff, no Arizona, de 1958, que foi seguida por normas de outras cidades norte-americanas. Na Europa, algumas regiões da Itália também possuem uma legislação específica para lutar contra a poluição luminosa, como é o caso da Região Lombardia, cuja legislação data de fevereiro de 2000. Ressalte-se ainda que o primeiro país a adotar uma legislação com dispositivos sobre a prevenção da poluição luminosa foi a República Tcheca: a Lei sobre a proteção do ar

de 1º/06/2002 inclui dispositivos sobre a prevenção da poluição luminosa. Considera-se poluição luminosa toda luz artificial que se propaga além das zonas onde ela é necessária e notadamente além da linha do horizonte.

Na análise que será realizada sobre a poluição visual, enfocar-se-á o equilíbrio do elemento estético na busca da não poluição visual da paisagem urbana e de uma maior qualidade de vida nas cidades. É certo que “a boa aparência das cidades surte efeitos psicológicos importantes sobre a população, equilibrando, pela visão agradável e sugestiva de conjuntos e de elementos harmoniosos, a carga neurótica que a vida citadina despeja sobre as pessoas que nela hão de viver, conviver e sobreviver” (SILVA, 2000, p. 292). Como ressalta SILVA (2000, p. 293), “não há de se propugnar pelo esteticismo gratuito, mas se há de perseguir a integração do *elemento estético* como uma diretriz do desenvolvimento urbano”. Saliente-se que a poluição visual pode ocorrer tanto na paisagem urbana e seus arredores<sup>24</sup>, quanto na paisagem rural, isto é, podem ocorrer modificações estéticas que degradem a qualidade ambiental tanto das cidades quanto do campo<sup>25</sup>.

#### 4.2. Poluição visual e legislação correlata

As atividades que podem direta ou indiretamente degradar as condições estéticas do meio ambiente relacionam-se com a maneira pela qual os cidadãos apropriam-se e utilizam-se dos espaços na *urbes*.

Uma parcela considerável dos instrumentos legais que permitem determinar patamares para minimizar o caos visual urbano diz respeito ao *ordenamento territorial das cidades*. Entre esses instrumentos pode-se elencar, por exemplo:

a) o *zoneamento*, que “consiste na repartição do território municipal à vista da destinação da terra, do uso do solo ou das características arquitetônicas” (SILVA, 2000, p. 231). As leis de zoneamento estabelecem zonas de acordo com a modalidade do uso

do solo: zona de uso residencial, zona de uso industrial, zona de uso comercial, zona de uso de serviços, zona de uso institucional, zonas de uso especiais.

b) as *limitações à ocupação dos terrenos diante da aplicação de índices urbanísticos e recuos*, que determinam os contornos do direito de construir. MORAND-DEVILLER (1996, p. 116) afirma que “uma relação de equilíbrio entre o construído e o não edificado deve ser estabelecida. A proteção do meio ambiente encontrou enfim o direito à cidade e se manifesta na planificação do solo, no urbanismo operacional e nas autorizações de construir”.

b1) coeficiente de aproveitamento do solo (relação entre a área total da construção e a área do lote);

b2) taxa de ocupação (máxima área de projeção horizontal da edificação no lote);

b3) recuos (afastamento da edificação das fronteiras do lote);

b4) gabarito (altura e volume edificável);

c) o *dimensionamento dos lotes*: a Lei Federal 6.766 de 19.12.1979, sobre o parcelamento do solo urbano, conhecida como Lei Lehman, prevê no inciso II do artigo 4º que os lotes terão área mínima de 125 m<sup>2</sup> e frente mínima de 5 metros, salvo quando a legislação estadual ou municipal determinar maiores exigências, ou quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes. Ressalte-se ainda que a nova redação dada ao parágrafo 1º do artigo 4º pela Lei 9.785 de 29.01.1999 suprimiu o critério segundo o qual um mínimo de 35% da gleba destinava-se às áreas públicas<sup>26</sup>, dando autonomia aos Municípios para fixarem a área mínima para uso social.

d) o *Estudo de Impacto de Vizinhança (EIV)*, instrumento previsto no Estatuto da Cidade, e que poderá ser adotado por legislação municipal para determinar os impactos positivos e prevenir os efeitos negativos de empreendimentos ou atividades em relação à qualidade de vida da população que reside na área ou em suas proximidades. O EIV

deverá analisar no mínimo algumas questões, entre as quais destaque-se: uso e ocupação do solo, valorização imobiliária, ventilação e iluminação e paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Essa lista de instrumentos legais do ordenamento territorial, que possibilitam reduzir os impactos causados pela poluição visual nas cidades, é apenas exemplificativa. Também pode determinar um maior ou menor nível de poluição visual a maneira pela qual ocorre a inserção dos elementos visuais no conjunto da paisagem urbana. Entre esses elementos, destacam-se as fachadas arquitetônicas e o mobiliário urbano:

a) em relação às *fachadas arquitetônicas*, é necessário que na análise dos projetos arquitetônicos seja levado em consideração não apenas o tratamento da fachada em si, mas também sua harmonia com o conjunto das edificações próximas. A questão estética da paisagem urbana não se limita ao tratamento arquitetônico das fachadas, mas é necessário levar-se em conta as características gerais dos edifícios e seus diversos aspectos;

b) no que diz respeito à *adequação do mobiliário urbano* (anúncios, elementos de sinalização urbana, elementos aparentes da infra-estrutura urbana e serviços de comodidade pública), ressalte-se que, em relação à colocação de *anúncios e cartazes*, “nada compromete mais a boa aparência de uma cidade que o mau gosto e a impropriedade de certos anúncios em dimensões avantajadas e cores gritantes, que tiram a vista panorâmica de belos sítios urbanos e entram em conflito estético com o ambiente que os rodeia. Por outro lado, a publicidade artisticamente concebida em cartazes e luminosos alinda a cidade e caracteriza as zonas comerciais, merecendo o incentivo das Prefeituras por meio de estímulos fiscais que favoreçam a sua adoção. Bem por isso, dispõe o Município do poder de regular, incentivar e conter tal atividade na área urbana e em seus arredores, como medida de proteção estética da cidade.” (MEIRELLES, 1994, p. 116).

No Município de São Paulo, a lei municipal nº 13.525 de 28.02.2003 dispõe sobre a ordenação de anúncios de paisagem. Essa lei consagra o direito de todos à boa qualidade estética e referencial da paisagem municipal, considerando paisagem:

“o espaço aéreo e a superfície externa de qualquer elemento natural ou construído, tais como água, fauna, flora, construções, edifícios, anteparos, superfícies aparentes de equipamentos de infra-estrutura, de segurança e de veículos automotores, anúncios de qualquer natureza, os elementos de sinalização urbana, equipamentos de informação e comodidade pública, logradouros públicos, visíveis por qualquer observador situado em áreas de uso comum do povo” (art. 5º).

Na opinião de urbanistas, ao invés de permitir uma adequada ordenação da paisagem urbana, essa legislação poderá resultar no aumento da poluição visual na cidade de São Paulo, contribuindo com a usurpação e degradação do espaço público urbano (cf. DUPAS, 2003).

Pode-se ainda buscar um equilíbrio das condições estéticas do meio ambiente, da não poluição visual, por meio do controle de uma determinada atividade, como por exemplo a *propaganda eleitoral*. É importante destacar que compete privativamente à União legislar sobre direito eleitoral. Contudo, caso haja uma poluição visual oriunda da prática da propaganda eleitoral, pode-se entender que o Município pode e deve legislar sobre matéria de interesse local para combater a poluição e proteger o meio ambiente. Porém, o Município não poderá cercear o direito de propaganda dos candidatos ao legislar sobre eventuais poluições ocasionadas pela propaganda eleitoral. O Município não estará legislando sobre matéria privativa da União – direito eleitoral – se discorrer sobre a poluição ambiental em suas múltiplas formas, inclusive sobre o acúmulo indesejável de papéis e panfletos provenientes de propaganda, inclusive da propaganda eleitoral.

O Código Eleitoral (Lei nº 4.737, de 15.07.1965) prevê no inciso VIII do artigo 243 que não será tolerada propaganda que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito<sup>27</sup>. A Lei nº 9.504, de 30.09.1997, estabelecendo regras para as eleições, preconiza em seu artigo 41 que a propaganda exercida nos termos da legislação eleitoral não poderá ser objeto de multa nem cerceada sob alegação do exercício do poder de polícia. O legislador pátrio desejou tão-somente proibir manifestações do poder de polícia dos entes político-administrativos municipais que pudessem restringir ou sancionar o exercício do direito de propaganda eleitoral. A lei em pauta discorre sobre a propaganda eleitoral em geral, bem como sobre a propaganda mediante *outdoors*, na imprensa, no rádio e na televisão. Seu objetivo é, entre outros, o de regulamentar a divisão dos espaços publicitários, ou seja, promover uma igualdade de condições de acesso aos espaços publicitários aos candidatos às eleições. Assim sendo, estabelece a citada lei que a veiculação de propaganda eleitoral independe da obtenção de licença municipal. A Lei 9.504/97 prevê ainda em seu artigo 37 a proibição de pichação, inscrição a tinta e a veiculação de propaganda nos bens cujo uso dependa de cessão ou permissão do Poder Público, ou que a ele pertençam, e nos bens de uso comum. A exceção que se coloca a essa norma diz respeito à fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados nos postes de iluminação pública, viadutos, passarelas e pontes, desde que não lhes cause dano, dificulte ou impeça o seu uso e o bom andamento do tráfego. O parágrafo 1º do artigo supramencionado dispõe que a pichação, a inscrição a tinta ou a veiculação de propaganda em desacordo com o disposto neste artigo sujeitam o responsável à restauração do bem e a multa no valor de cinco mil a quinze mil UFIR.

É certo que o objetivo principal desse diploma legal é o estabelecimento de normas gerais para eleições e não a regulamentação

específica da poluição, que ocorre apenas como resultado da regulamentação da propaganda eleitoral.

#### 4.3. Poluição visual – tutela penal

A Lei 9.605, de 12.02.1998, sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, prevê em sua seção IV os crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio cultural (cf. RODRIGUES, 1998). Os tipos penais elencados nessa seção podem coibir a poluição visual, por exemplo, de edificações ou locais especialmente protegidos por lei – em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental:

“Art. 63. Alterar o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, artístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida.

Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.”

A multa, de acordo com o artigo 50 do Decreto 3.179, de 21.09.1999, que dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Em relação às construções, não são todas as construções abusivas que podem requerer a aplicação do artigo 64 da Lei 9.605/98. Apenas aquelas realizadas em solo não edificável – assim declarado em lei de uso do solo ou de proteção a mananciais – sem autorização da autoridade competente municipal. Esse tipo penal objetiva reprimir construções em discordância com o valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental do solo não edificável e seu entorno:

“Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida:

Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa.”

Nesse caso, a multa é de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), de acordo com o artigo 51 do Decreto 3.179/99.

O artigo da Lei 9.605/98 que talvez possa vir a refrear uma conduta que sem dúvidas polui visualmente as cidades é o artigo 65:

“Art. 65. Pichar, grafitar ou por outro meio conspurcar edificação ou monumento urbano:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa.

Parágrafo único. Se o ato for realizado em monumento ou coisa tombada em virtude do seu valor artístico, arqueológico ou histórico, a pena é de seis meses a um ano de detenção, e multa.”

Pichar é escrever, rabiscar, enquanto grafitar é desenhar. São essas as condutas tipificadas enquanto crime. Todavia é necessário fazer uma ressalva: “grafitar” é desenhar, pintar o mobiliário urbano, ou seja, formas de expressão da arte urbana. Como julgar o que sejam realmente “grafites” de conteúdo efetivamente artístico? Apenas os artistas renomados deteriam o direito de “grafitar”? A multa nesse caso pode ser de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) e, se o ato for realizado em um monumento ou coisa tombada, a multa é aumentada em dobro, segundo o artigo 52 e o parágrafo único do Decreto 3.179/99.

Destaque-se que o Código Penal já previa o dano em coisa de valor artístico, arqueológico<sup>28</sup> ou histórico em seu artigo 165 e a alteração de local especialmente protegido em seu artigo 166.

#### 4.4. Jurisprudência em matéria de poluição visual

É certo que a doutrina assinala a crescente preocupação das sociedades contemporâneas com a estética urbana, objetivando o respeito dos aspectos artísticos, panorâmicos, paisagísticos, monumentais e históricos, de interesse cultural, recreativo e turístico das cidades e seus arredores (cf. PINTO, 1998). Entretanto, a jurisprudência é rara no que diz respeito, especificamente, à poluição visual. Considera-se, sobretudo, a proteção às paisagens notáveis, ao patrimônio turístico e paisagístico<sup>29</sup>.

A limitação administrativa ao direito de construir pode preservar a estética urbana e impedir que o caos visual se instale:

“Direito de construir. Limitação estabelecida a fim de assegurar a harmonia estética de certos setores urbanos. A proibição de levantar edifício de apartamentos em determinada rua abrange a parte lateral e os fundos do prédio, embora este tenha a sua entrada principal em via onde se permite a construção. Recurso de mandado de segurança não provido.”<sup>30</sup>

Em relação ao mobiliário urbano, cite-se, por exemplo, o caso do Município que “visava e obteve a proteção paisagística do Monte Serrat, obrigando à retirada de painel de propaganda da encosta daquele morro, embora levantado em terreno particular. (...) ‘Cabe ao Município a proteção estética da cidade e para tanto pode e deve policiar a afixação de anúncios no perímetro urbano e seus arredores. A publicidade urbana, abrangendo os painéis e letreiros expostos ao público sob qualquer modalidade, é assunto de peculiar interesse ao Município e, como tal, fica sujeita a regulamentação e autorização da Prefeitura. A ação cominatória é adequada para o Poder Público compelir a desfazer painel de propaganda afixado sem autorização municipal, ainda que localizado na propriedade privada’”<sup>31</sup>.

Cabe, portanto, ao Município o controle da exploração e utilização da publicidade na paisagem urbana, que tem como objetivo evitar prejuízos tanto à estética das cidades quanto à segurança dos cidadãos<sup>32</sup>.

## 5. Conclusão

O direito à tranquilidade e o direito ao belo estão inseridos no próprio direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito ao saneamento ambiental em sentido amplo, a uma essencial qualidade de vida. Todos têm o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, vale dizer, ao sossego e a contemplar e viver em uma cidade que não agrida seus olhos e seus ouvidos. O direito à cidade implica uma transformação dos processos de decisão, o desaparecimento de todas as formas de segregação, a busca de soluções para as questões sociais no espaço urbano, a reconquista de um espaço sem poluição. Nesse contexto, o direito à informação e o direito à participação nos processos decisórios constituem instrumentos fundamentais de uma gestão democrática das cidades. Mas acima de tudo se faz necessário tanto a reapropriação dos espaços públicos quanto o exercício da cidadania, que comporta em primeiro lugar a consciência de deveres para com o próximo e o meio ambiente.

## Notas

<sup>1</sup> A expressão meio ambiente urbano ou ecologia urbana foi inicialmente utilizada pelos sociólogos da Escola de Chicago, nos anos 30, para formalizar um estudo sobre os movimentos dos cidadãos.

<sup>2</sup> De acordo com o Censo Demográfico do IBGE – 2000, 81,25% da população residente brasileira é urbana (137.953.959 hab.) enquanto 18,75% é rural (137.953.959 hab.).

<sup>3</sup> Da contaminação dos solos à poluição do ar e da água os exemplos são múltiplos. Alguns casos ganham maior repercussão em razão dos riscos que a poluição representa para a saúde humana, como é o caso de Bauru, no Estado de São Paulo, onde “a

contaminação do solo ao redor da Indústria de Acumuladores Ajax, [...] é altíssima. A conclusão consta dos laudos das análises feitas pela Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico (Cetesb) em amostras colhidas no início de julho [2002]. Chegou-se a encontrar até 2.660 miligramas de chumbo por quilo de solo examinado – a referência da Cetesb é de no máximo 23,5 miligramas por quilo” (ACEITUNO, 2002). Mas é importante frisar que a poluição lenta, gradual e difusa também representa sérios riscos ao meio ambiente e à saúde humana.

<sup>4</sup> É interessante ressaltar que, na França, o Projeto de Lei relativo à parte legislativa do Código do Meio Ambiente francês (Doc. Ass. Nat. nº 932, 27 maio 1998) utilizou pela primeira vez a expressão “*nuisances visuelles*” (“*perturbações visuais*”) no Livro V – “*Risques, pollutions et nuisances*” (“Riscos poluições e perturbações”). O Título III, sobre as “*Nuisances Acoustiques et Visuelles*” (“Perturbações Acústicas e Visuais”), considera como perturbações sonoras: as emissões dos objetos, de atividades barulhentas, da planificação e de infra-estruturas de transportes terrestres e dos transportes aéreos. As perturbações visuais dizem respeito às linhas elétricas ou telefônicas aéreas e às publicidades, sinais e cartazes. O atual Código do meio ambiente francês adotou um título específico referente à prevenção das perturbações acústicas e visuais (art. L. 571-1 a L.572-1) e outro título que trata da proteção da qualidade de vida (art. L.581-1 e L.581-45). Objetiva-se prevenir, suprimir ou limitar a emissão ou a propagação, sem necessidade ou por falta de precaução, dos barulhos ou das vibrações sonoras que possam colocar em perigo, causar um inconveniente anormal ou prejudicar a saúde das pessoas ou causar danos ao meio ambiente. A prevenção das perturbações visuais está associada à instalação de novas linhas elétricas. A proteção da qualidade de vida diz respeito às limitações de painéis publicitários, anúncios, cartazes e elementos de sinalização urbana.

<sup>5</sup> A União, os Estados e o Distrito Federal também possuem competência legislativa concorrente em matéria ambiental para legislar sobre: a) proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (art. 24, VII, da CF/88); b) responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (art. 24, VIII, da CF/88).

<sup>6</sup> São considerados veículos de divulgação quaisquer equipamentos de comunicação visual ou audiovisual utilizados para transmitir externamente anúncios ao público, tais como: tabuletas, placas e painéis, letreiros, painel luminoso ou iluminado, faixas, folhetos e prospectos, balões e bóias, muro e

fachadas de edifícios, equipamentos de utilidade pública, bandeirolas. São considerados anúncios quaisquer indicações executadas sobre veículos de divulgação presentes na paisagem, visíveis de locais públicos, cuja finalidade seja promover estabelecimentos comerciais, industriais ou profissionais, empresas, produtos de qualquer espécie, idéias, pessoas ou coisas, classificando-se em anúncio orientador, anúncio promocional, anúncio institucional e anúncio misto (art. 232, §§ 1º e 2º do Código de Meio Ambiente do Estado do Rio Grande do Sul, lei estadual nº 11.520/2000).

<sup>7</sup> Não há uma resolução específica do CONAMA sobre os ruídos provenientes de trens e aviões. No que diz respeito ao ruído de aviões, a Lei nº 7.565 de 19.12.1986, o Código Brasileiro da Aeronáutica que substituiu o Código Brasileiro do Ar (Decreto-lei nº 32, de 18.11.1966), prevê que as zonas vizinhas aos aeródromos e das instalações de auxílio à navegação aérea estão sujeitas a restrições especiais relativas ao uso das propriedades quanto a edificações, instalações, culturas agrícolas e objetos de natureza permanente ou temporária, e tudo mais que possa embarçar as operações de aeronaves ou causar interferência nos sinais dos auxílios à radionavegação ou dificultar a visibilidade de auxílios visuais. Tais restrições serão especificadas em planos, entre os quais o Plano de Zoneamento de Ruído. A Portaria nº 1.141/GM5, de 08.12.1987, dispozo sobre zonas de Proteção, aprova, entre outros, o Plano Básico de Zoneamento de Ruído, que delimita áreas para indicação das atividades compatíveis com os níveis de incômodo sonoro. Em matéria de ruídos aeronáuticos, há ainda a Portaria 13/GM5 de 05.01.1994 do Ministério da Aeronáutica, alterada pela Portaria nº 717/GC de 04.11.1999, que estabelece e modifica normas relativas à proteção ambiental e ao nível de ruído aeronáutico no que concerne à operação de aeronaves no território nacional. Na verdade, essa portaria trata de medidas utilizadas para fins de homologação de tipo de aeronave e não se confunde com a problemática da poluição ambiental.

<sup>8</sup> A Portaria GM/92 de 19 de junho de 1980, sobre as normas para ruídos e sons por atividades industriais, comerciais e outras, considera prejudiciais à saúde, à segurança e ao sossego público os sons e ruídos que “II, a) atinjam, no ambiente exterior do recinto em que têm origem, nível de som de mais de 10 (dez) decibéis – dB (A), acima do ruído de fundo existente no local de tráfego, b) independentemente de ruído de fundo, atinjam, no ambiente exterior do recinto em que têm origem, mais de 70 (setenta) decibéis dB (A), durante o dia, e 60 (sessenta) decibéis dB (A), durante a noite, c) alcancem, no interior do recinto em que são produzidos, níveis de som superiores aos considerados aceitáveis pela

Norma NB-95, da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT, ou das que lhe sucederem”.

<sup>9</sup> Finalmente, essa resolução harmoniza as ações de controle da poluição dos órgãos estaduais e municipais de meio ambiente no âmbito da Resolução do CONAMA nº 18, de 13.12.1995, que criou o Plano de Controle da Poluição por Veículos em Uso – PCPV.

<sup>10</sup> Artigo 37 da Lei nº 10.257/2001. Cf. infra as outras questões que devem necessariamente ser analisadas pelo EIV.

<sup>11</sup> Penal. Contravenção. Conduta Típica. Impossibilidade do Trancamento da Ação Penal. I – A atividade industrial está excedendo no barulho ambiental segundo Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente, circunstância que torna o fato típico e caracteriza a contravenção penal. II – Impossível o trancamento da ação penal, uma vez que, em tese, existe a contravenção de que trata o art. 42, inciso II, da norma específica, pela constatação de níveis de ruído além do permitido. III – Recurso improvido.” (STJ/RIP:00012262 – DECISÃO:09-05-1994 – Proc:RHC Num:3598 Ano:94 UF:SP Turma:6- Recurso ordinário em habeas corpus. Fonte DJ, 30/05/1994, p. 13517)

<sup>12</sup> PL nº 1.164, de 1991, na Casa de origem – Parecer nº 362, de 1997 – da Comissão Diretora.

<sup>13</sup> De acordo com o artigo 41 do Decreto 3.179, de 21.09.1999, que dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a multa aplicável, no caso de conduta prevista no artigo 54, *caput*, é de R\$ 1.000,00 (mil reais) a R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), ou multa diária. O § 2º do artigo 41 prevê que as multas e demais penalidades de que trata esse artigo serão aplicadas após laudo técnico elaborado pelo órgão ambiental competente, identificando a dimensão do dano decorrente da infração.

<sup>14</sup> FREITAS e FREITAS (1997) citam as seguintes decisões jurisprudenciais: o ruído excessivo por aparelho sonoro, a portaria deve referir-se à lei municipal violada e à profissão do acusado, sob pena de inépcia (RT 589/353); o abuso de aparelhos sonoros para atrair freguesia depois das 24 horas justifica condenação (RT 447/409); a instalação de antiga fábrica em local onde não havia residências não configura infração (RT 458/376); a condução de veículo com escapamento aberto, de forma ruidosa e de madrugada justifica condenação (RT 540/308); o simples conversar em voz alta por pessoas embriagadas não configura a contravenção (RT 491/352).

<sup>15</sup> Sentenças: Ação Civil Pública – Poluição sonora – Procedência – Cessação de barulho após as 22:00 horas. *Revista de Direito Ambiental*. nº 0, p. 181.

<sup>16</sup> Sentenças: Ação Civil Pública – Poluição Sonora – Direito de vizinhança – Interdição de estabelecimento, *Revista de Direito Ambiental*. n. 5, jan./

mar. 1997, p. 151- 155. Ver também: Trabalhos forenses: Ação Civil Pública – Poluição Sonora – Direito de Vizinhança – Cessação de atividade comercial incômoda e ilícita, *Revista de Direito Ambiental*. n. 5, jan./mar. 1997, p. 197-200.

<sup>17</sup> Trabalhos forenses: Ação civil pública – poluição sonora – direito de vizinhança – obrigação de não fazer. *Revista de Direito Ambiental*. n. 0, p. 243.

<sup>18</sup> *Idem*, p. 244.

<sup>19</sup> Trabalhos forenses: Ação Civil Pública – Perturbação do sossego e do bem-estar da coletividade por meio de emissão de sons e ruídos em desacordo com níveis legais – Obrigação de não fazer do município e de empresa particular. *Revista de Direito Ambiental*. n. 3, jul./set. 1996, p. 321.

<sup>20</sup> Apelação Cível – Direito de Vizinhança – lanchonete – Uso nocivo prejudicando o sossego dos vizinhos – TJRJ 5ª Câm. Civ. – ApCiv 4814/96 – j.03.09.1996 – rel. Pres. Des. Humberto Manes e rel. Jd. Subst. Des. Gustavo Leite. *Revista de Direito Ambiental*. n. 6, abr./jun. 1997, p. 159.

<sup>21</sup> Sentenças: Ação civil pública – Poluição sonora – Dano à saúde dos moradores da região – Obrigação de não fazer. *Revista de Direito Ambiental*. n. 5, jan./mar. 1997, p. 141. Ver também: Trabalhos forenses: Ação civil pública – Poluição sonora – Obrigação de não fazer. *Revista de Direito Ambiental*. n. 5, jan./mar. 1997, p. 193-197. Sobre incômodo aos vizinhos ocasionados pelas atividades da Igreja Evangélica Assembléia de Deus, ver: Trabalhos forenses: Ação Civil Pública – Poluição Sonora – Dano a número indeterminado de vítimas – Legitimidade do MP. *Revista de Direito Ambiental*. n. 4, out./dez. 1996, p. 168-169.

<sup>22</sup> Ementa: “Ação Civil Pública. Meio Ambiente, interesse difuso. Ministério Público. Legitimidade *ad causam*. O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública contra empresa poluidora do ambiente, emissora de ruídos acima dos níveis permitidos. Recurso conhecido e provido.” (STJ/RIP: 00035738, decisão 26-11-1996 – Proc: RESP Num: 0097684 Ano: 96 UF: SP Turma: 04 – Recurso especial. Fonte DJ, 03/02/1997, p. 00732)

<sup>23</sup> Procedimento administrativo sobre poluição luminosa, de nº 15/97, foi instaurado na 3ª Vara Cível da Comarca de Uberlândia e arquivado em 1999. O Requerente tinha denunciado o problema da poluição luminosa na cidade de Uberlândia resultante da emissão indiscriminada de luz em todas as direções. Segundo ele, esse lançamento de luz para cima, sobre os olhos das pessoas e para lugares distantes de onde se pretende iluminar desperdiçava energia elétrica, causava problemas de saúde nas pessoas e tornava invisíveis os objetos celestes, que são o material de estudo de astrônomos.

<sup>24</sup> “A mesma preservação estética deve estender-se aos arredores da cidade, para preservação das vistas panorâmicas, das paisagens naturais e

dos locais de particular beleza. Nessa proteção compreendem-se a manutenção de tais ambientes no seu estado original, sem obstáculos à visibilidade e ao acesso, a proibição de desmatamento e demais medidas de interesse da comunidade local, para mantê-los como reservas naturais ou sítios de lazer. Enquanto essas limitações urbanísticas não afetarem a normal destinação econômica de tais áreas, podem ser impostas gratuitamente pelo Município; mas, se interditar ou restringirem o uso da propriedade particular, exigem indenização por amigável ou expropriatória” (MEIRELLES, 1994, p. 115).

<sup>25</sup> Por exemplo, a implantação de linhas de alta tensão representa um elemento de desequilíbrio na paisagem rural.

<sup>26</sup> Art. 4º, § 1º – A legislação municipal definirá, para cada zona em que se divide o território do Município, os usos permitidos e os índices urbanísticos de parcelamento e ocupação do solo, que incluirão, obrigatoriamente, as áreas mínimas e máximas de lotes e os coeficientes de aproveitamento.

<sup>27</sup> “Eleitoral. Propaganda em bens particulares. Posturas municipais. Em bens particulares, é livre a fixação de propaganda eleitoral pelo detentor de sua posse, através de escritura ou pintura nos muros ou fachadas, não sendo tolerada, porém, propaganda que prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a outra qualquer restrição de direito” (Cod. Eleitoral, art. 243, VIII) (TSE – Resolução Num: 13046, decisão 09.09.1986 Proc: Cons Num: 8066 Ano: 1986 UF: CE Turma: TP Consulta, Fonte: DJ, 30.10.86, p. 20734 BEL vol: 423-01, p. 710). Propaganda. Bens particulares. Posturas municipais. 1. ‘Em bens particulares fica livre a fixação de propaganda eleitoral pelo detentor de sua posse’ (art. 79 da resolução n. 12924 – 1986). 2. Não será tolerada, porém, mesmo em bens particulares, propaganda que ‘prejudique a higiene e a estética urbana ou contravenha a posturas municipais ou a qualquer restrição de direito’” (C.E., art. 243, VIII). (TSE Resolução Num: 12979, decisão: 21.08.1986 Proc: Cons Num: 7936 Ano: 1986 UF: DF Turma: TP Consulta, Fonte: DJ, 18.09.86, p. 16941 BEL vol: 422-01, p. 605)

<sup>28</sup> Sobre monumentos arqueológicos ou pré-históricos, cf. Lei nº 3.924, de 26.07.1961 – “art. 5º. Qualquer ato que importe na destruição ou mutilação a que se refere o art. 2º desta Lei, será considerado crime contra o Patrimônio Nacional e, como tal punível de acordo com o dispositivo nas leis penais”. O art 2º define o que se considera monumentos arqueológicos ou pré-históricos.

<sup>29</sup> Trabalhos Forenses: Ação Direta de inconstitucionalidade – Direito urbanístico, meio ambiente e proteção ao patrimônio turístico e paisagístico – Competência para legislar. *Revista de Direito Ambiental*. n. 2, abr./jun. 1996, p. 283-291.

<sup>30</sup> STF decisão: 1966 Proc: RMS Num: 14761 Ano: 66 UF: SP Turma: 01 – Recurso de mandado de segurança Fonte: DJ, 28.04.66 Ement Vol-652-01 p. 309/ RTJ vol-36-3 pp. 440.

<sup>31</sup> STF, RTJ 37/621; 1º TACivSP, RDPG 14/192 – Ap. cível 63.393 da comarca de Santos-SP. Jurisprudência citada por Hely Lopes MEIRELLES (1994, p. 116).

<sup>32</sup> “EMENTA: TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE ANÚNCIOS (TFA). CONSTITUCIONALIDADE. De presumir-se a efetividade da fiscalização exercida pelos agentes da Municipalidade de Belo Horizonte, uma das maiores do País, no controle da exploração e utilização da publicidade na paisagem urbana, com vista a evitar prejuízos à estética da cidade e à segurança dos munícipes. De outra parte, não há confundir as dimensões do anúncio, critério estabelecido para o cálculo da taxa devida, com a área do imóvel de sua localização, elemento componente da base de cálculo do IPTU, para fim de identificação do *bis in idem* vedado pela Constituição. Recurso conhecido e provido” (STF, RE 216207 / MG – MINAS GERAIS Relator(a): Min. ILMAR GALVAO, DJ 25.06.99 p. 30, vol. 1956-1956, p. 1259 Julgamento: 02.03.1999 – Primeira Turma).

### Bibliografia

ACEITUNO, Jair. *Laudos mostram alta contaminação de chumbo em Bauru*. O Estado de São Paulo, São Paulo, 9 de ago. 2002.

BERGLUND, Birgitta; LINDVALL, Thomas (Ed.). *Community noise*. Document prepared for WHO. Archives of the Centre for Sensory Research, v. 2, issue 1, 1995. Stockholm University and Karolinska Institute. Disponível em: <[http://www.who.int/environmental\\_information/Information\\_resources/community\\_noise.htm](http://www.who.int/environmental_information/Information_resources/community_noise.htm)>. Acesso em: 8 mar. 2003.

CABALLERO, Francis. *Essai sur la notion juridique de nuisance*. Paris: LGDJ, 1981.

CAMINO, Maria Ester Mena Barreto: *Lei 9605, de 12/02/98: conquista, conformismo, resistência ou by pass a uma cidadania cansada e desmobilizada?*. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). *Temas de direito ambiental urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 227-238. Advocacia Pública e Sociedade, nº 3/1998, IBAP.

CUNHA, Juliana Andrade da; FINK, Daniel Roberto; FRONTINI, Ana Paula; PEREIRA, Marcio Silva. A poluição sonora e o Ministério Público. In: *Revista de Direito Ambiental*, [S.l.], n. 13, p. 62-77, jan./mar. 1999.

BRASIL. Projeto de Lei nº 1.164, de 1991, na Casa de origem – *Parecer nº 362, de 1997* – da Comissão Diretora

\_\_\_\_\_. Projeto de Lei relativo à parte legislativa do Código do Meio Ambiente francês. Doc. Ass. Nat. nº 932, 27 mai. 1998.

DUPAS, Gilberto. *A degradação do espaço público urbano*. Jornal da Tarde, [S. l.], 26 fev. 2003.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira/Folha de São Paulo, 1988.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade do juízo*. Tradução de Valério Rohden e Antônio Marques. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

MACHADO, Paulo Affonso Leme: *Direito ambiental brasileiro*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. Da poluição e de outros crimes ambientais na Lei 9.605/98”. *Revista de Direito Ambiental*, [S.l.], n. 4, p. 11, abr./jun. 1999.

MEDAUAR, Odete (Coord.) *Estatuto da cidade: Lei 10.257, de 10.07.2001: comentários*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito de construir* 6. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, colaboração de Beatriz di Giorgi e Flavia Piovesan, São Paulo: Malheiros, 1994.

MORAND-DEVILLER, Jaqueline. *Droit de l'environnement*. Paris : Estem, 1996.

PINTO, Antonio Carlos Brasil : Atividade turística, preservação, urbanismo e ecologia da paisagem. In: VARELLA, Marcelo D. ; BORGES, Roxana C. B. (Org.). *O novo direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 185-211.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos: A evolução da proteção do patrimônio cultural: crimes contra o ordenamento urbano e o patrimônio cultural. In: FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de (Org.). *Temas de direito ambiental urbanístico*. São Paulo: Max Limonad, 1998. Advocacia Pública e Sociedade, nº 3/1998, IBAP.

SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Direito ambiental constitucional*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2002.

# Responsabilidade civil do Estado e as Agências Reguladoras

Daisy de Asper y Valdés

Introdução. A centenária experiência americana. Agências Reguladoras: aspectos relevantes. Papel das Agências no contexto atual. Responsabilidade civil da Administração Pública: evolução doutrinária e jurisprudencial. Teorias civilistas. Teorias publicistas. Excludentes da responsabilidade civil da Administração Pública. O caso fortuito ou força maior. Culpa da vítima: exclusiva e concorrente. Atos de terceiros e fenômenos da natureza. Da reparação do dano. A responsabilidade civil no novo Código Civil (Lei 10.406/2002, art. 43) e na Constituição Federal (§ 6º do art. 37). A responsabilidade do Estado pelos atos das agências reguladoras. Responsabilidade da Agência por atos comissivos e omissivos da Administração. Conclusão.

## *Introdução*

A *Responsabilidade Civil do Estado* refere-se à imposição sobre o Poder Público de reparar danos causados a terceiros em decorrência de suas ações ou omissões. Deflui, atualmente, de dispositivo inscrito da Lei Magna, que no art. 37, § 6º, diz expressamente: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (BRASIL, 2002).

Cogita-se, ao se tratar da responsabilidade estatal, de três tipos de funções pelas

Daisy de Asper y Valdés é subprocuradora-geral da República, aposentada, professora de Direito Administrativo da UPIS e AEUDF e coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito Público do ICAT/AEUDF.

quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a legislativa e a judicial. Atualmente, a crescente turbulência do processo de redefinição das funções do Estado na economia, em curso desde meados dos anos 90, centra-se na responsabilidade resultante da atuação da Administração Pública, já que com relação aos demais poderes essa responsabilidade incide em casos especiais. Para os atos administrativos, a regra constitucional é, pois, a responsabilidade objetiva da Administração. Quanto aos atos legislativos e judiciais, o erário só responde quando comprovada a culpa na sua expedição, de modo ilegítimo ou lesivo. Observe-se que o texto constitucional refere-se aos “agentes administrativos” e não aos “agentes políticos”, membros dos Poderes do Estado.

Limita-se o presente estudo à responsabilidade civil do Estado resultante da atuação das Agências Reguladoras. Moldadas na experiência norte-americana, representam um marco na transição do paradigma de Estado intervencionista para o Estado regulador. Setores inteiros da produção, antes monopólios estatais, foram privatizados. Criaram-se, e ainda se criam, agências e regimes regulatórios para administrar mercados novos em telecomunicações, energia, petróleo, distribuição de água, transportes, entre outros. Assumem as agências reguladoras funções executivas, legislativas e judiciárias que caracterizam a criação de um Estado dentro do próprio Estado.

É interessante tentar resumir o extenso escopo de atuação a partir das diferentes competências que cabem às agências autônomas neste novo arranjo institucional. É um órgão executor, na medida em que implementa o sistema nacional de gerenciamento. É também um órgão regulador clássico, uma vez que lhe compete, por um lado, regular no sentido clássico a oferta e a demanda e, por outro lado, fiscalizar os usos dos recursos, inclusive mediando os conflitos e dispondo de poder de polícia. Muitas surgiram no quadriênio 1995-98, quando se

concebeu a criação de agências reguladoras para aqueles setores em que as condições de monopólio natural vigoravam. A busca por maior competição e, portanto, o ingresso de novos capitais nesses setores permitiria a simultânea expansão da oferta e queda de preço. Assim, foram criadas a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), a Agência Nacional do Petróleo (ANP) e a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL).

### *A centenária experiência americana*

Aperfeiçoadas e reformadas ao longo do tempo, as agências americanas têm um século de existência. A primeira agência reguladora surgiu em 1887 – Comissão de Comércio Interestadual (ICC) – para regular preços e impedir concentração excessiva no setor ferroviário. Com o New Deal, no governo Roosevelt, na década de 30, dezenas de agências foram criadas para regular a economia e vencer a depressão. Dotadas de amplos poderes, passaram a ser conhecidas, nessa época, como “o quarto poder”.

Na década de 60, a evolução da legislação concentrou-se na proteção ao meio ambiente, à saúde pública e ao consumo, preocupando-se com o bem-estar social, e na correção das falhas do mercado.

Nos anos 70, organizações não-governamentais e grupos de interesse exerceram forte influência na agenda regulatória: novas diretrizes, metas e prazos rígidos lhes foram impostos. O excesso de regulamentação passou a ser criticado como fonte de ineficiência empresarial, manutenção de preços altos e atraso tecnológico.

Na década de 80, com a onda de desregulamentação e privatização encetada pelo governo Reagan, setores inteiros foram liberados: telecomunicações, seguros, rodovias, ônibus, TV a cabo, petróleo, gás e energia. Entretanto, o Governo Clinton, de maioria democrata, reafirmou o mandato das agências, mantendo o sistema de regulação social nos moldes clássicos. Segundo o Índice

Regulatório Federal, em 2000, os Estados Unidos gastaram 721 bilhões de dólares em financiamento e salários para as agências reguladoras (EXAME, 2002, p. 44).

### *Agências Reguladoras: aspectos relevantes*

No Brasil, a mudança do perfil do Estado-Providência, titular e executor dos serviços públicos, para o atual modelo neoliberal processou-se por meio das Emendas Constitucionais, particularmente a Emenda nº 19/98, que tratou especificamente da Reforma Administrativa. Esse modelo está expressamente evidenciado no Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que estabeleceu as diretrizes de atuação político-institucional do governo Fernando Henrique Cardoso. Entre as inovações trazidas ao mundo jurídico, destacam-se as agências executivas e reguladoras.

Partindo do pressuposto do exaurimento do Estado interventor, diretamente envolvido no setor produtivo, postula-se uma ampla reformulação das bases da Administração Pública. Deixa o Estado de ser executor para se tornar regulador, enfrentando, desse modo, os novos desafios do mundo globalizado. Entre outras tarefas e funções, compete-lhe promover maior aproximação com a sociedade e impulsionar o desenvolvimento econômico. Entretanto, as mudanças requeridas pelo Estado não se reduzem à imposição de reformas administrativas. De fato, vão mais além, na medida em que atingem valores, paradigmas e a própria cultura organizacional, buscando a construção de espaços de relacionamento entre a ação do governo e o cidadão. Transforma-se, principalmente, a ideologia, a forma de conceber o Estado e a Administração Pública (DI PIETRO, 2000).

Não há, nessa nova visão, espaço para o Estado prestador de serviços, para o assistencialismo. Estimula-se, agora, a participação ativa do cidadão, deliberando, atuando para a melhoria na qualidade da prestação

desses serviços. Substitui-se o desgastado modelo burocrático, rígido, burocratizado, por um modelo flexível, participativo, eficiente. Não se busca o encolhimento do papel do Estado, mas sim um Estado melhor, verdadeiramente voltado para o cidadão como destinatário final daquela prestação.

Nesse cenário, é fenômeno atual, de rápida expansão, as agências executivas. Parte integrante das chamadas agências autônomas, têm elas como meta a busca de excelência na implementação de políticas públicas. São as autarquias e fundações que realizam contrato de gestão com órgão da Administração Direta, a que se acha vinculada, para redução de custos e melhoria na qualidade do serviço. Outra das chamadas agências autônomas, a agência reguladora, com maior atuação no mercado do que a agência executiva, surgiu da necessidade de intervenção em determinados setores da economia, fruto do processo de privatização, que extinguiu total ou parcialmente os monopólios de alguns setores públicos, competindo-lhes a função de fiscalização e controle.

A Constituição Federal de 1988 dispôs no art. 174 que, “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. Logo, para fazer atuar esse dispositivo, atribui-se especial relevo às agências reguladoras.

Segundo SILVA (2000, p. 217), planejamento “é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos.”

Consiste, assim, o planejamento econômico em um processo de intervenção estatal com vistas a organizar atividades econômicas para obter resultados previamente estabelecidos.

O planejamento envolve decisão política. Às agências reguladoras cabe a implementação de tais políticas, elaborando pro-

jetos, desenvolvendo incentivos, visualizando o usuário como destinatário final de todo esse processo. Deve, pois, responder por decisões equivocadas, pela imprudência na elaboração do planos e pelos danos causados aos atores econômicos atingidos, ainda que de modo reflexo, por sua atividade regulatória.

Do mesmo modo, a Administração Pública tem o privilégio de modificar unilateralmente os contratos administrativos, e, por isso, deve o particular que com ela contrata ter seus direitos resguardados. A Constituição Federal, no art. 37, inc. XXI, garante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, garantindo que serão mantidas as condições efetivas da proposta. Logo, as agências reguladoras, como poder concedente, não poderão alterar unilateralmente os contratos de concessão se romperem essa garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Isso ocorrendo, deverão ressarcir as concessionárias de serviço público pelos prejuízos causados a estas (SAAD, 1994).

#### *Papel das Agências no contexto atual*

As agências reguladoras integram a Administração Pública Indireta e guardam a natureza jurídica de autarquias especiais. Vinculam-se, nesse controle finalístico, ao Ministério competente para tratar da respectiva atividade. Têm seus diretores nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal.

Caio TÁCITO (1999, p. 6) destaca características comuns das agências reguladoras brasileiras. São constituídas como autarquias especiais. Estão afastadas da hierarquia tradicional dos ministérios e da influência política do governo, pois são dotadas de autonomia financeira e administrativa. Podem exercitar poderes normativos complementares à legislação, com amplos poderes de fiscalização. Atuam, dentro dessas características, como instância administrativa final nos litígios que envolvam assun-

tos de suas áreas de competência e respondem pelo cumprimento de metas fixadas e pelo desempenho das atividades dos prestadores de serviço.

Diverge-se, na doutrina, quanto ao poder normatizador das agências reguladoras, afirmando parte da doutrina que podem exercitá-lo, desde que respeitados os limites legais estabelecidos na lei que as instituiu. Compete-lhes, entretanto, a regulamentação da prestação de serviços entre prestadores e usuários. Segundo a Lei 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo – LAP), têm essas agências o poder de aplicar sanções às empresas privatizadas, desde que respeitado o devido processo legal, administrativo.

#### *Responsabilidade civil da Administração Pública: evolução doutrinária e jurisprudencial*

Segundo MEIRELLES (2001, p. 609), a doutrina da responsabilidade civil da Administração Pública evoluiu do conceito de *irresponsabilidade* para o de *responsabilidade com culpa*, daí para o da *responsabilidade civilística* e desta para a atual fase de *responsabilidade pública*.

No Absolutismo a regra era a irresponsabilidade do Estado, ínsita na regra que via o Soberano como encarnação da divindade na Terra – “The king can do no wrong” –, a infalibilidade real era a regra. Com a revolução liberal do século XVIII, o Estado assemelhou-se ao indivíduo, para que pudesse ser responsabilizado por atos culposos de seus representantes. Chega-se aos dias atuais em que é atribuída ao Poder Público uma responsabilidade especial, regida pelo Direito Público, fora do conceito civilístico de culpa.

A doutrina da irresponsabilidade foi sustentada pela Inglaterra e Estados Unidos até meados da década de 40, e abandonada por legislação especial, respectivamente, o *Crown Proceeding Act* de 1947 e pelo *Claims Act* de 1946.

No Brasil, nem mesmo a Constituição Imperial de 1824 esposou a tese da irresponsabilidade do Estado quanto a atos decorrentes da Administração Pública. Em seu artigo 178, n. 29, dispunha que: “Os empregados públicos são estritamente responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício de suas funções, e por não fazerem efetivamente responsáveis aos seus subalternos”.

Embora o texto ressaltasse que o Imperador não estava sujeito a qualquer responsabilidade, nos termos do art. 99 da referida Constituição, entendia-se, doutrinariamente, que a norma do art. 178, n. 29, traduzia uma responsabilidade solidária entre o Estado e seus agentes. Ainda que essa concepção de responsabilidade fosse aquiliana, exigindo a prova da culpa do funcionário para a sua caracterização, jamais se interpretou esse dispositivo como consagrando apenas a responsabilidade pessoal do funcionário, enquanto declarava a irresponsabilidade estatal (MELLO, 2001). As Constituições de 1891 e 1934 seguiram o mesmo modelo com respeito à responsabilidade do Estado por ato do administrador.

### *Teorias civilistas*

Ao se admitir, inicialmente, a responsabilidade do Estado, adotavam-se os princípios do direito civil, fundados na idéia de culpa. Distinguiam-se, nesse primeiro momento, para fins de responsabilidade, os atos de império e os atos de gestão. Os primeiros, praticados com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, eram impostos unilateral e coercitivamente ao cidadão, regidos por um direito especial, exorbitante do direito comum, porque aos particulares não se admitiam atos semelhantes. Já os segundos seriam aqueles praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a gestão de seus serviços, ao qual se aplicava o direito comum.

A pessoa do monarca, que praticava atos de império, diferenciava-se da pessoa do

Estado, que praticava atos de gestão, por meio de seus prepostos.

A oposição a essa teoria fundou-se no reconhecimento da impossibilidade de se dividir a personalidade estatal, ou impossibilidade de se enquadrar como atos de gestão todos aqueles praticados pelo Estado na administração do patrimônio público e na prestação de seus serviços.

A doutrina civilista aceitava, pois, a responsabilidade estatal desde que demonstrada a culpa. Igualava a responsabilidade do Estado à do patrão ou comitente, pelos atos dos empregados ou prepostos. Serviu de inspiração ao art. 15 do Código Civil de 1919, que consagrou a Teoria da Responsabilidade Subjetiva do Estado.

De tendência individualista, o Código Civil Brasileiro, do início do século passado, consagrou a *teoria da culpa* como base da *responsabilidade civil do Estado*. Dispõe o referido art. 15: “As Pessoas Jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem dano a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando ao dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

Não admitia, pois, o referido artigo a responsabilidade sem culpa, exigindo sempre a demonstração desse elemento subjetivo para a responsabilização do Estado. Esse posicionamento doutrinário perdurou até a Constituição de 1946, que, com o disposto no art. 194, abandonou a culpa subjetiva e acolheu a *teoria objetiva do risco administrativo*, revogando em parte o art. 15 do C. Civil.

Na medida em que predominam as normas de Direito Público sobre as de Direito Privado, a *doutrina civilista ou da culpa civil comum* não é sustentável no âmbito da Administração Pública. Compatível com a relação de confiança que deve presidir as relações entre a Administração e o Administrado, resta, portanto, a *teoria da responsabilidade sem culpa*, segundo MEIRELLES<sup>1</sup> (2001, p. 610).

## *Teorias publicistas*

Com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873, a jurisprudência francesa entendeu que a responsabilidade estatal não poderia reger-se pelos princípios subjetivos do Código Civil. Sujeita-se a regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de harmonizar os direitos do Estado com os direitos do cidadão<sup>2</sup>.

Com esse propósito, desenvolveram-se três linhas de raciocínio, fundadas na responsabilidade objetiva do Poder Público: *Teoria da Culpa Administrativa*; *Teoria do Risco Administrativo* e *Teoria do Risco Integral*.

A *Teoria da Culpa Administrativa* considera como essencial para caracterizar o nexo de causalidade, responsabilizando a Administração, que ocorra a *falta do serviço*, para dela inferir a culpa da Administração. Nesse caso, não se questiona a culpa subjetiva do agente público, mas o nexo causal entre falta do serviço em si mesmo – fato gerador da obrigação de indenizar o dano a terceiro – e a culpa administrativa. É ônus, entretanto, da vítima comprovar a ocorrência da *falta de serviço* para obter indenização.

Essa *falta de serviço* pode apresentar-se sobre três modalidades: *inexistência do serviço*, *mau funcionamento do serviço* ou *retardamento do serviço*. O lesado, podendo comprovar a ocorrência de qualquer dessas disfunções do serviço público, caracteriza a *falta de serviço*, com a correlata obrigação de indenizar.

Para a *Teoria do Risco Administrativo*, surge o dever de indenizar tão-só pela ocorrência de dano à vítima causado pela Administração, sem o concurso do lesado.

A idéia da culpa é substituída pelo nexo de causalidade entre o funcionamento do serviço público e o prejuízo sofrido pelo administrado. É indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.

Na Culpa Administrativa exige-se a *falta de serviço*, na Teoria do Risco Administrativo exige-se, apenas, o *fato do serviço*. Naquela presume-se a falta havendo falha do

serviço; nesta o fato lesivo provocado pela Administração faz concluir a sua responsabilidade e necessidade de indenizar o lesado (RIVERO, p. 562).

Fundamenta-se, pois, no *risco* que a atuação da Administração Pública gera para os administrados, podendo causar dano a determinadas pessoas. Para restabelecer o equilíbrio, o Estado deve indenizar o prejudicado, utilizando recursos do erário público.

O *risco*, representado pela simples existência da atividade administrativa, e a *solidariedade social*, no sentido de compensar aquele lesado por essa atividade, são as bases dessa teoria, que, pelo teor de justiça social que prega, tem sido adotada em diversos Estados modernos, e foi primeiro inscrita na Constituição Brasileira de 1946, no art. 194.

### *Excludentes da responsabilidade civil da Administração Pública*

#### *O caso fortuito ou força maior*

A doutrina é unânime em afirmar que a responsabilidade objetiva do Poder Público subsiste uma vez demonstrado o nexo de causalidade entre o dano e a atividade do Estado. Exclui-se, ao se adotar a teoria objetiva, das discussões, a necessidade de provar a culpa, bastando o risco da própria atividade administrativa para justificar a responsabilização, uma vez evidenciado o nexo causal.

Logo, são excludentes de responsabilidade os eventos que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, causem lesão ou dano sem culpa da Administração, como o caso fortuito ou força maior. Distinguem-se ambos apenas quanto à origem do evento. Força maior é o evento humano gerador de dificuldade intransponível de regular atuação da Administração. Assim, como adverte MEIRELLES (2001), uma greve que paralise os transportes é força maior, podendo deixar de sê-lo se não afetar totalmente a prestação do serviço. E caso fortuito seria o evento da natureza, como uma inundação ou um vendaval causando danos imprevisíveis.

Essa imprevisibilidade rompe o nexo de causalidade entre o dano e a atividade da agência. Não se trata de exclusão de culpa mas sim de rompimento do nexo de causalidade pela excludente.

### *Culpa da vítima: exclusiva e concorrente*

Atenua-se a responsabilidade da Administração, entretanto, no caso de ser possível demonstrar a *culpa da vítima*, para excluir ou minorar seus encargos. Como adverte MEIRELLES (2001), a Teoria do Risco Administrativo não se confunde com a do Risco Integral – que prega a indenização em todo e qualquer caso de dano suportado pelo particular. Significa sim que a Administração pode provar a culpa total ou parcial do lesado na ocorrência, caso em que se eximirá do pagamento total ou parcial da indenização.

O constituinte estabeleceu para as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos, incluídas as agências autônomas, a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente de prova de culpa no cometimento da lesão. Firmou, portanto, o princípio objetivo da *responsabilidade sem culpa* pela atuação lesiva dos agentes públicos e de seus delegados. “Agente” foi o vocábulo utilizado pelo constituinte, de modo genérico, abrangendo, para fins de responsabilidade civil, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, permanente ou transitório. O essencial é o “*fato do serviço*”, que o agente tenha praticado o ato ou a omissão administrativa no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las<sup>3</sup>.

MEIRELLES (2000) esclarece que evoluiu do entendimento anterior em que considerava excluídas da incidência nesse princípio as *peças físicas e jurídicas* que exercitavam funções públicas *delegadas*, sob a forma de empresas estatais ou de empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, para a sua inclusão no princípio da responsabilidade objetiva. Ressal-

ta que “*não é justo nem jurídico que a só transferência da execução de uma obra ou serviço originariamente público a particular descaracterize sua intrínseca natureza estatal e libere o executor privado das responsabilidades que teria o Poder Público se o executasse diretamente, criando maiores ônus de prova ao lesado.*” (MEIRELLES, 2000, p. 615). *Serão, portanto, responsabilizadas na sua atuação como prestadoras de serviço público, não em sua atividade privada ou empresarial.*

No entanto, observe-se que o dano causado por obra pública, que é um *fato administrativo*, mas que deriva de um ato administrativo de quem ordena a execução, gera para a Administração a mesma responsabilidade objetiva estabelecida para o serviço público. Mesmo que seja confiada a empreiteiros particulares, a responsabilidade por danos oriundos do *fato da obra* é do Poder Público que ordenou a execução. O construtor particular só responde por atos lesivos resultantes de sua *imperícia, imprudência e negligência* na execução do projeto. A responsabilidade originária é da Administração, como *dona da obra*, mas pode ela haver do *executor culpado tudo quanto pagou à vítima*<sup>4</sup>.

### *Atos de terceiros e fenômenos da natureza*

Mas o Constituinte só protegeu o indivíduo da atuação administrativa “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”, mas não por *atos de terceiros ou fenômenos da natureza*. Para a indenização de tais atos ou fatos naturais, permanece o princípio geral da *culpa civil*, nas suas modalidades de *imperícia, imprudência ou negligência* na realização do serviço público que possa ter ocasionado o dano. Logo, o dispositivo constitucional abraça somente a *atuação funcional do servidor público*, não contemplando, pois, os atos de terceiros ou fatos da natureza, como as enchentes, que venham causar dano ao administrado<sup>5</sup>.

Tratando-se de evento da natureza previsível e resistível, como por exemplo um planejamento correto contra as secas, não

haveria como imputar às agências competentes (ANA e ANEEL) responsabilidade pela crise energética. Evidentemente, se ocorreu a crise é porque não houve o devido planejamento para a utilização e aproveitamento dos recursos hídricos, bem como a previsão de outras fontes de energia. Nesse diapasão, se os efeitos da seca poderiam ser amenizados pela correta utilização dos recursos hídricos bem como no fomento de novas fontes de energia, caracterizou-se a falta do serviço.

### *Da reparação do dano*

A ação de indenização é o meio judicial adequado para a reparação do dano que não for resolvido de maneira amigável, por acordo entre as partes. Após a indenização da vítima, a Administração Pública pode exigir do agente causador do dano ação regressiva para obter dele o ressarcimento daquilo que foi pago a título de indenização. É o que autoriza o § 6º do art. 37 da CF, pois, primordialmente, o Estado indeniza a vítima, e só então o agente culpado indeniza o Estado, por ação regressiva.

Enquanto para a Administração a responsabilidade independe de culpa, para o servidor a responsabilidade depende de culpa: aquela é objetiva, esta é subjetiva e se apura pelos critérios gerais do Código Civil.

Como ação civil, destinada à reparação patrimonial, a ação regressiva (Lei nº 8.112/90, art. 122, § 3º) transmite-se aos herdeiros e sucessores do servidor culpado, podendo ser instaurada mesmo após a cessação do exercício no cargo ou na função, por disponibilidade, aposentadoria, exoneração ou demissão.

### *A responsabilidade civil no novo Código Civil (Lei 10.406/2002, art. 43) e na Constituição Federal (§ 6º do art. 37)*

O novo Código trata da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público no art. 43, estabelecendo, diferentemente do

Código anterior, que: “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.”

Conclui-se, da análise de tal dispositivo, que há responsabilidade da Administração mesmo quando não houver culpa ou dolo por parte do agente público. Quando os causadores do dano agirem com culpa ou dolo, aplica-se a ação regressiva. Logo, a responsabilidade das agências reguladoras é objetiva em todos os casos. Desse modo, todos os danos conseqüentes à atividade comissiva ou omissiva das agências reguladoras estarão sujeitas ao regime de responsabilidade objetiva, cabendo à vítima demonstrar apenas a lesão e o nexo causal com a atividade estatal, no caso a agência reguladora que provocou o dano.

### *A responsabilidade do Estado pelos atos das agências reguladoras*

As agências reguladoras identificam-se com as autarquias, conforme conceituadas no art. 5º, inc. I, do Decreto-lei nº 200/67. São elas também entes descentralizados da Administração Pública, com personalidade jurídica de direito público, com autonomia, inclusive no tocante à gestão administrativa e financeira, com patrimônio e receita próprios, destinados a normatizar, regular e fiscalizar setores de atividades de interesse público, em nome do Estado brasileiro.

Como autarquias de regime especial, diferem das autarquias comuns, pois a lei instituidora lhes confere privilégios específicos com vistas à ampliação de sua autonomia técnica, administrativa e financeira. Seus diretores possuem mandato fixo, o que lhes assegura independência e autonomia nas decisões.

Logo, como pessoas jurídicas de direito público, são sujeitos de direitos e obrigações. Podem, portanto, adquirir direitos e contra-

ir obrigações, inclusive as de indenizar pelos atos danosos, ainda que lícitos.

Portanto, não se justifica a propositura de ação indenizatória à pessoa jurídica de direito público interno a quem a agência esteja vinculada, com o fim de receber indenização pelos atos da agência reguladora. Como pessoa jurídica autônoma, tem capacidade para se fazer representar em juízo, para contrair obrigações e para responder por lesões causadas a terceiros. Em consequência, a responsabilidade do ente de direito público interno a quem a agência esteja vinculada somente será possível a título subsidiário, uma vez exauridos os recursos da agência reguladora causadora do dano.

O art. 37, § 3º, da CF/88, com redação determinada e incisos I a III acrescentados pela EC nº 19/98, prevê a elaboração de Lei, visando disciplinar as formas de participação do usuário na Administração Pública, no sentido de assegurar a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e avaliação periódica da qualidade dos serviços. Nesse sentido, é interessante observar a evolução jurisprudencial. Não tendo sido ainda elaborada a referida Lei, aplica-se o art. 22 do Código de Proteção ao Consumidor, que determina: “os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos.” No seu parágrafo único, dispõe que, “nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.”

No RE nº 120.630/SP, o Rel. Min. José Delgado, tendo como Recorrida a SABESP – Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo, em decisão de 20/11/97, e arri-mado em decisão da Suprema Corte (RE nº 85.268, do Estado do Paraná) que assentou:

“SERVIÇO DE ÁGUA. É legítima a suspensão do fornecimento de água por falta de pagamento de conta apre-

sentada pela companhia de saneamento, de acordo com a Lei que a cria.” entendeu, com base nesse precedente, não haver qualquer possibilidade de ser conhecido o recurso do usuário, que objetivava o restabelecimento do fornecimento de água. No seu voto, sustentou a legitimidade da conduta jurisprudencial que impõe o seguinte entendimento:

“a) No que diz respeito à possibilidade de corte de água pela falta de pagamento, como se já não bastasse a autorização do Decreto nº 21.123/83 para tanto, é até intuitivo que não estaria a SABESP obrigada a continuar fornecendo a devedores da tarifa. Qualquer um sabe que a cobrança só será frutífera se o devedor tiver bens com os quais possa responder pelas dívidas. Em não tendo bens em tais condições, não há quem faça um devedor pagar o que quer que seja. A admitir-se a tese do impetrante, de que o fornecimento jamais poderia ser cortado por falta de pagamento, restando à concessionária a cobrança judicial, estaríamos albergando o locupletamento ilícito na sua forma mais perversa, vale dizer, obrigando a SABESP a fornecer água *in aeternum* a todos os maus pagadores para os quais teve, um dia, a infelicidade de fornecer” (Apelação Cível nº 201.554-11/7, C, 2ª Câmara Civil, Rel SILVEIRA PAULO, v. u., julg. em 21.12.93).

No ROMS 8915/MA (DJ 17/08/98, p.00023), o mesmo Relator, Ministro José Delgado, no “writ” impetrado por ausência de pagamento de tarifa de energia elétrica, assim se manifestou:

“ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO DE TARIFA. CORTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. É condenável o ato praticado pelo usuário que desvia energia elétrica, sujeitando-se até a responder penalmente.

2. Essa violação, contudo, não resulta em reconhecer como legítimo o ato administrativo praticado pela empresa concessionária fornecedora de energia e consistente na interrupção do fornecimento da mesma.

3. A energia é, na atualidade, um bem essencial à população, constituindo-se serviço público indispensável subordinado ao princípio da continuidade de sua prestação, pelo que se torna impossível a sua interrupção.

4. Os artigos 22 e 42, do Código de Defesa do Consumidor, aplicam-se às empresas concessionárias de serviço público.

5. O corte de energia, como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade.

6. Não há de se prestigiar atuação da Justiça privada no Brasil, especialmente, quando exercida por credor econômica e financeiramente mais forte, em largas proporções, do que o devedor. Afronta, se assim fosse admitido, aos princípios constitucionais da inocência presumida e da ampla defesa.

7. O direito do cidadão de se utilizar dos serviços públicos essenciais para a sua vida em sociedade deve ser interpretado com vistas a beneficiar a quem deles se utiliza.

8. Recurso improvido.”

Portanto, a interpretação das normas do Código do Consumidor aos usuários do serviço público evoluiu no sentido de respeito aos princípios constitucionais em prol do destinatário final desses serviços.

### *Responsabilidade da Agência por atos comissivos e omissivos da Administração*

Como sujeitos de direitos e obrigações, as agências devem ser acionadas diretamente pelos prejuízos causados em decorrência

de suas ações. Nesse sentido o acórdão do Superior Tribunal de Justiça relatado pelo Min. Vicente Leal<sup>6</sup>:

“PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIÇO FUNERÁRIO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*. AUTARQUIA MUNICIPAL. AUTONOMIA ADMINISTRATIVA E FINANCEIRA.

O serviço funerário do Município de São Paulo, na qualidade de autarquia municipal dotada de autonomia administrativo-financeira, tem personalidade jurídica e capacidade processual para ser acionado em juízo nas ações que os seus servidores postulam reajuste de vencimentos, o que evidencia a ilegitimidade passiva *ad causam* do Município de São Paulo.”

Não há dúvidas de que responde a Pessoa Jurídica de Direito Público objetivamente pelos danos causados por suas ações, devendo ressarcir à vítima a integralidade dos prejuízos sofridos.

Discordam, entretanto, a doutrina e a jurisprudência quanto ao ato omissivo. Predomina a tese de que neste caso é necessária a comprovação de negligência do Poder Público, para caracterizar a responsabilidade subjetiva. MELO (1993, p. 430) afirma que a imputação de um dano decorrente de omissão estatal não pode ser realizada de forma imediata, uma vez que a inércia, por si, não é causadora de dano. A responsabilidade da Administração surge quando se comprove que estava legalmente obrigada a impedir a ocorrência do evento danoso e não o fez – trata-se, pois, de responsabilidade por ato ilícito, e, por isso, subjetiva.

Ressalte-se que *o dispositivo constitucional instituidor da responsabilidade objetiva do Poder Público (art. 37, § 6º, da CF vigente) refere-se aos danos causados pelos agentes públicos, e não aos danos não causados por estes*. A propósito, em decisão para firmar a responsabilidade do Estado por homicídio de presidiário pratica-

do por outro detento, assim concluiu o Relator, Ministro Carlos Mário Velloso: “o Poder Público, no caso, deve responder pela omissão, porque não atuou quando deveria atuar: cumpria-lhe colocar o preso em ‘cela segura’, diante da ameaça que existia contra a vítima e que lhe foi transmitida. O Poder Público foi, portanto, negligente, modalidade de culpa, a *faute du service* dos franceses<sup>7</sup>.”

Percebe-se, em se tratando de ato omissivo do Poder Público, que a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, mas ao serviço público, de forma genérica (teoria da culpa administrativa).

No mesmo sentido a decisão do TRF da 4ª Região, Rel. Marcelo de Nardi<sup>8</sup>:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – FALTA DO SERVIÇO – CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS LIQUIDADADA EXTRAJUDICIALMENTE:

Os investidores clientes da corretora de valores mobiliários liquidada extrajudicialmente não têm direito a indenização por omissão da fiscalização a ser exercida pela CVM, pelo BACEN, ou pela Bolsa de Valores em que opera, quando essa empresa praticou fraudes, e apresentou balanço irregular. A responsabilidade do Estado, em casos de omissão de serviço de fiscalização, deve ser demonstrada com os requisitos do nexo de causalidade e da culpa.”

Logo, em se tratando de situações insuportáveis de prevenir, não há que se falar em responsabilidade objetiva do Estado. A responsabilidade por atos omissivos, nessa perspectiva, deve-se pela não-prestação de um serviço público, do qual tinha o dever legal de prestar.

Mas há também decisões que entendem ser objetiva a responsabilidade civil da Administração, mesmo em face de ato omissivo. Nesse caso, não obstante a não-compro-

vação de negligência dos funcionários do hospital, a indenização foi devida, pois demonstrado o nexo de causalidade.

“RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO CARÁTER OBJETIVO, QUER SE TRATE DE CONDUTA COMISSIVA, QUER OMISSIVA:

Responsabilidade civil do Estado - Interno de hospital municipal, com distúrbios mentais decorrentes de intoxicação, que foge e vem a ser atropelado e morto - Falha no dever de vigilância - Veículo atropelador também pertencente ao Município e que trafegava irregularmente – Procedência.”

### *Conclusão*

Houve, doutrinária e jurisprudencialmente, louvável evolução no tema responsabilidade civil do Estado, partindo-se da teoria da irresponsabilidade até a teoria do risco administrativo, fundada na responsabilidade objetiva da Administração.

As agências reguladoras, conceituadas como autarquias especiais, pessoas jurídicas de direito público, têm autonomia técnica, administrativa e financeira e capacidade de adquirir direitos, celebrar contratos e contrair obrigações, inclusive as de indenizar.

A responsabilidade objetiva do Estado está consagrada pela teoria do risco administrativo, conforme previsto no art. 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. O dispositivo prevê a responsabilização por atos comissivos dos agentes públicos, atuando nessa qualidade. Basta para sua caracterização a existência de nexo de causalidade, não se perquirindo quanto a culpa do Estado ou do agente administrativo.

Diverge-se, doutrinariamente, quanto à omissão da Administração. Rege-se pelo sistema da responsabilidade subjetiva, adotando a teoria da culpa administrativa, fundada na “falta do serviço” (inexistência, retardo ou mau funcionamento do serviço público) e não da culpa individualizada do

agente público. Mas também se entende ser objetiva a responsabilidade civil da Administração, mesmo diante do ato omissivo, ou seja independentemente da comprovação de culpa, uma vez demonstrado o nexo de causalidade.

Mas, com o advento do novo Código Civil, verifica-se, pelo seu art. 43, a unificação do sistema de responsabilidade do Estado, e, em consequência, das agências reguladoras. Desse modo, os atos e fatos causadores de danos, sejam eles comissivos ou omissivos, provocados pela ação ou omissão dos agentes públicos, são responsabilizados objetivamente.

São excludentes da responsabilidade, por não se caracterizar o nexo causal, o caso fortuito e a força maior quando imprevisíveis e inevitáveis, o fato da vítima, exclusivo ou concorrente, e o atos de terceiros, pois o Constituinte só protegeu o indivíduo da atuação administrativa “pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Para a indenização de tais atos ou fatos naturais, permanece o princípio geral da *culpa civil* – nas suas modalidades de *imperícia, imprudência ou negligência* na realização do serviço público – que possa ter ocasionado o dano.

Logo, o dispositivo constitucional abraça somente a *atuação funcional do servidor público*, não contemplando, pois, o fato da vítima, os atos de terceiros ou fatos da natureza, como as enchentes, que venham a causar dano ao administrado.

### Notas

<sup>1</sup> Como menciona esse autor, “a doutrina do *Direito Público* propôs-se a resolver a questão da responsabilidade civil da Administração por princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa ou fundados numa *culpa especial do serviço público* quando lesivos a terceiros”.

<sup>2</sup> “D’abord reconnue, em dehors même des cas où un texte précis la consacrait, pour les actes dits de gestion, qui ne mettaient pas en jeu la souveraineté de l’État, elle fut admise en principe par le célèbre arrêt Blanco (...) qui affirme: ‘La responsabilité qui

peut incomber à l’Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes qu’il emploie dans le service publique...n’est ni générale, ni absolue; elle a ses règles spéciales...’. Si restrictive que puisse paraître la formule, elle n’en consacre pas moins l’existence d’une responsabilité de la puissance publique, indépendamment de tout texte.” (RIVERO, 1990, p. 340).

<sup>3</sup> DJU 22.04.91 – *detento assassinado por colega de cela*; RJTJSP 124/139 – (*morte causada por falta de tampa em bueiro*); BAASP 1.671, de 2.1.90 – *vítima atingida por projétil durante tiroteio*).

<sup>4</sup> RTJ 140/136; RT 142/612; 229/130; 233/153; 236/95.

<sup>5</sup> Por isso, a jurisprudência tem exigido a prova de culpa da Administração nos casos de depredações por multidões (RDA 49/198; 63/168, 211/189, 297/301).

<sup>6</sup> Superior Tribunal de Justiça no Resp 249527 – SP – 6ª T. Rel. Min. Vicente Leal (DJU 14.02.2000, p. 87):

<sup>7</sup> RE 179.147. STF, Rel. Min. Carlos Mario Velloso, 2ª Turma, DJ de 27.2.98, p.18.

<sup>8</sup> Brasil, TRF 4ª Região. AC95.04.520.94-4-RS-3ª T. Rel. Juiz Marcelo de Nardi – DJU 05.05.1999.

### Bibliografia

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FEBRE reguladora. Exame, São Paulo, p. 44, 23 jan. 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Treizième éd. Paris: Dalloz, 1990.

SAAD, Renan Miguel. *O ato ilícito e a responsabilidade civil do Estado*: doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1994.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TÁCITO, Caio. A reforma do Estado e a modernidade administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 215, p. 1-7, jan./mar. 1999.

## Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões

Floriano de Azevedo Marques Neto

Se a consagração da incolumidade da equação econômico-financeira – e, por tabela, a vedação da exigência pela Administração de que o contratado particular sofra prejuízos na execução do contrato – é remansosa para os contratos administrativos, tanto mais o é quando estamos diante de contratos de concessão<sup>1</sup>.

Como nos ensina a melhor doutrina (TÁCITO, 1996b, p. 489), em palavras que fazemos nossas, “constituída a relação jurídica, tem o concessionário não somente o direito à exclusividade no desempenho da atividade concedida como o direito à plena cobertura ao custo do serviço, nele compreendida a justa remuneração do capital segundo as exigências de operação, manutenção e expansão, que são as três faces de um serviço adequado. (...) A regra do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões é princípio geral de direito administrativo que tem como conteúdo a permanência de proporcionalidade entre as obrigações das partes.”

Sem qualquer tipo de receio, podemos afirmar que a mantença da equação econômica é pressuposto mesmo do instituto da concessão. Afinal, se a concessão se apóia na perspectiva de o poder público obter uma melhoria para a coletividade sem desembolsar recursos orçamentários, qualquer desequilíbrio havido nessa relação implicaria que a Administração amealhasse bens, patrimônio, em detrimento do concessionário. Cabal restaria o enriquecimento desprovi-

Floriano de Azevedo Marques Neto é Advogado. Doutor em Direito Público pela USP. Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

do de causa por parte da Administração contratante, o que não pode ser admitido<sup>2</sup>.

De mais a mais, havendo o desequilíbrio, é natural, resta posta em risco a continuidade do negócio. Sabemos serem aplicáveis à concessão tanto o princípio da vedação de interrupção da prestação concedida (princípio da continuidade do serviço público, v.g., art. 39, parágrafo único, da Lei nº 8.987/95) como o princípio da adequação do serviço (v.g. art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95).

Ora, a não-recomposição do equilíbrio contratual ensejaria ou o desatendimento indireto do princípio da ininterrupção da prestação (pois que não se pode obrigar permanentemente o particular a prosseguir em prestação cujos pressupostos econômicos restaram superados por fatores alheios à sua vontade) ou a violação do princípio da adequação do serviço (pois alterados os pressupostos econômicos da concessão, pereceria a qualidade, a atualidade, a segurança ou a atualidade da prestação).

Certo deve estar que a forma de desequilíbrio econômico em contratos de concessão pode-se dar por uma gama muito maior de fatores do que ocorre com um contrato administrativo normal. Pode ele advir, entre outros fatores, da defasagem da tarifa cobrada, da imposição, direta ou indireta, de novos encargos para o concessionário, da alteração das condições de exploração do bem ou do serviço, ou de fatores externos que afetem as condições de realização do negócio, entendida aí a imbricação entre investimento, tempo de amortização, taxa de retorno, percentual de lucro, fluxo de caixa, etc.<sup>3</sup>.

O caráter de inegável colaboração que está envolvido numa parceria em geral, e nas concessões em particular, torna ainda mais sensível a necessidade de equilíbrio. Afinal, é da sabedoria popular que entre parceiros não se pode admitir que um se beneficie do prejuízo do outro, que um se locuplete às custas daquele com quem firmou a parceria. Na formulação feliz de Henry LESGUILLONS (apud WALD; MORAES; WALD, 1996, p. 69), nesse tipo de ajuste é preciso que

“cada parceiro faça inventário daquilo que é realmente fundamental na sua missão e assumam plenamente o seu papel, nada mais do que o seu papel, todo o seu papel.”

Em suma, “sempre que por ato próprio do poder concedente a estrutura financeira da concessão for alterada, nasce, portanto, para o concessionário, a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção que levou ao ajuste. O equilíbrio financeiro é cláusula fundamental e inequivocamente deve ser respeitado por representar elemento determinante do contrato.” (GANDOLFO, 1976, p. 87).

Importa destacar, porém, que o equilíbrio econômico e financeiro no regime de concessão é algumas notas diferente daquele habitualmente verificado nos contratos administrativos para simples execução de obras e serviços.

Um primeiro aspecto dessa diferença se refere ao fato de que, na concessão, o contratado tem obrigações de fazer investimentos (com recursos próprios ou de terceiros), expectando receber em contrapartida não só o necessário para ressarcir, com lucro, o valor aplicado às obras (custo da melhoria), mas também o suficiente para remunerar o capital investido e cobrir o risco assumido.

Temos, então, um mesmo dever de equilíbrio, só que com bases mais complexas. Sim, pois, enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio), etc.

Relevante também é o fato de que os contratos de concessão são de longo prazo e o equilíbrio da concessão é dinâmico. Isso implica que podem existir, conforme a conces-

são, períodos em que haja mais investimentos sem retorno, fluxo de caixa negativo, etc. Daí que o equilíbrio nesses empreendimentos deverá sempre ser aferido em cada momento a partir de parâmetros específicos e diferenciados.

Ademais, há que se considerar ainda a já aludida circunstância de que, na concessão, há um compartilhamento de riscos, existindo portanto alguns fatores cuja ocorrência não justificaria a postulação de reequilíbrio. Trata-se dos fatores que venham expressamente relacionados no contrato de concessão como riscos da concessionária ou como áleas negociais explicitamente assumidas pelo particular. Para além dessas disposições, presume-se, serão riscos não compartilhados.

Por fim, tem-se que considerar que a retribuição do concessionário se dá pelo pagamento de tarifa pelos usuários. Portanto, os fatores de desequilíbrio podem-se dar não apenas pelo lado da variação nos encargos, como também na modificação das receitas. Porém aqui, diversamente do que ocorre nos contratos de empreitada, há uma margem de variação que integra o risco do concessionário. Há, porém, uma outra parcela de situações em que o poder concedente poderá desequilibrar o pactuado não por agregar ônus, mas por impedir, artificialmente, a auferição de receitas.

Todas essas características específicas do equilíbrio nas concessões colocam em posição nuclear as propostas econômicas e financeiras que o concessionário tiver apresentado na licitação precedente ao contrato. É lá que deverão ser dadas as bases para, em cada oportunidade, no devir do contrato, verificar-se a existência ou não dos desequilíbrios. Será nas suas projeções de receitas, investimentos, descaixes e de retorno estimado que estarão postos os elementos de cotejo, os parâmetros necessários à constatação do equilíbrio a ser mantido.

A peculiaridade do equilíbrio econômico-financeiro em sede de concessões se torna ainda mais destacada quando verificamos que, nas hodiernas concessões, se tem adotado o

modelo de financiamento por *project finance*. Tal estruturação é definida na doutrina como “a captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável, no qual os provedores de recursos vêm o fluxo de caixa vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender aos serviços de seus empréstimos e fornecer o retorno sobre seu capital investido no projeto” (FINNERTY, 1998, p. 2).

O conceito de estruturação de concessões por *project finance* foi introduzido no direito positivo mediante duas referências constantes da Lei federal nº 8.987/95. A primeira, constante do art. 20, que prevê a possibilidade dos editais determinarem que a concessionária constitua uma empresa de propósito específico para explorar a concessão. Afinal, para viabilização dessa modelagem de financiamentos é imprescindível a segmentação de ativos da concessionária (apartando-os dos ativos de suas acionistas), para o que a criação de uma empresa específica coloca-se como medida de extrema conveniência.

A segunda, no art. 28, em que está prevista a possibilidade de as concessionárias oferecerem os direitos decorrentes da concessão como garantia aos financiamentos que postulem. Como visto, nessa forma de financiamento, são os próprios direitos emergentes do negócio financiado que respondem como garantias principais para o financiamento obtido.

Como na modalidade de *project finance* em tela as garantias do financiamento (um dos pilares que justificam o programa de concessões é a necessidade de alavancagem de inversões privadas para ampliação e melhoria da rede rodoviária estadual) são os ativos do projeto concessão, em especial as receitas auferidas pela concessionária, exsurge uma situação segundo a qual o equilíbrio econômico e financeiro da concessão passa a ser central para o próprio ente financiador. Inviabilizada a perspectiva de retorno estabelecida na gênese do Plano de Negócios, fica inviabilizada a própria financiabilidade do projeto (concessão).

Como outra vez nos lembra FINNERTY (1998, p. 3), “*um project finance requer uma cuidadosa engenharia financeira para alocar os riscos e retornos entre as partes envolvidas, de forma que seja mutuamente aceitável*”. Qualquer alteração nessa engenharia financeira (equilíbrio da concessão) trará empecilhos para a efetivação do projeto, prejudicando não só os empreendedores como o próprio poder concedente.

Decorre daí que o ordenamento jurídico, no caso das concessões, ao par de assegurar e garantir o direito do concessionário ao reequilíbrio econômico e financeiro, introduz uma exigência de que a restauração deste seja concomitante ao evento desequilibrador. É o que vemos predicado no art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95. Isso porque se percebeu o legislador de que, nas complexas modelagens do contrato de concessão, mormente a partir da introdução dos referidos *project finance*, de nada servirá recompor o equilíbrio ao final do contrato, pois até lá poderá já estar inviabilizado todo o projeto.

Em suma, quando estamos diante de análise de pleito de reequilíbrio financeiro em sede de concessão, todos esses fatores deverão ser considerados. Certo é que não se poderá tomar essa análise como se se tratasse de um singelo contrato de empreitada (em que todos os riscos permanecem com o Estado) em que se garante mesmo o recebimento de uma certa paga, independentemente dos eventos que surjam ao longo da execução do ajuste.

No caso da concessão (não só, mas especialmente, na de serviços públicos), deverá ser considerado em especial o fato de que, nesse regime, há um compartilhamento de riscos, sendo fato que o poder concedente não poderá assegurar a receita do particular, devendo, contudo, omitir-se de, direta ou indiretamente, concorrer para a minoração desta.

De outra banda, haverá elevações de custos que deverão ser compensados pelo Estado (por exemplo, aqueles advindos de imposições unilaterais suas – Fato da Administração – ou de outro ente público – Fato

do Príncipe) e outras majorações que deverão ser assumidas exclusivamente pelo particular (por exemplo, elevação no número de indenizações por responsabilidade objetiva).

Embora seja, ao nosso ver, impossível traçar um regime geral do reequilíbrio econômico e financeiro nas concessões de serviço público, certo é que, para nós, deverá ser à luz destas notas que deverão ser apreciados pleitos sobre esse tema versantes.

### Notas

<sup>1</sup> Caio TÁCITO (1996a, p. 407–408) nos fornece um bom histórico do assunto: “O princípio do equilíbrio financeiro nas concessões de serviço público, embrionariamente contido nos modelos acima assinalados, não desapareceu, antes se consolidou, com o seu reconhecimento no plano constitucional. A Constituição de 1934 marca o critério da justa retribuição do capital como fator essencial a fim de permitir o atendimento normal das necessidades públicas de expansão e melhoramento dos serviços concedidos (art. 137). O comando reaparece aperfeiçoado na Constituição de 1937 que atribui à revisão das tarifas o papel de permitir que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa e adequada ao atendimento regular da prestação dos serviços (art.147). Distingue o texto constitucional a dupla função da tarifa: retribuir o capital investido e propiciar recursos para a expansão e melhoramento do serviço. Preceito equivalente se reproduz na Constituição de 1946 (art. 151) e alcança a plenitude na Constituição de 1967 e na reforma de 1969, que definem como finalidade das tarifas, ao lado da justa remuneração do capital e do financiamento, da expansão do serviço, a de assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato (art. 160, na Constituição de 1937, art. 167 na Emenda Constitucional nº 1, de 1969). A Constituição atual, mais sóbria, conserva, como finalidade da lei, a preservação do caráter especial dos contratos de concessão e destaca como de sua essência, a par dos direitos dos usuários, a adoção de política tarifária compatível com a prestação de serviço adequado (art. 175).”

<sup>2</sup> Eros Roberto GRAU (1990, p. 64), com a objetividade que lhe é peculiar, ensina: “Por isso que – e deixo este aspecto bem vincado – a regra em pauta efetivamente se reveste de caráter impositivo: porque o enriquecimento sem causa é (deve ser) vedado, por tal razão também devem ser alterados os contratos celebrados com a Administração a fim de que se restabeleça a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contrata-

do e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.”

<sup>3</sup> Plínio A. BRANCO (apud BRANCO, 1976, p. 87): “As relações que se estabelecem entre investimento, remuneração do capital, taxa de renovação e despesas de operação das instalações (compreendendo as de custeio dos serviços e as de conservação das instalações) determinam a equação econômica do contrato de Concessão”. (cf. BRANCO, P. A. *Diretrizes modernas para a concessão de serviços de utilidades públicas*. São Paulo: PMSP, 1949. p. 227.).

### *Bibliografia*

BRANCO, P. A. Diretrizes modernas para a concessão de serviços de utilidades públicas. *RDP*, [s. l.], n. 37–38, p. 87, jan./jun. 1976.

FINNERTY, J. D. *Project finance*. Rio de Janeiro: Qualitymark, 1998.

GANDOLF, O. C. Pedágio e equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão. *RDP*, [S. l.], n. 37–38, p. 87, jan./jun. 1976.

GRAU, E. R. Princípio da equivalência e o equilíbrio econômico e financeiro dos contratos. *RDP*, [S. l.], n. 96, p. 64, out./dez. 1990.

TÁCITO, C. Concessão de energia elétrica: tarifas: equilíbrio financeiro. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], n. 203, p. 407–408, jan./mar. 1996a.

\_\_\_\_\_. Equilíbrio financeiro nas concessões de energia elétrica. *BDA*, [S. l.], ano XII, n. 8, p. 489, ago. 1996b.

WALD, A. ; MORAES, L. R. de; WALD, A. de M. *O direito de parceria e a nova Lei de Concessões*: análise das Leis 8.987-95 e 9.074-95. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

# O Ministério Público perante os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo

Análise de sua posição constitucional

José Eduardo Sabo Paes

## Sumário

1. Introdução. 2. Posição do Ministério Público na Estrutura do Estado Democrático de Direito. 3. O Ministério Público como órgão integrado ao Poder Judiciário. 4. O Ministério Público como órgão do Poder Executivo. 5. O Ministério Público como órgão vinculado ao Parlamento. 6. O Ministério Público como órgão constitucional do Estado essencial para a administração da justiça.

## 1. Introdução

A separação de poderes e o reconhecimento dos direitos dos membros de uma comunidade política atuam favoravelmente à consolidação dos regimes constitucionais que garantam efetivamente a liberdade do cidadão. Todavia, isso também se deve à consagração do princípio democrático e ao estabelecimento de instituições igualmente democráticas na estrutura do Estado.

O Estado de Direito se caracteriza pela submissão de suas atividades ao império da lei, característica essa que não se divisa no Estado absoluto, no qual todas as funções se concentravam nas mãos de uma pessoa, podendo ditar as leis, julgar os conflitos, administrar os negócios públicos, por acréscimo, criar a ordem jurídica que não se diferenciava da vontade do soberano. Desse modo, o Poder Público era alheio à ordem jurídica, não se submetia a ele, estava dirigido apenas aos súditos, resultando na sentença: *the king can do no wrong*.

José Eduardo Sabo Paes é Procurador-Geral de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Doutor em Direito pela Universidade Complutense de Madri. Professor da Universidade Católica de Brasília. Professor visitante da Universidade de Brasília.

O Ministério Público é consequência da necessidade de defender os elevados interesses da sociedade, na fiel aplicação e execução da lei. Como bem observa João Gaspar RODRIGUES (1999, p. 127), “a evolução institucional por que passa o Ministério Público corresponde à mesma que séculos atrás passou o próprio Poder Judiciário (e que ainda se manifesta nos dias de hoje) para se firmar como uma função soberana do Estado”. De fato, sendo o Ministério Público criação posterior à teoria da separação dos poderes; dissona das linhas rígidas da tripartição.

Entre os que defendem a idéia de conceber a atividade do Ministério Público como própria de um poder de Estado, encontra-se a elogiada análise que a respeito faz Alfredo VALLADÃO<sup>1</sup> (1973): “O Ministério Público se apresenta como a figura de um verdadeiro poder do Estado. Se Montesquieu tivesse escrito hoje o *‘Espírito das Leis’*, com certeza não seriam três, e sim quatro poderes. Ao órgão que legisla, ao que executa, ao que julga, se acrescentaria outro órgão: o que defende a sociedade e a lei perante a justiça, tanto se a ofensa parte dos indivíduos como dos próprios poderes do Estado”.

Isso se baseia em que o Ministério Público toma diretamente da soberania do Estado o poder de atuar e de oficiar, pois, como é o titular da ação penal pública, é o órgão que tem por função promover a atuação da lei penal por meio da jurisdição, que somente atua mediante provocação. Assim, a função jurisdicional do Estado somente atua se antes o faz outro órgão do Estado que tem essa função, nos casos de aplicação da lei penal; isto é, o próprio Poder Judiciário depende do ajuizamento induzido pelo Ministério Público, que é órgão indispensável para levar a cabo o direito de penalizar, função soberana do Estado. E o exerce de modo independente e abrigado de qualquer ingerência.

Importante trazer aqui as observações de João Gaspar RODRIGUES (1999, p. 137): “O Poder Judiciário sem o Ministério Público

fica incompleto. Não pode funcionar. Por isso é que o Ministério Público é mais que um órgão auxiliar ou de cooperação. É peça fundamental do sistema”.

Sobre o Ministério Público, já no século XIX Prudente de MORAES FILHO, citado por Roberto LYRA (1989, p. 65), assegurava: “É uma magistratura especial, autônoma, com funções próprias. Não recebe ordens do Governo, não presta obediência aos juízes. Atua com autonomia e em nome da sociedade, da lei e da justiça”.

Em todo caso, à margem das discussões sobre a qualificação ou não do Ministério Público como um quarto Poder, posição essa com que não concordamos, é indiscutível que se trata de uma instituição essencialmente constitucional e necessária a toda organização democrática. E é na Constituição onde deve estar como garantia do Estado democrático e para defesa do interesse público, como instrumento de realização da justiça social.

Submetido o Estado à Constituição e fundado na legalidade democrática, deve incumbir ao Ministério Público o papel de guardião da legalidade formal e material e das liberdades públicas contra os abusos do poder da comunidade estatal, ainda que nem toda legalidade mereça ser tutelada, só a democrática. De simples “defensor da lei” deve passar a ser “defensor da legalidade democrática”, deixando de lado a postura meramente legalista, a defesa da lei apenas pela lei. É necessário para a construção de “um verdadeiro Estado de Direito, onde não mais seja possível o arbítrio e onde, também não mais se invoque um direito abstracto para violar as liberdades concretas dos cidadãos ou para manter, seja sob que forma for, a exploração do homem pelo homem”<sup>2</sup>.

Cabe aqui distinguir, como já temos feito, Estado de Direito e Estado de Direito Democrático: o primeiro pode simplesmente aplicar a lei pura, elaborada por um governo despótico. O segundo reflete a consciência popular.

FLORES PRADA (1999, p. 346), ao estudar o instituto, cita FIORAVANTE ao dizer que “el Ministerio Fiscal refleja de tal modo el sistema político del cual es expresión que en su posición jurídica convergen y se concretan las dos tendencias esenciales que caracterizan al moderno Estado social de derecho: la función de garantía y la función de dirección política”; e acrescenta: “la cultura de los derechos y libertades de las constituciones democráticas posteriores a la segunda guerra mundial se forma en contraposición con el estatismo liberal del siglo pasado; y en particular aparece reforzada por una intención original de combinar las dos tradiciones revolucionarias distintas: la Constitución como norma de garantía y la Constitución como norma directiva fundamental”.

Essa tendência do Ministério Público deverá ser manifestada, igualmente, na defesa dos grupos sociais considerados econômica e socialmente mais débeis e, por tal motivo, merecedores de proteção especial de acordo com o direito social, como são os deficientes, os idosos, etc. Assim, o promotor passa a ter um importante papel como instituição mediadora nos conflitos de interesses sociais. Os grandes litígios necessitam ser afrontados por um órgão independente e fortalecido, com segurança suficiente para garantir a eficácia dos interesses sociais e a defesa dos fins do Estado, entre os quais sobressai o bem comum.

Como assinala acertadamente Antonio Augusto Mello de Camargo FERRAZ (1997, p. 55), “o papel do Ministério Público está diretamente relacionado com as novas características do Direito Social, na medida em que o fundamento de intervenção do Promotor no âmbito do aparato judicial é o de defensor direto dos interesses sociais (sejam eles coletivos, difusos ou individuais imbuídos de interesse social”. Como instrumento de defesa da sociedade e guardião do interesse público, deverá desempenhar com absoluta e indispensável imparcialidade a missão que lhe cabe.

O encargo de defender o interesse público tem que ser distinguido do encargo de defender interesses dos sujeitos de direitos do Estado. Se trata de distinguir interesses públicos próprios, chamados interesses primários, dos interesses que se encarnam na pessoa do Estado pelo simples fato de ser sujeito de direitos, chamados secundários, e que não coincidem necessariamente com o interesse público primário.

Celso Antônio Bandeira de MELLO (1983, p. 152), recolhendo a distinção estudada por CARNELUTTI, aponta: “o interesse coletivo primário ou simplesmente interesse público é o complexo de interesses prevalentes na sociedade, ao passo que o interesse secundário é composto pelos interesses que a Administração poderia ter como qualquer sujeito de direito; interesses subjetivos, patrimoniais, em sentido lato, na medida em que integram o patrimônio do sujeito”.

Segue dizendo o mesmo autor que “pode ocorrer – ocorre diariamente – que o Estado indevidamente atue em descompasso com o interesse público (isto é, com o interesse primário) e o Ministério Público terá de agir na defesa do interesse público, portanto, contradizendo o procedimento estatal. Sem dúvida, para fazê-lo, necessita de total independência”.

O Ministério Público tem a principal missão de defender o Estado de Direito, cujo moderno conceito é o da existência efetiva, dentro da comunidade politicamente organizada, de uma ordem jurídica em que predominam os direitos humanos; igualmente deve prevalecer uma ordem econômica e social justa, verdadeira aspiração da sociedade civil e do Estado e incumbência dos Governos de realizar sem conotações paternalistas.

Sendo evidente que o Ministério Público afronta as forças negativas da sociedade, neutraliza o poder econômico quando contrário ou nocivo à sociedade, combate os mecanismos de repressão quando espúrios ou violentadores dos direitos humanos e

sociais, transformando-se, no cotidiano de sua atuação discreta e silenciosa, no último e, muitas vezes, no único baluarte de defesa capaz de evitar o esmagamento do povo e da sociedade, pelas pressões e antagonismos que se lhe opõem, no caminho da conquista do bem comum.

Pois claro está que não se pode conceber um Estado de Direito social, democrático sem uma instituição fortalecida que possa opor-se contra essas forças. “As sociedades pluralistas e abertas, bem como os governos representativos legitimados pela vontade do povo, do qual emana todo o poder, corporificadas no texto expresso do Direito Constitucional positivo, não podem prescindir do fortalecimento do Ministério Público, a fim de que ele seja o mais poderoso instrumento da efetiva promoção da justiça social, com vistas ao atingimento do bem comum.”

É patente que lhe será impossível realizar os misteres que lhe são assinados sem dispor de completa independência e garantias que lhe assegurem condições para a total imparcialidade. Assim, são igualmente inimagináveis implicações políticas de qualquer ordem entre membros do Ministério Público e setores da Administração, sob pena de comprometer o cumprimento daquilo que se proclama ser as finalidades da Instituição.

A intervenção eficiente do Ministério Público no combate às ofensas às liberdades públicas, elevada a mandamento constitucional, tem como pressuposto básico sua plena autonomia, garantia de uma atuação livre e imparcial, somente submetida aos princípios constantes da Lei Fundamental.

A idéia de Estado de Direito se converte, pois, em elemento essencial para a consolidação, aprofundamento e sobrevivência do regime democrático. Para desfrutar dos direitos fundamentais, “é necessário que o Estado seja estruturado de uma forma específica orientada a limitar seu poder. Toda ordem estatal, todas as suas autoridades e decisões, inclusive legais, devem estar sub-

metidas a estes direitos. A democracia exige essa normalidade, pois sem ela não se pode falar de garantia de direitos. Pressupõe um ambiente estruturado baseado em uma racionalidade legal, dotado de instituições jurídicas que respondem a uma ética própria do espaço público. Toda vez que esse sistema seja posto em cheque a democracia estará em risco” (1995, p. 189-195).

## *2. Posição do Ministério Público na estrutura do Estado Democrático de Direito*

A etiologia da origem formal de Ministério Público e a pretensão dos distintos Poderes do Estado de instrumentalizar a seu favor a instituição, em sua luta hegemônica pelo predomínio dentro do equilíbrio inestável desses Poderes, têm produzido uma variedade de sistemas que afetam a inserção do Ministério Público na estrutura do Estado.

Desde a instauração do moderno Estado de Direito, a organização política se sustenta sobre a separação dos três poderes em que é necessário enquadrar aos órgãos e instituições – entre eles naturalmente ao Ministério Público – que formam parte da estrutura política do Estado. Se tivermos em conta que a singular configuração orgânico-funcional do Ministério Público permite sustentar distinta sorte de vinculação com cada um dos três poderes, começaremos a compreender que a decisão sobre sua posição jurídico-política é a garantia dos equilíbrios na estrutura constitucional do Estado<sup>3</sup>.

A localização do Ministério Público a respeito dos poderes do Estado, em definitivo, é um debate que segue aberto ainda que possa afirmar-se que no seio da doutrina científica as posições intermediárias sobre a natureza jurídica da Instituição vão ganhando um importante espaço.

É claro que essa posição do Ministério Público na estrutura jurídico-política do Estado deve tomar em consideração a integração ou dependência/independência de

alguns dos poderes do Estado; o que comprovaremos é que se tem produzido uma conscientização do papel do Ministério Público dentro da estrutura constitucional do Estado com a criação e sistematização de posições intermediárias no binômio dependência/independência<sup>4</sup>.

Granados assinala que, após a prolongada discussão sobre a dependência do *Parquet* de um dos três poderes, do Chefe do Estado ou do Ministro da Justiça, tem aparecido, como lógica reação e à medida que se ampliavam as funções e atribuições do Ministério Público, uma corrente em seu seio, que, apartando-se radicalmente de tão marcada tutela, tem evoluído para fronteiras opostas, passando desde a construção doutrinária da autonomia até a, desejada por alguns, independência<sup>5</sup>.

Assim, considerando a extraordinária importância do Ministério Público no campo processual e organizacional – não como premissa, mas como consequência –, começaremos o tratamento institucional do Ministério Público como uma questão constitucional que obrigatoriamente será definida dentro das principais linhas doutrinárias acerca da natureza do Ministério Público no âmbito dos Poderes do Estado Democrático de Direito. A seguir faremos a análise da instituição integrada nos Poderes estatais e como órgão essencialmente constitucional.

### *3. O Ministério Público como órgão integrado ao Poder Judiciário*

A inserção do Ministério Público na estrutura do Poder Judiciário como dependente ou integrante deste Poder tem sido uma das posições doutrinárias mais encontradas na estrutura constitucional dos países democráticos.

A análise dessa doutrina – que inclui o *Parquet* no Poder Judiciário – serve para iniciar o debate sobre a natureza do Ministério Público e, efetivamente, como assinala FLORES PRADA (1999), pode-se dizer que, até

as transformações do moderno Estado de Direito, o debate sobre a natureza do Ministério Público vinha girando sobre uma dialética recorrente: a defesa pública da legalidade haverá de estar integrada dentro das responsabilidades do Estado-aparato e, portanto, haverá de ser assumida por uma estrutura orgânica e funcionalmente dependente do Governo; de outra parte, a ação pública haverá de ser um instrumento de garantia integrado nos mecanismos de controle do poder, cuja legitimação arranca, bem da soberania popular por meio de um sistema eletivo-direto ou indireto, bem por meio da independência e submissão à lei como ocorre com o Poder Judiciário<sup>6</sup>.

Na parte I desta tese, tivemos a oportunidade de estudar a teoria do Ministério Público, antecedentes e origens. A partir deste estudo, parece claro que, especialmente a partir da Revolução Francesa, ou inclusive um pouco antes com as ordenações de Felipe o Belo, pode-se sustentar com certa clareza uma dependência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo, como veremos mais adiante.

No entanto, “a história do Ministério Público é um longo caminho até a independência da Instituição” e a vinculação ou proximidade ao Poder Político (leia-se, Poder Legislativo) e ao Poder Judiciário é algo que de forma incontestável está presente no estudo da Instituição no âmbito do direito comparado.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1983, p. 877), em sua obra *La naturaleza y los principios retores*, é quem melhor define essa idéia, quando assinala: “en esta evolución se observa un hilo conductor o tendencia a convertir cada vez más la institución de un mero instrumento procesal en un órgano custodio de la legalidad y a independizarlo de los distintos poderes del Estado para otorgarle identidad propia”<sup>7</sup>.

A configuração constitucional do Ministério Público como órgão do Estado integrado ao Poder Judiciário esteve presente em algumas constituições européias como a ita-

liana e a espanhola, que em suas edições atuais sustentam o encaminhamento do Ministério Público para uma natureza jurídico-política independente inclusive do órgão judicial.

No caso espanhol, “as teorias judicialistas extraem do novo modelo constitucional contido no artigo 124 da CE uma dupla consequência: em primeiro lugar, a supressão das fórmulas contidas na regulamentação anterior e que configuravam o Ministério Público como órgão dependente do Poder Executivo tem que interpretar-se como decisiva à hora de se considerar extinta dita vinculação. Em segundo lugar, o Ministério Público, reconduzido agora a seu âmbito natural do Poder Judiciário, há de gozar das garantias do juiz, e, em particular, da proteção que outorga a garantia de independência”<sup>8</sup>.

Para maioria dos autores espanhóis, o Ministério Público aparece integrado no Poder Judiciário como Magistratura não decisória – se se quer autônoma – desvinculada do Poder Político e submetido aos princípios da legalidade e imparcialidade<sup>9</sup>.

Dentro dessa posição, uns setores separaram a função de administrar justiça entre uma magistratura postulante (Ministério Público) e uma magistratura decisória (Juízes e Tribunais)<sup>10</sup>.

Observa-se que desde várias posturas e com diferentes razões se tem defendido o caráter estatal e judiciário do Ministério Público. Para os que defendem a “judicialização” do Ministério Público, a instituição é definida como uma magistratura de objetivo diferente à composta pelos juízes. Justifica-se, dessa maneira, a confusão de funções atribuídas ao Ministério Público e os órgãos jurisdicionais: “determinadas missões, sem dúvida por sua transcendental importância na sociedade democrática que se pretende construir, se atribuem ao mesmo tempo a dois órgãos separados, um com função promotora, outro com função decisória. Deve-se falar, em consequência, da co-existência dentro do Poder Judiciário de duas

Magistraturas igualmente insubstituíveis para a realização da Justiça, orgânicamente autônomas e funcionalmente coordenadas” (JIMÉNEZ VILLAREJO, 1982, p. 83). Os Tribunais constituiriam uma Magistratura decisória, que contaria como princípio definatório com o da independência, e o Promotor, uma magistratura postulante, que viria informada pelos princípios de unidade e dependência hierárquica, ainda que “ambas professem como comum e mais alto valor o da legalidade” (JIMÉNEZ VILLAREJO, 1982, p. 83).

Sem dúvida, a similitude de origem, formação, regime retributivo, ascensão e incompatibilidades dos membros da carreira ministerial com os da judicial e também o submetimento aos princípios de legalidade e imparcialidade são dados que apontam para a integração do Ministério Público no Poder Judiciário.

Para IBÁÑEZ Y GARCÍA-VELASCO (1967, p. 149), “é preciso que o promotor, individual ou coletivamente considerado, ou seja, cada promotor em particular ou ao menos o Ministério Público como um todo unitário, não dependa nunca da Administração; que tem outros fins e outros meios bem diferentes. É necessário que se considere o promotor, a todo custo, como uma figura integrada sempre eminente e exclusivamente no todo judicial, que seja, na órbita de suas funções, um magistrado independente como os juízes e que sua missão nunca possa ser outra que a estrita defesa da lei”.

Por fim, na inacabada polêmica acerca de qual é a verdadeira posição que o Ministério Público há de ocupar na engrenagem institucional do Estado, na controvérsia dogmática em torno ao fato de se o Ministério Público forma ou não parte do Poder Judiciário, VERCHER NOGUERA (1987), integrante do Parquet Espanhol, inclina-se pela primeira das alternativas, pondo em relevância o fato de que nos sistemas anglosaxões, nos quais a situação do Ministério Público extramuros do Poder Judiciário não havia sido discutida, detecta-se uma clara

evolução para posições que podem facilitar uma posterior judicialização do sistema acusatório. O que resulta paradoxóxico, à vista da evolução do acusador público em um sistema tão estranho ao nosso, que ainda se sustente, com fórmulas mais ou menos evanescentes, a exclusão do Ministério Público do âmbito do Poder Judiciário e, o que é mais grave, que se discuta a conveniência de tal judicialidade<sup>11</sup>.

#### 4. O Ministério Público como órgão do Poder Executivo

No momento de abordar a posição do Ministério Público no âmbito da estrutura constitucional do Estado – ponto essencial para a concepção global da instituição –, a maior parte da doutrina coincide ao tomar como ponto de referência as opções que são expostas na clássica trilogia em que se decompõem os poderes do Estado<sup>12</sup>.

Uma grande parte dos autores rechaçam concepções jurídico-políticas do Ministério Público à margem da trípode que compõe basicamente a estrutura do poder.

No entanto, há muitos investigadores que não reconhecem abertamente na instituição o caráter dependente do Poder Executivo.

Surgem, assim, teorias que começam a apresentar a idéia de que um Ministério Público não se constrói da integração na estrutura de um poder senão que abre nele espaços intermediários, cuja definição tem muito a ver com conceitos mais sutis como são a relação, a colaboração, a órbita ou o entorno do Poder.

Essa nova linha doutrinal encontra respaldo em uma realidade mais global, e em países como Itália, Brasil, Portugal e Espanha, cujas Constituições começam a perfilar com maior claridade a posição jurídico-política do Ministério Público e principalmente suas leis orgânicas que colocam a autonomia da instituição frente ao Poder Executivo, poder em que comumente se posiciona a instituição ministerial.

A concepção governamental do Ministério Público e, em palavras de MORENO CATENA<sup>13</sup>, a colocação do Ministério Público no entorno do Poder Executivo, inclusive sua dependência, é algo para ser analisado no âmbito do moderno Estado constitucional, em que os governos legitimamente constituídos afrontam determinadas responsabilidades que as próprias Constituições lhe atribuem em matéria de execuções das leis e de política criminal.

Para tanto é importante examinarmos a história em que, desde suas origens, o Ministério Público sempre foi uma instituição vinculada ou dependente do Executivo<sup>14</sup>.

Os exemplos são muitos: recordemos o caso espanhol com a LOPJ de 15 de setembro de 1870 em seu artigo 763: “O Ministério Público terá a representação do Governo em suas relações com o Poder Judiciário”, ou o Real Decreto de 21 de junho de 1926, pelo qual se regulamenta o Estatuto do *Ministerio Fiscal*, que em seu artigo 1º estabelece que corresponde ao *Ministerio Fiscal* “representar o Governo em suas relações com o Poder Judiciário”. No caso brasileiro, podemos destacar a Constituição de 1969, em que o Ministério Público integrava uma seção do capítulo *Do Poder Executivo*; ou o caso da França, onde o *Parquet* tem ao próprio Ministro da Justiça por cabeça e os membros do Ministério Público são verdadeiros “agentes do Poder Executivo”<sup>15</sup>. E por fim o caso alemão, que considera o Ministério Público um órgão de administração e tutela da justiça *sui generis* (*Organ der Rechtspflege sui generis*), que forma parte do Poder Executivo (FEVER, 1986, p. 29; GUARNIERI, 1992, p. 56; ROXIN, 1993, p. 48; KLEINKNECHT; MEYER, 1993, p. 1708 et seq.).

É evidente que a trajetória histórica das instituições não costuma ser caprichosa e desde logo o Ministério Público não é uma exceção; a defesa pública da legalidade há sido sempre entendida como uma função vinculada às tarefas executivas do poder e sua relação com o mesmo tem sido de subordinação (FLORES PRADA, 1999, p. 288).

Portanto, é certo que existe um fundamento histórico em que se apóia a relação Governo (Poder Executivo) – Ministério Público; no entanto, coisa distinta é se a dita vinculação deva importar hoje conduzir as manifestações dos membros da instituição: em termos atuais, o moderno direito constitucional tem colocado o Ministério Público ante um novo contexto jurídico-político caracterizado pela diversificação e complexidade das funções de governo e, sobretudo, pela necessidade de dotar a ditas funções dos imprescindíveis mecanismos de garantia que assegurem a interdição da arbitrariedade de todos os poderes públicos e sua submissão à legalidade<sup>16</sup>.

Assim, assinala FLORES PRADA (1999, p. 289), “pode começar a introduzir-se uma matização na influência histórica que resulta de indubitável interesse; poderia distinguir-se entre a essência da instituição, que viria determinada por uma natural vinculação ao Poder Executivo, da tradução concreta de dita vinculação, historicamente entendida em termos de dependência e atualmente construída sobre uma certa autonomia”. Cabe acrescentar que hoje em dia a autonomia já é plena e em alguns casos chega até a própria independência. De fato, a nova conjuntura jurídico-política tem aprendido dos excessos cometidos pelos regimes ditatoriais (casos italiano, alemão, espanhol, brasileiro e português), sem esquecer a essência histórica do Ministério Público, mas ao mesmo tempo sem deixar de replantar-se alternativas à posição jurídico-política de uma instituição chave no sistema de garantias de um Estado Democrático de Direito.

Existe, efetivamente, no plano orgânico uma vinculação entre o Governo (o Poder Executivo) e o Ministério Público que aparece com toda nitidez no caso da designação do Chefe da Instituição: é o caso do Procurador-Geral na Espanha (artigo 124.4 CE e o artigo 29 do *Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal*), do Procurador-Geral da República em Portugal (artigo 133, ‘m’, da Cons-

tituição da República Portuguesa) e do Procurador-Geral da República do Brasil (art. 128 da Constituição Federal e art. 25 da LC 75/93 - Lei Orgânica do Ministério Público da União). E esse um dos aspectos mais frequentemente aduzidos pelos defensores da vinculação do Ministério Público ao Executivo<sup>17</sup>.

A propósito das relações entre o Ministério Público e o Poder Executivo, são sempre atuais as palavras de Francisco Carrara, o qual, após revelar que a figura do Ministério Público tem-se purificado gradualmente, distanciando-se de qualquer representação dos interesses da Coroa e dos interesses fiscais, assumindo cada vez mais uma posição de imparcialidade, fazendo-se não um representante do governo, mas um órgão da Magistratura, acrescenta: “aquele que tornaria a afirmar que o Ministério Público é um órgão do Poder Executivo o conduziria, sem perceber a suas antigas condições”. Podemos acrescentar que a subordinação do Ministério Público a tal dependência ou ainda a semelhante influência em relação ao Poder Executivo acarretaria fatalmente um prejuízo à objetividade e imparcialidade da instituição e suporia para o poder jurisdicional um sério perigo de divórcio da realidade dos fatos que devem estar sob seu exame. Por outro lado, reestabelecida hipoteticamente a dependência do Ministério Público em relação ao Poder Executivo, haveria que perguntar-se se a juventude atual, que vê a magistratura como uma nobre missão, estaria disposta a reduzi-la a essa função ambígua e humilhante (PETROCELLI, 1968).

##### 5. *O Ministério Público como órgão vinculado ao Parlamento*

A intenção dos distintos poderes do Estado de instrumentalizar a seu favor a instituição, em sua luta hegemônica pelo predomínio dentro do equilíbrio instável desses poderes, tem produzido uma variedade de sistemas que afetam a introdução do Minis-

tério Público na estrutura do Estado e a fonte de que emana seu poder. Entre esses sistemas, existe uma terceira posição doutrinária que propõe um Ministério Público vinculado ao Parlamento enquanto Poder do Estado que representa a soberania popular e do qual precisamente emana a legalidade que o Parquet haverá de defender.

Esse sistema considera o Ministério Público como órgão representante da vontade popular, ou bem de forma indireta, fazendo-o depender das Câmaras legislativas eleitas pelos cidadãos, único poder perante o qual o Ministério Público deve responder por ser órgão representativo da soberania popular<sup>18</sup>.

Esse sistema foi desenvolvido especificamente nos regimes comunistas do Leste Europeu (depois estendido a Cuba), com uma concepção do promotor como defensor da legalidade que emana da Câmara que o nomeia, mas uma legalidade de tendência concreta: a legalidade socialista.

Esse é o caso da antiga U.R.S.S., em que o Procurador-Geral era nomeado pelo *Soviet Supremo* e suas faculdades de inspeção sobre a legalidade e o fundamento das sentenças, resoluções, decisões e disposições ditadas pelos órgãos judiciais e sobre a execução das sentenças eram absolutas. A exacerbação de sua função controladora da legalidade chega a tais termos que o artigo 20 das “Bases do Procedimento Penal” de 1958 dispunha: “A alta inspeção sobre o cumprimento exato das leis da U.R.S.S., das repúblicas federadas e autônomas, no procedimento judicial é exercida pelo Procurador-Geral da U.R.S.S., tanto diretamente como por meio dos procuradores que lhe estão subordinados. O procurador está obrigado em qualquer estado do procedimento judicial penal a adotar oportunamente as medidas previstas pela lei para eliminar qualquer violação da lei, independente de onde venha. No procedimento judicial penal o promotor exerce seus plenos poderes com independência de quaisquer órgãos e funcionários, subordinando-se apenas à lei e

guiando-se pelas indicações do Procurador-Geral da U.R.S.S. As disposições do Procurador ditadas em conformidade à lei, são de cumprimento obrigado para todas as instituições, empresas, organizações, assim como para todos os funcionários e cidadãos”<sup>19</sup>.

Resulta, pois, evidente que a *Prokuratura* soviética possuía amplos poderes sobre a legalidade e sobre o fundamento político das decisões ditadas pelos órgãos judiciais para assegurar a legalidade socialista.

Em outros países, como por exemplo a antiga República Democrática Alemã, existia a análoga missão de velar pela legalidade socialista por meio da nomeação do Procurador-Geral pela “Câmara do Povo” (cf. PIETRO CASTRO, 1997; FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, 1974, p. 115). Na Iugoslávia, o Procurador-Geral é nomeado pela Assembléia Geral e considerado como um órgão do Estado; a Constituição de 1974 enfatiza sua vinculação ao sistema sócio-econômico e político, como reconhece o Procurador Federal Vuko GOZZE GUCETIC (1981), de modo que entre seus deveres está o de “proteger o desenvolvimento sócio-político e a construção da comunidade socialista da Iugoslávia e seu sistema sócio-político, a irmandade e unidade das nações iugoslavas e outros valores sociais básicos”. Em Cuba, cópia do modelo soviético, a Constituição de 1976 a faz órgão de defesa da legalidade socialista, nomeado pela Assembléia Nacional do Poder Popular, como “órgão do Estado ao que corresponde, como objetivos fundamentais, o controle e a preservação da legalidade, sobre a base da vigilância do estrito cumprimento da Constituição, das leis e demais disposições legais, pelos organismos do Estado, as entidades econômicas e sociais e pelo cidadãos; e a promoção e o exercício da ação penal pública em representação do Estado”.

Em conclusão, não se pode falar de independência do *parquet* ou dos juízes nestes países, já que em sua organização política rege o princípio de concentração de po-

deres, quando, de fato, as Assembléias e Câmaras populares estão a serviço do poder único, um executivo prepotente e dominador do sistema.

No entanto, não cabe dúvida de que, no terreno dos princípios, uma concepção do Ministério Público independente do legislativo e tendo como missão defender a legalidade que emana das Câmaras frente aos intentos de tergiversação ou descumprimento da mesma pelos outros poderes constitui uma tese atraente e válida que contribuiria, ademais, a manter a pureza do sistema democrático de separação de poderes.

O modelo de *parquet* parlamentaríaco tem sido sempre uma das opções discutidas quando da definição jurídico-política do Ministério Público, por exemplo, nos trabalhos parlamentários da Constituição italiana de 1948<sup>20</sup>, da espanhola de 1978<sup>21</sup> e da brasileira de 1988<sup>22</sup>. Também costuma ser prevista no âmbito constitucional a colaboração entre as duas instituições (Poder Legislativo e Ministério Público) mormente no seio das Comissões Parlamentares de Inquérito<sup>23</sup>.

Faz-se necessário assinalar que existe na atual descrição constitucional do Ministério Público em alguns países, como por exemplo no Brasil, um preceito que reforça essa vinculação do Ministério Público com o Parlamento – órgão constitucional do qual emana a legalidade – no sentido de que a nomeação e a destituição do Procurador-Geral da República sejam atos realizados somente depois da aprovação pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal<sup>24</sup>.

Essa solução já adotada no Brasil desde 1988 encontra apoio em parte da doutrina espanhola<sup>25</sup>. Segundo MARCHENA GOMEZ (1992, p. 197), suporia “adicionar um segundo nível de exigência que buscasse assegurar, mais que a capacitação técnica do designável, sua aptidão para o rigoroso cumprimento dos fins constitucionais atribuídos ao Parquet [...], e a necessidade de rodear da mais absoluta legitimidade a ordem emanada da cabeça reitora da institui-

ção”. Isso certamente serviria como um primeiro freio no controle governamental da Instituição.

#### *6. O Ministério Público como órgão constitucional do Estado essencial para a administração da justiça*

À vista das considerações mencionadas anteriormente, cabe agora ocupar-se da definição do Ministério Público como órgão do Estado, situado no marco constitucional e essencial na administração da Justiça.

Uma Constituição que obtém seu conceito, sua essência e seu conteúdo da realidade do próprio Estado e que tem, segundo SMEND, SCHINDLER e KÄGI, um caráter dinâmico em relação à ordem jurídica fundamental do Estado, realizando uma importante função integradora principalmente quando se associa a momentos transcendentais e solenes da vida política dos povos”, há de ser entendida como a convenção do sistema de valores e normas que inspira um determinado sistema político e uma determinada concepção do Estado<sup>26</sup>.

O próprio exame das Constituições de diversos países revela a dificuldade que os legisladores constituintes encontram para concretizar os perfis institucionais do Ministério Público e as funções de seus membros<sup>27</sup>.

Tão-pouco é coincidente o comportamento dos legisladores constituintes ao decidir que o Ministério Público representa um ponto de equilíbrio entre os três poderes, na medida em que a notável ampliação das funções de defesa da legalidade e do próprio Estado Democrático de Direito que correspondem ao Ministério Público deve ser vinculada com a constitucionalização dos chamados valores superiores do ordenamento jurídico<sup>28</sup>.

Sendo o Ministério Público um órgão do Estado de caráter constitucional, cujos princípios e funções refletem primeiro o sistema político do qual é expressão e segundo uma singularidade determinante à hora de concretizar sua posição jurídico-política como

órgão promotor dos valores superiores do ordenamento, é evidente que a instituição se encontra em uma posição de equilíbrio dentro do referido sistema político, nem estritamente dependente dos poderes do Estado nem desconectada deles.

Esse equilíbrio institucional e constitucional de que desfruta o Ministério Público no marco do chamado Estado complexo faz com que a instituição seja considerada como órgão de relevância constitucional que não se encontra integrado em nenhum dos três clássicos poderes senão que mantém com eles, em nível inferior, relações instrumentadas que possibilitam os pesos e contrapesos – *checks and balances* – necessários para o funcionamento harmônico do sistema<sup>29</sup>.

A disputa doutrinal entre aqueles que ainda entendem o Ministério Público como órgão do Poder Executivo em que o Promotor podia conceber-se como funcionário constantemente atento às ordens do Governo, executor da política criminal deste, estabelecida por meio do Procurador-Geral, e os que o consideram submetido à direta vontade do povo por meio de eleições ou inclusive como auxiliar do Poder Legislativo, ainda que larga, creio que resulta já obsoleta ou anacrônica.

Contemplar o Ministério Público como órgão do Estado é a posição que atualmente encontra respaldo na melhor doutrina, ainda considerando a ambigüidade do desenvolvimento da instituição em algumas Constituições<sup>30</sup>.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, ao examinar as distintas naturezas e construções constitucionais do Ministério Público<sup>31</sup>, aponta que “as mais recentes regulamentações do Ministério Público fixam um novo marco de sua concepção, estabelecendo-o como um órgão do Estado, independente, situado à margem dos três poderes tradicionais e tendo como missão manter a legalidade e a ordem jurídica constitucional, defender os direitos dos cidadãos e os interesses públicos coletivos e assegurar a paz social perseguindo os delitos que perturbem”.

Cita como exemplos a Constituição italiana que, “com maior ou menor acerto (art. 73) rompeu com a vinculação ao executivo concebendo-o como um órgão judicial, nem sobreposto nem submetido ao juiz, vinculado à lei; a Constituição Portuguesa (art. 224 e 226) que foi além declarando que o Ministério Público é representante do Estado, isto é, do conjunto dos poderes e não de um deles isolado e que tem encomendada a defesa da legalidade democrática; colocando membros que a integram dependentes tão-só do Procurador da República e com a necessária garantia de inamovibilidade para que possam manter a independência de sua atuação”.

Inobstante, para CONDE-PUMPIDO FERREIRO, “mejor que ninguna otra, refleja esta postura de un Ministerio Público, como órgano del Estado, con entidad propia e independiente, el proyecto de ley brasileño<sup>32</sup>, estableciendo las normas generales que deben ser adoptadas en la organización de los Ministerios Públicos estatales. En su artículo 1º declara que: ‘El Ministerio Público, institución permanente y esencial para la función jurisdiccional del Estado, es responsable ante la nación, de la defensa del orden jurídico y de los intereses inalienables de la sociedad, de la fiel observancia de la Constitución y de las leyes’. Dispone también que son ‘principios institucionales’ del Ministerio Público el de unidad, el de indivisibilidad y el autonomía funcional (artículo 2º) y que goza de autonomía administrativa y dotación presupuestaria propia (artículo 4º), con lo que queda asegurada su independencia. La consideración de órgano responsable tan solo ante la nación señala aquel carácter de órgano autónomo de la estructura política del Estado y su condición de institución esencial para la función jurisdiccional lo incardina en el ámbito del Poder Judicial, aunque claramente diferenciado de la potestad jurisdiccional que corresponde a los jueces e independiente de éstos, como lo es de los otros poderes”.

O argumento para qualificar o Ministério Público como órgão do Estado não pro-

vém da mera inserção de suas linhas mestras em uma Constituição, pois existem entidades cujo relevo constitucional é unicamente formal; não passam de figuras administrativas ou até de direito privado.

A apreciação de que o Ministério Público é órgão do Estado resulta da construção científica, elaborada pela melhor doutrina de direito público, segundo a qual há no Estado órgãos essenciais e órgãos acidentais. Aqueles encarnam o mínimo de capacidade política de que um organismo necessita revestir-se para ser reconhecido como Estado. Sem esses órgãos mínimos, não há organismo, não há Estado.

Órgão da soberania do Estado e não órgão do Governo, o Ministério Público nos impõe como depositário de prerrogativas dessa mesma soberania, inerentes ao exercício de suas atribuições primeiras.

A nítida compreensão da natureza do Ministério Público, na qualidade de órgão do Estado e não só de seu representante, supõe o conhecimento do que, em rigorosa técnica jurídica, se chama convencionalmente organicidade e representação.

Deve-se entender a antítese entre organicidade e representação tendo em conta que no vínculo de representação há dois sujeitos, um dos quais atua em nome e no interesse do outro; os atos do representante são, materialmente, os seus próprios, mas formalmente são atos do representado e seus efeitos recaem na pessoa deste. Ao contrário, na relação de organicidade não se apresentam dois sujeitos, senão a identificação do órgão com a pessoa jurídica, de modo que esta atua imediatamente por si mesma; em essência é a mesma pessoa jurídica decidindo e atuando mediante seus órgãos, os quais não se distinguem dela, posto que são partes integrantes da mesma; conseqüentemente, não pode existir contraposição entre órgãos e pessoa jurídica, porque aquele que atua é como se fora a própria pessoa jurídica.

Essas considerações são sintetizadas por JELLINEK (apud SABATINI, 1943), como é de seu hábito, em sua conhecida ex-

pressão: “Por trás do representante há outra pessoa, por trás do órgão, nenhuma”.

Assim, o Ministério Público, órgão do Estado, confunde-se com ele, assim como outros órgãos estatais, pois “vive e se movimenta na pessoa jurídica do Estado com autonomia de vontade, de objetivos e de poderes”, nas palavras de Giuseppe SABATINI (1943), às quais acrescenta César SALGADO (19—?, p. 63-64) que “a potestade da que é titular o Estado se concretiza e se especifica nas funções atribuídas aos órgãos”.

A noção de três poderes independentes e harmônicos, ainda que reforçada pela teoria dos pesos e contrapesos, jamais poderia ser entendida sem ter em conta a instituição do Ministério Público, pois este não é só essencial e necessário na administração de justiça, senão que também ajuda a viabilização da República, o interrelacionamento dos poderes e o funcionamento do Estado democrático.

O Poder Legislativo, como representante formal do povo, elabora as leis, mas perde o controle de sua execução e aplicação futuras. Necessita, pois, um órgão forte que as faça valer.

O Poder Judiciário interpreta e aplica as leis, mas, por sua própria natureza, só atua quando assim o solicitam as partes interessadas. O problema é que existem interesses tão gerais e difusos que não podem ser atribuídos a um indivíduo ou grupo de indivíduos, posto que indisponíveis. Daí a necessidade de que participe na magistratura judicial, que é inerte por natureza, uma magistratura ativa – magistratura “de pé”, como dizia CALAMANDREI – que faça valer tais interesses utilizando todas as ações e recursos postos a sua disposição pelo ordenamento jurídico.

Também o Poder Executivo necessita um controle externo efetivo. Portador de instituições de força, timbradas pela relação hierárquica e, em algumas esferas, fortemente influídas pela política partidária, esse poder poderia converter-se em uma monstruosidade onipotente se não contasse com a fis-

calização de um órgão não subordinado a sua hierarquia.

O esboço dessas funções, que pressupõem uma relação de lateralidade e inclusive de enfrentamento com os poderes formais do Estado, leva-nos à concepção de uma Instituição que possua independência, autonomia funcional e administrativa e que tenha as mesmas garantias e prerrogativas conferidas ao Poder Judicial. Tal concepção induz alguns estudiosos a ver no Ministério Público o quarto poder do Estado<sup>33</sup>.

Tal juízo está equivocados. A natureza das funções do Ministério Público situa-o ao lado dos poderes do Estado e entre eles. Fruto da separação de poderes, o *parquet* é a correia de comunicação entre os poderes, promovendo e possibilitando o funcionamento harmônico das engrenagens do poder como um todo.

O Ministério Público como órgão do Estado é uma teoria formulada historicamente no contexto da crise do modelo napoleônico da Instituição e, de forma mais ampla, com a crise do modelo de Estado de cunho neoliberal<sup>34</sup>. Efetivamente, dentro das teorias que incidem nas transformações da moderna ordem jurídico-política, começa a adquirir corpo a tese da singularidade do Ministério Público como órgão com perfis próprios dentro do esquema institucional do Estado e a situação de seu estudo no marco do direito público estatal<sup>35</sup>. A principal contribuição dessa teoria, cuja paternidade há que atribuir à doutrina italiana de princípios do século passado, radica em que a instituição encontra assim um marco de autonomia dentro da estrutura jurídica do aparato estatal<sup>36</sup>.

Certamente, a consideração do Ministério Público como órgão do Estado proporciona à instituição no plano jurídico-público uma perspectiva mais ampla da puramente processual, na qual tradicional ou historicamente havia estado enquadrado seu estudo; por isso “a intervenção do Ministério Público nos distintos processos, assim como a longa polêmica sobre sua condição de

parte formal ou material, desde sua posição de imparcialidade, deverá ser estudada, entendida e enfocada desde sua posição jurídico-política no marco do Estado e desde a perspectiva do direito constitucional”<sup>37</sup>.

Não podemos compartilhar a idéia de que as instituições (leia-se Ministério Público) encarregadas direta ou indiretamente da aplicação e manutenção da lei devam estar enquadradas nas funções executivas sob a dependência, direção ou vigilância do Governo. De fato, já não nos encontramos frente a uma rígida separação de poderes, as transformações estruturais do Estado contemporâneo têm configurado o chamado “Estado complexo”, em que os três clássicos poderes são insuficientes para cumprir com as exigências do Estado Democrático.

O Ministério Público adota, entretanto, uma posição institucional de singularidade própria enquanto órgão do Estado e de mais difícil definição, que exige acudir a parâmetros novos da doutrina italiana, espanhola e brasileira, entre outras.

Assim, pode-se concluir que o Ministério Público não deve ser dependente do Poder Executivo ou de qualquer dos outros dois Poderes; só deve ter relação e colaboração institucional com todos eles, pois se configura como um instrumento essencial para o cumprimento dos fins do próprio Estado, já que o conjunto de suas funções é *conditio sine qua non* para a manutenção e garantia do próprio Estado Democrático de Direito.

Em realidade, o Ministério Público é órgão do Estado porque está investido de uma parcela da soberania estatal e forma parte de sua organização. Por isso, a estrutura e o funcionamento do Ministério Público refletem, com bastante correspondência e realismo, a fisionomia do Estado do qual é integrante.

#### Notas

<sup>1</sup> Entre outros, Roberto LYRA (1989, p. 15); João Gaspar RODRIGUES (1999, p. 133); Cândido Furtado MAIA NETO (1989, p. 35).

<sup>2</sup> Palavras do Deputado Português Manuel ALEGRE, citado por Luiz Antonio Guimarães MARREY, Paulo Afonso Garrido de PAULA e Pedro Falabella Tavares de LIMA (1985, p. 318).

<sup>3</sup> Esse enfoque, assinalado por FLORES PRADA (1999, p. 281-282), pode encontrar-se em um importante setor da doutrina constitucionalista e processualista italiana, representada entre outros por JANNACCONE (1977); GUARNIERE (1984; 1991); DI FEDERICO (1991).

<sup>4</sup> Ignacio FLORES PRADA (1999, p. 283 et seq.), chama-o *progressiva relativização* dos mecanismos clássicos que explicavam a posição jurídico-política do Ministério Público dentro da estrutura constitucional do Estado.

<sup>5</sup> SABATINI (1943, p. 59 et seq.), em sua obra *Il Pubblico Ministero nel diretto procesuale penale* representa na doutrina italiana a posição segundo a qual o estudo do Ministério Público haverá de situar-se em plano jurídico-político constitucional e público antes que processual, constituindo uma premissa indiscutível a natureza estatal da Instituição a partir da chamada teoria do órgão, que desenvolvida da seguinte forma: “O Ministério Público – diz – nasce constitucionalmente e se organiza administrativamente”. Analisa a relação Estado-órgão, a diferença entre órgão e representação, em palavras de JELLINEK (apud SABATINI, 1943, p. 33): “por trás do representante há outra pessoa, por trás do órgão, nenhuma”. Se o órgão não tivesse personalidade própria, nem direitos, bastaria o fenômeno jurídico da representação, como sustentava DE MARSICO (apud SABATINI, 1943), mas não é assim. Defende a personalidade do órgão diversa da do Estado, o que a ele, depois de citar vários constitucionalistas, parecia fecundo para o direito processual (e ainda para o privado, para a mais exata construção das pessoas jurídicas). Quando aplica a teoria ao Ministério Público, examina com grande rigor como é o órgão para cumprir os fins que lhe atribui o ordenamento jurídico, o qual reclama uma autonomia e se constitui em “centro de coordenação de determinados fins e interesses”, com capacidade de querer e atuar do próprio ordenamento jurídico que o constitui (p. 107). Cada órgão tem sua própria função e sua própria competência, limite do exercício daquela, inserida na potestade fundamental de justiça, o Poder Judiciário, onde se distinguem, nitidamente, a estrita função jurisdicional exercida pelos órgãos que tem o iusdicere e a função de promovê-la, consubstancial com o Ministério Público, conforme a sua potestade fundamental de justiça.

<sup>6</sup> Segundo JIMÉNEZ VILLAREJO (1982, p. 81), trata-se de “aquela velha ambigüidade, tantas vezes assinalada, que fazia oscilar ao Ministério Público, alternativa e interminavelmente, entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo”.

<sup>7</sup> Traz este autor à sua argumentação uma citação de PETROCELLI (1952, p. 513), que assinala que, “quando uma Instituição, ao menos em suas grandes linhas, se desenvolve historicamente de modo constante, em uma determinada direção e ante um complexo de manifestações cada vez mais uniformes, isto significa que há de existir um princípio lógico que regula tal caminhada”. O princípio lógico seria para o autor italiano (p. 520) a necessidade de garantir, no moderno Estado de Direito, a configuração do Ministério Público como um órgão representante do Estado e da lei, desvinculado do Poder Executivo e dotado de garantias precisas de liberdade e independência.

<sup>8</sup> A posição do Ministério Público como órgão do Estado e não do Poder Executivo se fundamenta, em primeiro lugar, na própria sistemática constitucional, bem expressiva a juízo de APARICIO (1983, p. 639), já que a inclusão no Título VI e “a exclusão absoluta do Ministério Público do Título do Executivo tem, sob um ponto de vista negativo, o valor de um critério constitucional inequívoco e, em explicação interpretativa, é uma pauta de primeira magnitude para despejar dúvidas das questões controvertidas. Sua inclusão no Título do Poder Judiciário, desde um ponto de vista positivo (...) é muito mais que uma simples referência ao marco normativo”.

<sup>9</sup> Nessa linha doutrinária se situam também FLORES PRADA (1999, p. 316), CONDE-PUMPIDO FERREIRA (1983, p. 119), MORENILLA RODRÍGUEZ (1981, p. 98) e ORTIZ ÚRCULO (1992, p. 14). Segundo APARICIO (p. 645), com o artigo 2 do Estatuto, o legislador não faz outra coisa que precisar o que já estava implícito na Constituição, “dando, al verbo integrar, sin duda alguna, el cabal alcance que le asigna el Diccionario de la Real Academia Española como ‘completar un todo con las partes que le faltaban’”.

<sup>10</sup> Para CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1981, p. 586), “hay una corriente universal a considerar a los fiscales como un ‘alter ego’ de los Jueces. Bentham distinguió ya entre una Magistratura silenciosa y una Magistratura que habla, los franceses entre el ‘Magistrat debout’ y el ‘siègue’ y los italianos hablan de ‘Magistrati del Pubblico Ministero’. La integración de ambas magistraturas en una sola carrera es usual en muchos países y lo fue entre los españoles hasta 1926 [...] en tales condiciones no puede sorprender que la Constitución identifique en el artículo 17 el ‘status’ funcional de Jueces y Fiscales [...] ni que autores como Martín-Granizo o De Miguel defiendan con calor lo que llaman el ‘carácter magistral’ de los fiscales y consideren al Ministerio Público como una Magistratura de amparo”.

<sup>11</sup>Cf. José María MORENILLA RODRÍGUEZ (1987, p. 4), no Suplemento do *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, tradução ao castelhano

da *Prosecutions of offences act 1985*, destaca que a evolução do sistema acusatório da Inglaterra, desde a lei de 1879, passando pelas Reformas de 1904 e 1979, até culminar com a *Prosecutions of Offences Act 1985*, tende a consolidar a estruturação de um Ministério Público mais próximo aos modelos continentais e, portanto, mais afastado de concepções policiais.

<sup>12</sup> Cf. MORENO CATENA; CORTÉZ DOMÍNGUEZ; GIMENO SENDRA (1997, p. 192-193): “Não se pode conceber de modo algum o Ministério Público como um órgão independente e alheio aos distintos poderes do Estado, que represente por si mesmo um poder, uma espécie de quarto poder desvinculado dos demais, entre outras razões porque o MP não detém com exclusividade nenhuma potestade, já que a postulação processual se atribui a todas as partes processuais, sejam públicas ou se trate de particulares”.

<sup>13</sup> Expressão que utiliza MORENO CATENA (1997, p. 227), *Introducción al Derecho...*

<sup>14</sup> Cf. a Parte I desta Tese.

<sup>15</sup> A expressão é de Gilbert MANGUIN (1992, p. 1134-1135).

<sup>16</sup> Inclusive porque é incontestável que, observando a história, a relação de dependência ou subordinação do Ministério Público com o Poder Executivo corresponde sempre a períodos políticos de tendência autoritária (v.g. a Itália de Mussolini, o Brasil de Getúlio Vargas, a Espanha de Franco e a Alemanha de Hitler).

<sup>17</sup> Cf. MORENO CATENA; CORTÉZ DOMÍNGUEZ; GIMENO SENDRA (1997, p. 227) : “a previsão constitucional sobre a nomeação do Procurador-Geral do Estado, o cume da organização do Ministério Público, que se rege pelo princípio de dependência hierárquica, deve ser determinante, e a Constituição dispõe que o Fiscal General del Estado será nomeado pelo Rei, por proposta do Governo, ouvido o CGPJ (art. 124.4 CE). O papel que desempenha o Governo resulta, pois, decisivo, na medida em que tem em seu marco a designação de quem dirige o Ministério Público e ostenta sua Chefia superior e sua representação em todo o território espanhol (art. 22, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal). Em razão do exposto, parece abonado considerar que o Ministério Público está mais próximo ao Poder Executivo que ao Judiciário”.

<sup>18</sup> Sobre o tema, vide ZAPPA (1974, p. 77-78).

<sup>19</sup> Conferir mais amplamente PRIETO CASTRO (1997, p. 39 et seq.).

<sup>20</sup> Sobre os trabalhos parlamentários da constituinte italiana e, em particular, sobre a figura do “Procurador-Geral, Comissário para a Justiça”, cf. DOMINIONI (1978, p. 60 et seq.); Neppi MODONA (19—?, p. 52 et seq.).

<sup>21</sup> Em um estudo contemporâneo sobre os trabalhos da elaboração da Constituição espanhola

de 1978, COBO DEL ROSAL (1977, p. 30, 33-34) apostava por um Ministério Público vinculado ao Parlamento, como uma possibilidade de abandono do estéril caminho entre um *Parquet* governamentalizado e um *Parquet* judicializado. Ambas posições deixam, a juízo do autor, indefeso à lei, o que leva a propugnar uma dependência do Ministério Público ao legislativo, examinando sob o aspecto do perigo do jogo político parlamentar, advogar por uma submissão do Ministério Público não tanto ao parlamento como Instituição senão só à sua vontade objetivada, isto é, à Lei.

<sup>22</sup> Já nos primeiros trabalhos parlamentários da constituinte brasileira, ficou clara a necessidade de criação de Comissões Parlamentares de Inquérito no seio da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, para exame de fatos cujas conclusões poderiam ser enviadas ao Ministério Público para que promovesse as ações de responsabilidade criminal ou civil resultantes das infrações comprovadas.

<sup>23</sup> O caso brasileiro segundo o parágrafo 3º do art. 58 da Constituição: “§ 3º – As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

<sup>24</sup> Artigo 128, parágrafos 1º e 2º, da Constituição da República Federativa do Brasil.

<sup>25</sup> Cf. Gutiérrez CARBONELL (1994, p. 30): “o candidato proposto pelo Governo ao Rei deverá contar previamente com a aprovação das Cortes Gerais (quórum reforçado dos 3/5 de ambas as Câmaras), inclusive em lista tríplice elevada pelo Governo ao Congresso, ouvido previamente o Conselho Geral do Poder Judiciário”. MARCHENA GÓMEZ (1992): “a atual descrição constitucional do Ministério Público não constitui um obstáculo para que, através de futuras normas estatutárias, se reforce esta vinculação com o órgão constitucional do qual emana a legalidade. Um primeiro passo na linha que se defende, o constituiria a exigência de que a proposta que o Governo – ouvido o Conselho Geral do Poder Judicial – há de fazer ao Rei para a nomeação do Procurador-Geral (art. 124 CE) tomando como base um candidato nominado, a sua vez, por uma maioria reforçada – três quintos – do órgão legislativo”. Contra estas propostas, FLORES PRADA (1999, p. 330-331): “A nosso entender, existem duas objeções fundamentais com que

se enfrentam as teorias que estamos analisando. De uma parte, a intervenção do Parlamento na nomeação do Procurador-Geral do Estado, estabelecida por via legislativa, olvida a natureza constitucional de tal nomeação, configurando básica e essencialmente como uma nomeação de confiança do Governo, e portanto, de caráter discricional. Estabelecer, neste sentido, qualquer gênero de limitação, inclusive a já introduzida pelo Estatuto Orgânico em seu artigo 29.1, pode configurar sérias dúvidas de constitucionalidade. Em segundo lugar, o defeito mais grave que incorre a tese de um *Parquet* de natureza ou vinculação parlamentarária é a inutilização da Instituição como instrumento de cooperação em determinadas linhas da política interior, especialmente em matéria de política criminal; o Parlamento é órgão de produção legislativa e também cumpre funções de controle da função do Governo, mas é um órgão no qual nem sua composição nem sua natureza permitem garantir a operatividade do Ministério Público”. TORRES BOURSAULT (1993, p. 32 et seq.), sem deixar de reconhecer os atrativos da teoria, aponta, entre outras, duas razões em que apoiar a inconveniência do mencionado modelo: a primeira seria uma clara contradição entre um *Parquet* vinculado ao Parlamento e o vigente desenho constitucional espanhol; a segunda, que as Câmaras, por sua natural configuração, representam poderes difusos propensos ao consenso e ao acordo, o que não parece âmbito adequado para integrar um órgão essencialmente Executivo, cuja missão é o exercício da ação pública e a defesa da legalidade.

<sup>26</sup> Pablo LUCAS VERDÚ (1986, p. 619, 644) faz um profundo estudo, já clássico, sobre a Constituição e a dinâmica constitucional, destacando a importante conexão entre a normatividade constitucional e a estrutura social, que sempre tem existido ainda que haja variado sua intensidade; e acrescenta: “a Constituição – no terreno econômico-social – formula metas, propósitos, reconhece direitos cuja realização incumbe à planificação, mas esta há de atuar conforme o sentido, a intencionalidade, ínsitas nas normas constitucionais, isto é, conforme ao marco do Estado de Direito”.

<sup>27</sup> São exemplos: a Constituição espanhola de 1978, em seu artigo 124, e a dificuldade do posicionamento da Instituição no âmbito do Executivo ou no Poder Judiciário; a Constituição portuguesa, que mantém o Ministério Público como defensor da legalidade e órgão representante do Estado, ou inclusive as brasileiras, que até a Carta Magna de 1969 vinculavam o *Parquet* ora ao Poder Executivo, ora ao Poder Judiciário.

<sup>28</sup> FLORES PRADA (1999, p. 345) identifica uma ampliação de funções que aponta a campos extraprocessuais nos quais progressivamente a Instituição está chamada a atuar; um fenômeno ad-

vertido já na doutrina italiana por DE MATTIA (1973, p. 11-12). Uma ampliação de funções que constitui um dos dados mais relevantes e novidosos que incorpora a nova regulação constitucional do Ministério Público espanhol, conferir, por todos, PÉREZ GORDO (1983, p. 2350).

Para Fernando da Costa TOURINHO FILHO (1997, p. 340 et seq.): “A atividade do Ministério Público não se circunscreve, apenas, ao campo repressivo. No Processo Civil, multifárias são suas funções. Atua como parte... como verdadeiro intérprete do interesse social...”. Para Hugo Nigro MAZZILLI (1998, p. 71): “é o Ministério Público guardião de um ordenamento jurídico cujos fundamentos repousem na vontade do povo, legitimamente manifestada através de seus representantes”. Vide também Sérgio Gilberto PORTO (1998, p. 12).

<sup>29</sup> A esse respeito cf. GÖSSEL (1996, p. 615). Como fora advertido por CRISAFULLI (1939, p. 74 et seq.) a teoria do *indirizzo politico* põe sobre o tapete um dos mais graves perigos do sistema constitucional e que não é outro senão a necessária vinculação, colaboração e coordenação entre os órgãos constitucionais (substancialmente autônomos) quando da acomodação de sua atuação à orientação política comum. A obrigação substancial de acomodar-se à orientação política é elevada pelo autor citado à categoria de princípio geral do Direito: um princípio operativo na esfera das relações intencionais (CANOSA USERA, 1990, p. 135).

<sup>30</sup> Vejam-se os casos espanhol, brasileiro ou português. GIL-ALBERT VELARDE, depois de negar que o Ministério Público espanhol forme parte do Poder Judiciário pelo só motivo de sua inclusão no Título VI, reconhece-o como órgão do Estado independente do Governo, se bem, matiza, isto “não é incompatível com o cumprimento de uma atividade de cooperação sempre que esteja ordenada para a proteção de interesses públicos essenciais”.

<sup>31</sup> O excelente trabalho de CONDE-PUMPIDO FERREIRO (1983, p. 843-890), que foi publicado com este título: *La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la Constitution y el nuevo estatuto organico*.

<sup>32</sup> O projeto a que faz referência o Teniente Fiscal do Tribunal Superior Cândido CONDE-PUMPIDO FERREIRO é o concebido pela Lei Complementar nº 40 de 14 de dezembro de 1981, a Lei Orgânica do Ministério Público brasileiro; teve vigência até a Constituição brasileira de 1988. Hoje vigem a Lei Complementar nº 75, de 21 de maio de 1993, e a Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, que são as normas legais hoje vigentes.

<sup>33</sup> As observações são de Alfredo VALLADÃO (1973).

<sup>34</sup> Conferir sobre as teses revisionistas do modelo francês SABATINI (1943, p. 56 et seq.), com menções a Romano Di Falco Alisi o Massari.

<sup>35</sup> Conferir SABATINI (1943, p. 59 et seq.), que sustenta que o ponto de partida está representado pela constatação de que o Ministério Público é órgão do Estado e estruturalmente órgão administrativo. O Ministério Público, afirma o autor, nasce constitucionalmente e se organiza administrativamente, daí que sua origem deva relacionar-se com o direito constitucional e sua organização com o direito administrativo.

<sup>36</sup> Para SABATINI (1943, p. 119), o ordenamento jurídico estabelece aos órgãos estatais funções autônomas de titularidade do poder mesmo. Os próprios órgãos se convertem em titulares de poderes, consistentes no poder-dever de exercer as funções atribuídas independentemente da vontade do Estado que é e permanece como titular da correspondente potestade. A única condição, aponta o autor, que o ordenamento jurídico impõe à atividade dos órgãos é que este atue em função do interesse final do Estado, isto é, que a função concretamente desenvolvida pelo órgão deve tender à satisfação de um interesse geral do Estado.

<sup>37</sup> FLORES PRADA (1999, p. 337) faz esses acertados comentários, com apoio em NANNUCCI (1989, p. 417, 424).

### Bibliografia

APARICIO CALVO-RUBIO, J. El Ministerio Fiscal en la constitución. In: AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, A. et al. *El Poder Judicial*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983. v. I, p. 623-651. (Colección Estudios Jurídicos).

CABRAL NETTO, J. *O Ministério Público na Europa latina*. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1974.

CANOSA USERA, R. La actividad de orientación política: su relevancia constitucional. *Revista de Estudios Políticos*, [S. l.], n. 67, p. 125-152, ene./mar. 1990.

CARBONELL, G. El Fiscal Parlamentario. *Revista de la Unión Progresista de Fiscales*, [S. l.], n. 5, dic. 1994.

COBO DEL ROSA, M. Principio de legalidad y Ministerio Fiscal. *Cuadernos de política criminal*, [S. l.], n. 2, 1977.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. *El Ministerio Fiscal*. Pamplona: Aranzadi, 1999. (Colección Divulgación Jurídica).

\_\_\_\_\_. El Ministerio Fiscal en la Constitución. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, [S. l.], n. 6, jun. 1981.

\_\_\_\_\_. La naturaleza y los principios rectores del Ministerio Fiscal en la constitución y el nuevo estatuto organico. In: AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, A. et

al. *El Poder Judicial*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983. v. I, p. 843-890. (Colección Estudios Jurídicos).

CRISAFULLI. Per una teoria giuridica dell'indirizzo político. In: *STUDII Urbinati*, [S. l.: s. n.], 1939. p. 74.

DE MATTIA, A. Ipotesi di lavoro per la riforma del Pubblico Ministero. In: *LA RIFORMA del Pubblico Ministero*. Milano: Giuffrè, 1974. p. 41-61.

DI FEDERICO. Obbligatorietà dell'azione penale, coordinamento delle attività del Pubblico Ministero e loro rispondenza alle aspettative della comunità. *Giustizia Penale*, [S. l.], III, 1991.

DOMINIONI. Per un collegamento fra ministro della giustizia e Pubblico Ministero. In: *PUBBLICO Ministero e accusa penale: problemi e prospettive di riforma*. Bologna: Zanichelli, 1978.

FERNÁNDEZ MARTÍN-GRANIZO, M. El Ministerio Fiscal en España: notas para una futura constitución de dicha figura y estudio de su posición en el derecho procesal español. *Documentación Jurídica*, Madrid, n. 10-11, 1974.

FERRAZ, A. A. M. de. Anotações sobre os Ministérios Públicos brasileiro e americano. *Justitia*, São Paulo, v. 50, n. 144, p. 48-54, out./dez. 1988.

\_\_\_\_\_. (Coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas S.A./ Instituto de Estudos Direito e Cidadania, 1997.

FEZER, G. *Strafprozessrecht*. Munich: Verlag C. H. Beck, 1986.

FLORES PRADA, I. *El Ministerio Fiscal en España*. Valencia: Tirant lo Blanch y Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

GARCÍA-PELAYO, M. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza, 1995.

GIL-ALBERT VELARDE, J. M. El Ministerio Fiscal en la Constitución. In: AGÜNDEZ FERNÁNDEZ, A. et al. *El Poder Judicial*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983. v. I, p. 105-124. (Colección Estudios Jurídicos).

GÖSSEL, K. Ministerio Fiscal y policía criminal en el procedimiento penal del Estado de derecho. *Cuadernos de Política Criminal*, [S. l.], n. 60, p. 611-632, 1996.

GOZZE GUCETIC. *Public prosecutors in Yugoslavia*. [S. l.:s. n.], ago. 1981. Comunicación a la Conferencia celebrada en São Paulo sobre The world peace through law center.

GUARNIERE, C. *Magistratura e política in Italia: pesi senza contrapesi*. Bologna: Il Mulino, 1991.

- \_\_\_\_\_. *Pubblico Ministero e sistema político*. Padova: Cedam, 1984.
- IBAÑEZ Y GARCÍA-VELASCO, M. Independencia y autonomía del Ministerio Fiscal en el proceso penal. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, n. 2, abr./jun. 1967.
- JANNACCONE. Il Pubblico Ministero nel sistema costituzionale. In: IL PUBBLICO MINISTERO NELL'ORDINAMENTO ITALIANO: rassegna dei magistrati, Congresso Nazionale, Unione Magistrati italiane, 5., anno XVII, 1977, [S. l.]. *Anais...* [S. l.: s. n.], giul./set. 1977. n. 7-9.
- JIMÉNEZ VILLAREJO, J. El Ministerio Fiscal dentro del Poder Judicial: notas para el planteamiento de unas relaciones. *Poder Judicial*, Madrid, 1. época, n. 3, jun. 1982.
- KLEINKNECHT; MEYER. *Strafprozessordnung Kommentar*. 41. ed. Munich: C. H. Beck'sche Vverlagsbuchhandlung, 1993.
- LUCAS VERDÚ, P. *Curso de Derecho político*. 3. ed. Madrid: Tecnos, 1986. v. II.
- LYRA, R. *Teoria e prática da promotoria pública*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris/Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1989.
- MAIA NETO, C. F. As funções do Ministério Público no Estado democrático de direito. *Cadernos da Associação Americana de Juristas*, [S. l.], n.1, p. 33-36, 1990.
- MANGUIN, G. Titre VII. De l'autorité judiciaire. In: LUCHAIRE, F. G. y L. (Coord.). *La Constitution de la République Française*. París: Economica, 1992. Conac.
- MARCHENA GOMEZ, M. *El Ministerio Fiscal: su pasado y su futuro*. Madrid: Marcial Pons, 1992.
- MARREY, L. A. G.; LIMA, P. F. T. de; PAULA, P. A. G. de. Ministério Público e a tutela das liberdades públicas. *Justitia*, São Paulo, v. 47, n. 131, p. 317-324, set. 1985.
- MAZZILI, H. N. Independência do Ministério Público. In: MINISTÉRIO Público: instituto de estudos direito e cidadania. São Paulo: Atlas S. A., 1997.
- \_\_\_\_\_. O Ministério Público e a defesa do regime democrático. *Revista dos Tribunais*, [S. l.], v. 751, p. 71, 1998.
- MELLO, C. A. B. de. Sobre a magistratura e o Ministério Público no Estado de direito. *Revista de Direito Público*, [S. l.], v. 16, n. 68, p. 142-154, out./dez. 1983.
- MODONA, N. Art. 112. Il Pubblico Ministero há l'obbligo di esercitare l'azione penale. In: COMENTARIO alla Costituzione. [S.l.: s. n.], [19—?]. t. IV.
- MORENILLA RODRIGUEZ, J. M. El Ministerio Fiscal en el sistema de justicia penal español. *Documentación Jurídica*, Madrid, n. 29-32, ene./dic. 1981.
- \_\_\_\_\_. Prosecutions of offences act 1985. *Boletín de Información del ministerio de Justicia*, [S. l.], n. 11, p.4, 1987.
- MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.; GIMENO SENDRA, V. *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Colex, 1997.
- NANNUCCI. Il pubblico ministero: problemi antichi, difficoltà nuove. *La Giustizia Penale*, [S. l.], p. 417-424, 1989.
- ORTIZ ÚRCULO, J. C. Ministerio Fiscal, sociedad, y poderes públicos. In: PONENCIAS Y CONCLUSIONES A CONGRESO ORDINARIO DE LA ASOCIACIÓN DE FISCALES, 8, 1992, Sevilla. *Anais...* Sevilla: [s. n.], 11-13 dic. 1992.
- PÉREZ GORDO, A. Naturaleza y funciones del Ministério Fiscal en la Constitución y en su estatuto orgánico de 1981. In: AGÚNDEZ FERNÁNDEZ, A. et al. *El Poder Judicial*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1983. v. III, p. 2343-2383. (Coleccion Estudios Juridicos).
- PETROCELLI, B. O Ministério Público: órgão de justiça. *Justitia*, São Paulo, ano XXX, v. 61, 2. trimestre de 1968.
- \_\_\_\_\_. Il Pubblico Ministero e l'unita dell'istruttoria penale. *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952.
- PORTO, S. G. *Sobre o Ministério Público no processo não criminal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1998.
- PRIETO CASTRO, L. El Ministerio Fiscal en Europa. *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, [S. l.], n. 1, 1997.
- RODRIGUES, J. G. Abordagem sobre a estrutura e o posicionamento do Ministério Público no Estado democrático de direito adotado na Constituição de 1988. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 95, n. 348, p. 125-158, out./dez. 1999.
- ROXIN, C. *Strafverfahrensrecht*. 23. Aufl. Munich: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1993.
- SABATINI, G. *Il Pubblico Ministero nel diritto processuale penale*. Napole: [s. n.], 1943.
- SALGADO, C. Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. XI, [19—?].
- TORRES BOURSALT, L. El Fiscal Parlamentario. *Revista de la Unión Progresista de Fiscales*, [S. l.], n. 4, dic. 1993.
- TOURINHO FILHO, F. da C. *Processo penal* 2. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

VALLADÃO, A. *O Ministério Público, quarto poder do Estado e outros estudos jurídicos*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1973.

VARGAS CABRERA, B. Naturaleza del Ministerio Fiscal y conveniencia de postular su organización a la luz del principio de autogobierno. In: PONENCIAS Y COMUNICACIONES DEL CONGRESO DE LA ASOCIACIÓN DE FISCALES, 2., 1983. [S. l.]. *Anais...* [S. l.]: Caja de Ahorros Provincial de Málaga, 1983.

VERCHER NOGUERA, A. ¿Hacia un Ministerio Fiscal inglés? *La Ley*, [S. l.], año 8, n. 1.684, abr. 1987.

VIEIRA, O. V. A violação sistemática dos direitos humanos como limite à consolidação do Estado de Direito no Brasil. *Direito, Cidadania e Justiça*, São Paulo, p. 189-195, 1995.

ZAPPA, G. IlPubblico Ministero: appunti di storia e di diritto comparato. In: LA RIFORMA del Pubblico Ministero. Milano: [s. n.], 1974.

# Limites constitucionais a parlamentos regionais e à supranacionalidade

O dilema dos blocos econômicos intergovernamentais

Jorge Fontoura

*[...] the treaty is like an incoming tide. It flows into the estuaries and up the rivers. It cannot be held back.*

Lord Denning<sup>1</sup>

A experiência comunitário-européia tem suscitado caudaloso exemplo de integração política e econômica bem sucedida. As vantagens inenargüíveis que a Europa comum provê a Estados e cidadãos comunitários transformam a União Européia em emblema do processo civilizatório e da evolução política da humanidade.

Esse sucesso retumbante, sem opositores críveis, dimensiona a voz de Bruxelas, mesmo em momentos contundentes, como a recente anexação mesopotâmica, que abalou as relações franco-britânicas e pôs em xeque a propalada política externa comum européia.

É normal que na construção de blocos econômicos, a ocorrer em todos os quadrantes, verifique-se um ímpeto de mimese européia. A História prescinde de reinvenções (MARTINS, 1995). No entanto, convém atentar que processos de integração e de construção de blocos econômicos não são fenômenos estanques. Estão atrelados a um indissociável substrato histórico e geográfico. São os povos e as suas circunstâncias que, afinal, constroem as instituições. Não o contrário.

A sobrevida do Mercosul, após a desvalorização do real, deveu-se essencialmente

Jorge Fontoura é Doutor em Direito, vice-presidente do Centro de Estudos de Direito Internacional – CEDI e Professor do Curso de Pós-graduação da UNILEGIS.

às lições que o próprio bloco proporcionou aos responsáveis pela sua condução política. Com a Argentina a direcionar 35 % de seu comércio para o Brasil, a decisão de desvalorizar o real, em janeiro de 1999, gerou grande perplexidade e contribuiu fortemente para os desacertos que se seguiram. Os fatos demonstraram que, como algumas vozes anunciavam, a *brasildependência* era, de fato, para a Argentina *menenista*, uma política muito perigosa.

Com a recente escolha de novos presidentes, no Brasil e na Argentina, a valorização da integração regional passou claramente a condição de agenda primordial. O vórtice das negociações com a ALCA e o notório discurso panlatino das novas forças políticas, a propor mais Mercosul, parecem expressar raro momento de consenso sincero entre Brasília e Buenos Aires.

A conjunção de vontades, sem a qual a integração econômica é apenas um discurso confuso, ganha, no cenário das expectativas comuns, um prodigioso aliado: fruto do conluio de acasos em que se tem constituído a cotação das moedas periféricas, pressas fáceis do capital volátil, curiosamente Brasil e Argentina se vêem diante de uma paridade cambial de fato. Após tantas peripécias internas e um período de claro isolamento e má coordenação bilateral, peso e real valem a mesma coisa, trocados na relação de um por um, o que beneficia substancialmente o comércio intrabloco, plasma de toda integração e política de blocos econômicos.

Em contexto particularmente alvissareiro, retornam à voga as recorrentes propostas de criação de uma moeda e de um parlamento comuns para o Mercosul. Ora, todos sabemos que a moeda comum é atributo de mercados comuns, a pressupor coordenação de políticas macroeconômicas, instituições supranacionais, harmonização legislativa e tantas outras coisas superiores que nem somos e nem temos. Porém, das lições da desvalorização do real ficou a imponderável lição: países que pretendem viver de forma integrada carecem de instrumentos

de coordenação política e econômica, independentemente do grau e do aprofundamento pretendidos.

Tanto zonas de livre comércio, como uniões aduaneiras ou mercados comuns não podem prescindir de certo índice mínimo de interação e, fatalmente, interdependência. Não podemos, entretanto, pelos limites do possível, dispor de uma moeda comum. Brasil e Argentina estão muito distantes de poderem renunciar ao exercício de política monetária como atributo nacional, decorrente da transferência de soberania que a criação de moedas supranacionais requer. No Brasil, inclusive, discutimos com gravidade e liturgia a concessão de independência ao Banco Central, a demonstrar o hermetismo e a delicadeza do tema em nossa cultura política. Não fossem os aspectos políticos, há todo um complexo jurídico e constitucional impeditivo à adoção de moeda comum, com a acepção que se dá ao euro.

Quanto à proposta de criação de um parlamento comum, a questão é, todavia, mais hermética. Desdobra-se em emaranhado de obstáculos, preponderantemente constitucionais, que impediriam, não só no Brasil, a existência de instância legislativa comum, mais além da já existente Comissão Parlamentar Conjunta, CPMC, com as suas seções nacionais.

Instituída desde a primeira hora do Mercosul, no Tratado de Assunção, de 26 de março de 1991, mas sem funções claras a justificarem sua existência, a CPMC pairava no último artigo do documento, de maneira desconexa e ineficaz. Foi o Protocolo de Ouro Preto, de 17 de dezembro de 1994, que buscou resolver seu dilema *pirandelliano* – uma instituição em busca de uma função – definindo-a já em seu art. 1º como órgão estrutural, com atribuição de enviar recomendações ao Conselho Mercado Comum, CMC, e ainda, no art. 25, exortando a aceleração dos procedimentos internos de incorporação normativa.

Divorciada do processo decisório, e assolada por notória crise de identidade insti-

tucional, a CPCM tem, em meio às suas vicissitudes, servido como único fórum disponível para um debate franco e questionador *vis-à-vis* o Mercosul oficial, fora da hermélica *mercocracia* dos Poderes Executivos, distantes da vida das pessoas e da vida das empresas. Maria Cláudia Drummond (2003, p. A3) afirma, com propriedade:

“[...] é inegável a importância de que se reveste a incorporação de normas no direito interno dos Estados-membros. Mas à Comissão deveria caber uma função que contribuísse para a democratização e transparência do processo decisório, e não meramente a de trabalhar pela aprovação parlamentar de acordos já firmados pelo Poder Executivo, como uma bancada que se dedicasse a supervisionar a tramitação, nos respectivos Congressos Nacionais, daquilo que já foi decidido”.

É indubitável que as leis de um bloco econômico, assim como as leis de um país, correspondem a componente basilar de seu desenvolvimento. Um ordenamento jurídico claro, compreensível e estável, gozando de vigência efetiva, constitui o mais eficaz atrativo para os investimentos internos e externos. As comunidades econômicas devem ser comunidades de leis, e não um conluio de casuísmos pontuais e imprevisíveis, o voluntarismo tradicional das relações entre Estados. Aí reside a importância fundamental de suas instituições legislativas, provedoras da legitimidade democrática, que é indissociável à idéia de construção política da lei e da estabilidade institucional.

A recente história da União Européia demonstra, de forma bastante didática, quanto difícil é sustentar um processo de tomada de decisões que se afaste do velho assembleísmo republicano, com todos os seus vícios e virtudes. No início, totalmente segregado do aparato decisório comunitário, da elaboração dos Regulamentos e Diretivas, o Parlamento Europeu, surgido como conglomerado de delegações nacionais, passou, paulatinamente, a agregar poderes, embora

não se possa ainda afirmar ser uma instituição legislativa, na acepção iluminista da idéia.

Contando com 627 *eurodeputados* eleitos desde 1979 pelo sufrágio universal e direto, e sediado simbolicamente na fronteira franco-alemã, em Estrasburgo, onde se realizam reuniões plenárias mensais, o Parlamento Europeu pode se reunir também em Bruxelas, junto às autoridades executivas. Pelo tratado da União Européia, Tratado de Maastricht, de 7 de fevereiro de 1992, avançou-se na concessão de poderes à instituição, a única a reunir-se com portas abertas, permitindo-lhe uma série de prerrogativas inéditas. A propósito, Yves DOUTRIAUX e Cristian LEQUESNE (1995, p. 63) asseveraram que se trata de:

“[...] *un pouvoir de délibération en voies d’élargissement. Le Parlement – depuis son projet d’Union Européenne, de février de 1984, baptisé Projet Spinelli, du nom de son auteur – revendique un statut de législateur partagé avec le Conseil de Ministres; dans cette conception, le Parlement européen représenterait les peuples tandis que le Conseil de Ministres – à l’instar du Sénat des États Unis – représenterait les États au sein de la fédération européenne. A ce stade, l’équilibre interinstitutionnel reconnaît au Parlement qu’un pouvoir limite de délibération élargi cependant par le Traité de Maastricht, qui a établi un pouvoir dit de ‘codécision’ pour certaines matières [...]*”.

Carlos Eduardo Caputo BASTOS (2002, p. 49), ao comentar a fórmula eleitoral adotada para a escolha dos membros do Parlamento Europeu, lembra que

“[...]o sufrágio universal, com o qual se vêm escolhendo os eurodeputados, confere legitimidade popular à instituição. Porém, a mera existência de um Parlamento eleito diretamente, com clareza, não basta para responder à exigência fundamental de uma constituição democrática, nos termos da qual todos os poderes de Estado deri-

vem do povo. É necessário, ademais, que se atente para a crucial questão da organicidade das instâncias de poder, com transparência no processo decisório e representatividade nos órgãos responsáveis pela adoção e implementação de tais decisões”.

Para responder ao inescusável déficit democrático que se verifica, a doutrina europeísta costuma lembrar que o Parlamento comunitário, fortalecido com novos aportes institucionais, passou a dispor de poder de co-decisão; forma elegante, convenhamos, de se reconhecer a limitação de poderes inerente à instituição, continuando a não decidir *in pectore*. O europeísmo acadêmico lembra, ainda, ser fundamental considerar a distinção entre a função legislativa de *potestas*, da qual o Parlamento disporia de forma mitigada, e a função de *autoritas*, da qual usufrui desmedidamente. Bem a propósito, Joël RIDEAU (1999, p. 310) afirma que

*“le Parlement européen exerçait traditionnellement un rôle consultatif dans l’élaboration des actes communautaires et ne possédait donc pas de pouvoir législatif dans le système communautaire. L’évolution a modifié l’exercice du pouvoir budgétaire et le Parlement s’est vu reconnaître un pouvoir de codécision, avec le pouvoir voter la décharge à la Commission [...]. La démission globale de la Commission européenne dans la nuit de 15 au 16 mars 1999, faisant suite au rapport défavorable adopté, a modifié l’équilibre institutionnel, en renforçant le poids politique du Parlement”.*

A criação de uma instituição de natureza legislativa, na estrutura formal do Mercosul, com maiores atribuições do que aquelas concernentes à atual Comissão Parlamentar, pressupõe ingentes mudanças em nossos países, não somente de direito constitucional material, mas, sobretudo, de cultura política e, conseqüentemente, de cultura jurídica. Elaborar uma reforma no bojo do Mercosul-legislativo, com alguma substância, implica árduo trabalho prévio de ade-

quação constitucional, permitindo *insights* de supranacionalidade. Isso quer significar a adoção de tratamento constitucional receptivo à possibilidade de cessão de soberania a órgãos supranacionais, o que não deve ser tomado como heresia, pois se trata de delegação concedida “se e quando” o Estado desejar. A Grã-Bretanha é, nesse sentido, exemplo lapidar. Para aderir às Comunidades Européias, em 1972, firmando o Tratado de Roma, os ingleses foram obrigados a rever o princípio constitucional costumeiro e ancestral da *Supremacy of Parliament*, ao adotar uma legislação escrita, sem forma ou figura de *common law*, mas nem por isso menos eficiente<sup>2</sup>.

Ao especular-se, tecnicamente, sobre o que seria um Parlamento do Mercosul, algumas perguntas básicas devem ser respondidas: qual seria sua composição, qual seria sua estrutura e qual seria sua competência? Como todas as respostas devem estar balizadas pelos direitos constitucionais dos “sócios de Assunção”, desde logo se constata o exíguo espaço para se criar uma instituição que, atendendo construtivamente às perguntas enunciadas, não esteja irremediavelmente eivada de inconstitucionalidade.

João Ricardo Carvalho de SOUSA (2002), nas conclusões de sua palestra para o *IV Curso Regional OEA-Mercosul*, na INTERLEGIS, em 29 de agosto de 2002, asseverou a respeito do que aqui discutimos:

*“[...] a primeira ação é a aprovação de emendas às Constituições do Brasil, do Paraguai e do Uruguai, para que seja inserida, no texto constitucional destes países, a possibilidade de transferência do exercício de poderes soberanos para os órgãos integrantes da estrutura do Mercosul. Para a efetivação dos respectivos processos legislativos de emenda constitucional é preciso, em razão de limites materiais ou formais do poder constituinte derivado de cada um desses Estados, que sejam as alterações aprovadas por plebiscito (caso brasileiro) ou por re-*

ferendo (no caso do Paraguai e do Uruguai). A segunda ação de nível governamental consiste na assinatura de tratado[...] que altere o processo legislativo, ampliando a participação do Parlamento do Mercosul na produção das normas de direito derivado”.

Parecem ser essas também as conclusões exaradas por Francisco Pedro JUCÁ (2002), em recente obra publicada, *Parlamento do Mercosul: alterações necessárias à Constituição Brasileira de 1988*. Diz o autor:

“A solução que se propõe é do estabelecimento de um regime constitucional especial para as normas relativas ao Mercosul, inclusive prevendo a possibilidade de cessão ou transferência de soberania, condicionadas a plebiscito, autorizando, e, ainda, estabelecendo controle prévio de constitucionalidade para esses tratados”.

A opção política intergovernamental adotada para a criação do Mercosul e de todo seu arcabouço jurídico, sob medida para a realidade latino-americana, sempre presidencialista e ciosa de suas conquistas soberanas, não contempla a possibilidade de instituições supranacionais; supranacionalidade, vale dizer, em que as decisões deixam de ser tomadas por consenso e unanimidade, direito internacional público clássico, passando a valer a decisão da maioria dos países-sócios, com a transferência ou cessão de soberania à “alta-autoridade”, expressão cunhada pelo direito comunitário europeu.

A conveniência e oportunidade de contarmos com um Parlamento do Mercosul dizem respeito à variável de política externa alheia ao campo de especulação do labor jurídico. Não somos mais a América Latina do Tratado de Assunção, é certo, mas estamos ainda muito distantes da temperatura e pressão de Bruxelas. De toda sorte, incumbe ao jurista lembrar que todos os compromissos internacionais, como aqueles que criam blocos regionais ou comunidades econômicas, surgem necessariamente do trata-

do, instrumento por excelência do direito internacional público. O “Parlamento do Mercosul” (a expressão não é boa, pois parlamento em presidencialismos é, no mínimo, um truísmo jornalístico), se houver, dar-se-á por meio de tratado. A ALCA e todas as demais opções de compromisso externo, se houver, dar-se-ão, da mesma forma, pela obrigação internacional. Logo, mesmo antes das adaptações constitucionais apontadas pela comunidade acadêmica, das românticas especulações sobre direito originário e direito derivado no Mercosul, urge resolver-se, no Brasil, o dilema básico da hierarquia constitucional dos tratados, sem o que restaremos paralisados em face dos limites pétreos de nossa Lei Maior; para afinal sabermos, investidores, parceiros comerciais, acadêmicos, todos enfim, qual o efetivo valor do tratado, sempre em potencial conflito com as demais normas brasileiras, constitucionais e infraconstitucionais.

A par das especulações acadêmicas voltadas à adesão a instâncias supranacionais, juízes, cortes, parlamentos, moedas e direito derivado, decorrentes de blocos econômicos mais aprofundados e do paradigma europeu, na ausência de previsão constitucional sobre a ordem de prelação do tratado no direito interno brasileiro, pouco de concreto, afinal, resta-nos por fazer.

#### Notas

<sup>1</sup> Membro da Câmara dos Lordes, no julgamento do caso *H. P. Balmer Ltda. versus Bollinger S.A.*, 1974, C.401 (apud STEINER. & WOODS).

<sup>2</sup> O direito inglês foi obrigado a prodígios de criatividade e incomum desprendimento para viabilizar a adesão do Reino Unido às, então, Comunidades Européias. Para tal propósito, o *Europeans Communities Act*, de 17 de outubro de 1972, estabeleceu, em seu art. 2 (1), que “*All such rights, powers, liabilities, obligations and restrictions from time to time created or arising by or under the Treaties, and all such remedies and procedures from time to time provided by or under Treaties, or as in accordance with Treaties, are without further enactment to be given legal effect or used in the U.K. shall be recognised and available in law, and be enforced, allowed and followed accor-*

*dingly [...]”*. Assim concebeu-se uma fórmula de compromisso entre o ancestral dualismo britânico e as necessidades da integração. Nos termos de seu art. 2 (1), *supra*, por meio de um ato do Parlamento, incorporava-se não só o direito comunitário então existente, como ainda conformava-se uma espécie de adesão antecipada às normativas comunitárias futuras, sem precedentes em qualquer ordenamento jurídico ou mesmo na lógica jurídica, concedendo efetiva “carta branca” à Comissão Europeia para legislar à *outrance*.

### *Bibliografia*

BASTOS, C. E. C. et al. A união europeia e o direito eleitoral. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 155, p. 49, jul./set. 2002.

DOUTRIAUX, Y.; LEQUESNE, C. *Les institution de l'union euopéene*. Paris: La Documentation Française, 1995.

DRUMMOND, M. C. O parlamento do Mercosul. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, p. A3, 25 maio 2003.

JUCÁ, F. P. *Parlamento do Mercosul: alterações necessárias à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: LTr, 2002.

MARTINS, E. C. de R. ...Ninguém nasce em um vazio de história... *Correio Braziliense*, Brasília, 14 nov. 1995. Estudos, p. 38.

RIDEAU, J. *Droit institutionnel de l'union et des communautés européennes*. Paris: Librairie Général de Droit et de Jurisprudence LGDJ, 1999.

SOUSA, J. R. C. de. Seminário de alto nível sobre modernización parlamentaria. In: CURSO REGIONAL MERCOSUR SOBRE EL PODER LEGISLATIVO EM LA DEMOCRACIA Y EN LA INTEGRACION, 4., 2002, Brasília. *Anais...* Brasília: Senado Federal, 29 ago. 2002.

STEINER, J.; WOODS, J. *Textbook on EC law*. London: Blakstone, [1997].

# O Parlamento de Portugal\*

Jorge Miranda

## Sumário

1. O regime constitucional português. 2. A constituição actual. 3. O Parlamento ao longo do constitucionalismo português. 4. As competências do actual Parlamento. 5. O mandato parlamentar e a organização da Assembléia da República. 6. Os Deputados. 7. Os grupos parlamentares. 8. Parlamento, Deputados e partidos.

### *1. O regime constitucional português*

I – O Estado português remonta a 1140 e vem como entidade independente em continuidade histórica nunca interrompida (mesmo quando houve entre 1580 e 1640 uma união pessoal com a Coroa espanhola) até aos nossos dias. Neste largo período sucederam-se diferentes formas políticas, desde a monarquia tradicional à república democrática.

Na Idade Média, havia em Portugal, assim como noutros países europeus, assembleias estamentais, as *Cortes* (semelhantes aos Parlamentos, aos Estados Gerais ou às Dietas), e que integravam, a partir de 1254, quer a nobreza e o clero quer procuradores dos municípios. E os seus momentos áureos viriam a ser 1385 e 1640 (em que elegeram e aclamaram, respectivamente, o próprio Rei). Com o absolutismo deixaram, porém, de ser convocadas.

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

\*Texto em português europeu.

Em 1820, com a primeira revolução liberal vitoriosa, abrir-se-ia caminho ao constitucionalismo moderno. Em vez de *Leis Fundamentais do Reino*, de base consuetudinária, passar-se-ia a Constituições escritas de tipo francês. E com estas surgiria um Parlamento assente no princípio da representação política, na linha de Burke e dos grandes políticos e juristas do século XVIII, com Deputados que representam toda a colectividade e não apenas quem os designa.

Mas implantada essa ideia, a instituição parlamentar viria a conhecer múltiplas vicissitudes – as vicissitudes correspondentes às da conturbada história do País durante os séculos XIX e XX.

II – Como não podia deixar de ser, existe uma relação constante entre história política<sup>1</sup> e história constitucional portuguesa<sup>2</sup>.

Por um lado, aqui como por toda a parte, são os factos decisivos da história política que, directa ou indirectamente, provocam o aparecimento das Constituições, a sua modificação ou a sua queda. Por outro lado, contudo, as Constituições, na medida em que consubstanciam ou condicionam certo sistema político e na medida em que se repercutem no sistema jurídico e social vêm a ser elas próprias, igualmente, geradoras de novos factos políticos.

Daí que, sem se confundirem as perspectivas peculiares de uma e outra, seja possível e necessário considerar a experiência constitucional portuguesa a partir de três grandes períodos: o período das Constituições liberais, o da Constituição de 1933 e o da Constituição de 1976.

A *época liberal* vai de 1820 a 1926. Durante ela sucedem-se quatro Constituições – de 1822, de 1826, de 1838 e de 1911 que se repartem por diferentes vigências; há duas efémeras restaurações do antigo regime; e passa-se da monarquia à república. E, a distância, as principais diferenças entre essas Constituições (relativas aos poderes recíprocos do Rei ou Presidente e do Parlamento e à forma de eleição deste) parecem bem me-

nores do que aquilo que as une (a separação de poderes e os direitos individuais).

Vem a seguir, entre 1926 e 1974, a quase obnubilação do Estado constitucional, representativo e de Direito ou, doutro prisma, a pretensão de se erguer um constitucionalismo diferente, um “Estado Novo”, um constitucionalismo corporativo e autoritário. Eis o período da Constituição de 1933 (apesar de tudo, uma Constituição, ao contrário do que se passou em Itália, Alemanha e Espanha), cujo despontar não surpreende no paralelo com a situação europeia dos anos 20 e 30, mas cuja longa duração não se afigura facilmente explicável.

Com a revolução de 1974, entra-se na época actual, muito recente e já muito rica de acontecimentos, ideologias e contrastes sociais e políticos – em que se consolida um regime democrático pluralista com garantia dos direitos, liberdades e garantias e afirmação de direitos económicos, sociais e culturais. A Constituição de 1976, resultante dessa revolução, significa, em primeiro lugar, o termo daquele interregno e, depois, a abertura para horizontes e aspirações de Estado social e de Estado de Direito democrático. E só nesta altura pode falar-se em *constitucionalismo democrático*, porque só agora está consignado o sufrágio universal.

## 2. A Constituição actual

I – A Constituição de 1976 é a mais vasta e a mais complexa de todas as Constituições portuguesas – por receber os efeitos do denso e heterogéneo processo político do tempo da sua formação, por aglutinar contributos de partidos e forças sociais em luta, por beber em diversas internacionais ideológicas e por reflectir a anterior experiência constitucional do país<sup>3</sup>.

Ela tem como grandes fundamentos a democracia representativa e a liberdade política. Admitiria, no entanto, a subsistência até à primeira revisão constitucional (efectuada em 1982) de um órgão de soberania composto por militares, o Conselho da

Revolução. Por outro lado, consignaria as grandes reformas de fundo que (de direito ou de facto) se efectuaram nos dois anos de revolução e apontaria para um objectivo de transformação social a atingir, a que, primeiro, chamaria “transição para o socialismo” e, mais tarde, “democracia económica, social e cultural”.

É uma Constituição-garantia e, simultaneamente, uma Constituição prospectiva. Tendo em conta o regime autoritário derrubado em 1974 e o que foram as tentativas de tomada de poder pelos comunistas em 1975, é uma Constituição muito preocupada com os direitos fundamentais dos cidadãos e dos trabalhadores e com a divisão do poder. Mas, surgida em ambiente de repulsa do passado próximo e em que tudo parecia possível, procura vivificar e enriquecer o conteúdo da democracia, multiplicando as manifestações de igualdade efectiva, participação, intervenção, socialização, numa visão ampla e não sem alguns ingredientes de utopia.

Constituição pós-revolucionária, a Constituição de 1976 é também uma Constituição compromissória – tal como outras o têm sido em análogas circunstâncias quer em Portugal quer no estrangeiro (assim, Weimar e Bona, as Constituições espanholas de 1931 e 1978, as francesas de 1946 e 1958, a italiana de 1947 ou a brasileira de 1988). Ela traduz um compromisso – um “compromisso histórico” –, de resto, menos desejado pelos partidos do que imposto pelas circunstâncias e pelo estado das forças políticas e sociais em presença.

II – O carácter compromissório da Constituição está patente em cada uma das suas quatro partes.

Assim, o tratamento dos direitos fundamentais assenta na consagração simultânea dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais, numa dicotomia com proeminência dos primeiros (como é próprio do Estado social de Direito).

A organização económica desenvolve-se: 1º) através da coexistência (concorrencial

ou conflitual, como se queira) de três sectores de propriedade dos meios de produção – público, cooperativo e privado (ou, depois da revisão constitucional de 1989, sectores público, privado e cooperativo e social); 2º) através da coordenação entre mercado (definido em termos de “equilibrada concorrência entre as empresas”) e plano democrático; 3º) através da tensão entre o reconhecimento da iniciativa privada e a participação dos trabalhadores.

A organização política, por seu turno, consiste em três grandes relações: 1ª) entre unidade do Estado, por uma banda, e autonomia político-administrativa dos Açores e da Madeira e poder local, por outra banda; 2ª) entre democracia representativa e democracia participativa; 3ª) entre Presidente da República e Assembleia da República, um e outro baseados no sufrágio universal e directo, no âmbito de um sistema de governo semipresidencial ou misto.

Finalmente, a fiscalização da constitucionalidade abrange todos os tipos possíveis – de acções e de omissões, abstracta e concreta, preventiva e sucessiva, concentrada e difusa – e cabe aos tribunais e a órgãos concentrados (entre 1976 e 1982, Conselho da Revolução e Comissão Constitucional, e após 1982, Tribunal Constitucional).

A Lei Fundamental de 1976 não é só isto, mas é primordialmente isto. E as cinco revisões que teve até agora não afectaram este quadro.

III – O compromisso constitucional foi múltiplo e diversificado, não se reduziu a um enlace entre apenas quaisquer dois princípios.

Por outro lado, para além da influência de diversas correntes ideológicas, a comparação permite descobrir afinidades com Constituições diversas de países estrangeiros. As regras gerais sobre direitos, liberdades e garantias em parte reproduzem as que constam da Constituição alemã de 1949. São as Constituições italiana e alemã, ambas do pós-guerra e do pós-fascismo, que mais se aproximam da nossa na enumera-

ção dos direitos, liberdades e garantias. Contudo, nos direitos económicos, sociais e culturais toma-se palpável alguma semelhança com Constituições da Europa oriental dos anos 70. A institucionalização dos partidos tem paralelo nas Constituições italiana, alemã federal e francesa, entre outras. A concepção do Presidente da República e das relações entre Governo e Parlamento vem dos países de parlamentarismo racionalizado e de semipresidencialismo. O Provedor de Justiça equivale ao *Ombudsman* nórdico. As autonomias regionais estão na esteira da Constituição italiana.

Não pouco abundantes, muito naturalmente, se bem que menos fortes no plano das opções de fundo, são os traços das Constituições portuguesas anteriores que perduram. A Constituição de 1976 restaura a legalidade democrática, reafirma a democracia política (liberal, pluralista), reabre o Parlamento, mas não repõe a ordem liberal individualista; o seu intervencionismo social e económico, mesmo se de rumo oposto, só pode cotejar-se com o da Constituição de 1933; e não faltam os institutos que ou vindos de longe ou vindos de 1933 são recebidos ou consagrados.

IV – Mas a Constituição de 1976 ostenta algumas marcas de originalidade (ou de relativa originalidade):

- Não só no dualismo complexo das liberdades e garantias e de direitos económicos, sociais e culturais mas também no enlace entre eles;

- Na constitucionalização de novos direitos e na vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias;

- Na recepção formal da Declaração Universal dos Direitos do Homem enquanto critério de interpretação e integração das normas sobre direitos fundamentais;

- Na perspectiva universalista traduzida no princípio da equiparação de direitos de portugueses e estrangeiros, nas garantias da extradição e

da expulsão, na previsão do estatuto de refugiado político e, após 1982, na assunção do respeito dos direitos do homem como princípio geral das relações internacionais;

- No apelo à participação dos cidadãos, associações e grupos diversos nos procedimentos legislativos e administrativos;

- No tratamento sistemático prestado às eleições, aos partidos, aos grupos parlamentares e ao direito de oposição;

- Na redobrada preocupação com os mecanismos de controlo recíproco dos órgãos de poder e na constitucionalização do *Ombudsman* (o Provedor de Justiça);

- Na coexistência de semipresidencialismo a nível de Estado, sistema de governo parlamentar a nível de regiões autónomas e sistema directorial a nível de municípios;

- No sistema de fiscalização da constitucionalidade, com as quatro vias referidas, e no carácter misto de fiscalização concreta, com competência de decisão de todos os tribunais e recurso, possível ou necessário, para a Comissão Constitucional, primeiro, e depois para o Tribunal Constitucional.

Os constituintes pretenderam ainda construir uma organização económica muito original, conjugando o princípio da apropriação colectiva dos principais meios de produção, um socialismo autogestionário e a iniciativa privada. A realidade do país, as revisões constitucionais e a integração comunitária viriam mostrar que só poderia subsistir se entendida como economia mista ou pluralista, algo diferente, mas não oposta ao modelo de Estado social europeu.

### 3. O Parlamento ao longo do constitucionalismo português

I – A primeira assembleia política em sentido moderno que houve em Portugal foi

a Assembleia Constituinte de 1821/1822, que tomou o nome de “Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa”<sup>4</sup>. Era uma assembleia com Deputados eleitos não só em Portugal como também em todos os territórios portugueses de fora da Europa, designadamente no Brasil; e, além de constituinte, era também legislativa, tendo pois assumido a plenitude dos poderes do Estado.

A Constituição de 1822, no seguimento dessa mesma Assembleia, criaria um Parlamento unicameral, eleito por sufrágio directo e tendencialmente universal, admitindo-se, inclusive, direito de voto dos analfabetos.

Já a Carta Constitucional de 1826 – que, depois do interregno absolutista da Vilafrancada, sucedeu à Constituição de 1822 – estabelecia, ao lado da Câmara dos Deputados eleita por sufrágio indirecto (passando a directo após o Acto Adicional de 1852), uma Câmara dos Pares, eminentemente aristocrática, composta por pares hereditários e pares vitalícios nomeados pelo Rei.

Em 1837/1838, voltariam a reunir-se Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes, igualmente com poder constituinte e legislativo. E a Constituição delas saída manteria o bicameralismo, mas alteraria a composição das Câmaras: a Câmara dos Deputados passaria a ser eleita por sufrágio directo, do mesmo passo que era criada uma Câmara dos Senadores, e ambas eram baseadas no sufrágio censitário.

A Constituição de 1911 resultaria também de uma Assembleia Constituinte e iria criar, de novo, um Parlamento bicameral (chamado Congresso da República, por influência da Constituição brasileira de 1891).

Haveria uma Câmara dos Deputados e um Senado, uma e outra Câmaras eleitas por sufrágio directo, mas não por sufrágio universal. Este Senado seria modificado por Sidónio Pais, na sua efémera ditadura de 1917-1918, numa linha de representação pré-corporativa, nele integrando, a par dos representantes dos distritos, representantes das profissões.

II – Com a Revolução de 1926, durante nove anos, Portugal não teria nenhuma assembleia política, pois a Assembleia Nacional, prevista na Constituição de 1933, só entraria em funcionamento em 1935.

Eleita ainda por sufrágio directo e não universal, a Assembleia Nacional subsistiria sempre, com composição monocolor e homogénea, sem quaisquer Deputados da oposição, quer devido aos constrangimentos do regime autoritário, quer devido ao sistema eleitoral de representação maioritária. De resto os seus poderes jurídicos seriam também sempre limitados.

Havia, igualmente, uma Câmara Corporativa, em parte baseada no sufrágio corporativo. Mas era um órgão meramente consultivo, embora, em termos práticos e nalguns momentos, tivesse assumido maior importância política do que a Assembleia Nacional, por nela estarem representados certos interesses sociais cujos sujeitos exerciam verdadeira pressão sobre o poder político.

III – Com a Revolução de 1974, foi convocada uma Assembleia Constituinte. Eleita um ano depois exactamente, teria o duplo significado histórico de primeira assembleia portuguesa baseada no sufrágio universal e de assembleia cuja eleição radicalizaria, finalmente, entre nós – como se disse já – o princípio da legitimidade democrática.

Ao invés do que sucedera nas três Assembleias Constituintes anteriores, esta Assembleia era apenas constituinte, não tinha poder legislativo, nem a sua composição política tinha de se reflectir no Governo Provisório. Assim estabeleceu a Lei nº 3/74, de 14 de Maio (a lei constitucional transitória), porventura por receio de concentração de poderes e de medidas demagógicas (o que, afinal, viria a dar-se em 1975, mas por obra dos órgãos revolucionários, não da Assembleia).

Contudo, porque dotada de poder constituinte, juridicamente nada impediria a Assembleia de revogar aquela Lei nº 3/74; e, se não o fez, no contexto histórico que se conhece, ela não deixou de assumir – a partir do seu regimento – a discussão de pro-

blemas do país no período de antes da ordem do dia e a faculdade de fazer requerimentos ao Governo sobre questões de interesse público; e não viria a ser pequena a importância desta intervenção política na conjuntura em que o país então vivia.

A Assembleia Constituinte prefiguraria a Assembleia da República, unicameral, que a Constituição de 1976 viria a instituir. Prefigurá-la-ia no modo de eleições, no número de Deputados e nas regras de organização e funcionamento. Tal como o Direito eleitoral, também o vigente Direito parlamentar português tem aí a sua origem.

#### 4. *As competências do actual Parlamento*

I – A Constituição divide as competências da Assembleia da República em político-legislativa (arts. 161º, 164º e 165º), de fiscalização (art. 162º) e quanto a outros órgãos (art. 163º)<sup>5</sup>.

Afigura-se, porém, mais elucidativo distinguir não três, mas quatro grandes áreas de funções: funções de decisão normativa ou legislativas, funções de dinamização das instituições, funções de orientação política e funções de controlo político.

II – As competências ou funções de decisão normativa ou legislativas *lato sensu* podem ser analisadas do seguinte modo:

– Competências de legislação constitucional e de legislação ordinária;

– E nas competências de legislação ordinária:

a) Competências legislativas directas ou independentes e competências legislativas indirectas ou por conexão;

b) Competências legislativas genéricas e competências legislativas específicas;

c) Competências legislativas reservadas e competências legislativas não reservadas ou concorrenciais.

III – A competência de legislação constitucional traduz-se na aprovação de leis de revisão constitucional.

Só a Assembleia da República pode fazer estas leis e questões a elas pertinentes estão excluídas do âmbito do referendo político vinculativo a nível nacional criado em 1989 (por receio de tendências plebiscitárias, até porque a Constituição autoritária de 1933 tinha sido aprovada por referendo proposto por Salazar).

IV – As competências legislativas directas ou independentes traduzem-se na feitura de leis ordinárias, como tais, imediatamente, pela Assembleia.

As competências indirectas ou por conexão podem ser prévias e subsequentes. No primeiro caso, o Parlamento vota leis de autorizações legislativas ao Governo ou às assembleias legislativas regionais. Na segunda hipótese, aprecia, para efeito de suspensão, de cessação de vigência ou de alteração, quaisquer decretos-leis do Governo (salvo os respeitantes à própria organização e ao funcionamento interno deste) e decretos legislativos regionais emanados ao abrigo de autorizações legislativas.

V – As competências legislativas genéricas abrangem quaisquer matérias.

As competências legislativas específicas dizem respeito a matérias que, por razões históricas, ou de maior relevância ou de confluência com outras funções, aparecem autonomizadas: estatutos político-administrativos das regiões autónomas, amnistias e perdões genéricos; e de certo modo, grandes opções dos planos de desenvolvimento económico e social, orçamento, realização de empréstimos e outras operações de crédito, limites aos avales.

VI – As competências legislativas reservadas podem ser de reserva absoluta e de reserva relativa.

Na reserva legislativa absoluta entram as matérias correspondentes a competências legislativas específicas e certas matérias tidas como mais importantes ou substancialmente constitucionais. Aqui só o Parlamento legisla.

Na reserva relativa entram outras matérias, igualmente tidas por importantes,

mas em que se admite que o Governo também legisle observados certos requisitos e limites.

VII – As funções de dinamização das instituições incluem:

- Testemunhar a posse do Presidente da República;

- Tomar a iniciativa do processo contra o Presidente da República por crimes cometidos no exercício das suas funções;

- Decidir sobre a detenção ou a prisão ou sobre a suspensão de membros do Governo para efeito de efectivação da responsabilidade criminal;

- Eleger, segundo o sistema de representação proporcional, cinco membros do Conselho de Estado, cinco membros da Alta Autoridade para a Comunicação Social e os membros do Conselho Superior do Ministério Público que lhe competir designar;

- Eleger, por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções, dez dos juizes do Tribunal Constitucional, o Provedor de Justiça, o Presidente do Conselho Económico e Social, sete vogais do Conselho Superior da Magistratura e os membros de outros órgãos constitucionais que lhe competir designar.

VIII – As funções de orientação política compreendem:

- Aprovar as leis das grandes opções dos planos de desenvolvimento económico e social;

- Aprovar o orçamento;

- Aprovar os tratados, bem como os acordos internacionais que versem matérias da sua competência reservada ou que o Governo entende submeter à sua apreciação;

- Propor ao Presidente da República a sujeição a referendo de questões de relevante interesse nacional;

- Autorizar e confirmar a declaração do estado de sítio e do estado de emergência;

- Autorizar o Presidente da República a declarar a guerra e a fazer a paz;

- Pronunciar-se, nos termos da lei, sobre as matérias pendentes de decisão com órgãos no âmbito da União Europeia que incidam na esfera da sua competência legislativa reservada.

IX – Funções de controlo político são:

a) Relativamente a outros órgãos :

- Dar assentimento à ausência do Presidente da República do território nacional;

- Apreciar o programa do Governo e, sendo caso disso, votar moções de rejeição;

- Votar moções de confiança e de censura ao Governo;

- Pronunciar-se sobre a dissolução dos órgãos de governo próprio das regiões autónomas (arts. 163º, alínea g) e 234º).

b) Relativamente a actos e actividades:

- Vigiar pelo cumprimento da Constituição e das leis e apreciar os actos do Governo e da Administração<sup>6</sup>;

- Apreciar, para efeito de suspensão, de cessação de vigência ou de alteração, decretos-leis do Governo e decretos legislativos regionais;

- Tomar anualmente as contas do Estado e das demais entidades públicas;

- Apreciar os relatórios de execução, anuais e finais, dos planos;

- Acompanhar e apreciar a participação de Portugal no processo de construção da União Europeia;

- Acompanhar, nos termos da lei e do Regimento, o envolvimento de contingentes militares portugueses no estrangeiro;

- Apreciar a aplicação da declaração do estado de sítio e do estado de emergência.

X – O Parlamento tem exercido estas competências de acordo com as circunstâncias, com relevo maior para as competências legislativas e as de orientação e de controlo político. A sua efectiva autonomia dos Deputados tem sido, contudo, menor em face do peso determinante dos aparelhos dos partidos<sup>7</sup>.

### 5. *O mandato parlamentar e a organização da Assembleia da República*

I – O Parlamento português é eleito de quatro em quatro anos; pode ser dissolvido pelo Presidente da República, ouvido o Conselho de Estado e os partidos nela representados (mas não pode haver dissolução em estado de sítio ou de emergência, nos primeiros seis meses após eleições gerais ou nos últimos seis meses do mandato presidencial).

Ao contrário do que sucede na Grã-Bretanha, o Primeiro-Ministro não tem aí nenhum poder de iniciativa ou de decisão. O poder pertence ao Presidente da República e essa é uma das diferenças entre o sistema português e o sistema parlamentar.

Realizadas eleições, a Assembleia reúne por direito próprio no terceiro dia posterior ao apuramento dos seus resultados gerais ou, tratando-se de eleições por termo de legislatura, se aquele dia recair antes do termo desta, no primeiro dia da legislatura subsequente.

II – Legislatura corresponde ao tempo de quatro anos entre, em princípio, duas eleições. Em caso de dissolução, a Assembleia então eleita inicia nova legislatura.

Esse tempo, chamado *legislatura*, divide-se em outras tantas *sessões legislativas*, cada uma das quais com a duração de um ano e início em 15 de Setembro.

O período normal de funcionamento da Assembleia decorre de 15 de Setembro a 15 de Junho, sem prejuízo das suspensões que ela deliberar por maioria de dois terços dos Deputados.

A Assembleia pode ainda também funcionar por deliberação do Plenário, prorrogando esse período; bem como por iniciativa da Comissão Permanente ou, na impossibilidade desta e em caso de emergência, por iniciativa de mais de metade dos Deputados; e pode ainda ser convocada extraordinariamente pelo Presidente da República para se ocupar de assuntos específicos.

As comissões podem funcionar independentemente do funcionamento do Plenário, mediante deliberação deste.

III – A Assembleia da República é um órgão complexo, um órgão de órgãos, um órgão que, para efeitos funcionais, desdobra-se em vários órgãos.

Mas há que distinguir os órgãos mediante os quais a Assembleia exerce as suas competências institucionais e materiais, praticando actos imputáveis ao Estado; e os órgãos internos, confinados a poderes e a actos somente com incidência no funcionamento interno da Assembleia nos termos do regimento.

Os primeiros são a Assembleia em Plenário, ou o Plenário; a Comissão Permanente, como seu órgão de substituição; e as comissões.

Os segundos são o Presidente, a Mesa e a Conferência dos Representantes dos Grupos Parlamentares.

IV – O Presidente, além de órgão da Assembleia, é órgão constitucional *a se*, visto que:

- Assegura a substituição interina do Presidente da República;
- Tem poder de iniciativa da fiscalização sucessiva da constitucionalidade e da legalidade de normas jurídicas.

E o respectivo titular faz parte do Conselho de Estado.

V – A Assembleia da República tem as comissões previstas no seu regimento e pode constituir comissões eventuais de inquérito ou para qualquer outro fim determinado (cf. MIRANDA, 2000, p. 33 et seq.).

A composição das comissões deve reflectir – como corolário da regra da representa-

tividade democrática – as relações de voto dos partidos na Assembleia. A indicação dos seus membros cabe aos respectivos grupos parlamentares, faz-se pela legislatura.

Os membros do Governo podem participar nos trabalhos das comissões, a solicitação destas ou por sua iniciativa.

VI – Se o período de funcionamento da Assembleia da República pode considerar-se relativamente longo, isso não significa que se consiga, durante esse tempo, obter o tratamento de todas as questões que se quer submeter ao Plenário.

O problema da fixação da ordem do dia revela-se – em Portugal, como aliás na maior parte dos países – um problema político de extrema importância, a que as normas constitucionais e regimentais em vigor até agora não têm dado resposta satisfatória<sup>8</sup>. Já quanto à organização dos debates, o regimento, especialmente após a sua última revisão, representa um bom progresso.

Ao Presidente da Assembleia compete fixar a ordem do dia, de acordo com certos critérios formais e materiais.

Antes da fixação da ordem do dia, o Presidente ouve, a título indicativo, a conferência dos representantes dos grupos parlamentares – na qual cada um tem um número de votos igual ao número de Deputados que representa. Na falta de consenso, a conferência pronuncia-se por maioria, estando representada a maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções. Admite-se ainda recurso para o Plenário, que delibera em definitivo.

Domina, pois, a regra da maioria, imposta pelo princípio democrático – a maioria parlamentar determina, directa ou indirectamente, a ordem do dia – embora atenuada por duas outras regras: pela definição regimental de prioridades de matérias; e pela atribuição a cada grupo parlamentar do direito de determinação de certo número de reuniões, ressaltando-se sempre a posição dos partidos minoritários ou não representados no Governo.

Por outro lado, são marcadas reuniões em que os membros do Governo vêm responder a perguntas e pedidos de esclarecimento de Deputados, formulados oralmente ou por escrito, as quais se realizarão com a periodicidade mínima fixada no regimento e em data a estabelecer por acordo com o Governo. Porém, como as perguntas são previamente anunciadas, o seu impacto não tem comparação com o que se verifica na Câmara dos Comuns.

## 6. Os Deputados

I – No Estado contemporâneo, primeiro sob a veste do governo representativo clássico, depois sob a feição democrática, Deputado é o nome constitucional ou convencional atribuído a cada um dos membros do Parlamento ou, no caso de se adoptar o bicameralismo, o nome atribuído a cada um dos membros da primeira câmara ou câmara *baixa*.

Em Portugal, nas Cortes tradicionais (como já se disse), havia os procuradores dos concelhos, dos quais recebiam poderes para defender as prerrogativas e imunidades dos povos perante o Rei e os outros estados. Outra é, porém, a denominação que surge após a revolução liberal: nas Cortes Gerais, Extraordinárias e Constituintes de 1821 e 1822 os seus membros vão agora chamar-se Deputados e será essa a denominação que, constante das Bases da Constituição aprovadas em 9 de Março de 1821, irá perdurar.

Muito significativamente diz o art. 32º da Constituição de 1822:

A Nação Portuguesa é representada em Cortes, isto é, no ajuntamento dos Deputados, que a mesma Nação para esse fim elege com respeito à povoação de todo o território Português.

E o art. 94º acrescentava:

Cada Deputado é procurador e representante de toda a Nação, e não o é somente da divisão que o elege.

Em suma, com a mudança de nome não se trata simplesmente de capricho verbal, mas de uma diferença profunda entre a na-

tureza e as atribuições dos antigos procuradores e as que a partir de agora vão assumir os Deputados.

Implícita ou explicitamente (art. 1º do Acto Adicional à Carta de 1885, art. 7º, § 1º, da Constituição de 1911, arts. 150º, hoje 147º, e 152º, da Constituição de 1976), as Constituições posteriores irão consagrar o mesmo princípio.

II – A Assembleia da República tem o mínimo de 180 e o máximo de 230 Deputados, nos termos da lei eleitoral (art. 148º, da Constituição, no texto actual).

O número de Deputados por cada círculo plurinominal do território nacional, exceptuando o círculo nacional quando exista, é proporcional ao número de cidadãos eleitores nele inscritos (art. 149º, nº 2). É uma lógica decorrência do princípio da igualdade política dos cidadãos. Com os actuais 230 Deputados<sup>9</sup>, 226 Deputados são eleitos no território nacional – por círculos correspondentes aos distritos continentais e às regiões autónomas – e 4 eleitos fora dele – em dois círculos.

III – O sistema eleitoral é proporcional.

Segundo a Constituição, na sua última versão, os Deputados são eleitos por círculos eleitorais geograficamente definidos na lei, a qual pode determinar a existência de círculos plurinominais e uninominais, bem como a respectiva natureza e complementaridade, por a assegurar o sistema de representação proporcional e o método da média mais alta de HONDT na conversão dos votos em número de mandatos.

Apesar de parecer apontar-se assim para um sistema de representação proporcional personalizado à semelhança do alemão e do neozelandês, até agora a eleição tem-se feito sempre por círculos plurinominais, de dimensão variável consoante o número de eleitores; e, como alguns destes elegem poucos Deputados, a proporcionalidade aí pouco se efectiva<sup>10</sup>.

IV – O mandato dos Deputados inicia-se com a primeira sessão da Assembleia da República após eleições e cessa com a pri-

meira reunião após as eleições subsequentes (art. 153º, nº 1). É a regra geral de início e termo colectivos do mandato.

E pode haver início e termo individuais, durante a legislatura, em consequência de vicissitudes várias: início, quando o Deputado venha preencher, nos termos da lei eleitoral (art. 153º, nº 2), a vaga aberta por outro Deputado; e cessação, quando além da morte e da impossibilidade física ou psíquica permanente, o Deputado renuncie ao mandato ou o perca por qualquer das causas tipificadas na Constituição.

V – A perda do mandato só pode dar-se nos casos previstos na Constituição (art. 160º, nº 1):

a) Verificação de alguma das incapacidades (eleitorais) ou incompatibilidades previstas na lei;

b) Não comparência na Assembleia ou falta de assiduidade, excedendo-se o número de faltas estabelecido no Regimento;

c) Inscrição em partido diverso daquele por que o Deputado se tenha apresentado a sufrágio;

d) Condenação por crime de responsabilidade no exercício da sua função ou por participação em organizações racistas ou que perfilhem a ideologia fascista.

As três últimas hipóteses correspondem a sanções<sup>11</sup>.

VI – Os poderes dos Deputados no exercício do seu mandato são fundamentalmente de duas grandes classes: poderes de *dinamização* da competência constitucional da Assembleia e poderes de *participação* nos seus trabalhos.

Os mais importantes são os da primeira espécie, pois são eles que revelam a medida de autonomia de que dispõem a Assembleia e cada um dos seus membros relativamente aos outros órgãos, em particular relativamente ao Governo.

Quanto aos poderes de participação na actividade parlamentar, eles não são simplesmente instrumentais em face dos pode-

res de dinamização. Têm valor em si, porque são eles que permitem à Assembleia – órgão colegial e órgão representativo, no pleno sentido destas expressões – funcionar e deliberar. Mesmo que a iniciativa das leis e de outros actos estivesse subtraída ao Parlamento, estes poderes teriam, pois, de ser sempre dados aos seus membros.

Os poderes de dinamização traduzem-se, por um lado, em iniciativa de actos ou de deliberações da Assembleia:

- Iniciativa de alterações à Constituição;
- Iniciativa de abertura de revisão constitucional extraordinária;
- Iniciativa de lei;
- Iniciativa de proposta de referendo;
- Iniciativa de apreciação parlamentar de decretos-leis e de decretos legislativos regionais autorizados;
- Iniciativa de candidaturas a cargos exteriores à Assembleia;
- Iniciativa de inquéritos parlamentares;
- Iniciativa de moções de censura ao Governo;
- Iniciativa de apreciação preventiva da constitucionalidade de normas constantes de decretos para serem promulgados como leis orgânicas;
- Iniciativa de apreciação sucessiva da constitucionalidade e da legalidade de quaisquer normas;
- Iniciativa de processo para efectivação da responsabilidade criminal do Presidente da República;
- Iniciativa de votos de congratulação, protesto, saudação e pesar;
- Iniciativa de alterações ao regimento.

E compreendem, por outro lado, poderes de fiscalização:

- Fazer perguntas ao Governo sobre quaisquer actos deste ou da Administração Pública e obter repostas em prazo razoável, salvo o disposto na lei em matéria de segredo de Estado;

- Requerer e obter do Governo ou dos órgãos de qualquer entidade pública os elementos, informações e publicações oficiais que considerem úteis para o exercício do seu mandato.

Os poderes de participação consistem em, entre outros:

- Usar da palavra para, entre outros fins, apresentar projectos de lei, participar em debates e fazer perguntas ao Governo, não podendo nenhum Deputado presente deixar de votar sem prejuízo do direito de abstenção e não sendo admitido o voto por procuração ou por correspondência;
- Eleger os titulares de cargos de designação da Assembleia e os titulares de órgãos internos da Assembleia;
- Requerer a urgência do processamento de qualquer projecto de lei ou de resolução;
- Propor a constituição de comissões eventuais;
- Interpor recurso para o Plenário das decisões do Presidente sobre a fixação da ordem do dia e sobre a admissão de qualquer projecto ou proposta de lei ou de resolução;
- Interpor recurso para o Tribunal Constitucional relativamente a eleições realizadas na Assembleia.

VII – Os Deputados gozam de imunidades, que se desdobram em *irresponsabilidade* civil, criminal e disciplinar dos Deputados pelos votos e opiniões que emitirem no exercício das suas funções e em *inviolabilidade* ou não sujeição dos Deputados a detenção, prisão ou procedimento criminal por quaisquer outros actos, salvo nos casos especificados na Constituição e com as formalidades nela previstas.

Com origem no Parlamento britânico, constam, em Portugal, de todas as Constituições, em maior ou menor grau.

As fórmulas respeitantes à irresponsabilidade e à inviolabilidade são sensivelmente idênticas em todas as Constituições. No caso português, apenas a Constituição

de 1933 – em consonância com a natureza autoritária do regime – abre desvios quanto a difamação calúnia e injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime e quanto a opiniões “contrárias à existência de Portugal como Estado independente” ou de incitamento “à subversão violenta da ordem política e social” (§§ 1º e 2º, do art. 89º).

Já no concernente à inviolabilidade (ou garantia reforçada de liberdade pessoal) se observa alguma variação, correspondente à evolução das regras de processo penal.

O mesmo se verifica ao longo da vigência da Constituição actual, em que tem permanecido intocado o preceito respeitante à irresponsabilidade (nº 1 do art. 160º, hoje 157º), em contraste com as alterações sofridas pelos preceitos relativos à inviolabilidade em 1982, 1989 e 1997 (cf. GOMES, 1998).

### 7. *Os grupos parlamentares*

I – O aparecimento dos grupos parlamentares é coevo do Parlamento moderno, quer em Inglaterra após 1689, quer no resto da Europa a seguir à Revolução Francesa.

Assembleia simultaneamente unitária pela referência globalizante à comunidade política e pluralista de opiniões e interesses, o Parlamento tende a dividir-se em grupos, contrapostos entre si; só o monolitismo dos regimes autoritários ou totalitários impedirá a sua constituição ou a sua manifestação.

No plano da realidade constitucional, os grupos parlamentares são (a par das comissões eleitorais) uma das vias de formação dos partidos políticos; precedem, pois, os partidos. Pelo contrário, no plano da Constituição formal, é por os partidos no séc. XX se institucionalizarem que adquirem relevância os correspondentes grupos parlamentares; aqui, os partidos precedem os grupos, têm nestes uma sua expressão.

Durante o constitucionalismo liberal não terá sido muito nítido o significado dos grupos parlamentares em Portugal: nem admira que assim tenha sido, em face da fragilidade das instituições e da pouca es-

truturação dos partidos. Muito menos eles se conceberiam na fase autoritária de 1926 a 1974, com uma Assembleia Nacional toda ocupada por Deputados do regime.

Seria apenas depois de 1975, na Assembleia Constituinte e na Assembleia da República, que se conheceriam verdadeiros grupos parlamentares, idênticos aos dos demais países ocidentais e com estatuto bastante avançado.

II – Os Deputados à Assembleia da República eleitos por cada partido ou coligação de partidos podem constituir-se em grupos parlamentares. E isto significa que:

a) Grupo parlamentar requer pluralidade de Deputados (embora não mais de dois, ao contrário do que se verifica noutros países, onde se exige um número superior);

b) A constituição de um grupo parlamentar é uma faculdade, não uma necessidade ;

c) Cada Deputado somente pode pertencer a um grupo;

d) A cada partido há-de corresponder um só grupo (o que veda o desdobramento do grupo parlamentar do mesmo partido);

e) e) cada grupo parlamentar há-de corresponder um só partido, não podendo haver grupos mistos de Deputados de diversos partidos.

III – Os grupos parlamentares são órgãos dos respectivos partidos por mediatizarem a participação destes na Assembleia, mas exactamente por isso não são órgãos da Assembleia.

Não são equiparáveis ao Presidente, às comissões ou (se existissem) às secções como expressões da vontade da Assembleia.

A regra é, antes, da concorrência pluralista dos grupos: eles são, com os Deputados, os sujeitos internos da actividade parlamentar, os elementos que dinamizam a competência da Assembleia. Órgão auxiliar do Presidente apenas poderá ser a atrás referida conferência dos presidentes dos grupos parlamentares, não os grupos.

## 8. *Parlamento, Deputados e partidos*

I – Adopte-se a representação proporcional ou a maioritária, reserve-se ou não aos partidos o exclusivo da apresentação de candidaturas, em todos os países democráticos são os Deputados eleitos por partidos que ocupam a totalidade ou a quase totalidade dos lugares dos Parlamentos. E, ainda que em círculos uninominais como em Inglaterra o contacto eleitor-deputado seja muito mais forte do que aquele que pode dar-se em círculos plurinominais com sufrágio por lista como sucede em Portugal, mesmo ali os Deputados aparecem enquadrados por organizações partidárias tal como, em contrapartida, não deixa nunca de ser relevante o factor pessoal na escolha dos candidatos e na sua colocação nas listas nos países de representação proporcional.

Que relação deve haver, porém, entre Deputados e partidos? Qual o grau de autonomia de cada Deputado enquanto membro do Parlamento? Como inserir os Deputados eleitos pelos diversos partidos uns em face dos outros, formando todos uma mesma câmara? E como proceder em caso de conflito?

II – Uma tese radical tenderia a afirmar que a representação política se converteu em representação partidária, que o mandato verdadeiramente é conferido aos partidos e não aos Deputados e que os sujeitos da acção parlamentar acabam por ser não os Deputados, mas os partidos ou quem aja em nome destes. Por conseguinte, deveriam ser os órgãos dos partidos a decidir, com maior ou menor democraticidade ou com maior ou menor centralismo democrático, sobre as orientações de voto dos Deputados, sujeitos estes a uma obrigação de fidelidade a que não poderiam escusar-se senão em casos-limite de consciência.

Esta concepção ignora que, embora propostos pelos partidos, os Deputados são eleitos por todos os cidadãos e não apenas pelos militantes ou pelas bases activistas dos

partidos, que juridicamente representam todo o povo. Levada às últimas consequências, com as comissões políticas ou os secretariados, exteriores ao Parlamento, a dizer como os Deputados deveriam votar, essa concepção transformaria a assembleia política em câmara corporativa de partidos e retirar-lhe-ia a própria qualidade de órgão de soberania, por afinal deixar de ter capacidade de livre decisão. Somente regimes totalitários ou partidos totalitários, e não aqueles que se reclamam da democracia representativa e pluralista, a poderiam, aliás, adoptar: porque, se a democracia assenta na liberdade política e na participação, como admitir que nos órgãos dela mais expressivos, os Parlamentos, os Deputados, ficassem privados de uma e outra coisa?

O entendimento mais correcto, dentro do espírito do sistema, parece dever ser outro. A representação política hoje não pode deixar de estar ligada aos partidos, mas não converte os Deputados em meros porta-vozes dos seus aparelhos. Pode dizer-se que o mandato parlamentar é (salvo em situações marginais) conferido tanto aos Deputados como aos partidos; não é aceitável substituir a representação dos eleitores através dos eleitos pela representação através dos dirigentes partidários, seja qual for o modo por que estes são escolhidos. E, se em partidos fortemente ideológicos correspondentes a bem identificadas minorias políticas como os colocados em extremos do espectro político, não será muito grande o desfasamento entre eleitores e militantes, já nos restantes partidos ele será acentuado; e cabe perguntar se os Deputados eleitos pelas listas de um partido estão mais vinculados aos militantes do que aos cidadãos eleitores, ou se têm mais base de apoio os órgãos representativos de menos de 100.000 cidadãos<sup>12</sup> ou os Deputados votados por um milhão.

Dando como certo o carácter bivalente da representação política, é preciso procurar o enlace, o ponto de encontro específico dos Deputados e partidos. Ora, esse enlace não pode ser senão o que oferecem os gru-

pos parlamentares como conjuntos dos Deputados eleitos pelos diversos partidos. São os grupos parlamentares que exercem as faculdades de que depende a actuação dos partidos nas assembleias políticas e só eles têm legitimidade democrática para deliberar sobre o sentido do seu exercício, não quaisquer outras instâncias ou centros de decisão extraparlamentares. E por aqui se afastam quer uma pura concepção individualista, vendo o Deputado isolado ou desinserido de uma estrutura colectiva, quer uma pura concepção partitocrática em que os homens dos aparelhos ou as bases se sobrepussem aos Deputados e aos seus eleitores.

Nem se excluem, assim, os corolários mais importantes do regime de eleição mediatizada pelos partidos, designadamente quanto à disciplina de voto ou à perda de mandato do Deputado que mudar de partido. Pelo contrário, coloca-os à sua verdadeira luz que em sistema democrático, só pode ser a da liberdade e da responsabilidade políticas. Pois, se os grupos parlamentares implicam uma avançada institucionalização dos partidos, são, ao mesmo tempo, um anteparo ou um reduto da autonomia individual e colectiva dos Deputados – dos Deputados que, por serem eles a deliberar, mais obrigados ficam a votar, salvo objecção de consciência, conforme a maioria se pronunciar.

Que, não obstante, possam surgir divergências entre os grupos parlamentares e outros órgãos dos partidos, não se exclui *a priori*. Mas serão concretas e pontuais e não degenerarão em conflitos, desde que se verifiquem autenticidade na vida interna dos partidos e constante diálogo (eventualmente, por meio de comissões mistas ou de reuniões alargadas) e desde que os principais dirigentes partidários sejam também Deputados – como deverão ser, se quiserem prestigiar a instituição parlamentar – e participem nos trabalhos dos grupos parlamentares. Só um partido em crise conhecerá oposição permanente entre o partido e o partido parlamentar.

III – É esta maneira de encarar o mandato dos Deputados a que melhor se harmoniza com as regras que sobre o assunto, directa ou indirectamente, constam da Constituição portuguesa.

A representação do povo conferida aos Deputados está patente na definição da Assembleia como assembleia representativa de todos os cidadãos portugueses (art. 147º) e no princípio de que os Deputados representam todo o país e não os círculos por que são eleitos (art. 152º, nº 2). Daí o seu estatuto como titulares de um órgão de soberania (arts. 153º et seq.), e não como comissários ou funcionários dos partidos.

Por outra parte, sem esquecer a regra da apresentação de candidaturas só pelos partidos (citado art. 151º, nº 1), como a Constituição autoriza a existência de Deputados não inscritos em nenhum partido – quer porque desde logo assim tenham sido propostos como candidatos (art. 151º, nº 1), quer porque, tendo saído do partido por que foram eleitos, não tenham entrado para outro [art. 160º, nº 1, alínea c)] – ressalta a distinção entre a função dos partidos e a dos Deputados e concede-se mesmo que, em caso de ruptura, o Deputado prevalece sobre o partido (se bem que outras razões possam impor a renúncia ao mandato). Tampouco têm os partidos qualquer meio de substituir os Deputados durante a legislatura: tal substituição faz-se nos termos da lei eleitoral e, quando temporária, é um direito dos Deputados, e não dos partidos (art. 153º, nº 2).

Sem os Deputados e os grupos parlamentares os partidos não podem agir no Parlamento. Todavia, a prática não tem salvaguardado plenamente a liberdade de acção dos Deputados e dos grupos, num Parlamento crescentemente dominado pelos partidos (cf. CRUZ; ANTUNES, 1989, p. 351 et seq.).

#### Notas

<sup>1</sup> Sobre a história política contemporânea portuguesa, ver, em geral, Oliveira MARQUES (1973); História de Portugal (1935); Veríssimo SERRÃO

(1984–1990); José MATTOSO, (1993– 1994); e ainda SERRÃO (1975–).

<sup>2</sup> Sobre a história constitucional, ver, entre tantos, Lopes PRAÇA (1884); José Alberto dos REIS (1908, p. 21 et seq.); Marnoco e SOUSA (19- -?, p. 367 et seq.); Fezas VITAL (1936–1937 p. 334 et seq.); José Carlos MOREIRA (1958, p. 161 et seq.); Marcello CAETANO (1972–1978); Miguel Galvão TELES (19- -?, p. 1504 et seq.); Christian DU SAUSSAY (1973); Marcelo Rebelo de SOUSA (1983?, p. 136 et seq.); A. P. Ribeiro dos SANTOS (1990); Jorge MIRANDA (1997, p. 241 et seq.); Gomes CANOTILHO, (2002, p. 107 et seq.).

<sup>3</sup> Conferir, para uma introdução, Giuseppe DE VERGOTTINI (1977); Estudos sobre a Constituição (1977– 1979); Jorge MIRANDA (1978;1997, p. 324 at seq.); Francisco Lucas PIRES (1988); Études de Droit Constitutionnel Franco-Portugais (1990); Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (1991;1993); Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da constituição de 1976 (1996– 1998); Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976 (2001).

Sobre a revolução e a pós-revolução conducente à Constituição, a bibliografia é imensa. Ver, por exemplo, em língua inglesa, Thomas L. BRUNEAU (1984); ou Kenneth MAXWELL (1995).

<sup>4</sup> O nome “Cortes” iria manter-se durante todo o tempo da monarquia constitucional, em homenagem à tradição.

<sup>5</sup> Citamos os artigos na numeração subsequente às revisões constitucionais e com o conteúdo delas resultante. Porém, não são muito significativas, para o que aqui interessa, as diferenças relativamente ao tempo em que Natália Correia foi Deputada.

<sup>6</sup> Conferir, por exemplo, José FONTES (1999).

<sup>7</sup> Conferir, designadamente, Miguel Lobo ANTUNES (1988, p. 77 et seq.); Manuel Braga da CRUZ (1988, p. 97 et seq.); Luís SÁ (1993); Cristina Leston BANDEIRA (2000, p. 175 et seq.).

<sup>8</sup> Sobre a prática, conferir Cristina Leston BANDEIRA (1996, p. 164 et seq.).

<sup>9</sup> Em 1976, eram 263; e após 1979, 250.

<sup>10</sup> Comprovando na prática Douglas W. RAE (1971).

<sup>11</sup> Desde 1997, garante-se recurso para o Tribunal Constitucional de deliberação da Assembleia relativa à perda do mandato.

<sup>12</sup> Os maiores partidos políticos em Portugal não ultrapassam esse número de militantes.

### Bibliografia

ANTUNES, M. L. A assembléia da república e a consolidação da democracia em Portugal. *Análise Social*, [S. l.], v. 24, n. 100, p. 77-95, 1988.

BANDEIRA, C. L. A assembléia da república de 1976 a 1999: da legislação à legitimação. *Análise Social*, [S. l.], p. 175-, 2000.

\_\_\_\_\_. O impacto das maiorias absolutas na actividade e na imagem do parlamento português. *Análise Social*, [S. l.], n. 135, p. 164-, 1996.

BRUNEAU, T. L. *Politics and nationhood: post-revolutionary Portugal*. New York: [s. n.], 1984.

CAETANO, M. *Constituições portuguesas*. Lisboa: Verbo, 1978.

\_\_\_\_\_. *Manual de ciência política e direito constitucional*. 6. ed. rev. e ampl. Lisboa: Coimbra, 1972. 2 v.

CANOTILHO, G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, V. *Constituição da república portuguesa anotada*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, V. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CRUZ, M. B. da.; ANTUNES, M. L. Parlamento, partidos e governo: acerca da institucionalização política. In: *Portugal: o sistema político e constitucional: 1974/1987*. Lisboa: [S. l.], p. 351-, 1989.

\_\_\_\_\_. Sobre o parlamento português: partidari-zação parlamentar e parlamentarização partidária. *Análise Social*, [S. l.], p. 97-, [19—?].

DE VERGOTTINI, G. *Le origini della seconda repubblica portoghese*. Milano: A Giuffrè, 1977.

ESTUDOS sobre a constituição. Lisboa: [s. n.], 1977-1979. 3 v.

ÉTUDES de droit constitutionnel franco-portugais. Paris: [s. n.], 1991.

FONTES, J. *Do contrato parlamentar da administração pública*. [S. l.] : Coimbra, 1999.

GOMES, C. A. *As imunidades parlamentares no direito português*. Coimbra: COI, 1998.

HISTÓRIA de Portugal. [S. l.]: Barcelos, 1935. Com suplementos de 1954 e 1983.

MARQUES, O. *História de Portugal*. Lisboa: [s. n.], 1973. v. 2.

MATTOSO, J. *História de Portugal*. Lisboa: [s. n.], 1993-1994. v. 5-8.

MAXWELL, K. *The making of portuguese democracy*. Cambridge: Cambridge University, 1995.

MIRANDA, J. *A constituição de 1976*. Lisboa: [s. n.], 1978.

- \_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997.
- \_\_\_\_\_. Sobre as comissões parlamentares de inquérito. *Direito e Justiça*, [S. l.], p. 33-, 2000.
- MOREIRA, J. C. *Lições de direito constitucional*. Coimbra: [s. n.], 1958.
- NOS 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976. Lisboa: [s. n.], 2001.
- PERSPECTIVAS constitucionais: nos 20 anos da constituição de 1976. Coimbra: [s. n.], 1996-1998. 3 v.
- PIRES, F. L. *Teoria da constituição de 1976: a transição dualista*. Coimbra: [s. n.], 1988.
- PRAÇA, L. *Coleção de leis e subsídios para o estudo do direito constitucional português*. Coimbra: [s. n.], 1884.
- RAE, D. W. *The political consequences of electoral laws*. New Haven: Yale University, 1971.
- REIS, J. A. dos. *Ciência política e direito constitucional*. Coimbra: [s. n.], 1908.
- SÁ, L. *O lugar da assembleia da república no sistema político*. Lisboa: [s. n.], 1993.
- SANTOS, A. P. R. dos. *A imagem do poder no constitucionalismo português*. Lisboa: [s. n.], 1990.
- SAUSSAY, C. D. *L' évolution constitutionnelle du Portugal contemporain: de la revolution de 1820 à l' estado novo*. Nice: [s. n.], 1973. Tese policopiada.
- SERRÃO, J. V. (Dir.). *Dicionário de história de Portugal*. Porto: Iniciativas Editoriais, 1975-. 8 v. Incluindo suplementos até 2000.
- \_\_\_\_\_. *História de Portugal*. Lisboa: Verbo, 1984-1990. v. 7-12.
- SOUSA, M. e. *Direito político: poderes do Estado*. [S. l.: s. n.], [19—?].
- SOUSA, M. R. de. *Os partidos políticos no direito constitucional português*. Braga: Liv. Cruz, [1983?].
- TELES, M. G. *Constituições portuguesas*. [S. l.]: Verbo, [19—?].
- VITAL, F. *Direito constitucional*. Lisboa: [s. n.], 1936-1937.

# O veto

Controle jurídico do veto presidencial: é possível? É necessário?

Marcos Antônio Striquer Soares

## Sumário

1. Explicações sobre o veto. 2. Veto: ato de natureza executiva ou legislativa. 3. O veto e o presidencialismo. 4. A evolução do veto no presidencialismo. 5. O veto e o presidencialismo no Brasil. 6. Fundamentos do veto: a inconstitucionalidade e o interesse público. 7. Controle jurídico do veto. Conclusões.

### *1. Explicações sobre o veto*

O instituto do veto foi inserido no art. 66 da Constituição de 1988, que apresenta o seguinte texto:

“Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará.

§ 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto.

§ 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.

§ 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção.

Marcos Antônio Striquer Soares é mestre e doutorando em Direito do Estado/Direito Constitucional pela PUC de São Paulo e professor de Direito Constitucional da Universidade Estadual de Londrina, PR.

§ 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Deputados e Senadores, em escrutínio secreto.

§ 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República”.

Segundo Aderson de MENEZES (1999, p. 321),

“o veto, submisso o instituto à semântica da palavra, que vem do verbo latino ‘vetare’ (vedar, proibir, impedir que se faça alguma coisa) e está na primeira pessoa do singular do presente do indicativo, consiste em atribuir-se ao chefe do executivo, por tais ou quais motivos, a competência para opor-se à conclusão da feitura da lei, forçando a respeito nova deliberação legislativa”.

O veto é um ato político, caracterizando-se como instrumento do sistema presidencialista pelo qual o chefe do Poder Executivo discorda de projeto de lei já aprovado na Casa Legislativa. Aposto, a Casa Legislativa deverá fazer um novo exame da matéria, derrubando ou não o veto. “‘Veto’ é o modo de o Chefe do Executivo exprimir sua discordância com o projeto aprovado” (SILVA, 2000, p. 527). Ele deverá ser fundamentado, ou seja, o presidente deverá apresentar as razões que o levaram a discordar do projeto, podendo ser a sua inconstitucionalidade ou razões de interesse público.

A manifestação de discordância do presidente não inviabiliza o projeto de lei. Ele volta para a Casa Legislativa, onde será incluído outro ato no processo de criação da lei, qual seja, a manifestação das Casas, em sessão conjunta, sobre a manutenção ou não do veto.

“O veto pode ser suprido pelo Legislativo, por maioria absoluta de cada uma das Casas reunidas em sessão conjunta, no prazo de trinta dias, contados de seu recebimento pelo Presidente do Senado (art. 66, § 4º). Como

se nota, temos no Brasil o veto relativo e não o absoluto” (BASTOS, 2000, p. 368).

O veto pode ser total ou parcial, conforme recaia sobre todo o projeto ou apenas sobre artigo, parágrafo, inciso ou alínea. Debate relevante para este estudo é a consequência do veto parcial, uma vez que parte do projeto ficará retida no Legislativo e parte poderá ingressar no mundo jurídico.

“O veto total, por abranger todo o projeto, envolve o seu reexame total, como é óbvio. Mas o veto parcial – e nisso está uma particularidade do Direito brasileiro – apenas obriga o reexame da parte vetada, enquanto o restante do projeto, que está sancionado, deve ser promulgado e entra em vigor após a publicação, mesmo antes da reapreciação da parte vetada” (FERREIRA FILHO, 1999, p. 197).

Esse dado é importante na medida em que o Judiciário somente examina a constitucionalidade de lei vigente. A análise do controle do veto deve levar em consideração essa divisão quando da criação da norma, com parte dela entrando em vigor e parte exigindo novos atos do processo legislativo.

A doutrina também tem-se preocupado com a finalidade do veto. Ernesto RODRIGUES (1981, p. 33) aponta algumas encontradas, são elas: a de impedir os excessos e abusos do Congresso (citando Roberto Barcellos MAGALHÃES; MONTESQUIEU); a de aperfeiçoamento do projeto legislativo, forçando o Poder Legislativo a rever ou reconsiderar o projeto de lei ou parte dele (citando Alcino Pinto FALCÃO); a de recurso do Executivo contra as deliberações dos representantes do povo, protegendo o direito individual e coletivo contra as precipitações e abusos do Poder Parlamentar, estabelecendo, para o corpo legislativo, um freio salutar, destinado a resguardar a Nação contra os efeitos das facções, da precipitação ou do impulso contrário ao interesse público e bastante forte para influenciar a maioria do Congresso (citando Carlos MAXIMILIANO).

## 2. Veto: ato de natureza executiva ou legislativa

A doutrina discute se o veto é um ato legislativo, pertencendo, portanto, ao processo legislativo, ou se é um ato executivo. Trazemos à colação, mais uma vez, os esclarecimentos de Aderson de MENEZES (1999, p. 323), para quem o veto tem natureza legislativa, uma vez que a tarefa do poder executivo só começa depois, quando as leis estão perfeitas e acabadas, merecendo por isso execução:

“Para uns, que vêem na sanção a fase final da elaboração da lei e no chefe do executivo um co-legislador, o veto tem feição legislativa, enquadrando-se nesta corrente CASASANTA e MAIER; para outros, que concentram no congresso ou parlamento todas as funções legislativas, o veto tem função executiva, enfileirando-se nesta linha ALECRIM E CARLOS SPARANO, este último ao dizer, sobre o veto, ‘que o presidente não legisla, mas simplesmente pede uma nova deliberação, o que é muito diferente’”.

Segundo Pinto FERREIRA (1992, p. 326), “o veto apareceu historicamente como uma recusa de sanção do Chefe do Poder Executivo a um projeto de lei aprovado pelo Parlamento. Surgiu como um instrumento de defesa do Executivo contra a prepotência da vontade parlamentar”. Ao final de seu estudo, o autor conclui tratar-se de um ato legislativo, pois “ele revela uma decisão de natureza legislativa influenciando negativamente a formação da lei. Sanção e veto são por conseguinte atos de natureza decisória”. Para fundamentar tal conclusão, porém, o autor cita COOLEY:

“Realmente esse poder é legislativo e não executivo, e as questões por este efeito apresentadas àquele magistrado são precisamente as mesmas que as duas câmaras do Congresso devem decidir na aprovação do ‘bill’. Que a lei proposta seja necessária ou

conveniente, que seja constitucional, que seja confeccionada de modo a corresponder ao intento etc., tais são as questões transferidas das duas câmaras do Congresso para o Presidente da República juntamente com o ‘bill’”.

A doutrina brasileira, de um modo geral, inclui o veto entre os atos do processo legislativo. Ele é estudado, entre os autores brasileiros, quando do estudo da elaboração das leis, como um dos atos do processo de sua formação. A própria Constituição pátria incluiu o veto entre os atos do processo legislativo, no art. 66, quando trata do processo legislativo.

Tudo indica que a solução mais adequada está entre aqueles que aceitam o veto como ato legislativo. Como bem asseverado por COOLEY (apud FERREIRA, 1992) (acima transcrito), as duas Câmaras do Congresso transferem para o presidente da República, juntamente com o *bill*, o exame da necessidade ou conveniência, da constitucionalidade e da confecção, entre outras coisas. O presidente participa, portanto, da formação da lei.

Além das explicações já apresentadas, podemos verificar que o veto dá ao presidente não apenas o poder de *impedir* um projeto de lei. Ele exerce esse poder para ajustar a lei que está sendo gerada ao seu programa de governo. É ato pelo qual o presidente interfere positivamente no processo de produção da lei, conforme veremos a seguir, não somente impedindo sua produção.

A circunstância de esse ato apresentar-se como legislativo não o descaracteriza como ato político, pelo contrário. Apenas constatamos tratar-se de um ato político exercido dentro de uma margem de liberdade muito grande. Mas mantendo, sempre, balizas legais, para a sua prática.

## 3. O veto e o presidencialismo

Para entendermos o veto, é fundamental o estudo do presidencialismo. Isso porque não é um instrumento jurídico utilizado ale-

atoriamente pelas diversas Constituições do mundo. Pelo contrário, ele é próprio do presidencialismo:

“Somente na Idade Moderna, o veto passou por transformação para firmar-se como elemento de equilíbrio dos poderes, primeiramente na Inglaterra, que depois o abandonou, caindo o instituto ali em desuso, em 1701, pelo estabelecimento do regime parlamentar. Isto porque ele só se justificava nos regimes em que o executivo não pode intervir na legislação, e em que a lei é feita pelo parlamento sem que o executivo tenha podido participar eficazmente em sua confecção – como assinala MAURICE MAIER, que esclarece: ‘Tal não é o caso no regime parlamentar em que o governo propõe freqüentemente as leis, intervém na discussão, expõe seu ponto de vista, coloca sua responsabilidade em jogo para defender suas idéias, e pode dissolver o parlamento que se mostra in-submisso. A legislação, no regime parlamentar, resulta de colaboração do executivo e do legislativo, e o veto, de fato, vê seu valor fortemente diminuído ou mesmo reduzido a nada” (MENEZES, 1999, p. 320).

O presidencialismo é um sistema de governo em que um sujeito reúne em suas mãos a autoridade de chefe de Estado e de governo. Além disso, essa autoridade tem a sua disposição alguns instrumentos de governo, com os quais acaba tendo uma hegemonia no sistema, em detrimento do Legislativo.

Os elementos característicos do sistema demonstram isso, os quais encontramos em Dalmo de Abreu DALLARI (1991, p. 206-207): *O Presidente da República é Chefe de Estado e Chefe de Governo*; o mesmo órgão unipessoal acumula as duas atribuições, exercendo o papel de vínculo moral do Estado e desempenhando as funções de representação, ao mesmo tempo em que exerce a chefia do poder executivo. *A chefia do Executivo é*

*unipessoal*, ou seja, a responsabilidade pela fixação das diretrizes do poder executivo cabe exclusivamente ao Presidente da República; ele se apóia num corpo de auxiliares diretos, mas esse corpo de auxiliares não compartilha da responsabilidade do presidente pelas decisões. *O Presidente da República é escolhido pelo povo. O Presidente da República é escolhido por um prazo determinado*, pois pouco adiantaria a adoção desse processo se o presidente, uma vez eleito, pudesse permanecer indefinidamente no cargo; isso não passaria de uma forma de monarquia eletiva; para que isso não aconteça, o Chefe do Executivo, no regime presidencial, é eleito por um prazo fixo predeterminado, findo o qual o povo é novamente chamado a escolher um novo governante. *E o Presidente da República tem poder de veto*; para que não houvesse o risco de uma verdadeira ditadura do Legislativo, reduzindo-se o Chefe do Executivo à condição de mero executor automático das leis, foi-lhe concedida a possibilidade de interferir no processo legislativo por meio de veto.

Conjugando esses elementos característicos, percebemos que o chefe do Executivo, no presidencialismo, reúne em suas mãos um conjunto de atribuições tais que o tornam a autoridade máxima dentro do Estado. O fato de exercer o cargo por prazo determinado, de haver uma escolha pelo povo e a possibilidade do veto, tudo reunido na mão da mesma pessoa, responsável pelas diretrizes do Poder Executivo (Executivo unipessoal), faz da autoridade que ocupa o cargo de presidente da República o responsável pelas diretrizes do Estado. Mesmo aquelas diretrizes que dependam de aprovação do Legislativo, pois apesar de passar por apreciação no Congresso, na maioria das vezes o veto é mantido.

Esse conjunto de atribuições, colocado numa Constituição, proporciona à autoridade que o enfeixa conduzir os interesses do Estado. Merece transcrição, aqui, anotação de Sahid MALUF (1990, p. 244): “O Poder Executivo é unipessoal, isto é, o Presi-

dente enfeixa em suas mãos, com exclusividade, a soma total das funções que a Constituição atribui a esse Poder”. Ele não é um ditador, logicamente, pois não pode contrariar a Constituição ou a lei, e a manutenção de suas decisões depende sempre de uma base parlamentar e de aprovação popular (principalmente em razão da reeleição ou, pelo menos, em razão da eleição de um sucessor correligionário). Porém, é ele, chefe do Executivo, a autoridade dotada de maior influência na condução dos negócios do Estado, na atividade governamental.

#### 4. A evolução do veto no presidencialismo

Quando da criação do presidencialismo nos Estados Unidos, o veto destinava-se a manter o equilíbrio entre os Poderes, servindo como freio para os excessos do Legislativo. Conforme Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1995, p. 152), “de fato, o veto parecia ter um caráter secundário aos olhos dos constitucionalistas do século XVIII e XIX. Viam estes nele apenas e tão-somente um instrumento de defesa do Executivo contra a possível prepotência do Parlamento”. O próprio MONTESQUIEU (1979, 2. parte, livro 11, cap. VI) propunha o veto com essas características:

“Se o poder executivo não tem o direito de vetar os empreendimentos do corpo legislativo, este último seria despótico porque, como pode atribuir a si próprio todo o poder que possa imaginar, destruiria todos os demais poderes. (...) O poder executivo deve participar da legislação através do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas. Mas, se o poder legislativo participar da execução, o poder executivo estará igualmente perdido. Se o monarca participasse da legislação pela faculdade de estatuir, não mais haveria liberdade. Porém, como é preciso que ele participe da legislação para se defender,

cumpra que ele aí tome parte pela sua faculdade de impedir”.

Na doutrina nacional, encontramos essa idéia presente em Wilson ACCIOLI (1985, p. 372), para quem, “no sistema presidencial, o Chefe do Executivo, que não dispõe de competência constitucional para dissolver o Congresso, só pode exercer controle sobre este mediante a aplicação do veto”. Num modelo de Estado liberal, o Poder Executivo tinha poucas atribuições. Nesse modelo de Estado mínimo, não se exigia uma intervenção positiva do Executivo. Seu papel era mesmo o de *impedir* os excessos do Legislativo.

Com o advento do Estado social, porém, com o intervencionismo de Estado, o veto passou a ser utilizado como um instrumento de atuação positiva do Executivo na condução dos negócios do Estado. Bernard SCHWARTZ (1966, p. 130), citando CORWIN, esclarece:

“deve-se levar em conta que o poder de veto nem sempre é de natureza simplesmente negativa; constitui também um instrumento positivo para que o Presidente demonstre a sua liderança legislativa. O poder de veto tornou-se assim uma ameaça permanente aos patrocinadores de projetos e tem-se constituído num instrumento de negociação para a elaboração de outros projetos em substituição aos rejeitados. A ameaça da rejeição presidencial contribui às vezes para impedir que o Congresso contrarie os desejos do Executivo”.

Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1999, p. 217-218) comenta as transformações ocorridas do *État-gendarme* no *Welfare State*:

“A mais flagrante das conseqüências dessa mudança de filosofia do Estado foi a extensão das tarefas de que foi este investido, ao mesmo tempo em que se alargava o campo de outras, que já eram suas. Ora, essa extensão foi principalmente uma am-

pliação das tarefas assumidas pelo Executivo. A este é que coube criar e gerir os serviços assistenciais, tomar o leme da vida econômica e financeira, impulsionar e mesmo dirigir os serviços públicos essenciais espalhando ou substituindo a iniciativa privada, fraca ou inexistente. Tudo isso recaiu sobre seus ombros porque sua estrutura concentrada lhe permitia as decisões prontas que nesses campos são necessárias. Paralelamente, a aceleração do intercâmbio internacional, dos meios de comunicação, o surgimento de um sistema universal de relações internacionais estendeu sobremaneira o terreno que já era seu da política estrangeira. (...) Daí resulta que, ainda que o Legislativo conservasse uma preeminência aparente, o centro real do poder político se deslocou para o Executivo. De fato, este se tornou o motor da vida política, a mola do governo”.

O veto deixou de ser apenas um instrumento de limitação do Poder Legislativo e passou a ser um instrumento de atuação positiva do presidente da República na condução dos negócios do Estado. Levado pelo intervencionismo de Estado, o veto fortaleceu enormemente a atuação do chefe do Executivo nos nossos dias.

### *5. O veto e o presidencialismo no Brasil*

No Brasil, especificamente, o chefe do Executivo é uma autoridade ainda mais forte do que normalmente o é num sistema presidencialista. Isso decorre de outras competências a ele atribuídas e também de nossa estrutura constitucional. Em seguida, examinaremos rapidamente esses elementos.

Em primeiro lugar, merece destaque a competência atribuída ao presidente da República para deflagrar o processo legislativo. Isso está fixado nos arts. 60, II, e 61, *caput*, e § 1º da Constituição. O chefe do Exe-

cutivo, no Brasil, tem competência para propor a modificação da estrutura de poder do Estado, apresentando propostas de emendas constitucionais, embora não possa vetar projeto de emenda. Por outro lado, a iniciativa de leis complementares e ordinárias se apresenta como um poderoso instrumento nas mãos do presidente, pelo qual ele pode apresentar ao Congresso Nacional sua proposta de governo, com todos os elementos necessários para levar a bom termo seu projeto. Conjugando a iniciativa de lei com o poder de veto, verificamos uma hegemonia do Executivo, pois ele apresenta sua proposta de governo, por meio da iniciativa de lei, e veta aquelas propostas legislativas que destoem de seu programa de governo.

Outro instrumento poderoso dado ao presidente da República no Brasil é a medida provisória. Essa espécie normativa é própria do parlamentarismo, servindo de instrumento ágil de comunicação entre Legislativo e Executivo, em que não há possibilidade de hegemonia do segundo órgão, pois a verificação da responsabilidade do chefe de governo se dá pelo voto de desconfiança do Parlamento, sem a necessidade de comprovar crime de responsabilidade, como é no presidencialismo. Conjugando a medida provisória com os demais elementos característicos do presidencialismo – mandato com prazo certo, governo unipessoal, mandato popular e também o veto –, temos um presidente ainda mais forte do que normalmente o é nos demais sistemas presidencialistas.

A história recente do Brasil demonstra isso; como exemplo, podemos citar os atos arbitrários praticados por Fernando Collor de Mello logo em seguida a sua posse. Era o primeiro presidente da República eleito depois do regime militar, com a maioria absoluta dos votos válidos, portanto, com larga aprovação popular. Conduziu seu governo com atos de evidente ilegalidade. Entre eles, destaca-se o bloqueio de cruzados, que não foi coibido de imediato pelo Judiciário (acreditado que em boa parte em razão da eleição

popular do autor da medida). O governante deve encontrar seus limites, caso contrário atingirá o arbítrio.

Junte-se a esses dados dois outros elementos que também encontramos no Brasil. A ausência de fidelidade partidária e a distribuição de cargos do órgão Executivo. A existência de cargos de confiança é comum no mundo inteiro, mas no Brasil é um poderoso instrumento de governo. Centraliza-se a decisão nas mãos de uma autoridade responsável (direta ou indiretamente) pela distribuição de muitos cargos. Por outro lado, a ausência de fidelidade faz com que os parlamentares atuem não como membros de um partido político, mas como parlamentares independentes. Somando os dois ingredientes, encontramos no Brasil um “super” presidente da República, dotado de atribuições bastantes para torná-lo, muito além daquilo que normalmente já o é no presidencialismo, o senhor absoluto do governo, das orientações governamentais, dos caminhos do Estado.

#### *6. Fundamentos do veto: a inconstitucionalidade e o interesse público*

Segundo o art. 66, § 1º, da Constituição, o presidente somente poderá apor seu veto em projeto de lei inconstitucional ou contrário ao interesse público.

O veto por interesse público, ou por inconveniência, tem servido para adequar a produção legislativa ao programa de governo proposto pelo Executivo. Isso porque o interesse público do Estado é aquele dito por quem foi eleito pelo povo para propor e desenvolver um programa de governo. Com a competência para apresentar projetos de lei e vetar os projetos com os quais não concorda, o chefe do Executivo, no presidencialismo, tornou-se este sujeito.

Eleito para um mandato por prazo fixo, com programa discutido e votado em eleições populares, chefe de um governo unipessoal, dotado, ainda, de iniciativa de lei,

o presidente da República, no Brasil, é o sujeito que dita os negócios do Estado. O veto por interesse público, nesse ambiente, muito além de controlar os excessos do Legislativo, serve para ajustar a produção legislativa ao programa de governo proposto pelo presidente.

E o veto por inconstitucionalidade destina-se a efetivar um controle da constitucionalidade preventivo, inibindo, também, os excessos do Legislativo. Michel TEMER (1990, p. 43) explica: “A Constituição vigente permite a identificação de ‘controle preventivo e repressivo’. O primeiro (...) destina-se a impedir o ingresso, no sistema, de normas que, em seu projeto, já revelem desconformidade com a Constituição. Esse controle é exercido tanto pelo Legislativo quanto pelo Executivo”. Na seqüência da explicação, o autor ensina que, no Executivo, o controle preventivo ocorre quando do veto presidencial.

Analizando esse controle preventivo, Manoel Gonçalves FERREIRA FILHO (1999, p. 35) é bastante contundente:

“Sem dúvida, grande vantagem haveria em impedir-se de modo absoluto a entrada em vigor de ato inconstitucional. Todavia, a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental”.

Essa crítica de Manoel Gonçalves é confirmada pelas inúmeras normas declaradas inconstitucionais pelo Judiciário brasileiro, deixando claro que o controle da constitucionalidade preventivo, especialmente no Brasil, ganha dimensão política e foge das proposições do direito.

A inconstitucionalidade e o interesse público são fundamentos do veto, mas deve haver motivos para apor-se o veto, seja pelo primeiro, seja pelo segundo fundamento. Assim, “o veto, como manifestação de discordância, há de ser sempre motivado. Isto

porque o Poder Legislativo, produtor último da lei, há de examinar as ‘razões’ que levaram ao veto do Chefe do Executivo para convencer-se delas” (TEMER, 1990, p. 141). “O veto há de ser sempre motivado, a fim de que se conheça as razões que conduziram à discordância, se referentes à inconstitucionalidade ou à falta de interesse público ou até se por ambos os motivos (...) Além disso, o veto é formal, pois deverá ser feito por escrito, juntamente com suas razões” (MORAES, 1999, p. 491).

Podemos ir além de tais argumentos e dizer que o veto, além de apresentar motivo, deve conter motivação. Lucia Valle FIGUEIREDO (2001, p. 174, 181) explica a diferença:

“Constitui-se a motivação na exposição administrativa das razões que levaram à prática do ato. Na explicação das circunstâncias de fato que, ajustadas às hipóteses normativas, determinaram a prática do ato. (...) Podemos conceituar ‘motivo’ como o pressuposto fático, ou acontecimento no mundo fenomênico, que postula, exige ou possibilita a prática do ato”.

Assim, enquanto o motivo é o pressuposto de fato, o acontecimento no mundo real, a motivação traz por escrito as razões que levaram à prática do ato, é a transcrição dessas razões com a narração dos fatos ajustados à hipótese normativa. Dizer que o veto deve ser fundamentado, significa afirmar que ele deve ocorrer em virtude de uma dada realidade, a qual é narrada, justificada, para gerar efeitos jurídicos. Não houvesse motivo nem motivação, o veto não poderia ser controlado legitimamente. A exigência de fundamentos para o veto implica a possibilidade de controle sobre ele. Tanto controle político na Casa Legislativa, quando da análise do veto, como, pelo menos teoricamente, controle jurídico.

Enfim, o poder de veto do chefe do Poder Executivo, então, não é uma autorização livre para que essa autoridade faça o que bem entenda. Devemos ter presente, e cada vez mais claro, que numa democracia não exis-

tem governos irresponsáveis e seus atos não podem ser aleatórios, contrários à lei ou praticados com finalidade diversa da pública.

### 7. Controle jurídico do veto

Falar de controle jurídico do veto é muito perigoso, em razão tanto do costume existente em nosso país, como das manifestações da doutrina, que não vislumbram essa possibilidade. Também não pretendemos estabelecer aqui que esse controle é indispensável. Apenas pretendemos demonstrar que ele é possível, pelo menos sob o aspecto técnico. Porém, a prática indica a inviabilidade do controle, a não ser para os casos de violenta agressão à democracia.

O fato de o veto ser um ato político não inviabiliza o controle jurídico sobre ele. Isso pode ocorrer em razão do art. 5º, XXXV, da Constituição (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) e em razão da supremacia dessa Lei. Como ato político, deverá respeitar limites à sua produção. Assim, não poderá ferir o princípio da legalidade (incluído aí o desvio de poder) e tampouco o princípio da moralidade.

Como bem explica Regis Fernandes de OLIVEIRA (1980, p. 138-139), citando Miguel S. MARIENHOFF e depois DROMI, o regime jurídico do ato político obedece a princípios similares aos do ato administrativo e não podemos chegar ao extremo de entender que devam reger-se por distintos critérios jurídicos. “Do mesmo sentir é Dromi ao afirmar que ‘la causa diferenciador entre las actividades políticas y administrativa, es una cuestión de grado o de intensidad’”.

O ato político (também chamado ato de governo), praticado pelo Poder Executivo, portanto, não nos parece, de fato, ter regime jurídico diferente do ato administrativo. Assim como na esfera do Poder Judiciário uma decisão jurisdicional que reflete na condução dos negócios do Estado não tem forma diferente de uma sentença ou de um acórdão. O ato político, então, podemos apresentar esta

conclusão, tem os mesmos mecanismos de controle encontrados no ato administrativo.

Contudo, considerando que, quando praticado por autoridades do Poder Executivo, o ato político é baixado dentro de uma margem de liberdade muito mais ampla que aquela autorizada ao ato meramente administrativo, entendemos que o ato político praticado pelo chefe do Executivo pressupõe mecanismos de controle mais complexos do que os mecanismos de controle do ato administrativo.

Quanto ao veto, especificamente, encontramos dois grandes problemas para se afirmar a possibilidade de controle judicial dele. O primeiro decorre da existência de um controle político, realizado pelo Congresso Nacional, assim que ele é produzido e antes de o projeto estar pronto como lei. O Congresso examina todos os elementos do veto, formais e materiais, tanto a forma como o conteúdo do ato. Mas não podemos esquecer que se trata de um exame político.

O segundo grande problema é que o veto é um ato de competência daquele que exerce o cargo de presidente da República. “É direito inerente à função e não à pessoa, quando implica interferência na elaboração da lei” (MENEZES, 1999, p. 321). Decorre daí que, mesmo havendo um controle jurídico sobre o veto, declarada a sua nulidade, o máximo que pode acontecer é o retorno do projeto de lei para novo prazo de manifestação do chefe do Executivo, quando ocorrerá sanção ou novo veto, sendo o segundo ato o mais provável.

Assim, parece absurdo falar-se em controle jurídico do veto. Segundo Bernard SCHWARTZ (1966, p. 129), no direito norte-americano, o poder de veto não conhece restrições. O presidente da República tem liberdade para expressar sua vontade de vetar um projeto sem limitações quanto ao mérito da decisão. O presidente, segundo o autor,

“pode aprovar ou vetar um projeto por motivos puramente pessoais. A antiga opinião de que o seu poder de veto devia ser exercido exclusivamente

para impedir qualquer legislação inconstitucional foi definitivamente repudiada. A Constituição faz o veto do Presidente girar em torno da questão de saber se ele aprova o projeto ou não. O termo ‘aprovar’ é bastante amplo para ser empregado em relação com a restrita interpretação de que o Presidente é apenas autorizado a negar a sua assinatura quando o motivo para desaprovação do projeto seja a sua invalidade. Não se pôde encontrar palavra melhor na língua para definir a idéia de aceitar os méritos do projeto”.

Apesar de todos os argumentos apresentados, existem outros favoráveis ao controle do veto. Podemos dizer, em primeiro lugar, que o decurso do prazo previsto para a manifestação do presidente torna o veto nulo, sem que o projeto de lei retorne para nova manifestação do chefe do Executivo. O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou nesse sentido:

EMENTA – Veto – Aposição tardia – Efeitos.

A aposição tardia do veto convalida a lei e cancela a mácula de inconstitucionalidade decorrente da ausência de iniciativa por parte do Executivo.

(STF, Rec. Extr. Nº 34.746, 2ª Turma, Rel. Min. Henrique D’Ávila, in DJU, de 17.4.1961, p. 34)\*.

Por outro lado, devemos observar que a Constituição exige que o veto seja fundamentado (na inconstitucionalidade ou no interesse público). Assim, outra possibilidade de controle jurídico dele é a inexistência, a ausência de fundamentação, portanto, que o torna nulo. Mas, não tendo sido derrubado pelo Congresso, que analisa aspectos materiais e formais do ato, é possível falar-se em controle pelo Judiciário? Entendemos que é o caso de intervenção do Poder Judiciário, apesar da afirmação de ter havido controle político. Caso chegue a uma situação

\* Acórdão citado por Ernesto RODRIGUES (1981, p. 120).

dessa, por certo, o Congresso estará totalmente submisso ao Poder Executivo. O fundamento do veto proporciona o debate político, debate que extrapola as paredes do Congresso, com repercussão social. Mesmo considerando que o projeto de lei volta para manifestação do chefe do Executivo, é preciso declará-lo nulo, proporcionando o debate político, evitando uma concentração ainda maior das competências do nosso já “super” presidente da República. De mais a mais, a autoridade que ocupa o cargo, na oportunidade da nova manifestação, pode ser outra.

De um modo geral, podemos dizer que toda afronta manifesta ao princípio da legalidade (no caso, uma inconstitucionalidade manifesta) contida no veto deve ter como consequência a declaração de nulidade pelo Poder Judiciário. No mínimo, porque existe uma afronta à Constituição que, não sendo sanada, abre as portas para a concentração de poderes nas mãos do presidente, podendo chegar a uma ditadura, o que não é muito difícil em nossa América Latina.

Conclusão mais difícil reside no caso de haver desvio de finalidade ou imoralidade, na prática do ato. Nesses casos, desde que o veto seja declarado nulo, certamente voltará para nova manifestação do chefe do Executivo. Nesse caso, entendemos que o apelo ao Poder Judiciário se justifica pelo perigo de uma ditadura.

É muito fácil aceitar, no direito norteamericano, que o poder de veto não deva sofrer restrições, conforme dito por Bernard SCHWARTZ (1966). Numa democracia bem sedimentada, como a deles, é até estranho pensar que o presidente possa praticar um ato desse porte de modo viciado. Contudo, no Brasil, com fragilidade democrática, onde a história indica o perigo de ditadura e, também, onde as atribuições do presidente indicam uma concentração exagerada de poder nas mãos dessa autoridade, pensar em controle judicial do veto em razão de imoralidade ou desvio de finalidade não nos parece algo tão absurdo. Importa, aqui, a manutenção da democracia.

Mesmo considerando que, depois de declarado nulo o veto por tais fundamentos, o projeto de lei volta possivelmente para manifestação da mesma autoridade que praticou o ato de modo viciado, pensamos que é importante o controle judicial. Pensamos, porém, que isso deva ocorrer em casos extremos e não como regra. A manifestação do Judiciário, aqui, tem função pedagógica. Serve para educar a autoridade e o povo. É lição de democracia que devemos ter em casos extremos.

### *Conclusões*

1– Legitimado nos primeiros modelos de presidencialismo como mecanismo utilizado pelo Executivo para impedir os excessos do Legislativo na produção da lei, o veto passou a ser instrumento de atuação positiva do presidente no processo legislativo. Assim, ele passou a evitar não apenas os excessos do Legislativo como também passou a utilizar o veto para obter a aprovação de um projeto de lei de seu interesse.

2– Conforme a Constituição brasileira, o presidente deve fundamentar o veto em razões de inconstitucionalidade ou de interesse público. O primeiro fundamento proporciona um controle preventivo da constitucionalidade. O segundo, autoriza o presidente a rejeitar projetos impróprios àquilo que ele entende ser interesse público, pois ele foi eleito pelo povo em decorrência de um programa de governo aprovado nas urnas, pelo menos em tese. Daí ser o interesse público aquilo que ele entende adequado ao seu programa de governo, mas deve haver fundamentação.

3– Os fundamentos do veto, contudo, devem ser reais e apresentados por escrito. Essa motivação do veto é que possibilita o debate político no Congresso quando da apreciação do veto. Por outro lado, a motivação também torna possível o seu controle judicial: a) quando não houver motivação, o veto não estará fundamentado, o que contraria a Constituição e o torna nulo; b) quan-

do não existirem no mundo real os motivos que levaram ao veto, ele também é nulo; c) quando o veto for aposto fora do prazo ou por autoridade incompetente, ele também é nulo. Em todos esses casos, é perfeitamente possível falar-se em controle jurídico do veto.

4– O controle jurídico do veto, contudo, é bastante questionável porque o ato presidencial passa, sempre, pelo crivo do Legislativo, órgão de controle dos excessos do chefe do Executivo. Porém, no Brasil, o presidente é uma autoridade que concentra grande número de atribuições e mantém as decisões mais importantes do Estado sob seu comando. Há carência de mecanismos de contenção de seus excessos.

5– O Judiciário é órgão importantíssimo nesse sistema de contenção de excessos do presidente e não pode desprezar esse seu mister. O controle judicial do veto, então, sendo tecnicamente possível, deve ocorrer em casos de abusos extremos, de ilegalidade manifesta. Inclusive quando de ilegalidade por insuficiência ou ausência de motivo ou motivação. Tal controle é necessário como mecanismo de controle do poder pelo poder num Estado em que o Executivo concentra sob seu comando as decisões mais importantes. O controle vem como possibilidade de manutenção da democracia num país de diversas ditaduras, vem como instrumento pedagógico, impondo limites à autoridade e provocando debate popular sobre os fundamentos do veto baixado de forma ilegal.

### Bibliografia

- ACCIOLI, Wilson. *Teoria geral do Estado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Do processo legislativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à constituição brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- MENEZES, Aderson de. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. (Os Pensadores).
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- RODRIGUES, Ernesto. *O veto no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

# Constitucionalização do direito internacional: uma nova forma de alteração da Constituição

Aldir Guedes Soriano

## Sumário

1. Introdução. 2. Formas de alteração da Constituição mencionadas pela doutrina. 2.1. Via legislativa (formal). 2.2. Via interpretativa (material ou informal). 3. Alteração da identidade do sujeito Constitucional. 4. Alterações por meio do processo de constitucionalização do direito internacional. 4.1. Inclusão de tratados internacionais de direitos humanos na CF. 4.2. Prisão civil: exemplo de mutação constitucional. 5. Proposta de classificação das formas de alteração constitucional. 6. Cláusulas pétreas e *jus cogens*. 7. Conclusões.

## 1. Introdução

“É possível que estejamos testemunhando hoje, mais do que uma época de transformações, uma verdadeira transformação de época, com os avanços tecnológicos e nas comunicações. Os grandes desafios de nossos tempos – a proteção do ser humano e do meio ambiente, o desarmamento, a erradicação da pobreza crônica, o desenvolvimento humano, e a superação das disparidades alarmantes entre os países e dentro deles – nos incitam a repensar os próprios fundamentos e princípios do Direito Internacional contemporâneo, com vistas a sua

Aldir Guedes Soriano é advogado no estado de São Paulo.

revitalização, como um verdadeiro direito universal da humanidade.” (...) “Se considerarmos que, há um século atrás, prevaleciam inquestionados o colonialismo, as capitulações, e os tratados impostos pela força, não há como negar que, apesar dos percalços, o Direito Internacional tem se impregnado crescentemente de valores éticos.” (TRINDADE, 2002, p. 1086).

Como é cediço, vivemos em um mundo em transformação. Ademais, não é necessário qualquer esforço para se constatar que as mudanças políticas, econômicas, sociais e culturais estão, cada dia, mais céleres.

O ordenamento jurídico, por conseguinte, deve acompanhar essas mudanças por que passam o mundo e a sociedade. Assim sendo, a Constituição não pode ser um documento estático; ela deve ser dinâmica para amoldar-se às mudanças da realidade fática<sup>1</sup> (cf. BASTOS, 2002, p. 205). Essa necessidade é mais sensível se considerarmos os fenômenos da globalização e da constitucionalização do direito internacional. Destarte, um dos mais prementes desafios do direito no século XXI é o de acompanhar todas as mudanças mundiais. Note-se, a propósito, a perplexidade dos juristas diante das grandes inovações tecnológicas, *verbi gratia*, a problemática advinda da clonagem de embriões humanos e a produção de alimentos transgênicos.

Quando se cuida das mudanças do ordenamento jurídico, não se pode olvidar que o homem é o destinatário final do direito e da justiça. Os grandes desafios do direito contemporâneo exigem, pois, um tratamento que favoreça, em primeiro lugar, a proteção da pessoa humana: a sua vida, a sua dignidade e a sua liberdade. Não se pode falar em progresso social sem a devida consideração à pessoa humana, com todas as suas peculiaridades e necessidades biológicas e espirituais.

A doutrina menciona alguns caminhos através dos quais a Constituição pode ser

alterada: por via legislativa ou via interpretativa.

O presente trabalho tem o escopo de estudar esses caminhos, destacando ainda uma outra possibilidade de mudança, esta levada a efeito pela constitucionalização do direito internacional, em consonância com as novas tendências do Direito Internacional Público e sua universalização e, também, humanização.

A prisão civil por dívida é mencionada no presente estudo como um exemplo de alteração constitucional provocada pela incorporação de tratados internacionais de direitos humanos na Constituição (constitucionalização do direito internacional).

Por fim, apresenta-se, no presente ensaio, uma proposta de classificação das formas de alteração constitucional. Uma grande divisão dessas formas compreende, de um lado, as mudanças observadas no âmbito do direito interno (sentido horizontal), efetuadas pelo Poder Legislativo e pelos intérpretes da Constituição e, de outra banda, aquelas que ocorrem sob a influência do Direito Internacional, com a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos.

## 2. Formas de alteração da Constituição mencionadas pela doutrina

Antes de se abordar as diversas formas de alteração constitucional, convém fazer alguns comentários preliminares.

Em primeiro lugar, cumpre deixar consignado que a terminologia empregada na doutrina é, por vezes, vacilante, quando se trata de alteração da Constituição. Anna Cândida FERRAZ (1986, p. 12) dizia, inclusive, não haver consenso nesse pormenor. A professora observa a utilização das seguintes expressões: processos oblíquos (Campos), processos não formais (Meirelles Teixeira), processos de fato (Pietro Merola Chierchia), revisão informal (J. J. Canotilho) e mudança material (Pinto Ferreira).

O professor José Afonso da SILVA (1997, p. 64) assinala a necessidade de se efetuar a

devida distinção entre mutação constitucional e reforma constitucional. Nessa esteira, a mutação constitucional deve ser reservada aos processos informais de mudança da constituição. A reforma constitucional, por seu turno, deve ser reservada aos processos formais, levados a efeito pelo poder reformador (poder constituinte derivado) (SILVA, 1997, p. 64; FERRAZ, 1986, p. 12; HESSE, 1998, p. 46; CANOTILHO, 2000, p. 1191). Além disso, o termo reforma abarca a emenda e a revisão. Esta, no caso da experiência brasileira, prevista no art. 3º do ADCT, já se consumou, restando apenas aquela como meio de mudança formal da Constituição (SILVA, 1997, p. 64-65).

Na lição de Anna Cândida FERRAZ (1986, p. 12):

“Simplificando a questão terminológica, as expressões processo direto ou processo formal serão usadas para indicar a alteração constitucional produzida por reforma constitucional, obra do Poder Constituinte instituído, em qualquer de suas modalidades ou formas de expressão, e processos indiretos, processos não formais ou processos informais para designar todo e qualquer meio de mudança constitucional não produzida pelas modalidades organizadas de exercício do Poder Constituinte derivado.”

Mesmo as Constituições chamadas rígidas são mutáveis, bastando para isso o cumprimento de certos requisitos, como, por exemplo, um *quorum* mais dificultoso, ao revés daquele reservado às normas infraconstitucionais, que se satisfaz com uma maioria simples. Há, no entanto, um núcleo imutável – são as chamadas cláusulas pétreas, reconhecidas no direito pátrio.

Meirelles TEIXEIRA (1991, p. 106) observa que a garantia da segurança jurídica depende de uma certa estabilidade do ordenamento normativo. Essa estabilidade, no entanto, não implica imutabilidade. Nenhuma Constituição pode ser eterna, “e nem seria possível conceber-se uma Constituição

imutável, frente à realidade social cambiante, com exigências, necessidades e situações sempre novas ou em constante evolução”. Nesse sentido, o saudoso publicista arremata dizendo que “o Direito não é apenas um instrumento de ordem, mas também de progresso social”.

É de se observar ainda que os procedimentos mais complexos e solenes favorecem a tutela das minorias, uma vez que se impede a reforma ilegítima do texto constitucional por uma maioria (DI RUFFIA, 1984, p. 220).

Diferentes concepções acerca da Constituição, no sentido jurídico do termo, foram desenvolvidas a partir do advento do recente fenômeno conhecido como constitucionalismo (fim do século XVIII). Fala-se, nesse particular, em Constituição nos sentidos formal, material e substancial. Ao definir a Constituição material, como aquela integralizada pelos fatores reais de poder presentes na sociedade, LASSALE (2001, p. 23) afirma que a outra (formal) não passa de uma folha de papel. Outrora, os sentidos formal e material da Constituição eram concebidos como realidades distintas e independentes. Contudo, numa visão mais atual, a Constituição formal e a material são duas realidades que se inter-relacionam, como observa o professor Celso Ribeiro BASTOS (2002, p. 205). Assim sendo, com essa nova concepção de Constituição, abre-se a possibilidade de se alterar a Constituição, sem, contudo, alterar o seu texto, à medida que a realidade fática interage com a formal<sup>2</sup>.

Segundo Paulo BONAVIDES (2002, p. 148), para a teoria formal da Constituição, de cunho positivista, conduzida por KELSEN, só seria admissível “a mudança constitucional do texto da Constituição”. Todavia, até mesmo a corrente voluntarista de KELSEN já admitia a interpretação como atividade criadora, capaz de conduzir o intérprete a mais de uma interpretação válida (BASTOS, 2002, p. 263).

Por derradeiro, cumpre assinalar que a Constituição é um sistema aberto de regras

e princípios, como enfatizam os doutrinadores (CANOTILHO; *Celso Ribeiro BASTOS* e outros)<sup>3</sup>. São os princípios que imprimem maior dinamismo às Constituições, permitindo, inclusive, uma interpretação evolutiva. Eles encampam valores que refletem as diversas aspirações de uma sociedade pluralista (BASTOS, 2002, p. 208). Assim, os princípios auxiliam os intérpretes da Constituição na difícil tarefa de se acompanhar a realidade fática.

### 2.1. *Via legislativa (formal)*

A forma mais óbvia pela qual uma Constituição pode ser alterada é aquela levada a efeito pelo Legislativo (poder constituinte originário e derivado). Por essa via, ocorre a substituição ou alteração do texto Constitucional.

Como se sabe, o poder constituinte originário, ilimitado, pode efetuar mudanças mais profundas na ordem jurídica, outorgando ou promulgando uma nova Constituição, de forma que acaba por substituir o antigo regime, juntamente com o seu Documento Maior, que é a Constituição.

Cabe ao poder constituinte derivado efetuar mudanças por meio de emendas ao texto constitucional. As Emendas Constitucionais alteram a literalidade do texto constitucional, “agregando, suprimindo ou alterando um ou alguns de seus preceitos” (BASTOS, 2002, p. 205).

Segundo Peter HÄBERLE (2002, p. 27), o legislador atua como elemento precursor do processo de reforma constitucional, uma vez que ele, ao interpretar a Constituição, acaba possibilitando uma eventual revisão. Por conseguinte, esse caminho depende de uma atividade interpretativa prévia (anterior à emenda do texto).

### 2.2. *Via interpretativa (material ou informal)*

Mediante a via interpretativa, a Constituição é modificada sem que haja alteração no seu texto. Essa idéia parte do princípio de que a interpretação é uma atividade cria-

dora e, também, um ato de vontade (BASTOS, 2002, p. 263-267), já que o intérprete pode escolher os diversos métodos interpretativos disponíveis e chegar a resultados diferentes.

Uma das mais ágeis formas de mutação constitucional é levada a cabo por meio de uma interpretação evolutiva. Esta, assinala Luís Roberto BARROSO (2001, p. 145) – amparado na doutrina de Anna Cândida da Cunha FERRAZ –, “é um processo informal de reforma do texto da Constituição”. “Consiste ela na atribuição de novos conteúdos à norma constitucional, sem modificação do seu teor literal, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes”.

Como observa Celso Ribeiro BASTOS (2002, p. 37, 272), interpretar é atribuir um significado à norma. Não se trata simplesmente de extrair um significado da norma, como se houvesse apenas um sentido possível. Na verdade, é possível imputar mais de um significado válido às normas, porquanto elas são, na maioria das vezes, plurissignificativas ou polissêmicas.

Segundo Michel ROSENFELD (1995, p. 1050), “um texto constitucional escrito é inexoravelmente incompleto e sujeito a múltiplas interpretações plausíveis”. Assim sendo, a escolha de uma dessas interpretações plausíveis ou de um desses significados válidos está vinculada à vontade do intérprete – em consonância com a corrente voluntarista.

Todavia a discricionariedade do intérprete é limitada; ela não pode invadir a competência do legislador, passando por cima da literalidade da norma. Vale aqui lembrar a lição do professor Celso Ribeiro BASTOS (2002, p. 182), para quem “a letra da Constituição é o ponto de partida e limite último do intérprete”. Nesse sentido anota Luís Roberto BARROSO (2001, p. 148), para quem “a interpretação evolutiva, sem reforma da Constituição, há de encontrar limites”: “O primeiro deles é representado pelo

próprio texto, pois a abertura da linguagem constitucional e a polissemia de seus termos não são absolutas, devendo estancar diante de significados mínimos.”

Participam dessa forma de mutação Constitucional todos os intérpretes da Constituição. Meirelles TEIXEIRA (1991, p. 272; MAXIMILIANO, 2000, p. 67 et seq.) enfatiza as interpretações: autêntica (Poder Constituinte), judicial (juízes e Tribunais) e doutrinária (juristas e doutrinadores). As interpretações que emanam dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário são consideradas mais relevantes e com maior potencial cambiante. Contudo não podemos nos descurar da interpretação dos doutrinadores ou cultores do direito. Nessa esteira, Cançado TRINDADE (2002, p. 1109) assinala que “... não é função do jurista simplesmente tomar nota da prática dos Estados, mas sim dizer qual é o direito. E ao jurista está reservado um papel de crucial importância na construção do novo *jus gentium* do século XXI, o direito universal da humanidade”. Ora, o jurista não pode dizer o direito sem antes interpretá-lo. A interpretação doutrinária, nas palavras de Meirelles TEIXEIRA (1991, p. 274), “*não só constrói teorias como ainda dele extrai novos sentidos, adaptando-o à realidade concreta*”. Além dos intérpretes já mencionados, segundo Peter HÄBERLE (2002, p. 24), todos aqueles que vivem a Constituição devem interpretá-la. Assim, também cabe ao povo e à opinião pública o exercício dessa atividade interpretativa.

No processo de concreção da norma constitucional, com o fim de aplicá-la à realidade, ocorre a subsunção do fato à norma. Esse processo não é meramente mecânico (*la mecânica de la subsunción*), como assinala Raúl Canosa USERA (apud BASTOS, 2002, p. 265); não se limita a uma mera aplicação de um silogismo (Norma – Fato = Consequência jurídica). Isso porque não se pode aplicar uma norma sem antes interpretá-la. Ademais, a interpretação evolui com o tempo, à medida que a realidade fática se altera<sup>4</sup>. Assim sendo, alterando-se a realidade fática, altera-se

a interpretação, sem que haja alteração formal do texto constitucional. Trata-se de uma alteração ou mutação constitucional no sentido material.

Além de se atribuir um significado válido à norma, até a obtenção de uma norma de decisão, o intérprete deve cotejar a norma com os diversos princípios constitucionais (princípios gerais de direito e demais princípios constitucionais) e, também, com os postulados hermenêuticos, sem o que não é possível uma interpretação válida (cf. BASTOS, 2002, p. 250-252). Desse cotejo, entre a norma que se ajusta ao fato concreto e os princípios, pode nascer mais de uma interpretação válida.

No que tange à interpretação constitucional, não se pode deixar de mencionar o método científico-espiritual de SMEND, que “parte do pressuposto de que a Constituição deve ser interpretada sempre como um todo, num sentido de totalidade, não se podendo ignorar a realidade e o conteúdo da norma” (BASTOS, 2002, p. 247). Por isso, não se pode interpretar uma norma isoladamente, sem o cotejo com as outras normas (regras e princípios). Esse método apresenta afinidade com o postulado da unidade da Constituição. Ao enfrentar esse método, J. J. CANOTILHO (2000, p. 1162) ressalta que a interpretação constitucional não pode ser dissociada de seu conteúdo axiológico, assim a Constituição deve ser concebida como uma ordem de valores.

Acerca desse benfazejo método escreveu Paulo BONAVIDES (2002, p. 156):

“Um dos merecimentos da teoria constitucional integrativa ou científico-espiritual é haver alargado, como nenhuma outra anteriormente, as possibilidades interpretativas da Constituição...” (...) “Foi Smend dos mais agudos em assinalar pois a importância da mutação constitucional, ultimada fora dos processos formais explícitos e técnicos de reforma da Constituição.”

Esse método merece ser destacado, porquanto vem ao encontro das necessidades

de se mudar a Constituição sem que se le- vem a cabo alterações textuais, o que só pode ser feito com o árduo e, por vezes, moroso processo legislativo.

### 3. Alteração da identidade do sujeito constitucional

Não se pode deixar de anotar que as alterações da identidade do sujeito constitucional também acarretam mutações na Constituição. Tais alterações constitucionais podem ocorrer com ou sem alteração do texto. De qualquer forma, nos dois casos, com ou sem alteração do texto, participam os intérpretes constitucionais, uma vez que, como bem disse ROSENFELD (1995), estes não “podem se despir completamente de sua identidade nacional e cultural”.

Segundo ROSENFELD, a identidade do sujeito constitucional – complexa, fragmentada, parcial, incompleta e, ainda, impulsionada por um movimento dialético – carece de constante reconstrução. A negação, a metáfora e a metonímia são as principais ferramentas de reconstrução dessa identidade constitucional, que acompanha as novas tendências sociais.

Destarte, alterando-se a identidade do sujeito constitucional, altera-se, também, a visão do intérprete e a sua interpretação.

Note-se, por exemplo, o que ocorreu com a expressão “*Nós, o Povo*” (*We the People*) da Constituição estadunidense de 1787, trazida à baila por ROSENFELD. Num primeiro momento, essa expressão incluía governantes e governados, mas excluía os escravos afro-americanos, em oposição à Declaração de Independência Americana de 1776 e à Declaração de Direitos e Virgínia de 1787: “*Todos os seres humanos são, pela natureza, igualmente livres e independentes...*”. Num segundo momento, após a Guerra de Secessão, os afro-americanos foram incluídos na expressão *We the People* do preâmbulo da Constituição, conquanto a escravatura foi abolida. Assim sendo, houve uma mudança Constitucional sem alteração do texto. O

mesmo documento que, no passado, admitia a escravidão passa agora a proibi-la.

### 4. Alterações por meio do processo de constitucionalização do direito internacional

A Constituição brasileira de 1988 permite, como veremos, a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos<sup>5</sup>. Assim sendo, por meio dessa via, constitucionalização do Direito Internacional, a Constituição também pode ser alterada.

Após a Segunda Guerra Mundial, com a criação das Nações Unidas (1945) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), observa-se um processo de internacionalização (ou universalização) do direito (cf. PIOVESAN, 1997, p. 139-155). Esse fenômeno compreende um novo paradigma, caracterizado pela positivação dos direitos, sobretudo humanos, no âmbito da comunidade internacional<sup>6</sup>. Nesse sentido, os Estados pactuantes se comprometem mutuamente, por meio dos acordos internacionais (*pacta sunt servanda*).

A professora Flávia PIOVESAN (1997, p. 152) anota que “a Carta das Nações Unidas de 1945 consolida o movimento de internacionalização dos direitos humanos, a partir do consenso de Estados que elevam a promoção desses direitos a propósito e finalidade das Nações Unidas. Definitivamente, a relação de um Estado com seus nacionais passa a ser uma problemática internacional, objeto de instituições internacionais e do Direito internacional”.

Nesse contexto, há o entrelaçamento de duas realidades: internacionalização do direito constitucional e constitucionalização do direito internacional (cf. BOSON, 1996, p. 139-171). Todavia, resta saber em que consiste, e como ocorre, o processo de constitucionalização do direito internacional.

Segundo Cançado TRINDADE (cf. TRINDADE, 2002, p. 1083-1087), após a segunda metade do século XX, o Direito Internacional passou por uma acentuada mudança:

superou o positivismo voluntarista sempre superveniente à ordem estatal (paradigma interestatal), adotou os “valores comuns superiores” (jusnaturalismo) e passou a reconhecer a pessoa humana como titular de direitos no âmbito internacional. Dessa forma, o Direito Internacional passou por um processo de humanização, que também se verificou no Direito Constitucional. Há hoje um consenso que reconhece a personalidade jurídica internacional do indivíduo<sup>7</sup>. Nessa esteira, Roberto Luiz SILVA (2002, p. 391) anota que: “Não se pode falar em direitos do homem garantidos pela ordem jurídica internacional se o homem não for sujeito de Direito Internacional. Negar a personalidade internacional do homem é negar ou deturpar a existência de uma série de instrumentos da vida jurídica internacional”.

GUERRA FILHO (2000, p. 108) chega a ponto de propor uma síntese entre as duas grandes correntes jurídicas: “A possibilidade de se lidar com valores no direito, da forma racional e intersubjetivamente controlável, que é próprio da ciência, assume uma importância decisiva, ao se pretender adotar um modelo epistemológico que supere a antítese entre aquele do positivismo normativista, axiologicamente neutro, e o seu oposto jusnaturalista, das mais diversas formas.”

Não se pode mesmo cindir o direito da moral ou da ética, como acentua Ronald DWORKIN (1999). A concepção positivista reduz o direito à norma e o separa da moral, o que, por sua vez, foi rechaçado por John RAWLS e Ronald DWORKIN. Para DWORKIN a separação entre o direito e a moral é falsa. A teoria do direito do professor de Oxford, diferentemente do modelo positivista, essencialmente normativo, propõe a fusão de princípios morais e jurídicos (normas e princípios), o que reduz a incerteza do direito, ao passo que o capacita para a resolução dos litígios mais difíceis (*hard cases*), insolúveis no paradigma positivista (cf. CALSAMIGLIA, 1999, p. 11-16).

É de se observar que essa tendência de aliar o direito à ética e à moral se faz presen-

te não apenas no Direito Internacional e Constitucional, mas também no direito infraconstitucional. O art. 187 do novo Código Civil brasileiro, citado tantas vezes pelo professor Miguel REALE em suas palestras, é um exemplo do liame existente entre o direito e a eticidade, ao mencionar a boa-fé e os costumes:

“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

Note-se, pois, que os sistemas jurídicos são abertos. São, na verdade, sistemas de regras, valores e princípios. O ordenamento jurídico não mais comporta sistemas fechados.

O direito experimentou, sem embargo, grandes transformações após o Segundo Pós-Guerra, como a superação do positivismo voluntarista, o advento do processo de humanização e o surgimento de novas formas de interpretação Constitucional. Cabe, contudo, ressaltar que o objetivo maior do direito é a proteção da pessoa humana e de sua dignidade. Não há nenhum benefício real na proteção dos interesses estatais, ou até mesmo do meio ambiente, se a pessoa humana não é protegida. Essa é a tendência mais benfazeja tanto do Direito Internacional como do Direito Constitucional. O princípio da dignidade da pessoa humana foi consagrado no Direito Constitucional e Internacional.

É cediço que as cláusulas e regras acordadas por meio de tratados internacionais acabam, de alguma forma, ingressando no ordenamento jurídico interno do Estado pactuante, quer em nível constitucional ou infraconstitucional. Como se verá no momento oportuno, os tratados de direitos humanos recebem um tratamento diferenciado, porquanto ingressam no ordenamento em nível constitucional.

Não se pode deixar de reconhecer a importância dessa forma de mudança da Mag-

na Carta, por ela mesma autorizada, em face do processo de internacionalização do direito e da economia (globalização).

#### 4.1. *Inclusão de tratados internacionais de direitos humanos na CF*

Quando se fala da relação entre o Direito Internacional e a Constituição, deve-se ter em mente o princípio da abertura internacional. A Constituição, segundo J. J. CANOTILHO (2000, p. 363), é um sistema aberto que conforma os princípios e as normas internacionais. Dessa forma, o Direito Internacional exerce a sua influência no Direito Interno, cujo limite se fundamenta em uma base antropológica.

As Constituições portuguesa e brasileira reconhecem a prevalência dos direitos humanos como princípio norteador das relações internacionais. A República Federativa do Brasil rege-se pelos princípios da independência nacional, prevalência dos direitos humanos, autodeterminação dos povos, não-intervenção entre os Estados, defesa da paz e solução pacífica dos conflitos, conforme o art. 4º da CF/88. De forma similar, estabelece o art. 7º da Constituição da República Portuguesa. A Constituição Brasileira consagra, ainda, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF/88).

Além de interagir com a Constituição, há que se ressaltar que o Direito Internacional faz parte do Direito Interno. No dizer de BLACKSTONE (apud CANOTILHO, 2000, p. 795),

“international law is part of the law of the land”.

No que diz respeito aos tratados internacionais de direitos humanos, a doutrina humanista (PIOVESAN, 1997; TRINDADE, 2002; MAZZUOLI; WEIS, 1999) tem assentado o entendimento de que eles ingressam no ordenamento jurídico em nível constitucional.

O entendimento *supra* decorre da exegese do art. 5º, § 2º, da CF/88, uma vez que

dispõe, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

No Brasil, a doutrina majoritária adota o monismo internacionalista, com primazia para direito internacional (cf. MELLO, 2002, p. 116; REZEK, 2000, p. 18).

Todavia, quando houver conflito entre um Tratado Internacional de direitos humanos e a Constituição Federal, deve prevalecer o diploma mais benéfico ou mais favorável aos direitos humanos.

No dizer do professor Valerio de Oliveira MAZZUOLI (2002b, p. 146-147):

“O raciocínio é simples: abstraindo-se a referência aos tratados, o texto constitucional dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros ‘decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados’. Um dos princípios constitucionais expressamente consagrados pela Magna Carta, o qual, inclusive, é norteador da República Federativa do Brasil, nas suas relações internacionais, é o princípio da prevalência dos direitos humanos (CF, art. 4º, II), que, aliás, é a primeira vez que aparece em uma Constituição brasileira, como princípio fundamental a reger as relações internacionais do Estado brasileiro. Ora, se é princípio da República Federativa do Brasil a prevalência dos direitos humanos, a outro entendimento não se pode chegar senão o de que todo tratado internacional de direitos humanos terá prevalência, no que for mais benéfico, às normas constitucionais em vigor”.

O eminente internacionalista conclui com bastante segurança que “a Carta de 1988 reconhece, no que tange ao seu sistema de direitos e garantias, uma dupla fonte normativa: aquela advinda do direito interno (direitos expressos e implícitos na Cons-

tuição) e aquela outra advinda do direito internacional (decorrente dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte)” (p. 115).

Destarte, a Constituição Federal de 1988 franqueia a inclusão de normas e cláusulas provenientes de tratados que versem sobre direitos humanos. Note-se, com efeito, o caráter cambiante desse fenômeno, consubstanciado pela constitucionalização do direito internacional dos direitos humanos. É assim que o direito internacional ingressa na Constituição – trazendo inúmeras inovações.

Ademais, os tratados de direitos humanos ratificados são incorporados automaticamente no ordenamento jurídico pátrio, por força do art. 5º, § 1º, da CF/88 (MAZZUOLI, 2002, p. 133). Os direitos provenientes dos tratados de direitos humanos, ao serem incorporados ao texto constitucional, são imediatamente alçados à condição de cláusulas pétreas, ficando, assim, imunes às emendas constitucionais tendentes a abolirlos (art. 60, § 4º, da CF/88) (cf. MAZZUOLI, 2002b, p. 137).

Vale ressaltar que os tratados comuns não recebem o mesmo tratamento, como observa Valerio de Oliveira MAZZUOLI (2002b, p. 125). Eles ingressam no ordenamento em nível infraconstitucional (a sua natureza é de norma infraconstitucional), portanto não têm o condão de modificar a Constituição.

A incorporação dos tratados de direitos humanos amplia o arcabouço dos direitos humanos agasalhados entre os incisos do art. 5º da CF/88.

Assim sendo, os referidos tratados de direitos humanos acabam por alterar a Constituição. Esse processo de constitucionalização do direito internacional deve ser considerado como mais uma forma de mutação constitucional. Trata-se, por conseguinte, de mais um caminho, quiçá o mais importante, pelo qual se dá a benfazeja mutação constitucional, porque está em consonância com a dimensão internacional do direito e sua

humanização. Assim, não se pode deixar de reconhecer a importância dessa forma de alteração da Magna Carta em face do processo de internacionalização da economia (globalização). Trata-se de um fenômeno com alto potencial reformador.

#### 4.2. *Prisão civil: exemplo de mutação constitucional*

O Pacto de San José da Costa Rica permite apenas a prisão civil do devedor de alimentos (art. 7º, nº 7) (cf. MAZZUOLI, 2002b, p. 70). Trata-se, portanto, de uma norma mais benéfica e que deve prevalecer, em face de seu confronto com a Constituição vigente, que prevê tanto a prisão do devedor de obrigação de alimentos como do depositário infiel. A antinomia resultante do cotejo entre a Constituição e o Tratado é superada com o princípio constitucional da “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II, da CF/88) (cf. MAZZUOLI, 2002b, p. 146-152).

Nessa esteira, não se pode deixar de transcrever esclarecedora lição do professor Valerio de Oliveira MAZZUOLI (2002b, p. 153):

“Note-se que, ingressando tais tratados no ordenamento jurídico interno com o *status* de norma constitucional (CF, art. 5º, § 2º), a aparente contradição entre essas ‘duas normas constitucionais’ conflitantes (uma possibilitando e outra impossibilitando a prisão do depositário infiel) deve ser resolvida dando sempre prevalência ao interesse (valor) maior, e que, *in casu*, é a liberdade do indivíduo e não a propriedade do bem”. (...) “... sempre que uma norma proveniente de tratados internacionais contiver disposição que favoreça o ser humano, esta norma, como tal, passa a ser considerada, por permissão expressa da própria Carta Magna, verdadeira ‘norma constitucional’. E, se porventura, houver choque entre esta nova norma incorporada por um tratado e alguma disposição constitucional, ou seja, se houver contraposição entre estas

‘duas normas constitucionais’ (que são, logo, da mesma categoria), terá primazia a norma que der prevalência aos direitos humanos, consoante dispõe o art. 4º, II, da Constituição Federal, seguindo a interpretação que propusemos anteriormente.”

Assim sendo, o Pacto de San José da Costa Rica, ao ser incorporado à Constituição, tem o condão de mudá-la. Pode-se concluir, então, que estamos diante de mais uma forma de mutação constitucional. A incorporação do Pacto é um exemplo de mutação da Constituição levada a cabo pela constitucionalização do direito internacional.

### 5. Proposta de classificação das formas de alteração constitucional

As mudanças da constituição podem ser realizadas nos planos horizontal e vertical. Por oportuno, passamos a propor uma classificação dessas formas de alteração constitucional. Utiliza-se, aqui, o termo alteração no sentido amplo, para designar tanto os processos formais como os informais, por meio dos quais a Constituição sofre, respectivamente, reforma e mutação.

Note-se, assim, que os processos de alteração constitucional podem ser bipartidos: de um lado as alterações que ocorrem no plano horizontal e de outro aquelas que ocorrem no plano vertical (vide quadro sinótico).

No sentido horizontal, as alterações ocorrem exclusivamente no âmbito do direito interno, e são levadas, entre outras tantas, a efeito pelo Poder Constituinte Derivado (processo formal) ou pelos Intérpretes da Constituição (mudança material ou informal – mutação constitucional).

De outra banda, as alterações no sentido vertical são promovidas por influência do Direito Internacional; ou seja, pelo processo de constitucionalização do direito internacional, que ocorre por meio da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos em nível constitucional.

A alteração no sentido vertical depende da inter-relação entre o Direito Internacional e o Direito Constitucional. Como já foi mencionado, a Constituição deve ser entendida como um sistema aberto ao Direito Internacional, consoante o princípio internacionalista de que fala J. J. CANOTILHO (2000, p. 363).

Quadro Sinótico: Classificação das formas de alteração constitucional

Alteração Constitucional	Horizontal	Formal	Realizada pelo Poder Legislativo (reforma)
		Material (Informal)	Promovida, principalmente, pelos intérpretes da Constituição
	Vertical	Decorre da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos pela Constituição Federal	

Considerando-se a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos como uma forma de modificação significativa da Constituição, há que se perguntar se

se trata de uma alteração (mudança) formal ou informal.

Sem qualquer pretensão de se colocar um ponto final nessa questão, optamos por afirmar

mar que se trata de uma alteração *sui generis*, porquanto não se trata de uma reforma totalmente formal, efetuada pelo poder constituinte derivado, tampouco se trata de uma mutação totalmente informal, sem alteração do texto, pois, há de fato, na mudança no sentido vertical, um acréscimo ao rol dos direitos humanos.

Não se pode dizer que se trata de um processo de alteração integralmente informal (material), pois as ampliações do rol de direitos não se enquadram na esfera de discricionariedade do intérprete ou do aplicador do direito, como no caso da mutação constitucional (mudança informal), em que o intérprete está livre para atuar nas zonas moles ou lábeis da Constituição. Não é assim que se passa com as mudanças provocadas pela incorporação dos tratados de direitos humanos, posto que essas têm eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. Assim é que, ao ler os incisos do art. 5º da CF/88, devemos entender que eles não se restringem àqueles setenta e oito incisos conhecidos. Apenas para exemplificar, pode-se notar que entre esses setenta e oito incisos nada se fala sobre os direitos das minorias religiosas. Considerando-se a ratificação dos tratados internacionais de direitos humanos de 1966, devemos entender que o art. 27 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos, que trata de tais direitos, virtualmente (ou materialmente) faz parte do catálogo constitucional de direitos humanos (cf. SORIANO, 2002, p. 111-112). Assim, os direitos humanos provenientes dos tratados internacionais acabam por ampliar o bloco de constitucionalidade (cf. CANOTILHO, 2000, p. 892). Tais direitos integram o núcleo material da Constituição, porquanto a doutrina constitucional entende que as normas de direitos humanos assim incorporadas são materialmente constitucionais (cf. MAZZUOLI, 2002a, p. 241; WEIS, 1999, p. 27). Daí, por que também não se pode dizer, com tranqüilidade, que se trata de um processo integralmente formal, ou seja, com alteração formal do texto.

Não se pode dizer, repita-se, que a modificação por influência dos tratados internacionais de direitos humanos é totalmente informal. O alargamento dos direitos humanos não ocorre, como foi visto, numa zona mole da Constituição, de forma que se pode considerar ou não a ampliação dos direitos, ao alvedrio do intérprete. Ademais, não obstante essa forma de mudança não ser levada a efeito pelo poder constituinte derivado, é, com efeito, levada a cabo por um processo igualmente formal, mediante a assinatura, aprovação e ratificação de tratados internacionais, do qual tomam parte o Presidente da República e o Congresso Nacional (Poder Legislativo)<sup>8</sup>. Sob essa ótica, trata-se de um processo formal, tanto quanto a reforma constitucional levada a efeito por Emendas Constitucionais.

Por fim, pode-se concluir que o processo de alteração vertical está mais próximo de um processo formal. Todavia, preferimos ainda enquadrá-lo como um processo atípico. Não é tão formal como a reforma constitucional e nem informal como as mutações levadas a cabo pelos intérpretes da Constituição. Em suma, trata-se de um processo formal revestido de uma certa informalidade, posto que, como consequência, as normas de direitos humanos incorporadas são materialmente constitucionais.

## 6. *Cláusulas pétreas e jus cogens*

Além do necessário equilíbrio entre rigidez e mobilidade, parece haver nas Constituições um núcleo imutável. Todavia, as cláusulas pétreas não são totalmente imutáveis, embora contenham um núcleo imutável. As cláusulas pétreas comportam pequenas alterações tendentes a ampliar ou a aperfeiçoar o rol de direitos anteriormente consagrados. Nesse sentido, os direitos fundamentais podem ser ampliados mas não abolidos. Note-se, por exemplo, o direito à liberdade religiosa. Nesse caso, há, como se sabe, diversas vertentes como a liberdade de consciência, de crença e de culto, sendo

que nada impede a positivação de mais uma variante ou vertente ainda não consagrada. Uma alteração (reforma) desse jaez não viola a cláusula pétrea, uma vez que está em consonância com o núcleo imutável: princípio da liberdade.

Esse núcleo imutável subsiste, até mesmo, sem o reconhecimento dessas cláusulas, se considerarmos a existência de valores e princípios inerentes à pessoa humana, e consagrados nas constituições.

Ademais, muitos desses valores e princípios também foram consagrados no Direito Internacional. São os chamados *jus cogens*, que são, hoje, reconhecidos pela comunidade internacional, como reflexo do processo de humanização do Direito Internacional.

Segundo o professor Guido SOARES (2002, p. 127):

“No século XX, duas tendências emergiram no Direito Internacional Público, relativas a uma reformulação do entendimento tradicional sobre suas fontes e o papel de uma graduação da força vinculante, para os Estados, das normas jurídicas por eles produzidas ou destinadas a eles. De um lado, o reconhecimento de existir um núcleo duro e relativamente inflexível de normas jurídicas, que, como as cláusulas pétreas das Constituições dos Estados, condicionam a legitimidade e a validade de todas as outras normas por eles elaboradas. Trata-se da afirmação de haver no Direito Internacional normas que constituiriam um *jus cogens*, que se sobrepõem à vontade dos Estados, e não podem ser modificadas por dispositivos oriundos, seja dos tratados e convenções internacionais, seja nas consuetudinárias internacionais, seja, ainda, por estarem definidas como princípios gerais de direito...”

Assim sendo, alguns desses valores, essenciais para a proteção da pessoa humana e de sua dignidade, parecem ser, de certa forma, imutáveis, a menos que prevaleça a

insensatez e o arbítrio já observados em épocas sombrias da história da humanidade, quando se deu a ruptura dos direitos humanos. Isso ocorreu, por exemplo, com ruptura totalitária, nas vertentes nazi-fascista e comunista (cf. ARENDT, 1989; LAFER, 1988, p. 117 et seq.).

O direito (Constitucional e Internacional) pode ser alterado nas chamadas zonas moles ou lábeis (*soft law*) (cf. SOARES, 2002, p. 127-128). As cláusulas pétreas e os *jus cogens* impedem as mudanças tendentes a abolir os direitos inerentes à pessoa humana.

A proteção da pessoa humana, desafio maior no século XXI e finalidade principal do direito, é amparada pelas cláusulas pétreas e pelos *jus cogens*. Respeitados os princípios do Direito Internacional Público, as modificações constitucionais advindas da incorporação de tratados internacionais de direitos humanos são bem vindas por estarem em consonância com os mais altos anseios humanos: proteção da vida, da dignidade e da liberdade.

## 7. Conclusões

Todas as formas de mudança da Constituição, quer por reforma ou por mutação, têm a sua importância na difícil tarefa de se acompanhar as mudanças da realidade fática, por isso, nenhuma delas pode ser olvidada.

As mudanças levadas a efeito pelos intérpretes da Constituição contam com a virtude da agilidade, pois não dependem da boa vontade do legislador constituinte. Nesse sentido, a interpretação evolutiva é o meio mais ágil para se acompanharem as mudanças da realidade fática. Todavia, esse caminho é limitado, já que o intérprete não pode atuar como legislador positivo, passando por cima da literalidade da norma.

A constitucionalização do direito internacional é, sem embargo, mais uma forma de alteração constitucional. A agilidade desse caminho depende, como se sabe, do processo de celebração dos tratados, que vai das

negociações à ratificação. Todavia, essa forma de mudança é uma das mais importantes, pois está em sintonia com a internacionalização do direito e com os seus novos paradigmas e desafios do século XXI, incluindo a proteção da pessoa humana.

A alteração da Constituição no sentido vertical, levada a efeito pela incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos, é *sui generis*, pois, embora advenha de um processo formal (assinatura, aprovação legislativa e ratificação), os acréscimos ao texto constitucional ocorrem virtualmente, sem alteração do texto, integrando materialmente a Constituição. Daí afirmarmos que não se trata de um processo informal, tampouco de um processo formal.

O Desembargador Antonio Carlos MALHEIROS (apud MAZZUOLI, 2002a, p. XXI), manifestando-se acerca do precioso livro *Direitos humanos, Constituição e os tratados internacionais* de autoria do professor Valerio de Oliveira MAZZUOLI, assinalou que é impossível ao operador do direito trabalhar com a Constituição fechada. No mesmo sentido, com a máxima vênua, há que se acrescentar que não se pode operar o direito com os Tratados Internacionais fechados. Abrir a Constituição implica a abertura dos tratados internacionais, até mesmo porque isso resulta de uma interpretação sistemática do nosso Documento Maior.

### Notas

<sup>1</sup> Interessante notar que: “O Direito Constitucional é um ‘direito vivo’, é um direito ‘em ação’ e não apenas um ‘direito nos livros’.” (CANOTILHO, 2000, p. 1103).

<sup>2</sup> Como enfatizou Samantha MEYER-PFLUG (XXIII Congresso de Direito Constitucional do IBDC, São Paulo-SP, maio de 2002).

<sup>3</sup> Nesse sentido, CANOTILHO (2000, p. 1123 et seq.).

<sup>4</sup> Como enfatizou Samantha MEYER-PFLUG (XXIII Congresso de Direito Constitucional do IBDC, São Paulo-SP, maio de 2002).

<sup>5</sup> Art. 5º, § 2º – “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decor-

rentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

<sup>6</sup> Os direitos humanos “nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais” (BOBBIO, 1992, p. 30).

<sup>7</sup> Em sentido contrário, REZEK (2000, p. 146) não reconhece a personalidade jurídica de direito internacional dos indivíduos.

<sup>8</sup> Assim dispõe a Constituição Federal de 1988: “Art. 84 – Compete privativamente ao Presidente da República: (...) VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional;”

### Bibliografia

ARENDDT, Hannah. *Origem do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das letras, 1989.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

\_\_\_\_\_. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BOSON, Gerson de Britto Mello. *Constitucionalização do direito internacional: internacionalização do direito constitucional e internacional brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

CALSAMIGLIA, A. Ensayo sobre Dworkin. In: DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

DI RUFFIA, Paolo Biscaretti. *Direito constitucional: instituições de direito público*. Tradução de Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel Derecho, 1999.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da Alemanha*. Tradução de Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- IANNI, Octavio. *Enigmas da modernidade-mundo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das letras, 1988.
- LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Qué es una Constitución*. Santa Fé de Bogotá: Temis, 1997.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Espanhola de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1965.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direitos humanos, constituição e os tratados internacionais: estudo analítico da situação e aplicação do tratado na ordem jurídica brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002a.
- \_\_\_\_\_. *Prisão civil por dívida e o pacto de San José da Costa Rica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002b.
- \_\_\_\_\_. *Tratados internacionais*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. v. 1.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional internacional: uma introdução: Constituição de 1998 revista em 1994*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997.
- REZEK, Francisco. *Direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROSENFELD, Michel. The identity of the constitutional subject. *Cardoso Law Review*, [s. l.], p. 1049-1099, jan. 1995.
- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Texto revisto e atualizado por Maria Garcia. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *O direito internacional em um mundo em transformação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- SILVA, Roberto Luiz. *Direito internacional público*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002.
- SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- WEIS, Carlos. *Direitos humanos contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 1999.

# Mancha na cidade do Rio de Janeiro: a trajetória de um delinqüente notável

Cesar Caldeira

## Sumário

Introdução. Primeira seção: “Terror no ônibus 174”: um acontecimento teatral. 1. Um assaltante anônimo é chamado de Sérgio. 2. Sérgio se torna notável. 3. Sérgio é violento, drogado, endiabrado ou louco? 4. Em cena: “Vocês estão pensando que isso é um filme? Não é. Ela vai morrer.” 5. Ação. 6. Encenação: “A cabeça está pedindo sangue!” 7. Sérgio desce do palco: a hora da rendição? 8. Reações de notáveis na platéia. 9. Mais tarde no noticiário da televisão. 10. O dia seguinte. Segunda seção: Como as instituições de controle jurídico-social atuaram e com quais resultados. 11. Como se chama o nome disso? 12. Investigação policial e sanção administrativa. 13. Responsabilidade criminal dos policiais. 13.1. A denúncia de tentativa de homicídio. 13.2. A denúncia de homicídio por asfixia pelos policiais. 14. A situação dos familiares da refém assassinada Geisa. 15. Situação do policial Marcelo de Oliveira Santos. 16. O caso dramático do pedreiro Carlos. 17. E com a mídia, não aconteceu nada? 18. Poder de punir da polícia e outras conclusões.

Cesar Caldeira é Doutor em Direito pela UERJ (Universidade do Estado do Rio de Janeiro). Mestre em direito pela Yale University (Estados Unidos). Professor Adjunto da Escola de Ciências Jurídicas da UNIRIO (Universidade do Rio de Janeiro). Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade Candido Mendes-Ipanema. Consultor Jurídico.

A desordem e a criminalidade urbana são percebidas e registradas de maneira seletiva e desigual. Acontecimentos tornam-se verdadeiros dramas sociais quando há uma convergência de fatores, circunstâncias e discursos construídos para tirá-los da sua existência ordinária. O chamado “seqüestro do ônibus 174” foi apresentado como um espetáculo dramático pela mídia. As autoridades o trataram como um problema de

segurança pública. O caso tem ainda dimensões importantes para o estudo sociojurídico das *responsabilidades* administrativa, cível e penal. Este último aspecto recebe, no entanto, *menos atenção da mídia e, conseqüentemente, da opinião pública*. É nessa instância jurídico-institucional que se revelam valores e mecanismos de controle que dão desfechos, às vezes, não antecipados pelos atores envolvidos no drama e pela audiência do espetáculo.

Este estudo revisita criticamente os fatos do caso e focaliza, na primeira seção, como se construiu esse drama memorável. Na segunda seção, analisa-se como atuaram, e com que resultados, as instituições e operadores jurídicos.

### *Primeira seção: “Terror no ônibus 174”: um acontecimento teatral*

#### *1. Um assaltante anônimo é chamado de Sérgio*

Segunda-feira, 12 de junho de 2000, cerca de 14h20min.

Um jovem negro, alto, forte, punhal tatuado no braço, entra no ônibus 174 (Gávea-Central do Brasil<sup>1</sup>) perto do Hospital da Lagoa, no bairro do Jardim Botânico (zona sul do Rio de Janeiro). Vestido de bermuda e camiseta, pula a roleta. Vê-se, então, o revólver na cintura. Senta perto de uma janela, atrás do motorista. Um passageiro antecipa que ocorreria um assalto, salta do ônibus e alerta um policial militar<sup>2</sup>.

Centenas de metros adiante, uma viatura policial intercepta o ônibus. Os policiais verificam que o jovem está armado com um revólver calibre 38. O motorista salta pela janela<sup>3</sup>. Reforços policiais são solicitados<sup>4</sup>; chegam às 14h40 min. O ônibus fica detido na esquina da rua Doutor Neves da Rocha com a rua Jardim Botânico<sup>5</sup>, perto de um prédio da TV Globo, a mais importante rede de comunicação do País.

Encurralado, o suposto assaltante<sup>6</sup> faz reféns dos passageiros<sup>7</sup> e pede duas pisto-

las 45 e duas granadas M-19, além de R\$ 1.000,00<sup>8</sup>. A notícia é transmitida imediatamente pelo rádio. Depois a televisão começa a transmitir ao vivo as negociações entre os policiais e o delinqüente, que mantém uma arma apontada para a cabeça de uma das reféns.

Ao estabelecer contato com o seqüestrador, que havia se encoberto com uma toalha e um casaco, além de usar óculos escuros e boné, o capitão PM André Luiz de Souza Batista (BOPE)<sup>9</sup> lhe atribui um nome: *Sérgio*. Daí em diante, todas as negociações são realizadas com este protagonista *nomeado por acaso*, cuja verdadeira identidade permanece oculta.

Durante todo o episódio, porém, outra identidade do assaltante é sugerida por suas falas confusas: “sobrevivente da Candelária”<sup>10</sup>. Essa informação, que apontava para um caso de extermínio de “meninos de rua” em 1993, não foi, porém, confirmada durante o desenrolar do episódio. É desperdiçada essa pista. Ela seria útil para lidar com o perfil psicológico instável do rapaz, ou localizar pessoas que tivessem com ele vínculos emocionais e pessoais.

#### *2. Sérgio se torna notável*

A primeira alternativa de resolução da situação – deixar fugir o assaltante de dentro do ônibus e capturá-lo sem risco de lesão para reféns – é superada com o cerco improvisado realizado pela polícia militar. As circunstâncias tornam-se propícias para um prolongado espetáculo.

O trânsito é paralisado na rua Jardim Botânico, afetando a circulação numa das áreas mais ricas e movimentadas da cidade. O isolamento da área é inadequado: não havia nas primeiras horas nem uma corda separando a platéia do ônibus. Além dos populares que rapidamente se aglomeram no local, junto com fotógrafos, repórteres e cinegrafistas, o episódio desperta a atenção de jornalistas estrangeiros que estavam no Rio reunidos em um Congresso internacio-

nal<sup>11</sup>. A segunda-feira que deveria ser celebrada, de acordo com o calendário dos comerciantes, como mais um “Dia dos Namorados”, começava a ser pautada como um “dia de terror”, que mancharia a imagem da cidade.

A intensa cobertura da imprensa<sup>12</sup> afeta o comportamento de todos os atores locais e da audiência. O seqüestrador, tornando-se visível, provavelmente avalia que não seria executado ao vivo e prolonga o espetáculo na tentativa de obter garantias para se entregar e preservar sua integridade física. Os policiais agem com mais cautela quando estão sendo filmados. Sob a tutela política do Governador Anthony Garotinho<sup>13</sup>, que passa a interferir de longe nas negociações, não se permite que sejam usados os atiradores de elite (*snipers*) contra o assaltante. A ordem é que assaltante e reféns saiam vivos do episódio.

### 3. Sérgio é violento, drogado, endiabrado ou louco?

Estabelecido o cerco policial<sup>14</sup>, a primeira dificuldade é determinar um canal de comunicação e *criar um vínculo de confiança* com o criminoso para obter uma saída pacífica e negociada. O repórter Marco Alvarenga da TVE se oferece para ajudar na rendição do seqüestrador, assegurando que a presença da mídia evitaria qualquer violência policial. O jovem não está disposto a se entregar naquele momento.

Sérgio mostra-se muito agitado e inconstante em suas demandas aos policiais. Começa a tratar com violência as reféns, segurando-as pelo cabelo ou pelo pescoço. Obrigada, primeiro, Luciana Carvalho Ximenes, secretária, 29 anos, a sentar, em seu colo, na cadeira do motorista. Grita que não quer câmara e fotógrafos.

“Pum, pum”, faz Sérgio. E, a seguir, dispara um tiro através da janela frontal do veículo, em direção aos policiais e jornalistas. Ninguém é ferido. São 15h50min. Ape-

sar do risco, populares e jornalistas chegam mais perto do ônibus 174.

Somente depois do primeiro disparo de arma de fogo, chega o Comandante do BOPE, tenente-coronel José Penteado, que iria conduzir a ação policial e assumir a condução dos entendimentos<sup>15</sup>. Desse momento em diante, organiza –se melhor a área. Dois oficiais da Polícia Militar<sup>16</sup>, além do Comandante Penteado, continuam a conduzir a negociação. Nenhum policial porta colete ou qualquer roupa de proteção especial. A comunicação entre os policiais é feita por gestos e sinais de mãos ou por meio de mensagens. Não existem celulares ou rádios para facilitar a coordenação das ações dos policiais militares. A multidão interfere com várias propostas, desde executar o assaltante até trazer um copo com água para as vítimas.

Sérgio parece drogado. Talvez tenha usado cocaína. Essa impressão é partilhada pelos policiais, jornalistas e populares. Além do comportamento irrequieto e cruel, canta músicas demoníacas para assustar os reféns.

### 4. Em cena: “Vocês estão pensando que isso é um filme? Não é. Ela vai morrer”.

Dentro do ônibus estão inicialmente dez reféns. O motorista logo escapa<sup>17</sup>. Depois, Carlos Leite Faria, de 35 anos, pula a janela do ônibus às 16h02min. É preso pela polícia como suspeito de ser cúmplice do bandido.

São 16h30min. “Você é estudante, né?”, Sérgio pergunta a William Nunes de Moura, de 18 anos. “Sou”, responde o estudante de Arquitetura. “Então, vai embora que você está atrasado”, diz Sérgio. O jovem libertado afirma que o assaltante parece estar drogado.

As intimidações crescem. As reféns devem deitar no chão do ônibus. Damiana Nascimento de Souza, 39 anos, conversa com o seqüestrador. Conta que tem um ir-

mão no presídio. Sérgio mostra marcas nas costas. Damiana diz que entende o que ele já passou. A pressão é demais para Damiana, que já havia sofrido um derrame; ela começa a se sentir mal. É socorrida por duas outras reféns. Entre elas, Geisa Firmo Gonçalves, 20 anos, a chama de “mãe”.

A segunda refém a ser arrastada pelo ônibus é Janaína Lopes Neves, 23 anos, estudante de Administração da PUC-RJ. Ela escreve as ameaças de Sérgio nas janelas do ônibus, com batom vermelho. “Ele vai matar geral às 6h.” E ainda as supostas causas da impossibilidade de qualquer negociação: “Ele é louco”. “Ele tem pacto com o diabo. Tem um punhal e o diabo desenhados no braço. Ele vai matar”.

Ao se identificar como o Terror e criar um *script* satânico<sup>18</sup>, Sérgio cria um personagem cuja audiência calcularia vencer apenas pelo extermínio. Não se vislumbra como razoável um entendimento com um suposto louco, que não é contido pelo seu próprio medo.

### 5. Ação

Sérgio aumenta ainda mais a pressão psicológica. Damiana sofre um ataque cardíaco. Às 17h15min, é libertada. Desfalecida, é encaminhada ao Hospital Miguel Couto, no Leblon<sup>19</sup>. Geisa, sua amiga e vizinha na favela da Rocinha, tenta obter sua própria libertação. Assim como Damiana, tenta criar um vínculo com o assaltante. Geisa se apresenta como filha de Damiana e afirma que o tio é presidiário. Porém, ela desconhece detalhes da vida do “tio”. Não tem sucesso em convencer Sérgio. Quando Damiana está saindo do ônibus, desesperada, Geisa grita três vezes: “Deixa eu acompanhar ela!”.

Várias oportunidades para a atuação de “atiradores de elite” surgem. Há momentos em que Sérgio retira o revólver da cabeça da refém e se expõe de frente na janela aberta. Projeta o braço para fora do ônibus com a arma na mão, ocasião em que a audiência

antecipa que bastaria um tiro certo no braço para encerrar o impasse. A polícia militar permanece inerte.

### 6. Encenação: “A cabeça está pedindo sangue!”

Janaína, que fora arrastada por Sérgio durante uma hora pelo ônibus, é ordenada a encenar a própria morte. Ele a enrola num lençol, manda que se deite no chão do ônibus. Só no último minuto é explicado para Janaína que sua morte não vai ocorrer. Todos os outros reféns são ordenados a gritar e mostrar desespero.

Um tiro é disparado. Gritaria dentro do ônibus; até Janaína grita.

Geisa vai à janela do ônibus e berra que a refém está morta. Do lado de fora acreditase que houve um assassinato. Porém nenhum refém tenta sair de qualquer maneira. Os policiais do BOPE se posicionam em frente do ônibus, prontos para um ataque ao seqüestrador e invasão do ônibus.

O limite da negociação, que é o momento em que ocorre a primeira execução de um refém, havia sido transposto. Mesmo assim, os “atiradores de elite” não são autorizados pelo Governador Anthony Garotinho a agir. O Comandante do BOPE estava paralisado por ordens superiores para tomar as iniciativas que, como profissional, deveria tomar. Sérgio pede granadas e fuzil. Porém diz aos reféns que vai incendiar o ônibus.

A violência com as reféns continua com provocações<sup>20</sup>. Agora, agarrado à Geisa, Sérgio cantarola: “Uma já morreu e a outra vai morrer”. Coloca uma arma na boca da refém e diz que vai atirar. Dirige ameaças aos negociadores. “Seu delegado, essa feinha aqui vai morrer na sua frente. Vou contar até dez.” Conta até cinco e pára. Faz isso três vezes.

“Você não está ligando para a feinha, não é? Então vou pegar a bonitinha. Não está ligando para a vida dela não?”, instiga o delinqüente, que detém Luanna Guimarães Belmont, 19 anos, estudante de Comunica-

ção na PUC-RJ. “Você quer que essa princesa morra agora? Cadê você, senhor delegado?” “Olha só que princesa que vai morrer agora. Cadê o senhor, delegado?”

Sérgio leva Luanna para o último banco do ônibus. A estudante crê que ele vai, de fato, matá-la e, então, coloca sua cabeça nos braços dele e suplica que não seja executada.

Sérgio se irrita. “Cala a boca, senão vou te matar mesmo”, berra.

“Mas você não queria que a gente fingisse?, diz Luanna.

### *7. Sérgio desce do palco: a hora da rendição?*

Sérgio se posiciona para talvez furar o bloqueio com o ônibus. Põe Luanna no seu colo. Uma patama do BOPE é posta na frente do veículo. Os policiais se posicionam para a invasão.

São 18 horas. Sérgio usa o extintor de incêndio dentro do ônibus. Tudo fica esfumado. A polícia recua.

Geisa tem um acesso de pânico. As outras reféns tentam acalmá-la. Todas as reféns são levadas para o último banco do ônibus. Sérgio fecha as janelas. Pára de negociar com os policiais. Diz que vai matar todas. Uma refém negra e idosa, Antonia Cardoso da Costa, oferece seu dinheiro ao Sérgio. Suplica para não ser assassinada.

Os negociadores do BOPE fazem sinais e orientam Luanna para que se faça de amiga de Sérgio. É preciso mostrar que, apesar de tudo, ainda é possível sair daquele impasse.

Luanna conversa com Sérgio. Pergunta sobre sua irmã. Insiste em conversar.

— “Você sabe que dia é hoje?”

— “É, hoje é o Dia dos Namorados, por isso vou matar uma namorada” — diz Sérgio.

— “Ah, então você não vai me matar, porque eu não tenho namorado” — conclui a refém.

Luanna tenta mostrar que se importa por ele. Maria Elvira Ribeiro, 72 anos, que reza-

va o tempo todo do seqüestro, pede para colocar no pescoço de Sérgio um cordão com uma medalha de uma santa.

Às 18h44min, um senhor de muletas é libertado. É Lourival Sebastião Nascimento, 64 anos.

Sérgio agarra Geisa. Ela treme muito, completamente descontrolada. “Agora vamos dar um passeio lá fora”, diz.

Um minuto depois, Sérgio sai do ônibus usando Geisa, sob a mira do revólver, como escudo. Dirige-se aos oficiais da Polícia Militar, aparentemente para se entregar. “Chega pra trás. Sem graça”, diz aos policiais.

Um policial do BOPE chega perto, por trás, de Sérgio e atira duas vezes. O bandido também atira ao cair, junto com a refém.

A multidão<sup>21</sup> avança sobre o local para linchar o assaltante do ônibus. O companheiro de Geisa, que presenciou o episódio, chega a tentar chutá-lo. O delinqüente caminha com as próprias pernas<sup>22</sup>, empurrado às pressas para o carro da polícia.

A refém baleada com três tiros é levada ao Hospital Miguel Couto, onde morre ao ser atendida. O assaltante é transportado vivo para o hospital Souza Aguiar. Antes de lá chegar, é morto por asfixia pelos policiais militares.

As reféns deixam o local no ônibus 174, protegidas pela polícia.

### *8. Reações de notáveis na platéia*

Nas declarações feitas na noite da segunda-feira dia 12 de junho, o governador Anthony Garotinho afirma elogiosamente que fora “uma ação enérgica” da polícia e que “a única falha foi ter morrido alguém” (a refém Geisa). Na pressa em se pronunciar em tempo de virar notícia na televisão, o Governador não teve tempo de se informar sobre a morte do seqüestrador e sua efetiva causa.

O presidente Fernando Henrique Cardoso também se pronuncia<sup>23</sup>, o que gerou um estremecimento de relações políticas com o governador Garotinho. Estava criado o ce-

nário para o governo federal, nesse momento em que as candidaturas municipais se definiam para as eleições de outubro de 2000, prometer o que seria chamado de “Plano Nacional de Segurança Pública”<sup>24</sup>.

### 9. Mais tarde no noticiário da televisão

A cobertura jornalística foi enorme. Todas as agências internacionais veicularam o desfecho do seqüestro no ônibus.

A indagação mais dramática da noite, que não era possível responder apenas pela repetição das cenas filmadas, era: de que arma foram feitos os disparos que mataram a refém?

Jornal da Globo<sup>25</sup> transmitiu a notícia seguinte:

“A arma apreendida do seqüestrador é um revólver Rossi calibre 38 de 5 tiros<sup>26</sup>. Nele a polícia encontrou 3 cápsulas intactas e duas deflagradas.

Vamos fazer as contas. Dentro do ônibus ele tinha disparado duas vezes: uma no vidro, outra no chão. Mas a perícia não encontrou nenhum cartucho vazio dentro do veículo.

A refém Geisa Firmo Gonçalves morreu com três tiros”.

Estava criado, por um lado, um novo *suspense* que só receberia um tratamento mais técnico como laudo do Instituto Médico Legal, a ser revelado no dia seguinte. Por outro lado, a discussão, de agora em diante, passaria a ser controlada por *peritos e especialistas* que iriam retirar do espaço público a discussão sobre quem seria juridicamente responsável pelas mortes e os danos causados.

Toda essa discussão mais técnica foi vista como “suspeita” de encobrir a efetiva “responsabilidade” dos autores. A imprensa e setores da opinião pública temiam uma “operação abafa”. Esse clima de opinião ajudou a manter em aberto o questionamento sobre os “laudos periciais” que surgiriam nas horas e dias seguintes.

### 10. O dia seguinte

As matérias publicadas nos jornais foram críticas em relação ao desenlace do seqüestro no ônibus<sup>27</sup>. A opinião pública era mais dividida<sup>28</sup>. A população começou a se organizar e programar atos públicos contra a violência (CARIOCAS convocam protestos contra violência..., 2000, p. 20).

O governador Garotinho teve uma notável mudança de discurso nesse dia. Identificou os “erros” considerados “imperdoáveis” na atuação policial e exonerou o Comandante da Polícia Militar, coronel Sérgio da Cruz<sup>29</sup>.

A segunda-feira foi tão desolada que o humorista do plantão diário do Jornal *O Globo*, Chico CARUSO, em vez da charge, escreveu: “Peço desculpas aos leitores, mas pela primeira vez em 32 anos de trabalho não consegui sintetizar com humor os fatos do dia”.

#### *Segunda seção: Como as instituições de controle jurídico-social atuaram e com quais resultados*

“Os atiradores da PM carioca podem até não ser lá essas coisas, mas, em compensação, seus asfixiadores de elite não falham!”

Tutty VASQUES, 16/06/2000

Esta seção aborda, em primeiro lugar, a trajetória sócio-jurídica do seqüestrador *Sérgio*. Depois, o problema da responsabilidade jurídica no caso do “seqüestro no ônibus 174”. São focalizadas a responsabilidade administrativa (XII), a civil (XIII) e a penal (XIV).

### 11. Como se chama o nome disso?

Um homem é chamado de “Sérgio” pelo capitão do BOPE André Luiz de Souza Batista. Esse nome era um expediente para facilitar a negociação. Mas qual era o nome daquela pessoa natural com quem a polícia negociou por mais de quatro horas?

Os jornais do dia 13 de junho ainda não revelavam o verdadeiro nome do Sérgio<sup>30</sup>. Ele não portava documento algum. Não era registrado nos arquivos do Instituto Félix Pacheco<sup>31</sup>. Mesmo assim os policiais conseguiram localizar uma identificação oficial: uma ficha de cartolina bege e uma foto na 12ª Delegacia Policial (Copacabana). Estava fichado como Sandro do Nascimento. Filho de Clarice Rosa Nascimento e pai ignorado.

Sandro, 21 anos, havia sido condenado em dois processos: um por furto qualificado e outro por tentativa de assalto. Estava foragido desde 1º de janeiro de 1999 da carceragem da 26ª DP (Todos os Santos). Segundo o carcereiro, ele tinha “bom comportamento” na delegacia. Nenhum parente ou amigo o visitou durante o período em que esteve preso. Fugiu, sem entusiasmo, “na manada”, como relatou o policial<sup>32</sup>.

Em 1996, Sandro estava sob custódia do Estado no Instituto Padre Severino. Aos 16 anos, era sua quarta entrada. Praticava roubos em paradas de carros e assaltos a pedestres para sobreviver nas ruas e comprar drogas. Usava cocaína, fumava maconha e cheirava cola. Ficava em lugares da zona sul, inclusive o Jardim Botânico.

Em 1993, ficava na área próxima à Igreja da Candelária. Cerca de cinquenta meninos e meninas de rua freqüentavam o lugar. Yvonne Bezerra de Mello, artista plástica e educadora, conheceu Sandro, 13 anos, nessa época. Com o extermínio de oito adolescentes no dia 23 de julho de 1993, o grupo, que vinha principalmente da favela do Rato Molhado, dispersou-se. Daí em diante, Sandro se apresentava como um “sobrevivente da Candelária”. Dizia que escapou da morte por pouco. Correu ao ver policiais militares atirando contra o grupo de garotos. Nessa época, era chamado pelos colegas de Mancha<sup>33</sup>.

Mancha dizia para os outros meninos de rua que não tinha família. É uma explicação comum dada entre eles para sua situação. De fato, faltam os vínculos efetivos com famíli-

ares, apesar de existirem, às vezes, parentes. No caso de Mancha, havia a irmã de Clarice. Era a “tia Ju” (Julieta Rosa do Nascimento), que morava em Bela Vista, no município São Gonçalo.

Sandro tinha sete anos quando fugiu de São Gonçalo. Clarice foi assassinada na sua frente quando ele tinha seis anos. Esfaqueada nas costas, perambulou ensangüentada pela birosca que mantinha, até morrer na rua. Só então o menino foi avisar à “tia Ju” o que acontecera. Não há notícias que alguém tenha sido preso pela morte de Clarice.

Sandro foi chamado de Mancha na cidade do Rio. Às vezes atendia por Alex ou Alessandro. Uma senhora que o reconheceu na televisão, durante o seqüestro<sup>34</sup>, disse que era sua mãe biológica. Era a faxineira, Elza da Silva, 45 anos. Moradora na favela de Nova Holanda, acolheu Alex como seu filho em 1999.

Dona Elza conta que teve um filho chamado Alex, que não teve condições de criar. Passou, então, a criança para uma amiga que morava em Belfort Roxo. Quatro anos depois, foi procurar de novo o filho. A amiga estava morta. O filho Alex havia desaparecido. Cresceu como menino de rua.

Segundo Dona Elza, aos 19 anos, “Alex Junior da Silva” veio procurá-la em Nova Holanda. Foi recebido como o filho que voltava. Teve direito a um quarto, com cama, na casa modesta. Mas acostumado a dormir no chão, Alex ao retornar ao lar dispensou a cama.

Dona Elza reconheceu o seqüestrador como seu filho. Não havia documento para comprovar que Dona Elza era a mãe de Alex. Por isso, o enterro foi sendo adiado pelos funcionários do Instituto Médico Legal. Afinal, ela fez exame de DNA como a prova definitiva da maternidade. Não foi comprovado o vínculo<sup>35</sup>. Nenhum outro parente reclamou o corpo do rapaz de identidade controvertida durante os 32 dias em que ficou numa geladeira do IML.

Mancha foi enterrado como indigente, em cova rasa. Na certidão de óbito, não cons-

ta identidade, idade, filiação, ocupação e nem mesmo a hora da morte. O documento se refere a “um homem” cuja causa da morte foi “asfixia mecânica por constrição do pescoço”.

Apenas duas pessoas foram ao sepultamento: Dona Elza acompanhada do presidente da Associação de moradores de Nova Holanda, Ivanildo de Jesus Severo. Na chuva fina que caía, ela jogou sozinha doze cravos brancos sobre o caixão.

## 12. *Investigação policial e sanção administrativa*

“A polícia asfixiou o bandido.

Isso é intolerável, não tem cabimento em lugar nenhum”.

Governador Anthony GAROTINHO, 14/06/2000 (GAROTINHO demitiu comandante da Polícia Militar, 2000, p. C7).

Sandro do Nascimento, conforme foi identificado pela polícia, entrou vivo no camburão com cinco policiais. Morreu asfixiado com a ajuda de um objeto (asfixia mecânica) no trajeto até o hospital<sup>36</sup> na segunda-feira, 12 de junho, de acordo com laudo do Instituto Médico Legal.

Três dias depois, às 10 horas da manhã, os cinco policiais foram prestar depoimento na 15ª DP à titular, delegada Martha Rocha. Chegaram numa viatura do BOPE. Estavam fardados, com boné do batalhão e sem algemas. Os policiais militares são: o capitão Ricardo de Souza Soares e os soldados Luiz Antônio de Lima e Silva, Márcio de Araújo David, Paulo Roberto Monteiro e Flávio do Val Dias. Não deram declarações à imprensa. Seus advogados estavam presentes<sup>37</sup> e prestaram informações aos repórteres.

Os policiais agiram, segundo os advogados, “no estrito cumprimento do dever e em legítima defesa, sob forte emoção”. Tiveram dificuldades em dominar Sandro, que resistia à prisão, porque não tinham algemas<sup>38</sup>. O preso quebrou o vidro da viatura,

chutou o motorista e tentou tirar a arma do soldado Flávio Val Dias.

O soldado Paulo Roberto Monteiro prestou depoimento com o braço enfaixado<sup>39</sup>. Ao explicar como o soldado se machucou, a advogada Daniele Braga<sup>40</sup> (cf. BOPE matou em legítima defesa ..., 2000) afirmou que teria sido fora da viatura, quando dominava o delinqüente. Depois, a advogada declarou que o soldado se contundira ao socorrer seu companheiro Flávio, cujo revólver Sandro queria pegar. Mesmo assim, com o punho fraturado<sup>41</sup>, o soldado Monteiro dirigiu o veículo até o hospital. Sentado ao seu lado estava o soldado Luiz Antônio.

Na traseira do camburão, com o preso estavam o capitão Soares e os soldados David e Dias. O capitão precisou conter, segundo seu próprio depoimento, o preso com uma “gravata” (CORTEZ, 2000, p. C7). Depois desse depoimento na 15ª DP, os policiais mudaram de advogada.

O novo advogado dos policiais, Clóvis Sahione, adotou a orientação de que só seriam feitos mais depoimentos em juízo. Em petição dirigida à delegada Martha Rocha, o advogado invocou o direito constitucional de ficar calado de seus clientes e evitou a reconstituição do acontecido (ADVOGADO evita a reconstrução de seqüestro de ônibus no Rio de Janeiro, 2000, p. C6). Mesmo não havendo a reconstituição, a promotora de Justiça Luciana da Silveira pediu a vistoria da viatura do BOPE em que ocorreu a asfixia<sup>42</sup>.

Em depoimento perante a Justiça estadual, o capitão Soares declarou: “Apertei até ele desmaiar”. Mas acrescentou, “não tive a intenção de matar” (APERTEI até desmaiar, diz capitão, 2000, p. C6)<sup>43</sup>. Essa declaração foi feita no dia 18 de agosto de 2000. O capitão e os demais soldados já estavam fora da prisão administrativa que lhes foi imposta por trinta dias, desde o dia 13 de junho. Esse é o período máximo de prisão administrativa pelo regulamento da Polícia Militar. Os policiais poderiam, a partir de requerimento da promotora de jus-

tiça, ser submetidos a uma “prisão preventiva”. No entanto, os cinco policiais não tinham antecedentes criminais condenatórios. Por isso, não havia causa que justificasse esse pedido. Desde então, os cinco policiais exercem funções administrativas no BOPE. Trabalham na seção de pessoal, de recursos humanos e na sala de operação de rádio. Nenhum deles voltou a participar de operações externas (cf. Folha de São Paulo, São Paulo, 7 abr. 2000. Caderno Cotidiano, p. C3).

### 13. Responsabilidade criminal dos policiais

O Ministério Público denunciou os policiais militares pela prática de dois crimes, a partir do inquérito policial nº 165/2000<sup>44</sup>. O primeiro crime seria de tentativa de homicídio, quando do ataque do policial militar contra Sandro. O segundo crime seria de homicídio por asfixia, ocorrido dentro da viatura do BOPE.

O juiz Mário Henrique Mazza, do IV Tribunal de Júri, em sua decisão<sup>45</sup> sobre a admissibilidade dessas denúncias, apreciou primeiro a hipótese de tentativa de homicídio.

#### 13.1. A denúncia de tentativa de homicídio

O Ministério Público entendeu que o policial cometeu crime de tentativa de homicídio duplamente qualificado contra o Sandro. Não havia uma situação de legítima defesa, pois o marginal “(...) naquele momento já não ameaçava nem agredia ninguém, disposto que estava em se entregar, tendo Geisa em seu poder apenas para evitar o que infelizmente acabou acontecendo.” Acrescenta que o policial Marcelo Oliveira dos Santos agiu de tocaia, por vingança e porque queria ser considerado o herói do episódio, sendo partícipes o Comandante do BOPE, Ten. Cel. Penteado (2º denunciado), e o Cap. Soares (3º denunciado), uma vez que comungavam da mesma motivação. O primeiro, porque teria dado

liberdade ao policial Marcelo para agir e o segundo, por ter determinado o posicionamento de Marcelo junto ao ônibus, tudo com o objetivo comum já descrito – vingança e serem considerados heróis.

A decisão do juiz Mazza foi fundamentada da maneira seguinte:

1. “A prova é *cabal* e fartamente clara de que o policial Marcelo, ao disparar contra o marginal, o fez em legítima defesa de terceiro. As imagens exibidas na televisão, gravadas em fitas de vídeo anexadas aos autos, e que com cuidado várias vezes observei, mostram que o 1º denunciado disparou para repelir atual e injusta agressão a direito de outrem, pois Sandro estava com uma refém em seu poder, com um revólver apontado para a cabeça dela e o cão da arma puxado para trás. Em nenhum momento, nenhum mesmo, o marginal disse ou se comportou mostrando que iria se render. Ao contrário, durante todo o tempo, inclusive quando desceu do ônibus, dizia que mataria a refém, que estava possuído etc., conforme revelam fls. 25v, 185 e as imagens da TV.

2. Ademais, é importante deixar claro que Sandro era totalmente imprevisível, aparentava estar drogado (embora não estivesse) e já tinha dado várias demonstrações de sua ousadia, desequilíbrio e de que não tinha absolutamente nada a perder. Com efeito, simulou a morte de uma refém, efetuou disparo no pára-brisa, tentou dar partida no ônibus com uma refém no colo, exigiu dinheiro, armas e granadas durante as negociações, gerou pânico ao detonar um extintor de incêndio, isso sem contar as diversas ameaças e o terror causado durante mais de três horas. Nessa conjuntura, qualquer um esperaria o pior ao ver o marginal descer do ônibus com a arma apontada para Geisa, que, resalte-se, já sofria atual e injusta agres-

são, podendo ser morta a qualquer momento. Aliás, é bom lembrar que, não tendo sido atingido, Sandro caiu, agarrou-se em Geisa e desnecessária e dolosamente efetuou pelo menos dois disparos, os quais atingiram e mataram a refém. Assim, afirmar que Sandro “já não agredia e nem ameaçava ninguém” é equivocado e dizer que estava disposto a se entregar não passa de uma especulação, de uma suposição ou conjectura que não encontra qualquer respaldo nos autos.

3. Entendo, por isso, que a conduta do 1º denunciado, embora seja típica, não foi antijurídica e, conseqüentemente, também não foram antijurídicas as condutas dos partícipes Soares e Penteadado, já que acessórias e irrelevantes para o direito penal quando consideradas isoladamente.” [grifos no original].

A mídia que esteve tão presente na transmissão ao vivo do episódio será um fator crucial na fundamentação de um último aspecto da decisão judicial.

4. “Sob o ponto de vista do direito processual, este magistrado conhece e concorda com o entendimento de que, em regra, é vedado ao juiz, no juízo de delibação, reconhecer liminarmente uma excludente de antijuridicidade, pois, assim procedendo, impede que o Ministério Público prove a imputação na instrução criminal. Entretanto, em casos excepcionais, como este por exemplo, toda a ação foi filmada e toda a sociedade viu a conduta do marginal e a reação do 1º denunciado. *Estas constituem um fato notório* e que dispensam qualquer outra prova, pois as imagens registraram e eternizaram o episódio. Assim, por que aguardar o fim da instrução e impor aos denunciados o constrangimento de um processo temerário, fadado ao insucesso, se, antecipadamente, já se tem certeza do deslinde? Seria isso

razoável? *QUE OUTRA PROVA, MAIS FIEL E VEROSSÍMIL DO QUE A PRÓPRIA CONDUTA DO AGENTE, FILMADA E TRANSMITIDA AO VIVO PARA O MUNDO, PODERÁ O MINISTÉRIO PÚBLICO TRAZER?”* [grifos no original].

Com a fundamentação acima citada, o juiz Mazza indeferiu o pedido de denúncia por tentativa de homicídio.

O Ministério Público recorreu dessa parte da decisão. No recurso em sentido estrito nº 440/00-51, os desembargadores da Oitava Câmara Criminal, por unanimidade, negaram provimento ao recurso<sup>46</sup>. Em seu voto, o relator, desembargador João Antônio, entendeu que Penteadado, Ricardo Soares e Marcelo Oliveira Santos estavam no cumprimento do dever, rejeitando dessa forma a denúncia de tentativa de homicídio. Ele ainda considerou que não existe nada no processo que comprove a participação do ex-comandante do BOPE, José de Oliveira Penteadado, na morte de Sandro.

### *13.2. A denúncia de homicídio por asfixia pelos policiais*

Na segunda parte da decisão, o juiz Mazza aceitou a denúncia do Ministério Público pelos fundamentos seguintes:

1. Os fatos foram gravíssimos, assim como graves são todos os homicídios. Ao meu aviso, a gravidade do crime por si só não autoriza a prisão, devendo ser demonstrada de forma concreta a sua necessidade, o que não ocorreu *in casu*. Ao revés, como também já mencionei na decisão anterior, estaríamos atribuindo à prisão cautelar aspectos de *justiça sumária*, com irreparável dano à dignidade e à liberdade individual.

2. Por derradeiro, destaco que o MP mostra desconhecer a realidade ao afirmar que a conduta dos réus gerou clamor público e sensação de impunidade no meio social. Uma vez presentes, realmente justificariam a prisão preventiva postulada. Mas, na verdade, o grande clamor que houve

foi com relação à morte de Geisa, jovem atuante na comunidade da Rocinha, o que inclusive deu ensejo a manifestações sociais. A revolta foi tamanha que populares tentaram linchar Sandro no próprio local e provavelmente matariam-no ali mesmo se não fosse a ação dos denunciados. A morte dele, como aduz o MP, pode ter ocorrido na forma de execução sumária, como na época medieval, já que estrangulado e morto por asfixia em momento que estava sob proteção do Estado. Fato grave e que, caso seja comprovado, sem dúvida nenhuma exigirá uma punição exemplar. No entanto, não podemos ser hipócritas e afirmar que a morte de Sandro pela polícia tenha causado um clamor por parte da população. Ao revés, ninguém chorou a sua morte, sendo que muitos até a aplaudiram, conforme diversas vezes a mídia noticiou. Que a operação policial foi trágica, desastrosa e quiçá criminosa, não há quem conteste, mas sentimentos de clamor e de impunidade, com relação aos réus, simplesmente não existem.

O juiz Mazza indeferiu o pedido de prisão preventiva dos cinco policiais, mas acolheu a denúncia do MP contra eles. O indeferimento da prisão preventiva foi objeto de recurso. A decisão da Oitava Câmara Criminal do TJ-RJ manteve o indeferimento do pedido do MP. Nas duas decisões, do juiz Mazza e da Oitava Câmara Criminal, foram rejeitadas as denúncias contra o Comandante da operação, coronel Penteado, pois não havia prova mínima de que incentivara o assassinato de Sandro. Além disso, Penteado não estava presente na viatura policial.

No dia 8 de fevereiro de 2002, depois de um ano e meio, foi finalmente aceita a denúncia do Ministério Público contra três dos policiais militares acusados da morte de Sandro. A juíza Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes, do IV Tribunal do Júri, decidiu não incluir o nome do motorista do

camburão, soldado Paulo Roberto Alves Monteiro, nem o do soldado Luiz Antônio de Lima Silva, que viajava no banco da frente<sup>47</sup>.

Os policiais Ricardo de Souza Soares, Flávio do Val Dias e Márcio de Araújo David foram submetidos a júri popular, em julgamento que durou vinte horas a partir das 9h e 45min. do dia 10 de dezembro de 2002<sup>48</sup>. O júri formado por cinco funcionários públicos, uma bibliotecária e um contador *absolveu, por quatro votos a três, os policiais*.

Esse julgamento teve algumas peculiaridades. Primeiro, o advogado de defesa, Clóvis Sahione, abriu mão de testemunhas e exibiu aos jurados o documentário ÔNIBUS 174 (2002), do diretor José Padilha. “O filme mostra tudo. É a verdade”, disse o advogado no debate. O Ministério Público também recorreu a imagens captadas pelas televisões, comentadas por jornalistas. Todas essas imagens retratavam o que se passou *no ônibus*. Sobre o episódio do estrangulamento de Sandro ocorrido no camburão, essas imagens nada esclareciam, exceto que mostravam que a vítima entrou viva no veículo. É questionável se as imagens exibidas ajudaram a acusação. Mas é certo que favoreceram a defesa, que argumentava que era preciso julgar e condenar a vítima da asfixia, e absolver os policiais militares.

Segundo, a atuação do Ministério Público orientou-se por uma estratégia *inusitada*. Participaram da acusação dois promotores. Primeiro, a promotora Ana Cíntia Lazary Serour, que acusou os policiais militares de homicídio doloso duplamente qualificado<sup>49</sup>: um crime hediondo que resultaria em uma pena de reclusão de no mínimo 15 anos para os policiais. Sua acusação foi enérgica e bem fundamentada nos laudos periciais, que evidenciavam que a morte ocorrera devido aos efeitos letais de um golpe de jiu-jitsu conhecido por todos no BOPE com “mata-leão”<sup>50</sup>. Segundo laudo cadavérico exibido, o estrangulamento ocorreu por tempo *superior a 4 minutos*<sup>51</sup>. A foto nº 9 exibida aos jurados mostra que as mãos do policial se dirigem ao pescoço de Sandro. A foto locali-

zada na folha 11, também exibida aos jurados, indica que um policial tira a arma e coloca na barriga de Sandro. Os policiais levaram a vítima fatal para um hospital que ficava a 15 quilômetros (Hospital Souza Aguiar), quando havia um outro hospital a cerca de um quilômetro. Por tudo isso, a acusação argumenta que os três policiais tinham o objetivo de executar sumariamente o rapaz desarmado que estava sob custódia<sup>52</sup>.

A promotora Ana Cíntia conclui que o caso do estrangulamento evidencia o confronto entre o “império da lei” *versus* o “império da força”. Houve um homicídio praticado por três policiais “de forma fria e cruel” contra uma pessoa rendida. “Eles tinham domínio total da situação. Mesmo assim, executaram sumariamente Sandro. Ele entrou vivo no camburão e saiu morto na porta de um hospital”, afirma a promotora. Pede, por fim, a condenação dos três policiais, pois a absolvição “seria um passe-livre para matar pela Polícia Militar”.

A seguir, a promotora apresenta de forma reverencial o promotor e professor de direito Afrânio Silva Jardim, que foi convidado por ela para participar da acusação e fazer considerações sobre o Direito e a Justiça. Ocorre, então, uma reviravolta no encaminhamento da acusação que gera perplexidade. Primeiro, porque o promotor se expressa como se estivesse ministrando uma aula, meio teórica e tentativamente prática, sobre o “uso alternativo do direito”. Segundo, porque ele expõe uma “proposta” aos jurados e à juíza que não é claramente compatível com a acusação da promotora Ana Cíntia.

De fato, o promotor Afrânio Jardim, com sua autoridade professoral, desclassifica os fatos delituosos previamente apresentados no libelo como “homicídio doloso duplamente qualificado” para um “homicídio privilegiado”, no qual os policiais teriam agido “sob domínio de violenta emoção”<sup>53</sup>. Esse exercício de desclassificação e reinterpretção dos fatos visava, segundo o promotor, a obter uma *proposta* que produzisse

uma “decisão razoável”: uma condenação para os policiais por *homicídio doloso privilegiado*, com uma pena de reclusão de 4 anos em *regime aberto*<sup>54</sup>.

“Justo é condenar mas não botar na cadeia”, afirma o promotor que pretende efetivamente fazer Justiça.

A “proposta” do promotor veio em má hora, apesar de ter mérito como “ajuste equitativo”. Pode ser que os dois promotores tivessem imaginado que estavam expondo, no libelo inicial, a versão “dura lex sed lex” do Ministério Público. E depois, oferecendo a “versão alternativa”, humanista e progressista. Porém, a estratégia peca pela ambigüidade.

Melhor teria sido que a acusação se apresentasse com uma única promotora de *Justiça* que viesse, desde o início, com a “proposta” preferida. Seria uma opção plenamente regular e justa. A sustentação do libelo, e depois sua modificação pela “proposta” alternativa, por dois promotores enfraqueceu a tese de que se queria uma condenação efetiva. Foi, aliás, como o promotor sugestivamente concluiu sua intervenção inicial no debate: “E daí? Para se fazer justiça se beneficia os réus”.

O advogado de defesa, Clóvis Sahione, frisou na abertura do debate que o promotor Afrânio Jardim não havia sustentado o libelo e que dera uma alternativa ao júri que se aproximava de um argumento de defesa dos três policiais. Habilmente, o advogado fortaleceu uma intransigente argumentação pela absolvição dos policiais, baseado nos pontos seguintes. Primeiro, “quem está sendo julgado hoje é *Sandro*”, afirmou. Esse filão expositivo e acusatório do advogado rendeu as frases mais bizarras e preconceituosas do debate: “Sandro era a Morte dentro do ônibus”. “Ele ficava enfiando o revólver sujo, imundo, engatilhado, na boca da moça; se encostando nela”. Sandro é o “demônio personificado”; é “irrecuperável”. “É um podre, é um mal, é um demônio”.

A afirmação da promotora de que “Sandro é um ser humano e deve ser respeitado”

foi rejeitada com veemência pelo advogado. “Ele não é um ser humano. É um mal, um endiabrado, um sujo”. Esse ponto irritou profundamente o promotor Afrânio Jardim, e deu início a um dos inúmeros apartes que visavam assegurar que a vítima fosse minimamente reconhecida como uma pessoa humana perante os jurados, e não assemelhada a um “animal ou uma coisa”.

O segundo ponto da argumentação do advogado de defesa era que os policiais encarnavam o Bem. Eram os defensores de uma ordem que precisava ser restaurada com a eliminação dos bandidos como Sandro. “Bandido bom é bandido morto. Alguns defendem essa tese. Eu não a defendo. Mas nesse caso do Sandro...”, continuava Clóvis Sahione. Os policiais eram também apresentados como excelentes profissionais, dedicados e premiados<sup>55</sup>. O capitão Ricardo Soares, em particular, havia prendido os temíveis bandidos Escadinha e Orlando Jogador.

O terceiro ponto era a sustentação de negação de autoria do homicídio por asfixia pelos policiais. Sandro “sufocou-se”. O advogado chegou a exibir um vídeo<sup>56</sup> em que o perito Roberto Blanco<sup>57</sup> defende a tese de que uma pessoa pode asfixiar-se sozinha caso esteja agitada durante a imobilização.

O quarto ponto era a necessidade de se mandar um recado claro para os bandidos mediante a absolvição dos policiais. “Temos, de um lado, Sandro e os marginais, de outro, esses homens (PMs) e a sociedade. Se eles forem condenados, só os marginais baterão palmas”, afirmou Sahione.

Na tentativa de afirmar sua “proposta”, a Promotoria solicitou à juíza Maria Angélica Guimarães Guerra Guedes que os policiais fossem reinterrogados. Os réus, orientados por Clóvis Sahione, recusaram-se a responder.

A absolvição dos três policiais militares, por quatro votos a três, pelo Conselho de Sentença será, ainda por muito tempo, alvo de interpretações sociológicas. Porém, o relato dos acontecimentos no Tribunal de Júri

mostra que as alternativas, de fato, apresentadas aos jurados visavam proteger os policiais da pena de reclusão. A promotoria sugeriu a pena de quatro anos *em regime aberto*. A defesa sustentou a absolvição dos réus.

O poder de punir dos policiais, inclusive por meio de execução sumária, foi socialmente referendado na absolvição dos réus. Esse foi o significado atribuído pelo advogado de defesa ao julgamento, e bem compreendido por aqueles que se pronunciaram sobre o resultado do julgamento. As pesquisas realizadas na Internet aprovaram esse resultado<sup>58</sup>.

O promotor Afrânio Jardim recorreu, em plenário, pedindo a anulação do julgamento dos policiais militares pelo júri popular<sup>59</sup>. Afinal, existe forte prova técnica de que Sandro foi asfixiado. Ele não se sufocou simplesmente durante a imobilização pelos policiais como argumentou seu advogado de defesa. A verdade dos fatos ficou, no entanto, submersa pelo medo coletivo e pela vontade social de impor um castigo mesmo ao arrepio da lei<sup>60</sup>.

#### *14. A situação dos familiares da refém assassinada Geisa*

Três dias após sua trágica morte, a Assembleia Legislativa tomou uma decisão política: incluiu a família de Geisa entre aquelas que seriam indenizadas com uma pensão vitalícia de três salários mínimos. A proposta legislativa versava originariamente sobre indenizações às famílias das vítimas da chacina da Candelária (1993) e de Vigário Geral (1993). Gilson Martins Gonçalves, pai de Geisa, alega que nunca foi procurado por representantes do Estado do Rio de Janeiro para tratar desse assunto.

Gilson moveu uma ação indenizatória contra o Estado do Rio de Janeiro<sup>61</sup>. A ação foi distribuída em 27 de junho de 2000. O autor pede 900 mil reais de indenização. Não foi ainda proferida a sentença.

Alexandre Magno Macedo de Oliveira, companheiro de Geisa, também moveu ação

indenizatória<sup>62</sup>. Seu pedido foi indeferido, julgando-se extinto o processo sem julgamento do mérito.

### 15. Situação do policial Marcelo de Oliveira Santos

Segundo o resultado da sindicância realizada pela Polícia Militar, Marcelo de Oliveira Santos, autor dos disparos contra Sandro, não cometeu transgressão disciplinar<sup>63</sup>. Segundo o Boletim Reservado da PM, o policial disparou duas vezes contra Sandro com o “intuito de imobilizá-lo”, para “neutralizá-lo” (MÁIRAN, 2000, p. 20). O documento não esclarece se ele tinha ou não ordens de seu superior, o então comandante do BOPE, tenente-coronel José de Oliveira Penteadó, para disparar<sup>64</sup>. A sindicância foi realizada pelo coronel Paulo Siston.

Anteriormente foi visto que a denúncia contra o policial foi rejeitada pelo juiz Mazza e que o recurso em sentido estrito do Ministério Público pedindo a impugnação dessa decisão foi rejeitado pela Oitava Câmara Criminal. Foi firmado que se tratava de “legítima defesa de terceiro”.

Por isso, ninguém foi responsabilizado criminal ou administrativamente pela morte da recreadora infantil Geisa Firmo Gonçalves.

### 16. O caso dramático do pedreiro Carlos

O pedreiro Carlos Leite da Silva, 36 anos, foi confundido com um bandido pela polícia e acusado de ser comparsa do seqüestrador. Carlos passou o dia inteiro detido na 15ª DP (Gávea) para ser reconhecido pelos reféns. Foi colocado no chão e pisoteado. Ele negava qualquer ligação com o crime.

Carlos tinha saído cedo do serviço com o objetivo de comprar material de construção, no centro da cidade, para uma obra em que estava trabalhando. Estava sujo e mal vestido, por isso, segundo seu advogado João Tancredo, os policiais desconfiaram

dele. No final da noite, foi liberado depois que policiais confirmaram que ele não possuía antecedentes criminais.

O pedreiro moveu uma ação indenizatória contra o Estado do Rio de Janeiro, objetivando reparação por danos morais.

A juíza Helena Belc Klausner, da 5ª Vara de Fazenda Pública, condenou o Estado do Rio de Janeiro a pagar 150 salários regionais, cerca de R\$ 33 mil, por dano moral, ao pedreiro. Em sua sentença, a juíza entendeu que estaria comprovada a responsabilidade objetiva do Estado pelos fatos que levaram o autor a sofrer o vexame de ser conduzido a uma delegacia e ser apontado como bandido acumpliciado de outro que assaltava um coletivo, “naquele que se tornou o mais notório crime do Brasil nos últimos anos”. O autor teria se *identificado* e comprovado ser *trabalhador honesto*, não havendo nos autos qualquer indício de que estivesse envolvido no episódio.

O autor e o Estado recorreram da sentença de primeiro grau. O autor pediu majoração da indenização por dano moral em valor nunca inferior a 500 salários mínimos, por força do artigo 1.547, parágrafo único, do Código Civil, assim como na jurisprudência e doutrina. Requer ainda verba para tratamento psicológico. O Estado, em suas razões recursais, afirma que a *detenção do autor não seria ato arbitrário, vez que teria sido encaminhado a delegacia policial, com outras pessoas, para o necessário interrogatório*. O trocador do ônibus teria afirmado que eram dois os marginais que tencionavam assaltar os passageiros. Por fim, seria também excessiva a indenização por dano moral na quantia de 150 salários mínimos, não podendo corresponder a uma fonte de lucro. O Ministério Público de primeiro grau opinou pelo não provimento do recurso, mantendo a sentença prolatada. O Ministério Público de segundo grau, por sua vez, entendeu que não haveria interesse na demanda, deixando de oficiar o feito.

O relator, Des. Luiz Eduardo Rabello, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do

Estado do Rio de Janeiro, em decisão por unanimidade<sup>65</sup>, negou provimento aos recursos de ambas as partes. Merece destaque, no acórdão, o trecho seguinte do relator:

“Discordo ainda da tese de que o Estado tenha agido no estrito cumprimento de um direito reconhecido. Conforme salientado na sentença e pelo Ministério Público, a polícia deu tratamento completamente diferenciado ao autor, relativamente aos demais passageiros, retendo-o longamente na delegacia, agredindo-o e dando mesmo a entender aos meios de comunicação que poderia ser cúmplice do famigerado Sandro, de triste memória. E isso, muito naturalmente, por ser o autor pessoa humilde, trabalhadora, de quem foi inclusive indagado o porquê de carregar consigo, numa bolsa, um relógio quebrado e cento e cinquenta reais. Não havia, por outro lado, qualquer indício de que o autor devesse ser tido por suspeito, uma vez que não agiu em momento algum de modo a ensejar semelhante desconfiança.

O fato de se tratar de um acontecimento excepcional, no qual todos estavam com os nervos à flor da pele, beneficia a todos, menos à polícia, que deve manter o sangue frio e tratar a todos indistintamente, sempre jungida à lei.

É sabido e ressabido, porém, o amadorismo com que a polícia agiu no episódio, que desastrosamente culminou com a morte de uma refém e a do próprio bandido, possivelmente nas mãos da própria polícia.

Por outro lado, conforme comprovado por prova testemunhal e pela evidência mesma de ter se tratado de um crime conhecido, repita-se (pela adequação perfeita da expressão latina) *urbi et orbi*, ficou o autor marcado como alguém que foi pela polícia as-

sociado a um dos atos criminosos de pior repercussão na história do país, tendo sido mesmo noticiado no dia seguinte, em jornal de ampla circulação como *O Dia*, que a polícia efetivamente o teria tomado por suspeito na manutenção de diversos passageiros em cárcere no maldito ônibus da linha 174, tendo-se ainda alvo de suspeita ou chacota em sua própria comunidade.

O dano moral sofrido é evidente, mesmo porque não me recorde, em minha longa carreira de magistrado, de ter lido em assentada de audiência registro de que, diante de depoimento de alguém, todos os presentes tenham chorado (fl. 101), o que demonstra a carga do drama envolvido”.

#### 17. *E com a mídia, não aconteceu nada?*

As imagens que construíram o drama foram também questionadas em juízo.

Um dos três negociadores no episódio, o major Fernando Príncipe Martins, moveu uma ação indenizatória contra o jornal *O Dia*, alegando ter sua imagem indevidamente veiculada. A partir da publicação de sua foto, sua imagem teria sido denegrida e para sempre associada àquele episódio, em que se deu o assassinato de Geisa por Sandro. Seus familiares, amigos e conhecidos passaram a inquiri-lo quanto à sua efetiva participação nos acontecimentos.

A sentença de primeiro grau julgou improcedente o pedido. Inconformado, o major Príncipe recorreu e reiterou o pedido de reparação por danos morais “por ter sua imagem associada ao episódio”.

Os desembargadores da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por unanimidade<sup>66</sup>, confirmaram a sentença de primeiro grau. A relatora, Des<sup>a</sup>. Maria Augusta Vaz M. de Figueiredo, após examinar o conjunto de fotos publicadas no jornal, e apresentadas nos autos, constata que não há menção do *nome* do autor (major

Príncipe) nas fotos. Não há nas reportagens tampouco menção do Major Príncipe. Nada se encontra que possa afetar sua honra ou envolvê-lo nas sindicâncias quanto ao assaltamento do assaltante. Conclui a relatora:

“Prova não há nos autos, portanto, de que tenha o apelante sofrido de profundas humilhações a que refere e não decorrem elas automaticamente da imagem retratada, pois, por estar no exercício de sua função militar naquele dia, encontrava-se no local, em atitude que não deixa transparecer nenhum envolvimento inadequado no episódio, e aparece porque estava muito próximo à porta do ônibus.

A veiculação dessa imagem, que nenhum demérito pode lhe causar porque apenas o mostra na atividade de sua função, é real e por isso não contém nenhum caráter ofensivo, na medida em que seu nome é referido nas sindicâncias instauradas para a apuração dos fatos que levaram ao lamentável episódio. Não há então que falar em ofensa à honra”.

#### *18. Poder de punir da polícia e outras conclusões*

Na primeira seção (“Terror no ônibus 174”), tenta-se captar a gestão do risco e da incerteza que está no centro de uma situação de crise. Os atores não têm informações suficientes para decidirem quais providências tomarem para sair do impasse sem vítimas fatais. O prolongamento do espetáculo não ajuda a esclarecer a trama, que, no início, era simples. Havia um assaltante<sup>67</sup>, que, flagrado pelos policiais com uma arma, fez reféns para se proteger e sair com vida dali. Um típico “seqüestro emergencial”.

O impasse poderia ser superado de várias maneiras. Deixando o assaltante fugir e capturando-o quando estivesse isolado. Poderia ter havido a rendição com a presença da imprensa, que garantiria sua integridade física, o que ocorre com certa frequên-

cia no Rio. Tendo declarado que era um “sobrevivente da Candelária”, alguma pessoa com vínculo afetivo com aquele grupo talvez pudesse colaborar para superar o impasse e obter a rendição.

Por outro lado, uma das corporações mais temidas para qualquer “sobrevivente da Candelária” é justamente a Polícia Militar e, talvez, o BOPE, que conduz regularmente as ocupações militarizadas das favelas do Rio. Aliás, não foi esclarecido por que a Divisão Anti-Seqüestros (DAS), polícia civil *especializada*, não estava presente exatamente nesse chamado “seqüestro do ônibus 174”.

Na formação de um oficial da polícia militar do Rio, são dedicadas 30 horas para aprendizado de técnicas de negociação de conflitos (0,61% das horas obrigatórias do curso)<sup>68</sup>. Os equívocos que foram constatados por especialistas, ou não, foram óbvios demais para supostos profissionais da elite da PM<sup>69</sup>. Isso gerou também insegurança entre os que presenciaram o “espetáculo”. O fato de o policial Marcelo Oliveira, atirador de elite, ter errado os dois tiros, numa ação que não era mais para ocorrer, é grave. As circunstâncias sugeriam que afinal o seqüestrador iria se render, depois de deixar para trás os outros reféns e se expor fora do ônibus, confiando que não seria alvejado. Ocorreu, então, o ataque que precipitou a morte da refém Geisa. Esse descontrole fatal está para sempre registrado na memória social. Se a tarefa dos negociadores era estabelecer um vínculo de confiança para resolver pacificamente a crise, o ocorrido é uma mancha na credibilidade da polícia militar. Principalmente, devido à cena final protagonizada pelos “estranguladores de elite” no camburão, episódio que exemplifica *o poder de punir da polícia*.

As polícias são agências paradigmáticas de controle social *formal*, seja devido a sua natureza pública, seja devido a sua função oficial de processar infrações por meio do sistema legal<sup>70</sup>. Porém, as polícias operam também como agências de controle so-

cial *informal*, aplicando castigos, como espancamentos ou execuções sumárias, à margem do sistema penal oficial. A crescente desconfiança no sistema de controle social formal talvez contribua para o aumento dessas práticas informais punitivas das polícias. Pior ainda, o poder de punir das polícias termina sendo aceito, por setores da população, e normalizado como forma substitutiva e até apropriada de controle social. Essas atividades policiais que se situam na fronteira do controle formal e informal devem ser estudadas e discutidas amplamente, inclusive porque ocorrem em muitos países. O controle da violência na sociedade democrática precisa, por fim, ser eficaz sob *dois ângulos*. Primeiro, na prevenção e repressão dos infratores das normas legais. Segundo, na punição dos que, em nome da manutenção da ordem legal, praticam abusos e atos ilegais, com a convicção de que as normas legais são inúteis para controlar a criminalidade<sup>71</sup>.

A trajetória do Mancha no Rio evidencia a violência da exclusão dos direitos mais básicos. Como não ter um “registro civil de nascimento”, que é “gratuito para os reconhecidamente mais pobres”<sup>72</sup>, quando, como criança e adolescente, passou-se por várias instituições estatais, seja como criança em situação de risco ou adolescente infrator?

Mancha se apresentava como “um sobrevivente da Candelária”. O que pode significar se identificar pessoalmente como tal? Levantamento realizado (MAGNO, 2000) depois do “seqüestro do ônibus 174” concluiu o seguinte. No dia 23 de julho de 1993, quando policiais mataram oito adolescentes na Candelária, havia setenta e nove meninos que dormiam por lá. Até dezembro de 2000, obtiveram-se informações de setenta e um jovens. Desses, vinte e seis foram mortos por AIDS, tiros ou agressões. No abandono, na miséria e no vício estavam mais vinte e nove. Na prisão, por roubo ou tráfico, foram encontrados mais oito. Um estava sumido; sobre sete faltaram informações.

Por último, as respostas institucionais minimizaram as conseqüências práticas do drama, como penas e indenizações. Os cinco policiais que estavam no camburão onde foi asfxiado o Mancha cumpriram 30 dias de prisão administrativa no BOPE. Em termos de responsabilidade penal, somente os três policiais que estavam na parte traseira do veículo serão julgados no Tribunal de Júri. Os familiares de Geisa não obtiveram ainda indenizações prometidas pelo Legislativo ou decididas pelo Poder Judiciário por meio de ações indenizatórias contra o Estado. Entre os reféns, somente o pedreiro Carlos conseguiu no Judiciário indenização pela dor moral causada pelos abusos ocorridos na delegacia de polícia. Pelo assalto e seqüestro dos reféns propriamente ditos, nenhuma ação indenizatória foi tentada contra a empresa transportadora ou o Estado<sup>73</sup>. O major Príncipe não teve sua pretensão indenizatória por dano à sua imagem acolhida, o que foi uma decisão juridicamente correta.

Uma mancha na imagem do Rio, como o “seqüestro do ônibus 174”, não se repetirá (UM assalto a cada hora..., 2000, p. 13), prometem políticos e empresários, que prepararam a cidade para as Olimpíadas de 2007. Isso já é certo, pelo menos, por um detalhe simbólico. A linha de ônibus 174 mudou de nome. Depois daqueles dramáticos acontecimentos, *virou linha 158*.

#### Notas

<sup>1</sup>O ônibus 174 liga o alto da Gávea (zona sul), onde se localiza a favela da Rocinha, à Central do Brasil, estação ferroviária localizada no centro da cidade do Rio, e conduz passageiros para a zona norte e subúrbios do Rio. Passa em frente à Pontifícia Universidade Católica do Rio (PUC-RJ), de onde saíram duas estudantes que se tornaram reféns. Curiosamente, o nome comercial da empresa do ônibus 174 é a Viação *Amigos Unidos*.

<sup>2</sup> Alguns relatos discrepam nos detalhes iniciais do episódio. Segundo a revista *Época*, um pedestre viu o suspeito subir armado no ônibus e alertou dois policiais. Com um gesto facilmente decifrado

pelo motorista, a dupla de militares subiu no ônibus. Acuado, o assaltante fez reféns (cf. VIEIRA; GIGLIOTTI, BRUM, 2000).

<sup>3</sup> O cobrador e alguns passageiros também conseguiram escapar, pulando pelas janelas ou saindo pela porta traseira do ônibus.

<sup>4</sup> Os policiais militares do Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar (BOPE) terão controle no local. Estão presentes também policiais militares do 23º Batalhão Militar (BPM), do Leblon, Grupamento Tático-Móvel (Getam), 2º BPM (Bota-fogo), policiais civis e guardas municipais.

<sup>5</sup> Esse local fica em frente ao Parque Laje, o que propiciou um espaço adequado para os “atiradores de elite”.

<sup>6</sup> Segundo depoimentos colhidos, ele não chegou a assaltar os passageiros (cf. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 jun. 2002. Caderno Cotidiano, p. C1).

<sup>7</sup> Luanna Belmont, refém no episódio, afirma que o que precipitou a captura de reféns foi o cerco da polícia. “Luanna acredita que Nascimento não ia assaltar o 174 e o seqüestro se deu porque a polícia cercou o ônibus.” (cf. PENNAFORT, 2002).

<sup>8</sup> No dia 12 de junho de 2000, a cotação do dólar era a seguinte, de acordo com o *Jornal do Brasil*: Dólar comercial: (compra) R\$ 1,8032, (venda) R\$ 1,8040. Dólar paralelo: (compra) R\$ 1,880, (venda) R\$ 1,900.

<sup>9</sup> O primeiro policial a estabelecer contato foi o coronel Luís Soares de Souza, do 23º BPM.

<sup>10</sup> “Eu estava lá! Não estava não? Perguntem à tia Yvonne”, grita Sérgio pela janela do ônibus. O delinqüente se refere a Yvonne Bezerra de Melo, que o conheceria da Candelária. De fato, depois do assalto ao ônibus, ela virá a reconhecê-lo como um “sobrevivente da Candelária”.

<sup>11</sup> Era uma reunião anual de diretores de jornais que pela primeira vez acontecia num país da América Latina, o 53º Congresso Mundial de Jornais. “Um dia antes da tragédia do ônibus 174, o governador do Estado, Anthony Garotinho, havia declarado ao comparecer à reunião que a imprensa era culpada por fornecer uma idéia exagerada da violência na cidade...” (cf. CASO do 174 arranha imagem do Brasil, 2002).

<sup>12</sup> O início do episódio ficou registrado por uma câmara da Companhia de Engenharia de Tráfego da prefeitura do Rio. “A Rede Record transmitiu ao vivo do Jardim Botânico, de 17h20 às 19h20, com a narração de José Luiz Datena e trilha sonora dramática ao fundo. Resultado: um salto para picos de 24 pontos no Ibope, enquanto a Rede Globo tinha média de 26 pontos com sua programação normal e flashes do episódio. ‘Não quisemos correr o risco de mostrar um assassinato ao vivo’, disse o diretor de Comunicação da Globo, Luiz Erlanger. Os jornais cariocas que na terça-feira estamparam fotos do caso aumentaram as vendas. A procura

pelo *Jornal do Brasil* dobrou e O Globo mandou às bancas uma reimpressão, o que não acontecia desde a morte da atriz Daniella Perez.” (cf. AZIZ FILHO; ALVES FILHO; HELENA, 200\_?). Segundo a revista *Veja*: “Perto de 35 milhões de brasileiros acompanharam ao vivo na segunda-feira passada o drama dos dez passageiros de ônibus feitos reféns por um criminoso no Rio de Janeiro. As cenas foram levadas ao ar pelas principais redes de televisão do país e pela CNN, que distribui as imagens em todo o mundo.” (cf. CARNEIRO; FRANÇA, 200\_?).

<sup>13</sup> Garotinho obteve seu nome político ao apoderar-se do nome artístico de um outro radialista de futebol famoso. Um dos principais trunfos políticos do Governador, então preparando sua candidatura para Presidente da República, é sua capacidade de criar fatos ou acontecimentos que proporcionem exposição na mídia. Ficou famoso por ter demitido, ainda no início de 2000, o Subsecretário de Segurança Pública Luís Eduardo Soares pela televisão.

<sup>14</sup> Cem homens do BOPE, entre eles atiradores de elite (*snipers*), cercam o ônibus.

<sup>15</sup> O Comandante da operação não deve ser o negociador, segundo o procedimento regular nesses casos. Estando o criminoso armado e já tendo até disparado contra policiais e jornalistas, a própria operação estava posta em risco.

<sup>16</sup> Major Fernando Príncipe Martins e o capitão André Luiz de Souza Batista. Os três negociadores possuíam cursos da Scotland Yard e da polícia israelense.

<sup>17</sup> O motorista do ônibus, José Fernandes dos Santos, 51 anos, já havia sofrido mais de dez assaltos na linha 174. Mas essa era a primeira vez que acontecia um caso de assalto desse tipo, com reféns (MOTORISTA já enfrentou 10 assaltos, 2000, p. C3).

<sup>18</sup> “Vocês têm medo, eu não, estou com o diabo”, gritava Sérgio dentro do ônibus. Dizia que tinha feito um pacto com o diabo depois que sua mãe teve a cabeça arrancada pelo Comando Vermelho (rede criminosa existente no Rio de Janeiro) (cf. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 13 jun. 2000. Caderno Cidade, p. 19).

<sup>19</sup> O derrame ocorrido no assalto do ônibus 174 deixou-a sem a fala e sem os movimentos do lado esquerdo do corpo.

<sup>20</sup> “O seqüestro do ônibus 174 foi o seqüestro das meninas. A elas é que o seqüestrador agarrava, o revólver apontando-lhes para a nuca ou a têmpora, quando não enfiado na boca. Se não era Janaína era Geisa, se não era Geisa era Luanna, num sinistro baile em que não poderia haver maior desgraça do que ser tirada para dançar.” (TOLEDO, 2000, p. 170).

<sup>21</sup> Estimada em cerca de mil pessoas.

<sup>22</sup> Conforme registrado pelas imagens da TVE.

<sup>23</sup> “Acabamos de assistir, todos estarecidos, durante horas (...), numa violência absolutamente inaceitável e até certo ponto contristados por não vermos uma ação capaz de evitar o desenlace fatal de uma jovem absolutamente inocente” (cf. PRESIDENTE critica ação da polícia, 2000, p. 1).

<sup>24</sup> Os políticos e governadores reclamaram publicamente por não terem sido consultados na feitura do Plano Nacional de Segurança Pública. A colunista política Tereza CRUVINEL (2000, p. 2) sintetiza em *Panorama político* o que estava presente nas páginas dos jornais. “Poderia o Governo federal passar ao largo da crise de segurança pública. Constitucionalmente, o abacaxi é dos estados. Mas, politicamente, isso não é mais possível, a realidade já atropelou a divisão formal de atribuições nessa área. Adiantou-se o presidente da República, lançando um plano de emergência. Faltou porém, firmar um pacto com os governadores, essencial ao êxito da proposta. (...)”.

<sup>25</sup> Jornal transmitido à 00h15 na TV Globo.

<sup>26</sup> Essa arma pode carregar *de cinco a sete balas* (cf. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 jun. 2000. Caderno Cotidiano, p. C7).

<sup>27</sup> Estas são as principais manchetes de primeira página dos jornais do dia 13 de junho de 2000: “Incompetência e morte: quatro horas de terror, dois mortos e dúvidas”, *Jornal do Brasil*; “Um erro fatal”, *O Globo*; “2 morrem em seqüestro de ônibus”, *Folha de São Paulo*; “Ladrão e refém acabam mortos no Rio”, *Estado de São Paulo*; “Que polícia é essa que só chega para matar?”, *Correio Braziliense*; “Terror no Rio”, *Jornal de Brasília*; “Bandido mata refém após 4 horas de terror”, *Correio da Bahia*; “Terror com final trágico”, *Estado de Minas*; “Assalto dramático choca todo o País”, *Jornal do Commercio* (PE); “Basta!”, *O Dia* (RJ); “Terror nas ruas do Rio”, *Zero Hora* (RS).

<sup>28</sup> Quarenta e um por cento (41%) dos paulistanos, consultados pela DataFolha, aprovaram a morte do seqüestrador por asfixia pelos policiais, sob a alegação de legítima defesa (cf. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 jun. 2000, p. A6). Pesquisa realizada pelo *Jornal do Brasil*, via Internet, revelou que 50% dos participantes achavam que o “bandido” deveria morrer.

<sup>29</sup> “O *Estado* apurou que Cruz estava enfraquecido no cargo havia algum tempo, por causa de problemas na segurança e do resultado da Comissão Mãos Limpas, que investigou suspeitas de corrupção” (cf. GAROTINHO muda discurso e critica PM, 2000).

<sup>30</sup> Os reféns o trataram de Sérgio, e dele receberam pouca informação. “Não tenho nada a perder mesmo. Minha mãe morreu de facada, meu pai de tiro e minha irmã de sete anos foi degolada hoje. Eu sei que vou morrer também” (BELMONT, 2000, p. 17).

<sup>31</sup> “Um homem sem identidade revoltou o Rio: bandido morreu sem nunca ter sido registrado no IFP, a não ser pelo nome que deu ao ser fichado na polícia”. Matéria de Antônio WERNECK (2000, p. 19).

<sup>32</sup> O documentário *Ônibus 174* apresenta cenas dessa delegacia onde Sandro esteve preso. Superlotada, os presos se alternavam para dormir e se penduravam em cordas (cf. ÔNIBUS 174, 2002).

<sup>33</sup> O garoto tinha uma mancha no corpo.

<sup>34</sup> Ela não foi ao local durante o seqüestro no ônibus 174. Justificou-se dizendo que teve medo.

<sup>35</sup> O laudo, assinado pelo professor Elizeu Fagundes de Carvalho, indicou que “o vínculo genético não é de maternidade”. Os testes foram feitos no Instituto de Biologia da UERJ (ELZA não é mãe de seqüestrador, diz exame, 2000, p. C6).

<sup>36</sup> A imprensa noticiou as investigações da delegada Martha Rocha, que procurou confirmar se os médicos que receberam inicialmente o corpo de Sandro tinham sido pressionados para alterar o laudo. A conclusão foi de que não foram pressionados pelos policiais militares (cf. THOMÉ, 200\_?).

<sup>37</sup> Estava presente também a promotora de Justiça, Luciana da Silveira.

<sup>38</sup> Segundo o Comando da Polícia Militar, os policiais que realizam patrulhamento portam algemas. Os do BOPE, não. É a única unidade da PM que dispensa esse equipamento (cf. CORTEZ, 2000, p. C7).

<sup>39</sup> Somente depois desse depoimento, o soldado foi fazer exame de corpo de delito do braço no Instituto Médico Legal.

<sup>40</sup> A advogada garante que os policiais não sabiam que Nascimento estava morto ao deixá-lo no hospital. “Ele parecia desfalecido, como quem teve uma parada cardíaca durante a luta.” (cf. ADVOGADA de PMs cai em contradição no Rio: defensora deu duas versões para suposto ferimento causado por seqüestrador em um de seus clientes, 200\_?).

<sup>41</sup> Posteriormente se constatou que era uma fratura no pulso. “A testemunha de acusação, médico plantonista, disse que um dos policiais sofrera fratura no punho, confirmando a versão de que os PMs lutaram com Sandro.” (cf. JUSTIÇA ouve testemunha do seqüestro de ônibus, 2001).

<sup>42</sup> Dois peritos do Instituto Carlos Éboli fotografaram interna e externamente o carro na ocasião da perícia, que durou cinco horas.

<sup>43</sup> Em suas declarações no IV Tribunal de Júri, o policial declarou que não tinha intenções de asfixiá-lo e sim de tentar acalmá-lo, “pois o assaltante estava muito nervoso”. “Eu estava com o braço esquerdo sobre o pescoço dele e com o direito empurrando seu queixo, para que ele não me mordesse”. Disponível em: <<http://www.no.com.br>> Acesso em: 18 ago. 2000.

<sup>44</sup> O relatório final do inquérito policial, conduzido pela delegada Martha Rocha, tem 822 páginas, com 63 laudos técnicos (DECISÃO do caso 174 sai segunda, 2000, p. 22).

<sup>45</sup> Autos nº 2000.001.092042-0. IV Tribunal do Júri do Rio de Janeiro. Juiz: Mário Henrique Mazza. Data do Julgamento: 15/08/2000.

<sup>46</sup> Recurso em sentido estrito nº 440/00-51. Oitava Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Des. João Antonio da Silva. Data do julgamento: 05/04/2001.

Ementa: Rejeição de denúncia. Excludente de legítima defesa. Inexistência de indícios suficientes de participação em crime.

Comprovado, de modo incontroverso, que o agente praticou o fato amparado por uma excludente de ilicitude, não há que se instaurar ação penal, por faltar justa causa para o procedimento. Mesmo sendo o fato típico, não haveria infração penal punível, por considerar a lei que a conduta se amolda aos ditames da lei.

Responder a uma ação penal não deixa de ser um constrangimento, não sendo justo, por questão de tecnicismo absoluto, que se leve às barras de um tribunal agentes do Estado que, no cumprimento de sua missão, tentaram livrar, das mãos de um tresloucado armado, uma refém que acabou sacrificada. A legítima defesa de terceiro, comprovada de forma inofismável, nas peças do inquérito, deve ser considerada para o fim de eximir de responsabilidade penal os denunciados que agiram sob a guarda da excludente de ilicitude.

Inexistindo lastro probatório e idôneo a denotar a existência de *fumus boni iuris*, a denúncia deve ser rejeitada. Para que seja possível o exercício do direito de deflagrar ação penal, é indispensável que haja, nos autos do inquérito ou de papéis, elementos sérios e indícios, mais ou menos razoáveis, que seu autor foi a pessoa apontada no procedimento informativo e nos elementos de convicção.

<sup>47</sup> Segundo a juíza, “não há nenhuma prova, por mais precária que seja, que eles estavam cientes do que ocorria no interior da viatura” (cf. BRASIL, 2002).

<sup>48</sup> Processo nº 2000.001.092042-0. Tipo de ação: homicídio doloso qualificado. Réu: Ricardo de Souza Soares e outros. Vítima: Sandro do Nascimento e outros. No dia do julgamento, esse processo tinha 8 volumes e 5 apensos. Agradeço aos professores Antonio Carlos Barandier e Guilherme Novis os comentários que fizeram sobre a minha análise desse julgamento. As opiniões emitidas são de responsabilidade do Autor, que acompanhou o julgamento dos policiais.

<sup>49</sup> Código Penal art. 121, § 2º, III e IV. Neste enquadramento legal, a “asfixia” foi apreciada como um “meio cruel”, e a “imobilização feita pelo golpe no pescoço da vítima” e o emprego de força

por três policiais para paralisar a vítima desarmada, como “recurso que impossibilitou a defesa da vítima”. Os soldados do BOPE teriam concorrido para a prática do crime. O capitão Soares praticara o ato letal.

<sup>50</sup> O capitão Soares confirmou em depoimento perante os jurados que deu uma ‘gravata’ no pescoço de Sandro com o braço esquerdo para imobilizá-lo. Negou ter apertado o pescoço e disse que não teve a intenção de matar. Os soldados afirmaram que seguraram braços e pernas de Sandro (cf. JÚRI livra policiais do caso do ônibus 174, 2002, p. C1).

<sup>51</sup> “Com dois minutos, a pessoa desmaia. Com três, tem morte cerebral. Com seis ou sete, pára de respirar. Por isso é morte cruel”, declarou o legista Nelson Massini, professor da UERJ e da UFRJ (cf. JÚRI livra policiais caso do ônibus 174, 2002, p. C1).

<sup>52</sup> Segundo a promotora, os policiais pretendiam “terminar de matar o Sandro”. Eles supunham que Sandro tinha sido ferido pelo disparo de arma de fogo feito pelo policial Marcelo Santos.

<sup>53</sup> Código Penal, art. 121, § 1º - “Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, *ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço*”.

<sup>54</sup> Ver: Código Penal, art. 33, § 2º, c - “o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a quatro anos, poderá desde o início, cumpri-la, em regime aberto.”

<sup>55</sup> Nesse ponto o Ministério Público concordava com a defesa. De fato, a trajetória profissional dos policiais revela inegável mérito e reconhecida dedicação, reforçada nos documentos e testemunhos apresentados pela defesa.

<sup>56</sup> A qualidade da exibição era péssima. O som do microfone do advogado falhava constantemente, indicando defeito.

<sup>57</sup> Blanco já foi investigado pelo Conselho Regional de Medicina do Rio (Cremerj), sob suspeita de ter assinado laudos falsos de prisioneiros do regime militar. O médico alegou inocência e o processo prescreveu (cf. PENNAFORT, 2002).

<sup>58</sup> Entre os internautas que responderam à pesquisa do jornal O Globo, 69,02% aprovaram, e 30,98% repudiaram a absolvição dos policiais (*O Globo*, Rio de Janeiro, 13 dez. 2002). Por outro lado, a absolvição dos PMs foi aprovada por 58% dos leitores do *JB Online* (cf. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 1, 12 dez. 2002).

<sup>59</sup> Foi alegado que a decisão é “manifestamente contrária à prova dos autos”.

<sup>60</sup> “Nunca se negou que Sandro, a vítima, fosse o marginal que era. Apenas há um outro valor que devemos proteger, que é o de que a vida das pessoas deve ser respeitada pelo poder público”, defendeu

o promotor Afrânio Jardim após o julgamento (cf. MARTINS, 2002, p. C1).

<sup>61</sup> Processo nº 2000.001.086482-8. 7ª Vara de Fazenda Pública, Capital.

<sup>62</sup> Processo nº 2001.001.044550-0. 7ª Vara de Fazenda Pública, Capital.

<sup>63</sup> Na conclusão do documento lê-se: “verifica-se a inexistência de indícios de crime de qualquer natureza, tampouco transgressão de disciplina”. Boletim Reservado da PM nº 57 de 07/11/2000, p. 51.

<sup>64</sup> Segundo a reportagem de Paula MÁIRAN (2000, p. 20), o comandante do BOPE é citado no boletim como autor da ordem para que a equipe do BOPE atacasse o bandido e resgatasse os reféns assim que houvesse oportunidade. “‘No entanto, confirmado o blefe do meliante, foi o assalto tático descartado, prosseguindo-se nas negociações’, relator o condutor da sindicância”. Ver também: RESULTADO de sindicância sobre caso 174 deixa o governador surpreso: reféns do seqüestrador mostram decepção com as conclusões da PM (2000, p. 19).

<sup>65</sup> Apelação Cível nº 10.793/01. 11ª Câmara Cível. Relator: Des. Luiz Eduardo Rabello.

Decisão: por unanimidade. Apelantes: Carlos Leite Faria e Estado do Rio de Janeiro. Apelados: os mesmos. Data do julgamento: 20/02/2002.

Ementa: Responsabilidade civil. Dano moral. Crime do ônibus 174 em junho de 2000. Cidadão que, no interior do ônibus, é tratado pela polícia como suspeito de ser cúmplice do célebre Sandro, no episódio que culminou com a morte deste e de uma passageira tomada como refém. Sentença que julga procedente em parte o pedido de indenização contra o Estado. Apelo de ambas as partes. Se a inicial foi expressa ao incumbir o magistrado de fixar a indenização, de acordo com seu sentimento de equidade, não há sucumbência necessária ao conhecimento do pedido de majoração do montante fixado, principalmente se não o foi em patamar que se possa considerar irrisório. Pedido de concessão de verba para tratamento psicológico, que também se indefere. Se o autor participou de audiência durante três horas na presença da Juíza prolatora da sentença, não tendo ela verificado a persistência do dano moral verificado, mas somente tristeza na recordação, não é este Relator mais capaz de efetuar semelhante valoração, mesmo porque não teve qualquer contato pessoal com o autor. Tratando-se de liquidar obrigações decorrentes de ilícito, mediante indenização, não havendo previsão legal do modo pelo qual aquela se dará, tanto pode o autor quantificar o quanto pretende, como pode deixar o arbitramento a cargo do Juiz – sujeitando-se contudo, neste caso, à hipótese de não poder manifestar posterior inconformismo com o montante fixado. Hipótese que não ampara a tese de excludente de responsabilidade do Estado, pelo suposto cumprimen-

to de um direito reconhecido. Conforme salientado na sentença e pelo Ministério Público, a polícia deu tratamento completamente diferenciado ao autor, relativamente aos demais passageiros, restando-o longamente na delegacia, agredindo-o e dando mesmo a entender aos meios de comunicação que ele poderia ser cúmplice do famigerado Sandro, de triste memória. E isso, muito naturalmente, por ser o autor pessoa humilde, trabalhadora, de quem foi inclusive inquirido o porquê de carregar consigo, numa bolsa, um relógio quebrado e cento e cinquenta reais. Não havia qualquer indício de que o autor devesse ser tido por suspeito, uma vez que não agiu em momento algum de modo a ensejar semelhante desconfiança. Por outro lado, ficou o autor marcado como alguém que foi pela polícia associado a um dos atos criminosos de pior repercussão na história do país. Montante indenizatório mantido. Decaimento, pelo autor, de parte mínima do pedido, devendo o Estado arcar integralmente com tais despesas. Improvimento de ambos os recursos.

<sup>66</sup> Apelação cível nº 17.459/2001. 1ª Câmara Cível. Relatora: Desª Maria Augusta Vaz M. Figueiredo. Decisão: por unanimidade. Data do julgamento: 23/10/2001. Apelante: Fernando Príncipe Martins. Apelado: Empresa O Dia S.A.

Ementa: Ação ordinária de ressarcimento por dano moral. Ação que propõe policial militar que teve sua foto estampada nos jornais em razão do episódio do seqüestro do ônibus 174. Foto em que aparece ocasionalmente, já que o real objetivo era a imagem da vítima rendida pelo seqüestrador ao descer do ônibus. Foto que retrata acontecimento dramático de profundo interesse para o público e que na ocasião foi veiculada por todos os órgãos da imprensa, mas que (*sic*) imiscui a pessoa do autor ao evento e tampouco ao relato das sindicâncias que em seguida foram instauradas para apurar envolvimento de policiais no decurso da ação militar. Inexistência de ofensa à honra do policial retratado, inexistindo por isso dano moral a ressarcir. Sentença que se confirma.

<sup>67</sup> De fato, Mancha pegou R\$ 231 dos passageiros do ônibus 174, segundo depoimento da refém Luanna Belmont (cf. *O Globo*, Rio de Janeiro, 16 jun. 2000. Caderno Rio, p. 17).

<sup>68</sup> Das 4.875 horas gastas em três anos no curso de formação de oficiais da Polícia Militar do Rio, 30 horas, no último semestre, são destinadas ao aprendizado de técnicas para negociação em conflitos, 0,61% do total. Essas 30 horas são as únicas obrigatórias durante toda a carreira do oficial. A especialização em negociar conflitos, se houver, só ocorrerá por iniciativa voluntária, em cursos complementares. No curso de formação de um soldado da PM, que dura quatro meses, o conhecimento de armas de fogo e prática de tiro são ensinados em 60

horas, ou 6,4% do total do aprendizado. Menos do que as 76 horas gastas com o treinamento para a formatura (24 horas), solenidades diversas (16 horas) e feriados (36 horas) (cf. FARIA, 2000, p. C3).

<sup>69</sup> “A imagem do BOPE ficou manchada”, declarou o secretário de Segurança Pública do Rio de Janeiro, coronel da PM Josias Quintal (TROPA de elite está em decadência”, 2000, p. 23).

<sup>70</sup> Nesse ponto sou grato ao criminólogo venezuelano, *Luis Gerardo Gabaldón*, que leu e fez comentários sobre este texto. Incorporo, portanto, suas sugestões ao presente artigo. Recomendo também a leitura do texto de sua autoria que inspirou estas conclusões sobre o *poder de punir da polícia* (cf. GABALDÓN, 2002).

<sup>71</sup> Um dos indicadores para avaliar o crescimento da letalidade da atuação policial é o exame dos chamados “autos de resistência”. A pesquisadora Sílvia Ramos, do CEsEC/UCAM, gentilmente nos enviou o quadro seguinte.

Autos de Resistência –  
Estado do Rio de Janeiro – 1998 a 2002

Ano	Autos de resistência <sup>1</sup> (*)	Policiais Militares mortos <sup>2</sup>
1998	397(**)	99
1999	289	92
2000	422	106
2001	588	91
2002 (jan/fev/mar)	206 → 824 projeção-ano	--

Fonte: <sup>1</sup> ASPLAN/Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. <sup>2</sup> Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro.

(\*) A categoria auto de resistência, antes de 1998, era englobada em outros crimes administrativos, o que impossibilitava a análise específica da morte provocada em confronto com policial em serviço.

(\*\*) Em 1998 era computado apenas o número de ocorrências, que podem incluir uma ou mais vítimas, o que significa que o número total de vítimas pode ser superior neste ano.

A projeção realizada no documento de que o número de mortos pela polícia deverá superar todos os anos anteriores deverá se confirmar. Somente entre janeiro e agosto foram 581 civis mortos. A média mensal de mortos pela polícia chegou a 72,6 (cf. POLÍCIA do Rio de Janeiro bate recorde de morte civil, 2002, p. C1).

<sup>72</sup> Constituição Federal, art. 5º, LXXVI, a.

<sup>73</sup> Sobre essa matéria, ler: CALDEIRA (2000, p. 125-179).

## Bibliografia

ADVOGADO evita a reconstrução de seqüestro de ônibus no Rio de Janeiro. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 jun. 2000. Caderno Cotidiano, p. C6.

APERTEI até ele desmaiar, diz capitão. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 ago. 2000. Caderno Cotidiano, p. C6.

AZIZ FILHO; ALVES FILHO, F.; HELENA, L. Sem saída. *Istoé*, São Paulo. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoe/1603/brasil/1603semsaida.htm>>. Acesso em: [200-?].

BELMONT, L. Eu me pergunto: por que não atirou em mim? *O Globo*, Rio de Janeiro, 2. ed. 16 jun. 2000. Caderno Rio, p. 17.

BOPE matou em legítima defesa: cinco policiais de elite disseram que o seqüestrador reagiu: bandido não estava algemado. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 16 jun. 2000. Caderno Cidade.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *IV tribunal do júri julga PMs acusados da morte do assaltante do ônibus 174*. Rio de Janeiro, 6 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em: 13 dez. 2002.

CALDEIRA, C. Assaltos a passageiros de ônibus no Rio de Janeiro: o problema da reparação de danos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, [S. l.], v. 4, p. 125-179, out./dez. 2000.

CARIOCAS convocam protestos contra violência: manifestações são organizadas por estudantes, atores e representantes de organizações não governamentais. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2. ed., p. 20, 15 jun. 2000.

CARNEIRO, M.; FRANÇA, R. A gota d'água. *Veja*, São Paulo. Disponível em: <[http://www2.uol.com.br/veja/210600/p\\_042.html](http://www2.uol.com.br/veja/210600/p_042.html)>. Acesso em: [200-?].

CASO do 174 arranha imagem do Brasil. Disponível em: <<http://www.no.com.br>>. Acesso em: 12 nov. 2002.

CORTEZ, M. Policiais alegam legítima defesa. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 16 jun. 2000. Caderno Cotidiano, p. C7.

CRUVINEL, T. Panorama político. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 2, 21 jun. 2000.

DECISÃO do caso 174 sai segunda. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 11 ago. 2000. Caderno Cidade, p. 22.

ELZA não é mãe do seqüestrador, diz exame. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 24 jun. 2000. Caderno Cotidiano, p. C6.

FARIA, A. C. de. PMs têm poucas aulas de negociação e tiro. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 jun. 2000. Caderno Cotidiano, p. C3.

- GAROTINHO demite comandante da polícia militar. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 jun. 2000. Caderno Cotidiano, p. C7.
- GABALDÓN, L. G. *Jóvenes transgresores y control policial informal en Venezuela*. Quito: [s. n.], 25-28 nov. 2002, 19 p. Comunicación a la Segunda Reunión del Grupo de Violencia y Sociedad, Lacos-Clasco.
- JÚRI livra policiais do caso do ônibus 174. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 dez. 2002. Caderno Cotidiano, p. C1.
- JUSTIÇA ouve testemunha do seqüestro do ônibus. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 9 out. 2001. Disponível em: <<http://www.estado.estadao.com.br/jornal/01/10/09/news095.html>>. Acesso em: [200-?].
- MAGNO, A. B. Candelária. *Correio Braziliense*, Brasília, 3 dez. 2000.
- MÁIRAN, P. PM inocenta soldado do caso 174: sindicância interna conclui que policial do BOPE disparou com intuito de “neutralizar” o seqüestrador do ônibus. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 14 nov. 2000. Caderno Cidade, p. 20.
- MARTINS, M. A. PMs do 174 são absolvidos: nenhum dos sete policiais envolvidos nas mortes dos assaltantes e da refém foi punido. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 12 dez. 2002. Caderno Rio, p. C1.
- MOTORISTA já enfrentou 10 assaltos. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 jun. 2000. Caderno Cotidiano, p. C3.
- ÔNIBUS 174. Direção: José Padilha. Direção de fotografia: Cesar Moraes e Marcelo Guru. Pesquisa: Jorge Alves e Fernanda Cardoso. Montagem: Felipe Lacerda. Rio de Janeiro: Riofilme, 2002. 1 filme (133 min), son., color., 35mm. Documentário.
- PENNAFORT, R. Estudante não esquece trauma do Rio. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 17 set. 2002. Disponível em: <<http://www.estado.estadao.com.br/jornal/02/09/17/news075.html>>. Acesso em: 29 out. 2002.
- \_\_\_\_\_. PMs são absolvidos no caso do ônibus 174. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 12 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.estado.com.br/editorias/2002/12/12/cid052.html>>. Acesso em: [200-?].
- POLÍCIA do Rio de Janeiro bate recorde de morte civil. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 set. 2002. Caderno Cotidiano, p. C1.
- PRESIDENTE critica ação da polícia. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, p. 1, 13 jun. 2000.
- RESULTADO de sindicância sobre caso 174 deixa o governador surpreso: reféns do seqüestrador mostram decepção com as conclusões da PM. *O Globo*, Rio de Janeiro, 15 nov. 2000. Caderno Rio, p. 19.
- THOMÉ, C. Médicos negam pressão no laudo de criminoso: equipe que atendeu o seqüestrador do ônibus diz que ninguém pediu para mudar causa mortis. *O Estado de São Paulo*, São Paulo. Disponível em: <<http://www.estado.estadao.com.br/editorias/2000/06/20/cid389.html>>. Acesso em: [200-?].
- TOLEDO, R. P. de. As meninas da linha 174: um elogio: dentro do ônibus havia mais sensatez e competência para lidar com situações extremas do que fora. *Veja*, São Paulo, n. 1654, p. 170, 21 jun. 2000.
- TOSTA, W. Garotinho muda discurso e critica PM. *O Estado de São Paulo*, São Paulo. Caderno Cidade. Disponível em: <<http://www.estado.estadao.com.br/editorias/2000/06/14/cid140.html>>. Acesso em: 14 jun. 2000.
- TROPA de elite está em decadência. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 16 jun. 2000. Caderno Cidade, p. 23.
- UM ASSALTO a cada hora: pesquisa do IBOPE revela que cresceu o medo de roubo entre passageiros de ônibus. *O Globo*, Rio de Janeiro, p. 13, 25 set. 2000.
- VIEIRA, M.; GIGLIOTTI, M.; BRUM, E. Tragédia brasileira. *Época*, São Paulo, v. 3, n. 109, p. 36-42, 19 jun. 2000.
- WERNECK, A. Um homem sem identidade revoltou o Rio: bandido morreu sem nunca ter sido registrado no IFR, a não ser pelo nome que deu ao ser fichado na polícia. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2. ed., 15 jun. 2000. Caderno Rio, p. 19.
- WERNECK, F. Advogado de PMs cai em contradição no Rio: defensora deu duas versões para suposto ferimento causado por seqüestrador em um de seus clientes. Disponível em: <<http://www.estado.estadao.com.br/editorias/2000/06/16/cid245.html>>. Acesso em: [200-?].

# Considerações a respeito da atualidade do conceito de totalitarismo em Hannah Arendt

Nerione Nunes Cardoso Jr.

## Sumário

1. Introdução. 2. A concepção arendtiana do totalitarismo. 3. O desenvolvimento do capitalismo, a sociedade de massas e o totalitarismo. 4. O risco contemporâneo do ressurgimento do totalitarismo. 5. Considerações finais: totalitarismo asiático?

*“O perigo é que uma civilização global (...) possa produzir bárbaros em seu próprio seio por forçar milhões de pessoas a condições que, a despeito de todas as aparências, são as condições da selvageria.”*

*Hannah Arendt*

## 1. Introdução

Passado meio século desde a sua publicação (1951), pode-se questionar sobre a atualidade conceitual de um dos mais importantes livros sobre política do século XX: *Origens do Totalitarismo*, da pensadora alemã Hannah ARENDT (1908-1975). Nos parágrafos finais daquela obra, na parte dedicada à análise do governo totalitário, a autora adverte que a

“[...] crise do nosso tempo e a sua principal experiência deram origem a uma forma inteiramente nova de governo que, como a potencialidade e como risco sempre presente, tende infelizmente a ficar conosco de agora em diante, como ficaram, a despeito de derrotas passageiras, outras formas de governo [...] monarquias, repúblicas, tira-

Nerione Nunes Cardoso Jr. é Analista Legislativo do Senado Federal, economista e mestre em Ciência Política pela Universidade de Brasília.

nias, ditaduras e despotismos” ( 2000, p. 531).

Mas quais são os motivos pelos quais Hannah ARENDT considera o risco do totalitarismo sempre presente? Para o entendimento dessa questão, necessita-se primeiramente precisar o conceito arendtiano de totalitarismo para em seguida explicitar-se as condições políticas que engendraram essa forma de governo. Como será apresentado adiante, ARENDT aponta para o surgimento da sociedade de massas como condição primeira e *sine qua non* para a emergência do fenômeno totalitário, que possui na destruição da esfera pública, *locus* da política, a sua consequência derradeira.

## 2. A concepção arendtiana do totalitarismo<sup>1</sup>

Na concepção arendtiana, o totalitarismo é uma forma de governo que se distingue da tirania e da ditadura por almejar a politização completa de todas as dimensões da vida humana: num aparente paradoxo, a hipertrofia da esfera política destruiria as esferas pública e privada da sociedade, aniquilando a espontaneidade e a capacidade de iniciativa dos indivíduos por meio do terror imposto pelo domínio político-policia. A ideologia totalitária é a imagem invertida da concepção arendtiana da política como ação em conjunto baseada na liberdade, na pluralidade humana, no poder dialógico não-violento e na igualdade de participação na vida pública (*isonomia*): além de perseguir a destruição do mundo comum, o totalitarismo ambiciona impor uma nova e única concepção da realidade, inclusive pela eliminação de qualquer realidade rival não-totalitária. Por meio da propaganda, o movimento totalitário apresenta uma visão sistêmica e coerente do mundo, substituindo, pela generalização, a realidade pela ficção: o verdadeiro propósito da propaganda totalitária não reside na *persuasão* e sim na organização das massas mediante a construção de uma sempre presente conspira-

ção mundial ameaçadora (no caso do totalitarismo estalinista, a conspiração capitalista para derrotar a revolução socialista; no caso do totalitarismo nazista, a conspiração judaica para dominar o mundo) (cf. ARENDT, 2000, p. 409-411, 442).

No entender de ARENDT, as etapas prévias e sucessivas à implantação do governo totalitário seriam: a primeira diz respeito à destruição dos direitos civis da população, *matando a pessoa jurídica do homem*, etapa em que parcelas da sociedade ficam excluídas da proteção da lei; a seguir, a destruição da pessoa moral do homem, corrompendo toda a solidariedade humana; e, por último, a destruição da individualidade humana. As duas últimas etapas, destruição das pessoas moral e de sua individualidade, envolvem aquilo que a pensadora alemã considera como a essência do movimento totalitário: o reino do terror consubstanciado nos campos de concentração, fabricação de cadáveres, que ocorreu fora do sistema jurídico preexistente.

O terror, essência do domínio totalitário pela força, toma “o lugar das leis positivas” e assume, nos “massacres administrativos organizados pelo aparelho de Estado” (ARENDT, 2000b, p. 317), a sua forma mais acabada: nos campos de concentração e de extermínio, “fábricas de cadáveres”, objetivava-se eliminar a própria espontaneidade humana, transformando os homens em “animais que não se queixam” pela imposição científica do sofrimento, que almejava destruir a psique dos prisioneiros. O campo de concentração seria a “verdadeira instituição central do poder organizacional totalitário” (cf. ARENDT, 2000, p. 489). As massas humanas internadas são tratadas como se já não existissem, como se já estivessem mortas, o que leva à aceitação da morte como consequência natural de todo aquele processo. Não há nada que se possa comparar a esse horror organizado, de total inutilidade econômica, ausente de aparentes propósitos, o que concedeu aos campos de concentração a impressão de uma louca irreali-

dade. Os internos eram considerados absolutamente supérfluos do ponto de vista da sociedade (cf. ARENDT, 2000, p. 491-495). Nas palavras de Hannah ARENDT, “podemos dizer que esse mal radical surgiu em relação a um sistema no qual todos os homens se tornaram igualmente supérfluos”, pois tanto algozes como vítimas assim se consideravam, (cf. ARENDT, 2000, p. 510). Não obstante, ARENDT esclarece que “terror não é o mesmo que violência”; o terror é a forma de dominação que surge após a destruição da política pela violência (cf. ARENDT, 2001a, p. 43).

No livro *Eichman em Jerusalém*, ARENDT evidenciou de maneira mais completa que aquela fabricação de cadáveres se deu de forma organizada, impessoal, explicitando outra característica da modernidade, que a seu ver serve de base para o governo totalitário: a burocracia, *o governo de ninguém* racionalmente organizado. O extermínio sistemático e organizado de milhões de judeus pelo regime nazista, a Solução Final, não foi considerado, por ARENDT, conseqüência da monstruosidade dos responsáveis, mas sim classificado, a partir do julgamento de Eichmann, coordenador nazista da emigração forçada dos judeus, como “banalidade do mal”.

O “mal” perpetrado pelos nazistas foi banal não no sentido de ser trivial, mas sim porque eles simplesmente, ao cumprirem as suas obrigações burocráticas, teriam reproduzido uma internalizada (condicionada) incapacidade de pensar com conseqüências morais: “o problema com Eichmann era exatamente que muitos eram como ele, e muitos não eram nem pervertidos, nem sádicos, mas eram e ainda são terrível e assustadoramente normais” (ARENDT, 2001b, p. 299); a intrincada máquina burocrática de extermínio “havia sido planejada e aperfeiçoada em todos os detalhes”, revelando que o genocídio perpetrado pelos nazistas era uma política deliberada de Estado, utilizando-se da moderna racionalidade administrativa, e não um ato isolado de um grupo

de sádicos: “Eichmann contou que o fator mais potente para acalmar a sua própria consciência foi o simples fato de não ver ninguém, absolutamente ninguém, efetivamente contrário à Solução Final” (ARENDT, 2001b, p. 132-133). Para a consecução do genocídio racionalmente planejado, o totalitarismo nazista utilizou-se de uma bem organizada burocracia, fato também reconhecido por Norbert ELIAS (1997, p. 274): “comparada com os *progroms* e os procedimentos militares, essa nova forma de extermínio [campos de extermínio] significou um avanço da racionalização e da burocratização”.

ARENDT faz questão de ressaltar e atualizar a relevância da característica de “governo de ninguém” da burocracia:

“Hoje poderíamos acrescentar a última e talvez mais formidável forma de tal dominação[do homem pelo homem]: a burocracia, ou o domínio de um sistema intrincado de departamentos nos quais nenhum homem, nem um único nem os melhores, nem a maioria, pode ser tomada como responsável, e que deveria mais propriamente chamar-se domínio de Ninguém” (2001a, p. 33).

“Claro que é importante para as ciências políticas e sociais que a essência do governo totalitário, e talvez a natureza de toda burocracia, seja transformar homens em funcionários e meras engrenagens, assim os desumanizando” (2001b, p. 312-313).

Hannah ARENDT revela aqui suas preocupações quanto à ameaça embutida nas modernas organizações burocráticas com relação à redução dos indivíduos a meras “peças de engrenagens”, acirrando a apatia política e a conseqüente deturpação do *senso comum* mediante redução de incapacidade de percepção dos semelhantes (empatia).

Os assassinatos em massa perpetrados pelos nazistas se deram sob a tutela do Estado: mais do que “obedecer ordens”, Eichmann, que era o coordenador do remaneja-

mento das populações judias no leste europeu, obedecia às leis da Alemanha nazista; todavia, o que Hannah ARENDT (2000b, p. 65) acrescentou de novo no debate sobre os crimes nazistas não diz respeito à questão da “obediência devida”, tema que centralizou os debates durante os julgamentos de Nuremberg, mas sim à perda do *senso comum* da sociedade alemã durante o governo nazista: “E a sociedade alemã de 80 milhões de pessoas se protegeu contra a realidade e os fatos exatamente da mesma maneira e estupidamente que agora se viam impregnados na mentalidade de Eichmann [...] a prática do auto-engano tinha se tornado tão comum, quase um pré-requisito moral para a sobrevivência”.

Teria faltado a Eichmann e seus comparsas a capacidade de julgar (no sentido de discernimento) e de empatia perante a redução dos homens à sua condição animal por conta dos campos de extermínio do totalitarismo nazista: “uma falha mais específica, e também mais decisiva, no caráter de Eichmann era sua quase total incapacidade de olhar qualquer coisa do ponto de vista do outro” (ARENDT, 2000b, p. 60). Para Hannah ARENDT, a capacidade de julgar “é uma faculdade especificamente política”, donde pode-se concluir que o “mal” que motivou Eichmann foi resultado de uma deformação política, de uma espécie de condicionamento, e não de uma deformação psicológica.

Mas quais seriam as raízes históricas dos acontecimentos que ARENDT afirma terem conduzido à “cristalização” do totalitarismo nazista e estalinista?

### 3. O desenvolvimento do capitalismo, a sociedade de massas e o totalitarismo

Hannah ARENDT (2001, p. 78) afirma que nos primórdios do capitalismo ocorreu uma concentração de poder e de riqueza advinda das expropriações de terras, que negou aos camponeses de então a *propriedade privada de um pedaço de terra neste mun-*

*do*; neste momento, deu-se a ascensão do social, isto é, o surgimento de uma multidão de despossuídos, economicamente supérfluos, e “*a transformação da preocupação individual com a propriedade privada em preocupação pública*”. Os proprietários remanescentes passaram a demandar uma proteção pública para a preservação de suas propriedades, as questões econômicas invadiram a esfera pública e os governos se transformaram em grandes administrações burocráticas. As atividades privadas ligadas ao acúmulo de riquezas, até então limitadas à esfera privada, passam a ditar as questões da esfera pública, minando o mundo comum e renunciando a decadência da política. A esfera social, que “não era nem privada nem pública”, tomou forma na política no moderno Estado-nação com o aumento da complexidade e interdependência dos agentes econômicos: as comunidades políticas passaram a ser vistas como uma grande família, “cujos negócios diários devem ser atendidos por uma administração doméstica nacional e gigantesca” (ARENDT, 2001, p. 37), e as esferas privadas da família e a esfera política não guardariam mais o distanciamento que apresentavam na Antiguidade<sup>2</sup>. Esta esfera emergente, a social, caracterizou-se por uma “irresistível tendência” de expansão, de “devorar as esferas mais antigas do político e do privado, bem como a esfera mais recente da intimidade”, em razão do aumento da produtividade ocasionada pela divisão do trabalho e pela mecanização (cf. ARENDT, 2001, p. 55, 57). Em outras palavras: as questões econômicas invadiram a esfera pública, progressivamente reduzindo a política ao trato de interesses privados, despolitizando assim o próprio domínio público.

Com o advento do capitalismo comercial, o *homo faber* tende a isolar-se com o seu trabalho, na produtividade do *fazedor de objetos* e convicto de que “[...] qualquer assunto pode ser resolvido e qualquer motivação humana reduzida ao princípio da utilidade” (ARENDT, 2001, p. 318). O utilita-

rismo e o trabalho passam a ser *os critérios últimos para a vida e para o mundo dos homens*, concorrendo para a reificação do mundo. A lógica dos meios e fins passa a reger as relações sociais. Dedicados exclusivamente à produção de objetos, os homens renunciam à ação, à participação política, em prol das atividades econômicas privadas.

Com o advento do capitalismo industrial, Hannah ARENDT aponta para a preponderância do *animal laborans*<sup>3</sup>: o processo de automação, a substituição de instrumentos e utensílios de trabalho por máquinas, implica a *perda efetiva de toda individualidade e identidade*. A sociabilidade dos homens que labutam em conjunto baseia-se na uniformidade ditada pelo ritmo biológico. O operariado passa a compor uma sociedade de massas, de indivíduos isolados e portadores de uma mentalidade alienada em face do mundo. A contração da esfera privada em razão da expansão da esfera social, o reino das necessidades econômicas, leva o indivíduo atomizado, *arremessado para dentro de si mesmo, e não de encontro ao mundo que o rodeava*, a buscar refúgio em sua intimidade introspectiva. A sociedade de operários substitui a ação em conjunto (iniciativa) pela fabricação, agudizando a degradação da política na Era Moderna. A sociedade competitiva de consumo, etapa madura do capitalismo, *gerou apatia e até mesmo hostilidade em relação à vida pública*, tanto para as camadas exploradas como para os próprios membros da burguesia (cf. ARENDT, 2000, p. 363).

No entender de Hannah ARENDT (2000, p. 530), a solidão, *experiência diária de massas cada vez maiores na modernidade, prepara os homens para o domínio totalitário*. Essa seria a condição primeira para a forma de governo totalitária, condição que predomina em grande parte de nossa atual civilização: desemprego (estrutural) em massa e crescimento populacional, redundando numa crescente multidão de pessoas economicamente supérfluas. Outra condição apontada

pela autora, e que seria decorrência natural da anterior, seria a *concomitante eliminação da solidariedade grupal* e conseqüente atomização social: “Pois nada foi tão fácil de destruir quanto a privacidade e a moralidade pessoal de homens que só pensavam em salvaguardar as suas vidas privadas” (2000, p. 388). Portanto, soma-se o excessivo individualismo consumista à apatia política. Afinal, o termo massa, na definição de Hannah ARENDT, constitui o conjunto da *maioria das pessoas neutras e politicamente indiferentes*.

Mas tais condições seriam necessárias, porém não suficientes para o surgimento do movimento totalitário. Nesse ponto cabe uma distinção importante feita por ARENDT entre movimento totalitário e governo totalitário: o primeiro seria possível a partir de massas supérfluas (desempregados e miseráveis); o segundo, por sua vez, exige grandes massas, originadas a partir da destruição das classes sociais, numa escala suficiente para que o terror do extermínio de parte da população não resulte na inviabilidade econômica do governo: “Somente onde há grandes massas supérfluas que podem ser sacrificadas sem resultados desastrosos de despovoamento é que se torna viável o governo totalitário [...]” (2000, p. 361). Portanto, nos deparamos aqui com um problema de escala, tamanho de população e de desnecessidade econômica de grande parte da mesma. Sobre a Alemanha nazista, Hannah ARENDT afirma que “[...] foi só durante a guerra, depois que as conquistas do Leste favoreceram grandes massas e tornaram possíveis os campos de extermínio, que a Alemanha pôde estabelecer um regime verdadeiramente totalitário” (p. 36). No caso da Rússia, a autora esclarece que a coletivização forçada do início dos anos de 1930 viabilizou a transformação estalinista da ditadura “herdada” de Lênin num movimento totalitário, com a criação de um Estado policial e de seu sistema de *gulags* (campos de internação e trabalho forçado de “dissidentes” políticos)<sup>4</sup>.

#### 4. O risco contemporâneo do ressurgimento do totalitarismo

Mas essa análise arendtiana do risco contemporâneo do totalitarismo confirmouse? Após o ciclo de expansão econômica do pós-guerra, nos deparamos, desde os anos de 1970, com circunstâncias que implicaram a superfluidade crescente de parcelas significativas da população mundial. Ora, a crise econômica mundial de 1973, disparada pela guerra do petróleo, aliada à terceira revolução industrial, a da microeletrônica, concorreram no sentido da drástica redução da oferta dos postos de trabalhos (desemprego estrutural, gerado pelo tipo de tecnologia adotada, intensiva em capital e poupadora de mão-de-obra). Ainda dentro do último quarto do século passado, ocorreram sucessivas crises financeiras internacionais que levaram à adoção de políticas monetaristas neoliberais, impondo o encolhimento do papel econômico e social dos Estados (crise do *Welfare State*). O mais grave ainda, dentro da lógica da presente análise, foi a “crise de ajustamento” por qual passaram e ainda passam os países menos desenvolvidos, gerando um grande fluxo migratório de populações miseráveis em busca de melhores oportunidades de vida (desenraizamento social), acrescido de inúmeras crises políticas nesses mesmos países. A descolonização africana, sucedida de inúmeras guerras tribais, a crise das economias latino-americanas e o fim da União Soviética, que provocou o acirramento da grave situação socioeconômica da Europa do Leste, são ingredientes que engrossam a multidão de despossuídos em escala mundial. As recentes imagens de navios mercantes sobrecarregados de refugiados albaneses, vagando pelo Mediterrâneo em busca de um porto seguro na Europa, remetem-nos à odisséia dos judeus apátridas que no pós-segunda guerra atravessaram aquele mesmo mar rumo à Palestina.

O processo de urbanização acelerou-se em quase todos os países, especialmente nos

mais pobres, causando a explosão populacional na forma de megalópoles (Cidade do México, São Paulo, Buenos Aires, Rio de Janeiro, Lagos, Cairo, Manilla, Mumbai, Pequim, etc.) e o conseqüente fenômeno de atomização social.

Além do mais, pode-se concordar plenamente com Hannah ARENDT no que diz respeito à crescente apatia política (os altos índices de abstinência eleitoral são um bom indicador), e até mesmo desprezo pela atividade política, reinante nas sociedades de consumo dos países mais ricos, fator que concorre para a fragilização do espaço público (situação na qual agora poderíamos incluir os países “emergentes” – a Argentina é um bom exemplo –, diante dos efeitos perversos da globalização econômica).

Não estaríamos assistindo, a partir desse quadro, à reedição das condições que engendraram a desnecessidade econômica em grande escala de massas humanas? Em *origens do Totalitarismo*, Hannah ARENDT (2000) destacou a importância da crise econômica alemã dos anos de 1920 (hiperinflação e desemprego persistente) e da crise soviética do início dos anos de 1930, que provocou a morte, por fome, de milhões de pessoas, como fatores preponderantes na “fabricação” de massas humanas atomizadas e supérfluas.

Para Hannah ARENDT, a superfluidade econômica crescente das massas populacionais é considerada uma ameaça à esfera política, tanto pelo seu aspecto de grandeza numérica, que inviabiliza a participação política direta nos negócios públicos, como pelo desenraizamento social dos indivíduos atomizados, que, desvinculados de qualquer tipo de organização pública, tornam-se mais manipuláveis politicamente, detentores de uma “inclinação quase irresistível na direção do despotismo, seja o despotismo pessoal ou o do governo da maioria”; tais características políticas das modernas sociedades de massas contrapõem-se à experiência das cidades-estados gregas antigas, cujo funcionamento políti-

co, assentado na ação e no discurso livres, “só poderia sobreviver se o número de cidadãos permanecesse restrito”, opinião dos gregos da época: “quanto maior é a população de qualquer corpo político maior é a probabilidade de que o social, e não o político, constitua a esfera pública” (ARENDR, 2001, p. 52). Todavia Hannah ARENDR esclarece que o convívio na sociedade de massas se tornou insuportável não devido ao grande número de pessoas abrangidas, mas pela estranheza provocada pelo declínio de um mundo comum (esfera pública). “Pois uma sociedade de massas nada mais é que aquele tipo de vida organizada que automaticamente se estabelece entre seres humanos que se relacionam ainda uns aos outros mas que perderam o mundo outrora comum a todos eles” (ARENDR, 2000a, p. 388). Como sumariza Hygina B. de MELO, “quanto maior o número de pessoas aglomeradas [...] maior a preeminência do social sobre o político. Em suma, a primazia do econômico significa a sujeição do homem moderno a um condicionamento e a uma domesticação crescente” (MELO, 1990, p. 49).

Apesar do crescimento dos partidos xenófobos de extrema-direita em vários países europeus, abertamente posicionados contra a presença de imigrantes terceiro-mundistas em seus territórios (trabalhadores irregulares, os *sem-papéis*), não se acredita que tais sinais políticos redundem no surgimento de movimentos totalitários. Até mesmo os genocídios perpetrados na África subsaariana, nos últimos 30 anos, não apontam no sentido de formação de governos totalitários: infelizmente, tratam-se de eventos recorrentes na história daquele continente, marcados pelo massacre de inúmeras tribos em guerra, fato agravado pela descolonização e o fim de fronteiras artificialmente criadas pelos países europeus. A “limpeza étnica” perpetrada pelo exército sérvio durante a fragmentação da ex-Iugoslávia remete-nos a essas guerras tribais africanas. Ditaduras africanas, e mesmo algumas experiências populistas e militares la-

tino-americanas, enquadrariam-se naquilo que Arendt classifica como tirania e/ou ditadura, formas de governo bem diferenciadas da novidade totalitária<sup>5</sup>. Em todas as situações acima, a despeito da existência de massas humanas “supérfluas” e da formação de “governos policiais”, ideologias totalitárias não se desenvolveram, ideologias essas que almejam o domínio político total e a imposição de uma visão única da realidade.

Mas onde estaria então a pertinência contemporânea da reflexão arendtiana sobre o risco totalitário?

### 5. Considerações finais: *totalitarismo asiático?*

Na própria obra *Origens do Totalitarismo* encontra-se a resposta sobre o risco contemporâneo do surgimento do totalitarismo. Nas palavras de Hannah ARENDR (2000, p. 361):

“O regime totalitário encontra ambiente assustadoramente favorável nas áreas de tradicional despotismo oriental como a Índia ou a China, onde existe material humano quase inesgotável para alimentar a máquina de poder e de destruição de homens que é o domínio total, e onde, além disso, o sentimento de superfluidade do homem da massa [...] prevalece há séculos no desprezo pela vida humana.”

A autora provavelmente escrevera tais linhas sob o impacto da então recente revolução comunista chinesa (1949) e dos conflitos sangrentos decorrentes da independência política da Índia (1947: disputas entre hindus e muçulmanos). Com relação à Índia, suas preocupações totalitárias não se cumpriram: pelo contrário, desde a sua independência, a Índia vive sob o regime democrático.

Foi no caso da China que a situação política mais se aproximou da definição arendtiana de governo totalitário, fato que Hannah ARENDR (2000, p. 341) mesmo

viria a reconhecer mais tarde, no prefácio que escrevera à reedição de 1966 de *Origens do Totalitarismo*: “Mais séria ainda é outra questão: um estudo do totalitarismo pode ignorar o que aconteceu e está acontecendo na China? Aqui o nosso conhecimento é ainda menos seguro do que era em relação à Rússia dos anos 30 [...]”; ARENDT completa, sobre a Revolução Cultural que se iniciava naquele ano de 1966, que seus objetivos e métodos lhe escapavam (p. 342).

Os acontecimentos que se sucederam na China continental deram razão àquele sentimento de Hannah ARENDT; sem dúvida alguma, durante a Revolução Cultural (1966-1976), inúmeras medidas adotadas pelo regime comunista nos remetem ao período estalinista da história política soviética: perseguição, prisão e extermínio de milhões de pessoas, inclusive com a criação de campos de concentração e trabalho forçado, culto do líder, mobilização de massas supérfluas (milhões de estudantes que não puderam ser alocados nas universidades e que foram incorporados na Guarda Vermelha (cf. CALVOCORESSI, 1996, p. 135-139) por meio de uma ideologia totalitária (onipresente “livrinho vermelho” do camarada Mao) que almejava preservar a revolução comunista contra os revisionistas internos (milhões de inocentes) e externos (comunistas não-maoístas do resto do mundo, principalmente os da União Soviética). De maneira muito semelhante a Stalin, Mao Tsé-Tung (Mao Zedung) promoveu sucessivos expurgos dentro do partido comunista, eliminou a oposição e estendeu sua perseguição política a amplas parcelas “inocentes” da população. Os que sobreviveram aos linchamentos e assassinatos foram enviados para trabalho de reeducação nas zonas rurais do país. A Revolução Cultural impôs o reino do terror na China, substituindo a ditadura comunista pelo governo totalitário. Felizmente a China encontrou novos rumos reformistas (políticos e econômicos) após a morte de Mao e a instauração do governo de Deng Xiaoping (falecido em 1997), que abriu

novamente o país para o exterior mediante uma “economia socialista de mercado”.

Talvez também pudéssemos incluir a experiência do governo comunista do Khmer Vermelho (1975-1979), no Cambodja, no rol das bárbaras experiências totalitárias dentro da esfera do despotismo oriental, conforme o conceito arendtiano: afinal, foi perpetrado um genocídio de milhões de cambojanos, a criação de campos de extermínio e um governo de massas supérfluas dominadas pelo terror. Quiçá a Coreia do Norte, em seu confronto com a hegemonia norteamericana, não enverede pelo mesmo caminho... e nem reedite Hiroshima ou Nagasaki.

Hannah ARENDT estava correta na sua avaliação da persistência, no pós-segunda guerra, do risco de uma nova emergência do totalitarismo na sociedade de massas contemporânea, mormente nos populosos e miseráveis países asiáticos, onde multidões podem ser rapidamente alçadas à condição de economicamente supérfluas e de atomização social, agora sob o impacto do capitalismo globalizado e do desemprego tecnologicamente imposto por reformas desestruturantes de cunho neoliberal<sup>6</sup>, um ingrediente a mais no “caldo de cultura” para o “ovo da serpente”<sup>7</sup>. A competitividade interpessoal que caracteriza o individualismo consumista aliada ao declínio da solidariedade humana e à desvalorização da política como atividade capaz de solucionar os graves problemas contemporâneos aglutinam-se à superfluidade da multidão de descontentes e socialmente desenraizados no sentido de criar um clima propício à emergência do fenômeno totalitário.

Vale lembrar que para ARENDT (2001a, p. 52-53) o sacrifício da liberdade política e do estado de direito não se justifica em nome de um combate à pobreza ou à injustiça social, pois nesse caso a política deixaria de ser um fim em si mesmo, tornando-se passível de instrumentalização para qualquer objetivo do momento, lógica utilitarista de meios-e-fins que fundamentou ideologicamente a utilização política da violência pe-

las revoluções modernas, sob o pretexto de resolverem, sem sucesso, a questão da miséria das multidões. Em outras palavras, calcadas no propósito de livrar os trabalhadores do jugo da exploração econômica, tais revoluções trouxeram em seu bojo uma ameaça à liberdade humana, subsumindo a política às questões econômicas; esse último fato, a redução economicista da política, também ocorre no âmbito das doutrinas liberais, circunstância pela qual, segundo ARENDT, paradoxalmente Adam Smith e Karl Marx se aproximariam.

Por fim, os espectros de Aushchwitz e dos gulags lamentavelmente ainda rondam a nossa atual civilização, em que a política é vista assentada no poder-dominância e na lei hobbesiana do mais forte, concepção essa que predomina na tradição do pensamento político, como bem demonstrou Hannah ARENDT ao longo de sua obra. O seu conceito sobre o totalitarismo nos revela a sombria região do terror em que as ideologias políticas da extrema-esquerda e da extrema-direita se encontram.

### Notas

<sup>1</sup> Esse item é um resumo do capítulo 4.3 da dissertação de mestrado do autor deste artigo, CARDOSO JÚNIOR (2003).

<sup>2</sup> Vale comparar essa análise arendtiana do Estado moderno, em que sua principal atividade diz respeito ao trato das questões econômicas, com a definição de Max Weber (1999, p. 530): “O Estado moderno, do ponto de vista sociológico, é uma ‘empresa’, do mesmo modo que uma fábrica: precisamente esta é sua qualidade historicamente específica”. Ora, essa definição weberiana assemelha-se bastante com a concepção arendtiana da emergência da esfera social na esfera pública, e conseqüente trato dos negócios públicos como se uma grande família fosse. Para uma análise mais detalhada da questão da esfera pública no pensamento de Hannah ARENDT, ver CARDOSO JÚNIOR (2003).

<sup>3</sup> ARENDT, baseada na classificação aristotélica das atividades humanas, considera que, enquanto dedicado apenas às atividades de sobrevivência biológica, o homem seria um *animal laborans* (cf. CARDOSO JÚNIOR, 2003, p. 11-13).

<sup>4</sup> No entendimento de Hannah ARENDT, umas das principais distinções entre o totalitarismo estalinista e o nazista era que o primeiro perseguiu inclusive os próprios companheiros revolucionários, tão bem exemplificados pelos históricos julgamentos políticos de Moscou dos anos de 1930 e 1940, enquanto o nazismo não. Poderia-se dizer que a revolução soviética “devorou seus criadores”, principalmente após a dissolução dos soviets e a concentração total do poder na cúpula do partido bolchevique, ainda sob a liderança de Lênin.

<sup>5</sup> A autora esclarece que o domínio total ocorre sob o comando da polícia secreta, e não do exército. Dessa maneira, seria um erro conceitual classificar como totalitários os regimes militares autoritários que se instalaram na América Latina a partir dos anos de 1960.

<sup>6</sup> Curiosamente a ideologia liberal deu ensejo a uma doutrina contemporânea com pretensões ao “pensamento único”, a concepção do “fim da história” de Francis Fukuyama, que advoga a hegemonia universal da democracia liberal após a queda do muro de Berlim.

<sup>7</sup> Filme (1979) do cineasta sueco Ingmar Bergman a respeito do surgimento do nazismo na sociedade alemã.

### Bibliografia

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: 10. ed. Forense Universitária, 2001.

\_\_\_\_\_. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000b.

\_\_\_\_\_. *Entre o passado e o futuro*. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 2000a.

\_\_\_\_\_. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

\_\_\_\_\_. *Sobre a violência*. 3. ed. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001a.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e holocausto*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

CALVOCORESSI, P. *World politics since 1945*. 7<sup>th</sup> ed. Londres: Longman, 1996.

CARDOSO JÚNIOR, Nerione Nunes. *O declínio da esfera pública no pensamento de Hannah Arendt*. 2003. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília. 2003.

ELIAS, Norbert. *Os alemães: a luta pelo poder e a evolução do habitus nos séculos XIX e XX*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

MELO, Hygina Bruzzi de. A dissolução do político: morte e vida do espaço público. *Síntese Nova Fase*, n. 49, p. 29-53, v. XVII, abr./jun. 1990.

WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva* Max Weber. v. 2. Brasília: UnB, 1999.

# Padrões trabalhistas e comércio internacional

Roberto Di Sena Júnior

## Sumário

1. Introdução. 2. Síntese dos argumentos sobre a matéria. 3. Considerações finais.

### *1. Introdução*

A resistência dos países em desenvolvimento em aceitar a absorção, pelo sistema multilateral de comércio, de assuntos que escapam a sua área de abrangência original tem contribuído para aprofundar as divergências entre os Membros da Organização Mundial do Comércio (OMC)<sup>1</sup>. Entre as matérias mais controvertidas da atualidade, destaca-se a tentativa de se regulamentar padrões trabalhistas no âmbito da OMC (cf. TREBILCOCK; HOWSE, 1999, p. 441; MARTIN; MASKUS, 2001, p. 1; PIRES, 2001, p. 190), tema sobre o qual versa o presente artigo.

Os críticos do livre comércio afirmam ser injusta a competição entre os produtos produzidos nos países desenvolvidos e aqueles importados de países que mal remuneram seus trabalhadores e não lhes asseguram garantias sociais mínimas (tais como direito de greve, direito de associação, idade mínima para ingresso no mercado de trabalho, entre outras). Do lado oposto, os defensores do livre comércio freqüentemente encaram os diferentes padrões trabalhistas como uma fonte legítima de vantagens ou desvantagens comparativas.

As divergências entre essas duas posições têm crescido sensivelmente e, atualmen-

Roberto Di Sena Júnior é Bacharel em Direito (UFRN), Mestre em Direito e Relações Internacionais (UFSC) e Professor de Direito (Univali/SC).

te, o debate sobre padrões trabalhistas adquiriu especial destaque na agenda internacional. Entretanto, a resistência dos Membros da OMC em estabelecer uma conexão efetiva entre padrões trabalhistas e comércio internacional permanece extremamente forte, tal como ficou clara durante a Reunião Ministerial de Cingapura, realizada em 1996<sup>2</sup>.

Na declaração produzida ao final do encontro, os Membros ali reunidos reiteraram que temas sociais ou trabalhistas deveriam continuar sendo discutidos, prioritariamente, no âmbito da Organização Internacional do Trabalho (OIT), tanto que no parágrafo 4º fizeram constar o seguinte:

“Nós renovamos nosso compromisso para o cumprimento de padrões trabalhistas fundamentais internacionalmente reconhecidos. A Organização Internacional do Trabalho (OIT) é o órgão competente para estabelecer e lidar com esses padrões, e afirmamos nosso apoio pelo seu trabalho em promovê-los. Acreditamos que o crescimento econômico e o desenvolvimento suportado pelo aumento do comércio e a sua liberalização contribuem para a promoção desses padrões. Rejeitamos o uso de padrões trabalhistas com fins protecionistas e concordamos que a vantagem comparativa dos países, particularmente dos países em desenvolvimento com baixos salários, não deve, de maneira alguma, ser colocada em questão. Nesse sentido, notamos que as Secretarias da OMC e da OIT continuarão a sua colaboração existente” (WORLD TRADE ORGANIZATION, 1996?, §4º).

Apesar de muitos países concordarem que um rol mínimo de garantias trabalhistas deva ser globalmente reconhecido e aplicado, há pouco consenso quando se trata da forma como essas garantias devam ser asseguradas. Em matéria de padrões trabalhistas e comércio internacional, a discussão gira em torno, principalmente, dos se-

guintes temas: 1- liberdade de associação (sindicalização) e negociação coletiva; 2- trabalho infantil; 3- trabalho escravo ou forçado; e 4- não-discriminação no emprego.

Nos últimos momentos da Rodada Uruguai<sup>3</sup>, os Estados Unidos e alguns países da União Européia (UE) pressionaram pela vinculação de padrões trabalhistas aos tratados da OMC, mas não obtiveram êxito (cf. THORSTENSEN, 1999, p. 330). De acordo com o ponto de vista desses Membros, a inclusão de padrões trabalhistas no sistema multilateral de comércio justifica-se por três razões principais: 1- por razões humanitárias, concernentes à garantia dos direitos humanos dos trabalhadores dos países em desenvolvimento; 2- por considerar que a legitimidade do sistema multilateral de comércio pode ser abalada pelos baixos padrões trabalhistas dos países em desenvolvimento, capazes de deflagrar uma “corrida ladeira abaixo”; e 3- por entender que os baixos padrões trabalhistas proporcionam vantagens comparativas artificiais e ameaçam os empregos e os lucros dos países que possuem padrões trabalhistas mais elevados.

A vinculação de padrões trabalhistas à agenda comercial internacional visa, fundamentalmente, garantir-lhes compulsoriedade, sob pena de os países transgressores suportarem sanções comerciais. Essas sanções seriam necessárias tanto como forma de amenizar as pressões internas dos trabalhadores dos países desenvolvidos que se julgam prejudicados pela injusta competição internacional, quanto como forma de demonstrar à população local que o país em questão está atuando na defesa dos direitos humanos dos trabalhadores dos países subdesenvolvidos.

Adiante, serão sintetizados os principais argumentos em defesa da absorção de padrões trabalhistas pela OMC. Busca-se, também, demonstrar a ineficácia das sanções comerciais como mecanismo idôneo à implementação de padrões trabalhistas mais elevados nos países em desenvolvimento.

## 2. Síntese dos argumentos sobre a matéria

Os países desenvolvidos esforçam-se em justificar a necessidade de se assegurar padrões trabalhistas no bojo dos acordos da OMC. Os principais argumentos invocados em defesa dessa idéia são os direitos humanos e o efeito contaminação.

Os direitos humanos são reconhecidos como prerrogativas inalienáveis de que gozam os indivíduos independentemente de sua nacionalidade e pelo simples fato de existirem como seres humanos. Argumenta-se que alguns padrões trabalhistas (os padrões trabalhistas fundamentais) são amplamente reconhecidos como direitos humanos, entre os quais destacam-se o direito à livre negociação e associação coletiva; a proibição do trabalho forçado e escravo; a condenação do trabalho infantil e a igualdade de oportunidades no emprego para homens e mulheres (não-discriminação).

Os seres humanos passam grande parte de suas vidas exercendo um papel social específico, qual seja o de trabalhador. Por essa razão, todos os governos deveriam assumir o compromisso de melhorar as condições de trabalho de seus nacionais e garantir-lhes condições dignas para o desempenho de suas atividades laborais (cf. LANGILLE, 1997, p. 36; TREBILCOCK, 2002, p. 8). A Declaração sobre Princípios Fundamentais e Direitos no Trabalho da OIT e a Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU são documentos freqüentemente invocados por aqueles que reconhecem os padrões trabalhistas fundamentais como direitos humanos.

Entretanto, a elevação dos padrões trabalhistas possui reflexos econômicos significativos. O problema desse tipo de argumento é que, no plano internacional, nem todos os países estão convencidos de que esse preço deva ser pago (cf. PANAGARIYA, 2001, p. 5). Essas conseqüências devem ser adequadamente sopesadas, sob pena de a ten-

tativa de introduzir padrões trabalhistas mais elevados fazer mais mal do que bem.

O argumento altruístico falha ao desconsiderar fatores importantes, pois nem sempre os trabalhadores dos países em desenvolvimento terão seu bem-estar aumentado com a imposição de padrões trabalhistas<sup>4</sup>. Ademais, assim como os direitos humanos possuem interpretações e aplicações distintas dependendo do contexto em que sejam pensados, os padrões trabalhistas fundamentais também contemplam diferentes perspectivas quanto à sua abrangência e significado.

Por sua vez, com base no efeito contaminação, argumenta-se que os padrões trabalhistas devem ser adotados para que a comunidade internacional não seja negativamente afetada pelos baixos padrões laborais praticados em alguns países (cf. GONÇALVES, 2000, p. 64). Os adeptos dessa idéia defendem que os países desenvolvidos, por possuírem padrões trabalhistas mais elevados, são ameaçados pela transferência de investimentos e pela possibilidade de suas indústrias deslocarem-se para localidades onde não haja tantas exigências sociais e laborais (cf. ADDO, 2002, p. 290-291).

A expressão “corrida ladeira abaixo” é utilizada para descrever a situação em que os países com padrões trabalhistas mais elevados (v.g. países desenvolvidos) seriam pressionados a reduzi-los, uma vez que sua economia e seus trabalhadores estariam sendo prejudicados pela competição de produtos importados produzidos em países que não asseguram as mesmas garantias. As empresas optariam por se instalar em países com baixos padrões trabalhistas, uma vez que essa vantagem comparativa garantiria maior competitividade a seus produtos. Assim sendo, os baixos padrões sociais dos países em desenvolvimento tenderiam a provocar uma “corrida ladeira abaixo”, na medida em que desencadeariam a redução generalizada das conquistas sociais já asseguradas nos países desenvolvidos.

Contudo, apesar da possibilidade teórica, a ocorrência efetiva dessa “corrida la-deira abaixo” reclama duas situações que ainda não foram empiricamente demonstradas pelos defensores desse argumento: 1- reação do capital aos padrões trabalhistas; e 2- competição por capital por meio da redução de padrões trabalhistas.

Sobre a primeira questão, não há relatos de que a alocação de capital reaja sensivelmente à elevação ou diminuição dos padrões trabalhistas (cf. PANAGARIYA, 2001, p. 8). Com relação à segunda condição, é difícil acreditar que os países concorram no mercado globalizado pela redução de padrões trabalhistas. Em regra, o que se observa é competição mediante a elevação de barreiras tarifárias, concessão de empréstimos com juros reduzidos, concessão de subsídios, fornecimento de insumos (água, terra, eletricidade, transporte, portos, capital, imóveis, entre outros) a baixo custo e assim por diante<sup>5</sup>.

Os que advogam o emprego de sanções comerciais ou outras medidas punitivas respaldam seus discursos na falsa idéia de que os países em desenvolvimento mantêm seus padrões trabalhistas deliberadamente baixos para ganhar competitividade no mercado externo. Em verdade, os baixos padrões trabalhistas refletem muito mais o precário desenvolvimento social e econômico de um país do que propriamente sua vontade de mantê-los baixos. Ajudar os países em desenvolvimento a superar suas deficiências econômicas e estruturais internas produzirá efeitos bem mais eficazes do que simplesmente puni-los com sanções comerciais (cf. SINGH; ZAMMIT, 2001, p. 27-28).

Dessa forma, ao invés de buscar punir os países que não asseguram padrões trabalhistas adequadamente, a comunidade internacional deveria buscar identificar quais as circunstâncias que favorecem a elevação dos padrões trabalhistas. Ou seja, deve-se atacar o problema em sua origem – a razão dos padrões trabalhistas estarem aquém do nível ótimo – e não lançar mão de políticas

paliativas, que apenas agravam a situação econômica dos países em desenvolvimento e dificultam a promoção das reformas necessárias ao crescimento econômico e à elevação dos padrões trabalhistas.

### 3. Considerações finais

O uso internacional de sanções comerciais introduz uma nova variável na análise dos padrões trabalhistas. MARTIN e MASKUS (2001, p. 16) corroboram a idéia de que elas pouco ajudam a melhorar a situação dos trabalhadores dos países onde se praticam padrões trabalhistas aquém do nível ótimo. As tarifas impostas por outros países relativamente à insuficiência de padrões trabalhistas são políticas paliativas, que não atacam diretamente o problema. Ao reduzir a demanda externa por produtos produzidos por trabalhadores já espoliados em seus direitos, as sanções comerciais pioram ainda mais sua condição, não contribuindo em nada para, por exemplo, aumentar os salários.

De fato, o não-comprometimento dos países com padrões trabalhistas mínimos, longe de ser benéfico, chega mesmo a ser prejudicial para o seu crescimento econômico global e desenvolvimento. Nesse sentido, PANITCHPAKDI e CLIFFORD (2002, p. 65) afirmam que “os estudos não apóiam a visão de que os países em desenvolvimento podem melhorar seu desempenho comercial violando direitos trabalhistas básicos, numa tentativa de reduzir os custos laborais e tornar as exportações mais competitivas. Ao contrário, tem-se descoberto que aqueles países que não abraçam ou não adotam completamente padrões trabalhistas fundamentais não conseguem atrair novos investimentos, não conseguem ampliar sua capacidade de produção e certamente falharão em avançar e melhorar seu desempenho comercial”.

Por outro lado, sanções comerciais não se prestam a resolver o problema dos salários e dos empregos nos países desenvolvidos, pretensamente atingidos pela competi-

ção injusta dos produtos importados. Além disso, as retaliações comerciais reduzem as exportações e o crescimento econômico dos países atingidos, diminuindo sobremaneira a possibilidade de eles implementarem padrões trabalhistas mais elevados.

Dessa forma, os argumentos acima expostos permitem que se chegue a duas conclusões: 1- os baixos padrões trabalhistas não representam qualquer vantagem comparativa palpável e, ao contrário do que se imagina, produzem perdas significativas de eficiência no segmento da indústria que procura valer-se desse artifício para reduzir seus custos; e 2- o emprego de sanções comerciais é absolutamente ineficaz para fazer com que os países em desenvolvimento adotem padrões trabalhistas mais elevados e, ao invés de modificar a conduta das empresas que exploram os empregados, agrava ainda mais a situação de penúria dos trabalhadores dos países em desenvolvimento.

### Notas

<sup>1</sup>A OMC foi criada pelo Tratado de Marraqueche, assinado no Marrocos em 12 de abril de 1994. Seu principal objetivo consiste em promover negociações multilaterais entre os Membros (atualmente 144) com a finalidade de estimular o livre comércio e reduzir tanto barreiras tarifárias quanto não-tarifárias.

<sup>2</sup> Até o presente momento (dezembro/2002) foram realizadas quatro Reuniões Ministeriais: 1- Cingapura (de 9 a 13 de dezembro de 1996); 2- Genebra/Suíça (de 18 a 20 de maio de 1998); 3- Seattle/EUA (de 30 de novembro a 3 de dezembro de 1999); e 4- Doha/Catar (de 9 a 13 de novembro de 2001). O próximo encontro está previsto para acontecer em setembro de 2003, em Cancun/México.

<sup>3</sup> As “rodadas” foram criadas pelo GATT para promover a negociação de temas importantes causadores de desequilíbrio na dinâmica do comércio mundial. Elas eram realizadas periodicamente, tendo totalizado, até a sucessão do GATT pela OMC, oito “rounds”, a saber: Genebra, 1947; Annecy, 1949; Torquay, 1951; Genebra, 1956; Genebra, 1960/61 (Dillon Round); Genebra, 1964/67 (Kennedy Round); Genebra, 1973/79 (Tokyo Round); e Punta del Este, 1986/94 (Uruguay Round).

<sup>4</sup> Nesse sentido, LANGILLE (1997, p. 36) afirma: “It is, of course, important to know whether certain

efforts to enhance the rights of others are perverse, and hurt rather than help them (perversity point). If imposing some form of sanctions upon firms or nations which export the products of exploited child labour merely makes the lot of those child workers worse (they shift from making carpets, or jeans, for ten cents a day to breaking bricks for two cents a day), then this is a result we need to know”.

<sup>5</sup> Nesse sentido, o relatório da OCDE (1996, p. 105) afirma: “The view which argues that low-standards countries will enjoy gains in export market shares to the detriment of high-standards countries appears to lack solid empirical support. These findings also imply that any fear on the part of developing countries that better core standards would negatively affect either their economic performance or the competitive position in world markets has no rationale. On the contrary, it is conceivable that the observance of core labour standards would strengthen the long-term economic performance of all countries”.

### Bibliografia

ADDO, Kofi. The correlation between labour standards and international trade: which way forward? *Journal of World Trade: law, economics, public policy*, Genebra, v. 36, n. 2, p. 285-303, abr. 2002.

GONÇALVES, Reinaldo. *O Brasil e o comércio internacional: transformações e perspectivas*. São Paulo: Contexto, 2000.

LANGILLE, Brian A. Eight ways to think about international labour standards. *Journal of World Trade: law, economics, public policy*, Genebra, v. 31, n. 4, p. 27-53, ago. 1997.

MARTIN, Will; MASKUS, Keith E. *Core labor standards and competitiveness: implications for global trade policy*. Disponível em: < <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Issues/laborpaper>>. Acesso em: 20 out. 2001.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Trade, employment and labour standards: a study of core workers' rights and international trade*. Paris: OECD, 1996.

PANAGARIYA, Arvind. *Trade-labor link: a post-Seattle analyses*. Disponível em: <<http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Issues/laborpaper>>. Acesso em: 20 out. 2001.

PANITCHPAKDI, Supachai; CLIFFORD, Mark L. *China and the WTO: changing China, changing world trade*. Cingapura: John Wiley and Sons (Asia), 2002.

PIRES, Adilson Rodrigues. *Práticas abusivas no comércio internacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

SINGH, Ajit; ZAMMIT, Ann. *The global labour standards controversy: critical issues for developing countries*. Disponível em: < <http://www.cid.harvard.edu/cidtrade/Issues/labor-paper>>. Acesso em: 20 out. 2001.

THORSTENSEN, Vera. *OMC : Organização Mundial do Comércio: as regras do comércio internacional e a rodada do milênio*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

TREBILCOCK, Michael. *Trade policy and labour standards*. Disponível em: <<http://www.robarts.yorku.ca>>. Acesso em: 30 jun. 2002.

TREBILCOCK, Michael; HOWSE, Robert. *The regulation of international trade*. 2. ed. Londres: Routners, 1999.

WORLD TRADE ORGANIZATION. *Singapore Ministerial Declaration*: adopted in December 13, 1996. [s.l.:s.n.], [1996?]. WT/MIN(96)/DEC/1.

# Rússia – 3ª parte

## Organização político-administrativa da ex-URSS – conclusão

Hugo Hortêncio de Aguiar

### Sumário

1. Introdução. 2. Organização político-administrativa. 2.1. Unidades administrativas. 2.2. Hierarquia política nas Unidades. 2.3. Estrutura administrativa da URSS. 2.4. Escalonamento do Poder e funções dos órgãos administrativos. 2.5. Complexidade burocrática. 3. Retrospecto. 4. Stalin. 5. Causas da desintegração. 6. Conclusão.

### 1. Introdução

Vimos em *Rússia: 1ª parte: origem e formação de um Império* (AGUIAR, 2002, p. 203-214) a imensidão territorial que era a Rússia Tsarista e a notável diversidade de etnias ocupantes daquele gigantesco espaço físico. Em *Rússia: 2ª parte: a revolução comunista: os seus líderes* (AGUIAR, 2002, p. 147-167), focalizamos com especial destaque os episódios mais ligados à política governamental, tendo, por essa razão, como cenário, os centros da administração, São Petersburgo e Moscou. No entanto, a Guerra Civil, um desdobramento da Revolução, desenvolveu-se por quase toda a área – politicamente definida ou não – do que se costumava chamar de Rússia Tsarista. Assim, quando a Revolução Comunista se consolidou com a vitória na Guerra Civil, herdou uma desordenada “colcha de retalhos” de unidades políticas e étnicas, por ousadia denominadas repúblicas e nações, sem li-

Hugo Hortêncio de Aguiar é militar reformado, especialista em culturas e línguas do Oriente Médio e das ex-Repúblicas Soviéticas.

mites territoriais definidos. Também traçamos um perfil dos principais líderes.

Agora, nesta 3ª parte, o nosso objetivo é apresentar um quadro da estrutura Político-Administrativa da já então consolidada União das Repúblicas Socialistas Soviéticas<sup>1</sup>. Da formação do Estado Soviético, partindo dessas unidades diversificadas, vamos apresentar somente um pequeno enfoque histórico.

Com um esforço muito grande de síntese e procurando sempre respeitar o perfil histórico da nova entidade política, podemos afirmar que, no consenso quase unânime dos analistas, a União Soviética tornou-se um fato com a assinatura do “Tratado da União”, de 30 de dezembro de 1922, confirmado em Conferência e Congresso imediatos e, principalmente, com a Constituição de 1924. Houve, na ocasião, sério desacordo entre Lênin e Stalin.

O primeiro queria que o nome expressasse uma “federação”, literal e efetivamente, enquanto o segundo era partidário de um Estado unitário. Chegaram a um acordo quanto à denominação “União”, que pode ser tudo e ao mesmo tempo não compromete nada. Stalin levou a melhor.

Qualquer outra denominação (federação, confederação, comunidade, etc) teria uma conotação jurídica muito mais discriminatória, o que era desaconselhável. Lembremos de que Lênin ainda estava vivo quando o Tratado foi assinado, mas já havia morrido à época da promulgação da Constituição de 1924, Carta que restringiu significativamente a autonomia das Repúblicas integrantes, expressando claramente o caráter centralizador do novo líder: Stalin.

Na época do Tratado, em 1922, somente as Repúblicas da Rússia, da Ucrânia, da Letônia, da Lituânia, da Belorrússia, da Transcaucásia (Azerbaijão, Geórgia e Armênia) e da Criméia (depois esta perdeu o nível de república) estavam efetivamente sintonizadas com o Poder Central, discutindo sua autonomia nos diversos aspectos da administração. Contudo, sob pressão

política, as demais foram, uma a uma, passando ao controle da União.

O processo foi longo, penoso e controvertido, dando motivo para o maior problema que a URSS enfrentaria no futuro: o nacionalismo.

Para administrar tão grande área geográfica e tão grande número de entidades políticas, era necessária uma estrutura muito complexa e abrangente que, de fato, foi montada. Para exemplificar tão ampla rede administrativa, tomamos como base o ano de 1981, que nos forneceu elementos pormenorizados para o estudo.

## 2. Organização político-administrativa

### 2.1. Unidades administrativas

Eis, citadas por ordem alfabética, as Repúblicas Socialistas Soviéticas (chamadas Federadas), em número de 15, seguidas de sua divisão territorial:

Armênia – Nenhuma divisão territorial;  
Azerbaijão – 1 República autônoma e 1 Região autônoma;

Belorrússia – 6 Regiões;

Estônia – Nenhuma divisão territorial;

Geórgia – 2 Repúblicas autônomas e 1 Região autônoma;

Kazaquistão – 19 Regiões;

Kirguizistão – 3 Regiões;

Letônia – Nenhuma divisão territorial;

Lituânia – Nenhuma divisão territorial;

Moldávia – Nenhuma divisão territorial;

Rússia – 16 Repúblicas autônomas, 5 Regiões autônomas, 47 Regiões, 10 Distritos de nacionalidades e 6 Territórios;

Tadjiquistão – 5 Regiões;

Turquemenistão – 5 Regiões;

Ucrânia – 25 Regiões; e

Uzbequistão – 1 República autônoma e 11 Regiões.

### 2.2. Hierarquia política nas Unidades

1 – A União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) era formalmente concei-

tuada como “federação”, mas constituía-se, de fato, em um Estado unitário, controlando todas as Unidades dentro de sua área;

2 – As 15 Repúblicas Socialistas Soviéticas, chamadas “federadas”, cujo grau de autonomia foi minguando até quase desaparecer por completo, durante o governo de Stalin, e assim permaneceram até a dissolução da URSS;

3 – As Repúblicas autônomas são formações nacionais, estatais, integram a República federada em cujo território se situam. Assim, a República Autônoma de Chechen-Ingush, próxima ao Mar Cáspio, cuja etnia e cultura é um quebra-cabeça, é a nossa conhecida Chechênia e integra a República da Rússia, em cujo território está situada;

4 – As Regiões Autônomas, já menos hierarquizadas, ficam dentro de um Território e respondem à existência de algo especial na área. Assim, no Território de Khabárovsk, fica a Região Autônoma dos Judeus;

5 – Os Distritos de Nacionalidades são formações geralmente urbanas, circundadas por pequenas áreas, com população pequena, falando sua língua nativa, e situados dentro de um Território. Assim, no Território de Krasnoiarsk, fica situado o Distrito dos Dolgan-Nenets e dos Evenques, dois agrupamentos humanos relativamente pequenos, falando línguas difíceis para nós, ocidentais. O Distrito forma o conjunto do Taymir;

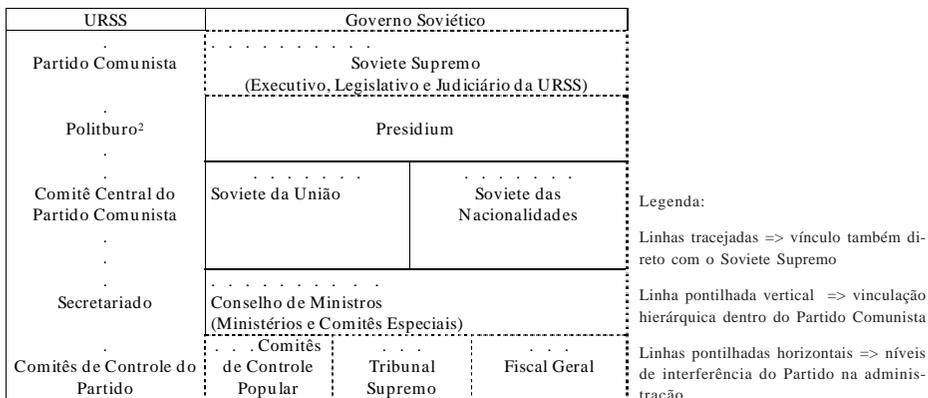
6 – As Regiões e os Territórios, mesmo sem nenhuma Unidade administrativa em

seu interior e puramente territoriais, exigem administração de instalações desdobradas em sua área e são, naturalmente, encargos de governo;

7 – Como curiosidade, queremos informar que a repetida terminação “stão”, tão usada na denominação de Unidades da URSS (como também em grande parte da Ásia), significa “país”, “nação”, e tem origem no idioma altaico (túrquico), com a grafia transliterada “stan”. Desse modo, Uzbequistão é o país dos “Uzbeques”, habitantes da área. Afeganistão (fora da URSS) é o país dos “Afegans” ou “Afegães”. Kurdistão (também fora) é o país dos “Kurdos” e assim por diante. Em resumo, à URSS cabe o controle de, pelo menos, 176 entidades administrativas, desde o mais alto nível como a Ucrânia, até o mais modesto distrito de nacionalidade, como o Chukchi, no extremo Nordeste Siberiano. Com uma população, em 1989, de aproximadamente 270.000.000 de habitantes e uma superfície de 22.400.000 Km<sup>2</sup> (mais de duas vezes a da China ou dos EEUU e quase três vezes a do Brasil), a URSS teria de possuir uma estrutura administrativa de grande porte, o que veremos a seguir.

### 2.3. Estrutura administrativa da URSS

Mostraremos apenas um resumido gráfico do Soviete Supremo, órgão do mais alto poder soviético. A seu lado (pontilhado em vertical), a cúpula do Partido Comunista.



1) Pelo gráfico da página anterior, vemos que o Poder Estatal era fundamentado nos Sovietes (Conselhos) que, afinal de contas, deram o nome à União Soviética ou União dos Sovietes;

2) Os Sovietes desempenhavam duas funções, legislativas e executivas; o Poder Judiciário (Tribunal Supremo), embora formalmente independente, integrava-se ao Soviete Supremo, como mostra o esboço;

3) Conselho de Ministros: congregava Ministérios da União, Ministérios da União e das Repúblicas e Ministérios só das Repúblicas, além de Comitês Especiais, tudo em número muito maior que o da maioria dos países desenvolvidos;

4) Outra diferença a ressaltar era a existência de um Comitê de Controle Popular, subordinado diretamente ao Soviete Supremo, e que não devemos confundir com o órgão Ministério Público. Este é dirigido pelo Fiscal (Procurador) Geral;

5) Finalmente, a parte pontilhada correspondia ao PCUS (Partido Comunista da União Soviética), que não integra o Soviete Supremo, mas atua paralelamente.

#### *2.4. Escalonamento do Poder e funções dos órgãos administrativos*

1) Era a coluna dos Sovietes a espinha dorsal do governo, que se escalonava verticalmente desde o Soviete Supremo até os Sovietes locais das menores unidades, passando pelos Sovietes das Repúblicas Federadas e Autônomas, que não possuíam o Soviete das Nacionalidades, está claro, somente o Soviete da própria República. Esses órgãos, semelhantes aos da União, guardavam proporcionalidade de território, população e expressão política. Como ordem de grandeza do número de Sovietes, havia, em 1981, na URSS, 1 Soviete Supremo da União, 15 Sovietes Supremos das Repúblicas Federadas, 20 Sovietes Supremos das Repúblicas Autônomas e 50.991 Sovietes locais. Todos os Deputados do Povo, membros dos Sovietes, de cima a baixo, eram eleitos por prazos razoáveis, conforme o nível, mas não remunerados.

Quando eram forçados a permanecer por algum tempo fora do trabalho profissional, havia um ajuste de salário. Os Deputados do Povo (ou Populares) tinham todas as regalias e imunidades de um Deputado dos países democráticos, e muito mais poder, pois eram também executivos e representavam o Poder Soviético na sua área de jurisdição. Como lhes era necessário pessoal auxiliar, havia em 1981, na URSS, aproximadamente 50.000.000 de pessoas trabalhando nos Sovietes, sendo quase a metade Deputados Populares.

2) Outra coluna interessante era a de Controle Popular, também subordinada ao Soviete Supremo, com cerca de 9.500.000 ativistas. Sua missão principal era a verificação do cumprimento dos Planos Ministeriais, por meio de inspeções da disciplina, gastos, burocracia e, acima de tudo, produtividade. Esses ativistas atuavam muito junto às fábricas, empresas, instituições e utilizavam o rádio e a tv para mostrar ao público a consecução dos objetivos soviéticos.

3) Na coluna da Ordem Jurídica, o sistema judicial, à primeira vista semelhante ao das Repúblicas democráticas, apresentava singularidades:

– Os juízes dos Tribunais Superiores da União, das Repúblicas Federadas e das Autônomas eram eleitos pelos respectivos Sovietes, por prazos;

– Todo o Sistema era fundamentado na existência dos Tribunais Populares que, na sua ponta inferior, eram constituídos de 3 membros (um juiz e dois jurados) em todo o País. Em 1981, havia cerca de 350.000 Tribunais Populares, que se reuniam durante duas semanas, uma vez ao ano;

– Os juízes dos Tribunais Populares deviam, em princípio, possuir o curso de direito.

Embora a Constituição expressamente afirmasse a independência do Poder Judiciário, vamos assinalar a seguir alguns aspectos que sugerem dúvidas quanto a isso:

– As associações de trabalhadores participavam da seleção dos candidatos a juízes;

– Inúmeros casos, supostos de menor importância, eram transferidos de Tribunais

Superiores para Tribunais Populares de empresas ou sindicatos;

– O Tribunal Popular de uma fábrica ou instituição semelhante, a pedido da assembléia do sindicato respectivo, podia mudar a condição de castigo ou liberdade do implicado (liberdade condicional ou mesmo prisão na própria instituição).

Daí concluirmos por uma significativa diminuição na aplicação integral da lei soviética, em face do “corporativismo” das associações de classe.

4) A coluna do Ministério Fiscal tinha como chefe o Fiscal Geral, uma espécie de Procurador Geral combinado com Advogado da União, ou seja, alguém que defendia os interesses tanto do Governo quanto do Estado soviéticos; interesses que, na prática comunista, confundiam-se.

Deixamos, finalmente, para o término da descrição dos Poderes o PCUS (Partido Comunista da União Soviética), cuja organização de topo está grafada em contorno pontilhado.

Com 17.500.000 de membros (em 1981), o Partido estruturava-se de cima a baixo, desde o Comitê Central da União, passando pelos Comitês das Repúblicas integrantes, até as OB (Organizações de Base) nas áreas mais distantes e de menor índice populacional, cada uma com, no mínimo, três membros e somando, em todo o território da União, 414.000 OB.

Os Estatutos proclamavam que o PC era a força dirigente da sociedade soviética e, embora não reclamassem para si a função de dirigir os assuntos de Estado, delegavam aos Órgãos do Partido o direito de controlar a administração, com a geração de inúmeros conflitos. As linhas pontilhadas do gráfico indicam a intervenção, tanto vertical quanto horizontal, do Partido, em todo ramo da administração estatal.

### 2.5. Complexidade burocrática

A exposição que fazemos mostra a complexidade que havia na burocracia soviética e, também, como uma máquina adminis-

trativa desse tipo tende a se tornar cada vez mais pesada e lenta, até suscitar em qualquer país, mesmo na URSS, a busca da simplificação. Todavia, esse quadro era amenizado lá, eis que os Sovietes exerciam dupla função de executivo e legislativo e eram – e ainda são – tradicionalmente organizados para esse tipo de poder abrangente. Se não havia divergências entre os Poderes citados, muito comuns nas democracias – o que é natural e faz parte de um desenvolvimento civilizado –, na URSS os conflitos funcionais eram muito mais numerosos e intensos.

Na URSS, a administração estatal era, com todo esse aparato, ambiente favorável às divergências funcionais, que podiam-se transformar em disputa do Poder, quanto mais atingiam o nível governamental. Essa ânsia de liderança era tão presente que, para a Presidência da União, a ser normalmente ocupada pelo Presidente do Presidium Supremo, era sempre eleito o Secretário Geral do Partido Comunista. Assim, com a acumulação desses dois cargos, evitava-se conflito.

Isso na área do governo central, porque, quanto à assimilação das “nacionalidades”, cada líder tinha uma concepção própria de governar. Remanescia, portanto, o “nacionalismo” das etnias como o grande e eterno problema da URSS, jamais solucionado.

Trata-se de um capítulo à parte, a exigir páginas e páginas de considerações, por isso abordado aqui apenas de passagem.

Até agora tratamos de órgãos administrativos, incluído o PCUS – por causa de sua ação fiscalizadora da máquina estatal –, pois o Partido é o mentor da filosofia política de governo.

Mas não podemos deixar de também, e finalmente, considerar a complexa burocracia das organizações sociais como complementares da administração, com especial atenção para os sindicatos que, além de sua ação nas questões de trabalho, exerciam uma influência considerável na produção e no seguro social. Já vimos, anteriormente, como influem na administração do sistema judicial. Em 1981, o número dos sindicalizados

era de 125.000.000. Além dos sindicatos, há outras organizações sociais como Komsomol (Sociedade da Mocidade Comunista), a União da Juventude Comunista, os Pioneiros de Lênin, a Cruz Vermelha, as Uniões de Escritores, de Cientistas, o Comitê de Mulheres Soviéticas, a União de Sociedades Soviéticas de Amizade e Relações Culturais com outros Países, além de centenas (não é exagero) de outras organizações menores, disseminadas até o mais longínquo recanto, como comitês de rua, de clubes, etc. Onde se reuniam duas ou mais pessoas era formado ou um soviete, ou comitê, ou sindicato, ou outra organização social com as mais diversas finalidades.

### 3. *Retrospecto*

Na primeira parte, Revista nº 155, fizemos um resumo do cenário e dos personagens principais do grande quadro histórico da Rússia Tsarista. Nesse cenário, procuramos amenizar a leitura focalizando aspectos singulares e curiosos da imensa vastidão territorial, evitando descrições enfadonhas de geografia física. Apesar da prevalência do clima frio na maior parte do território, ficou patente que, por sua abrangência geográfica, há variedade de climas em regiões específicas.

Quanto aos personagens, uma vez enquadrada a história da Rússia como um drama contínuo, consideramos os povos de mais de uma centena de nacionalidades habitantes do continental espaço físico, reservando-nos a tarefa de apenas ressaltar aqueles que tiveram participação direta nos acontecimentos, seja devido a ações militares ou desbravamento territorial, seja por laços histórico-étnicos, marcados pelo tradicionalismo interiorano, como é o caso dos “chuvash”.

Na segunda parte (AGUIAR, 2002, p. 147-167) projetamos os episódios mais decisivos da Revolução Comunista, particularmente aqueles que apresentavam traços políticos de maior interesse para os leitores

dessa Revista, e traçamos um perfil, tão real quanto possível, dos principais líderes do movimento, com a discriminação de três graus de filosofia político-revolucionária: indefinição, instabilidade e decisão, estereotipados, nessa ordem, nas figuras de Kerenski, Trotski e Lênin.

### 4. *Stalin*

Sobre Stalin, como deve ter sido observado pelos leitores, falamos muito pouco, mas isso se deve ao fato de seu governo ter decorrido após a consolidação da Revolução, em cujos episódios o seu papel foi muito apagado. O nosso objetivo, na 2ª Parte do tema, era a síntese do movimento bolchevista e de seus líderes e, somente de passagem, fizemos referência a Yosif Visarionovich Djugashvili, Stalin. Nesta 3ª Parte, ao citarmos a organização político-administrativa da URSS, damos uma amostra do perfil do líder georgiano, pelo aspecto centralizador, autoritário e repressor de todo o aparato governamental, marca de sua personalidade.

Stalin era conhecido por seu “nacionalismo russo”, isto é, nada de nacionalismo para as inúmeras nacionalidades que integravam o antigo Império Russo. Tudo para um só Estado, o Império Soviético, substituto do antigo Império. No âmago, era um pensamento absolutamente contrário ao de Lênin, o fundador do Comintern ou 3ª Internacional, organizado para levar o comunismo ao resto do mundo.

Como já dissemos anteriormente, Yosif, Stalin, georgiano de nascimento, não tendo tido papel de muito relevo na Revolução Comunista, tomou parte no primeiro Soviete de Comissários do Povo, mas no cargo considerado menos importante do governo: o Comissariado das Nacionalidades. Talvez porque somente ele tivesse condições para tratar as nacionalidades com mão de ferro.

Mais novo do que Lênin, Stalin nasceu em 1879, nove anos depois, e era dois anos mais velho que Kerenski. Em 1905, organizou em Tiflis, Geórgia, o Partido Social De-

mocrático. Levado por Lênin para o Comitê Central do Partido Bolchevista, somente depois da Revolução Comunista passou a crescer politicamente. Após a morte de Lênin, lutou pela liderança e expulsou do Politburo Trotski (1925), e depois Kamenev e Zinoviev (1926).

Iniciou em 1935 o grande expurgo, com deportações e execuções que não pouparam ninguém, incluídos, mesmo, até membros da família. Realizou invasões na Polônia e Finlândia e comunizou os Países Bálticos.

Seu programa de industrialização não ruiu por causa da 2ª Guerra e do apoio dos Aliados.

Levou grande vantagem com a conferência de Ialta, no fim da guerra, porque era um político matreiro, sendo mais inteligente do que parecia.

Após sua morte, em 1956, Krushev, seu sucessor, iniciou um período de “desestalinização”, na tentativa de apagar a sua memória, e adotou medidas “práticas” para neutralizar o reino de terror deixado por ele.

No entanto, o papel de Stalin na 2ª Guerra foi importante, e ele conseguiu vencer a Batalha de Stalingrado (Cidade de Stalin – agora Volgogrado, Cidade do Volga), que praticamente decidiu o grande conflito na frente oriental, com uma derrota fragorosa das forças alemãs.

### 5. *Causas da desintegração*

Nessa 3ª e última Parte, apresentamos – sem o acúmulo de gráficos, para maior facilidade de uma visão de conjunto – um resumo esboço, montado em linhas e colunas, do topo da administração soviética.

Embora sintéticos ao máximo possível, não pudemos evitar a descrição desejável de um quadro pormenorizado da intrínca-da, complexa e pesada burocracia soviética que, a bem da verdade – devemos dizer –, era absolutamente necessária para a instalação e manutenção do sistema de governo assumido pela União por 75 anos, tão promissor aos olhos de tanta gente.

Essa estupenda máquina burocrática quebrou-se e – fique bem claro – algumas peças soltas ainda ocupam espaço de trabalho, à espera de uma remoção definitiva que pode durar anos.

E o atual presidente Vladimir Pútín (observar a acentuação tônica) recebeu o difícil legado com todos os desajustes possíveis e imagináveis e os remanescentes de atritos filosóficos e funcionais.

É uma tarefa gigantesca para um dirigente e, até agora – tudo indica –, ele está agindo com acerto: externamente, com personalidade e equilíbrio, e internamente, com paciência oriental na luta para recuperar uma economia ultrapassada<sup>3</sup> e, ao mesmo tempo, aplinar as divergências de todo o tipo entre os segmentos recalcitrantes do ex-governo soviético. Qualidades ele possui para a obtenção do sucesso. Dotado de cultura geral diversificada, tem boa experiência na área internacional e, acima de tudo, uma perspicácia invejável, aliada a uma sagacidade política jamais encontrada em seus antecessores. Inteligência não lhe falta.

E agora, depois do exposto, vem a justificada pergunta: Por que, afinal, desintegrou-se a URSS?

Essa pergunta é intuitiva para um observador com acesso, no todo ou em parte, ao funcionamento dessa estrutura político-administrativa colossal, assentada numa vastidão territorial imensa e já experimentada em novo sistema de vida por quase um século. Acrescentemos a esse panorama global a consecução de vários objetivos sociais, projetados internacionalmente em dimensões majoradas por uma propaganda insistente – contudo, diga-se, estrutura essa que atingiu, realmente, no campo militar, posição de liderança mundial, juntamente com os EE UU–, e o leitor não encontrará jamais resposta convincente para sua indagação.

Então, três alternativas analíticas são utilizadas para a solução dessa questão.

A primeira é o método tradicional analítico, científico, da decomposição do conjunto em suas partes, fazendo-se o confronto

entre as causas e os efeitos. Para esse método, não é preciso que sejamos cientistas políticos. Basta um pouco de leitura básica e um acompanhamento dos eventos modernos e podemos dar início à análise.

O projeto, contudo, apresenta inúmeras vulnerabilidades, sendo a seguir as principais:

– O número de fatores que influem na avaliação: históricos, sociais, econômicos, militares, já tradicionalmente consagrados, e com a adoção, em acréscimo, de causas ambientais, psicossociais, científicas, etc., que sempre existiram, mas têm, especialmente agora, grande prevalência;

– A posição do observador, isto é, do analista, tem um papel decisório na apreciação dos fatores;

– Em regra, os fatores não influem isoladamente, porém grupados, em face das relações humanas que evoluíram e do sentido comunitário que preside o desenvolvimento social;

– Há que eleger um fator preponderante ou mais de um, e até agora não apareceu ciência capaz de instruir um analista para a sua escolha;

– Essa diversificação de fatores, a sua combinação e a avaliação do analista, por mais imparcial que procure ser, podem levar o leitor, por mais prevenido que seja, inconscientemente, para um resultado não o mais real e justo. Se houver intenção de atingir objetivos prefixados, então as deformações serão significativas. Assim, se o analista possuir uma experiência objetiva do assunto e um pouco de criatividade, ele poderá mostrar ao leitor o lado da moeda que lhe convier.

Vamos dar um exemplo de um fator psicossocial: a “mentalização” do povo russo, isto é, sua atitude mental favorável à implantação de um governo “marxista-leninista”, logo depois da Revolução. Com a Guerra Civil, os anos de morte, peste, fome, combates violentos contra os exércitos dos Aliados, falta de liderança dos revolucionários nas fileiras do Exército Vermelho (quase todo nas mãos de oficiais do Tsarismo) e

derrotas inúmeras fizeram prevalecer, no final das contas, a nova filosofia de governo. Então, dirão os leitores apressados, essa filosofia era correta, pois superou tantos antagonismos...

Esse sistema de governo, essa mesma ideologia política, sustentados por uma estrutura político-militar em posição de liderança no mundo, experimentados durante 75 anos de propaganda cientificamente administrada, beneficiada pelos naturais percalços das nações democráticas em períodos de transições sociais, tudo isso desaba instantaneamente.

Conseqüência de uma guerra ou ação política turbulenta? Não.

Foi uma resposta lógica a uma seqüência simples, ordenada e objetiva de críticas do líder comunista, Mikhail Gorbachov, apresentadas em Congressos do Partido, ressaltando, com sinceridade, os erros e contradições do programa soviético de governo.

Baseado nesse mesmo tema, um outro líder, Boris Yeltsin<sup>4</sup>, sem muita tradição política, com ignorado apoio militar e hábitos de vida um tanto epicuristas, sobe num palanque improvisado em frente a uma instalação central da poderosa KGB<sup>5</sup> e faz uma proclamação de limitada duração, para um agrupamento de pessoas que não chegam a constituir uma multidão, e o sistema desintegra-se.

Então – repetirão aqueles mesmos leitores –, a filosofia de governo era falsa. É o outro lado da moeda.

A verdade é que três quartos de século eram passados e as causas evoluíram com o tempo, e os próprios tempos mudaram.

Porém, mesmo na Guerra Civil russa, disporíamos de argumentos outros para a explicação da vitória comunista, ou melhor, da derrota dos Aliados, à base de importantes aspectos não explorados pela literatura histórica comumente conhecida.

De modo que, para explicarmos a desintegração da URSS, é perda de tempo procurarmos a resposta pelos recursos objetivos da análise tradicional, muito útil para pro-

vas acadêmicas, mas absolutamente inócua ao juízo de um observador mais exigente.

Passando para uma segunda alternativa de análise, e tendo em vista que a mudança operou-se em um contingente nacional de três gerações, sob modelar lavagem cerebral, muitos leitores, mesmo os mais céticos, arriscarão um palpite: só milagre!

Realmente, a aceitação da intervenção do fator sobrenatural no destino dos acontecimentos humanos pode, também, explicar modificações inesperadas na ordem lógica dos eventos históricos, como a observada na URSS.

É uma atitude simplista, mas coerente com a fé humana, e muito assumida historicamente por um número significativo de filósofos, número esse muito maior do que é apresentado comumente. Não precisaremos ir muito longe. Basta compilarmos a história da filosofia no mundo contemporâneo e chegaremos a essa conclusão, sem a necessidade de retornarmos no tempo para somar nomes.

Contudo, um desses nomes, do século IV, Santo Agostinho, não poderia deixar de ser destacado; tem exercido enorme influência desde sua época até hoje como um dos maiores filósofos e teólogos cristãos, já que sua filosofia integrava a sua teologia<sup>6</sup>.

Conquanto não possamos esconder a nossa admiração pelo pensamento filosófico desse grande Doutor da Igreja, preferimos adotar uma terceira alternativa, que é uma combinação das duas primeiras, resumindo todos os fatores de análise em três elementos básicos: *a Cultura Grega, o Direito Romano e o Misticismo Judaico*, os quais analisaremos no capítulo seguinte.

Consideramos esses elementos como mínimos necessários para o progresso social, e o pensamento não é nosso, pois já foi publicado em órgão responsável, de alto nível cultural, embora expresso em outra língua.

## 6. Conclusão

Queremos manifestar, com a permissão dos editores, a nossa adesão a esse conceito

alternativo, que afirma ser a combinação, total ou parcial, desses três fatores fundamentais e mínimos necessários, a cultura grega, o direito romano e o misticismo judaico, suficiente para que qualquer promoção social seja fadada a uma realização plena e duradoura.

Como Cultura Grega, entendemos o magnífico acervo de conhecimentos humanos gerados internamente na Grécia antiga ou herdados e assimilados de outras culturas, inspirador e desencadeador de realizações notáveis na história do mundo. Os gregos alcançaram culminâncias intelectuais, literárias, científicas e artísticas que têm servido de base aos homens de todos os continentes na busca de sabedoria e beleza.

A cultura da Grécia foi abrangente no espaço e no tempo. No espaço, porque disseminou as suas idéias por toda a área de conquistas, enquanto aperfeiçoava e consolidava conhecimento de povos conquistados e vizinhos, como é o caso da filosofia egípcia. No tempo, por ser uma síntese modificada das civilizações do antigo Oriente, que primavam pelo absolutismo, pelo supernaturalismo e pela sujeição do indivíduo ao grupo, mas uma síntese modificada pelos ideais de liberdade, de racionalismo e respeito pela dignidade individual.

Quanto ao Direito Romano, ou Ordem Romana, não temos dúvida alguma em afirmar que foi o legado mais importante deixado pelos romanos às culturas sucedâneas. Discordamos dos historiadores que consideraram esse sistema de direito originário da proclamação da Lei das Doze Tábuas, em 445 a. C.

Julgamos que foi resultado de uma evolução gradual desde os primórdios da História, com os costumes punitivos dos primitivos agrupamentos humanos, passando, com o transcorrer da civilização, por códigos orientais, como Hamurabi e Deuteronômio, até chegar às bases da jurisprudência romana, no período do Principado, com a adoção das idéias de Gaio e Ulpiano, entre outros.

Nessa época, o direito foi consolidado em três grandes ramos: *jus civile*, *jus gentium* e *jus naturale*, sendo este último uma verdadeira filosofia.

O Direito Romano eliminou contradições de escolas filosóficas gregas e deu ao indivíduo (ao cidadão romano) o máximo de valorização, juntamente com a busca da justiça social ideal e abstrata, o que, por si só, justificaria a sua importância no contexto da evolução social das nações.

Por Misticismo Judaico entendemos e consideramos não só a sublimação da tendência da aceitação do sobrenatural pelos povos do Oriente Médio e circunvizinhanças, como também do politeísmo de várias “nações” da área (como as nações cananais, os caldeus, os babilônios, etc) ao monoteísmo dos hebreus. A esse incontável contingente místico agregamos também as concepções persas do Zoroastrismo, do Mitraísmo, do Gnosticismo e do Maniqueísmo, além dos empréstimos mesopotâmicos. Contudo, seria uma falha nossa não incluirmos o Esoterismo oriental, com centro e capital em Safed (Tsifat, em hebraico), na alta Galiléia<sup>7</sup>.

Mais tarde, muito mais tarde, esse monoteísmo hebraico instituído em Lei Mosáica, interpretada pelos Profetas e consolidada no Velho Testamento, propiciou, em maior e menor grau, o aparecimento de duas iluminadas filosofias monoteístas, o Cristianismo e o Islamismo, cujas raízes patriarcais e proféticas, nas Escrituras, são de fácil identificação.

Os três elementos básicos receberam a sua qualificação gntífica, porque as suas mais expressivas bases de desenvolvimento foram Grécia, Roma e Judéia. No entanto, a sua abrangência é muito grande, o que justifica o seu conceito de alicerces do progresso social, garantia às nações que os absorveram da permanência no rol das ditas civilizadas.

A URSS não assimilou muito bem a Cultura grega.

Tomemos, como exemplo, a arte, expressão mais lídima dessa cultura. A arte grega simbolizava o “humanismo”, sendo o ho-

mem glorificado. Assim, os deuses das culturas não eram senão ligados a imagens de humanos, e as fantasias mitológicas se confundiam com os poemas descritivos de romances terrenos.

Enquanto isso, na URSS, o periódico *Vopróssy Filossófi* (Questões de Filosofia), veículo de propaganda do “realismo socialista”, que torna a arte um instrumento da política, apresentava o seguinte pensamento: “Arte pura é ficção”<sup>8</sup>. Uma sentença lapidar de artesanato da meia-cultura. Numa comparação um tanto grotesca, mas de plena validade, é como “tirar um cavalo puro-sangue do hipódromo e transformá-lo em animal de carga, colocando-lhe antolhos para não errar o caminho na nova trilha acidentada”.

Com relação à censura de todo tipo de publicação literária, é dispensável falarmos, porque é bem conhecida.

No aspecto Direito Romano, lembraríamos que, há mais ou menos 2.000 anos, um escravo do norte da África, gladiador, se vencedor de uma luta pública muito concorrida, poderia, embora em casos muito especiais, obter seu documento de alforria, e até pleitear trabalho no meio da sociedade romana.

Na URSS, todavia, em pleno século XX, nenhum cidadão poderia desempenhar funções públicas, se fosse conhecida a sua posição ideológica contrária ao marxismo-leninismo, isso sem falarmos de outras punições severas para esse pretendo candidato a servidor. Candidatar-se a determinadas funções, só sendo membro do Partido Comunista. A Constituição, entretanto, era clara e preceituava liberdade de opinião e de pensamento. Na prática, a teoria era outra, justificada pela necessidade de segurança do Estado.

Sujeita a deformações, em face da flexibilidade da matéria em questão, poderíamos projetar a imagem do Direito Romano como “liberdade individual” e a do Direito Soviético como “autoritarismo estatal”.

Na parte relativa ao Misticismo Judaico, talvez fosse dispensável qualquer referên-

cia, uma vez que a filosofia soviética de governo era ateuísta, não sendo permitido o culto de qualquer crença religiosa em instituições oficiais, apenas tolerada a sua prática, com muita reserva, a ambientes restritos.

Temos em mãos, em dois exemplos significativos, a expressão da profunda aversão da propaganda comunista pela religião:

– Um “poster” (placar) mostra uma jovem subindo a escada de um clube; dois homens, com cara de assaltantes e levando um duplo crucifixo, tentam deter a moça. Os dizeres (em russo) são: “a jovem soviética tem um belo roteiro – livraria, clube, fábrica e campo. Não deixaremos que ‘beatos’<sup>9</sup> e ‘fanáticos’ a tirem do caminho”.

– Outro quadro mostra uma bruxa-feitiçeira, Baba-lagá<sup>10</sup>, na tentativa de pendurar um crucifixo no pescoço de uma criança, dentro de uma igreja, com os dizeres (também em russo): “os padres (ou prelados) procuram, com o auxílio de mulheres desse tipo, e sob o efeito de incenso, colocar pesos (fardos, tropeços, mós-de-moinho, etc) nas almas jovens, mas não deixaremos”.

A União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, como acabamos de ver, não possuía os elementos básicos, fundamentais, mínimos necessários para possibilitar uma realização plena a seu povo sofrido, heróico e merecedor de um grandioso destino.

E, se chegava a manipular um ou mais desses ingredientes, não era em dose suficiente para a obtenção de um produto final bem acabado: inteligente, como símbolo da liberdade cultural; justo, como fruto da prevalência do direito; e perene, como sinal da proteção monoteísta.

A União Soviética não era esse produto. Por isso, implodiu.

### Notas

<sup>1</sup> URSS (=SSRU, em inglês;=CCCP, em russo). CCCP transliterado, quer dizer: Soiúz Soviétskikh Sotsialistícheskikh Respúblikikh, ou seja, União (das) Soviéticas (das) Socialistas Repúblicas, URSS. Nota: o *kh* é pronunciado como o *jota* espanhol.

<sup>2</sup> “Politburo”, abreviação de Politítcheskoie Buró (do francês “bureau”), quer dizer “Gabinete Político” e era o órgão mais alto de direção do Partido, integrando o Comitê Central, que só se reunia periodicamente. Colocamos o Politburo na mesma linha do Presidium do Soviete Supremo para mostrar a equivalência de funcionamento, porque todos os dois eram permanentes, enquanto o Comitê Central do Partido e os Sovietes da União e das Nacionalidades (que também formavam o Soviete Supremo) somente se reuniam periodicamente.

<sup>3</sup> No XXVII Congresso do Partido Comunista (25 de fevereiro a 6 de março de 1986), em Moscou, o então Secretário do PCUS, Mikhail S. Gorbatchov, apresentou o Informe Político aos congressistas, milhares deles, pois além do pessoal do Comitê Central havia 152 delegações de dentro da própria União e 113 delegações de outros países. Esse Informe Político fazia muitas críticas aos diversos aspectos da administração soviética, particularmente a insucessos na área econômica. Em ataque direto aos Sovietes, incluído o Soviete Supremo, Gorbatchov, depois de fazer o “politicamente correto” elogio de costume, apresentava a sua censura direta:

(Trecho do Informe Político) “... Ao receberem o mandato dos eleitores, os organismos do poder local assumem a responsabilidade por tudo o que se passa na vida da sua área de ação. Mesmo que alguém possa dizer: não é uma questão da minha competência, para os Sovietes não se pode admitir semelhante fórmula. A habitação, a instrução e a saúde públicas, os artigos de amplo consumo, o comércio, os serviços, os transportes públicos e a proteção da natureza, tudo isso são problemas da sua competência direta”.

(Em seqüência da página anterior, outro trecho do Informe Político) “Temos que cumprir o quanto antes a tarefa de abastecer completamente o País de produtos alimentares”. E assim por diante. Era o começo do fim.

<sup>4</sup> O líder, necessariamente, não é um indivíduo de conduta doméstica e social exemplar. O que o caracteriza e consagra é a ação desprendida, inteligente e oportuna em benefício da coletividade. Boris Yeltsin é um exemplo.

<sup>5</sup> KGB é a sigla de “Komitét Gossudárstvennoi Bezopásnosti” (Comitê da Segurança do Estado).

<sup>6</sup> Não podemos deixar de proclamar a nossa adesão a ela, que justificava o conhecimento das coisas supremas do universo como revelação. Como cristãos ocidentais, inspirados pelas surpreendentes revelações de San Nicolas, Guadalupe, Fátima, Lourdes e Mediugorie, é natural e intuitivo que procuremos resposta dos acontecimentos no desdobramento do plano divino. Respeitamos, porém, as concepções teístas diferentes da nossa, tanto de leitores nacionais como de outros países, cujas tradições místicas não queremos sensibilizar, particular-

mente nesses tempos de tendência ecumênica e busca da tolerância mútua.

<sup>7</sup> Conhecemos o Oriente Médio, seus povos e seus idiomas, e podemos garantir que, ainda hoje, respira-se, expressa ou veladamente, o espiritualismo do monoteísmo revelado de Abraão, sem antecessores, conforme julgamos.

O monoteísmo revelado de Abraão é datado do século XIX (entre 1900 e 1800 a. C.), quando o patriarca ainda estava em Harran, povoado em Aram (hoje Síria), embora a fronteira atual tenha transferido o povoado para o território turco. Falava-se o aramaico na região, idioma um pouco diferente do hebraico que Abraão e sua comitiva levaram de Ur;

O Zoroastrismo, com raízes projetadas para o século XV a. C., realmente foi fundado entre 500 e 400 a. C., mais novo, portanto;

O Mitraísmo, síntese do zoroastrismo com cultos babilônios, só se tornou culto definido entre 400 e 300 a. C., portanto é também mais novo;

O Maniqueísmo e o Gnosticismo surgiram depois do nascimento de Jesus Cristo, como também o Islamismo, quase seis séculos depois;

Os cultos mesopotâmicos (sumérios, babilônios, caldeus, assírios) não foram considerados, porque politeístas;

Embora não seja parte do nosso tema, porém como curiosidade, vamos mostrar, a seguir, as prováveis datas das religiões do Extremo Oriente: Vedas – 1500 a.C.; Bramanismo – 700 a.C.; Hinduísmo – 600 a.C.; Budismo – 500 a. C. Assim, o monoteísmo de Abraão não tem antecessor, como

dissemos (as datas são aproximadas, médias de várias fontes fidedignas).

<sup>8</sup> A frase, transliterada do russo para o português é a seguinte: “Tchístoie Iskússtvo – éto fiktsia” (*Vopróssy Filossófií*, n. 11, p.83, 1965).

<sup>9</sup> Entendido aqui não no significado de “pré-santificados na Igreja Católica”, mas no do adjetivo aplicado pela crítica mundana, que significa “frequentadores muito assíduos de templos e cerimônias religiosas”.

<sup>10</sup> “Baba-Iagá” é uma horrenda bruxa lendária russa, dos livros de contos infantis, que mora numa “cabana sobre patas de galinha”, peça de “Quadros de uma Exposição”, obra musical de grande renome do compositor russo Moussorgski, composta em homenagem a um grande amigo, arquiteto e pintor, autor da exposição de pintura referida e então falecido.

Vejam os leitores como a propaganda soviética via as catequistas e missionárias!

### Bibliografia

AGUIAR, H. H. de. Rússia: 1ª parte: origem e formação de um império. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 155, p. 203-214, jul./set. 2002.

\_\_\_\_\_. Rússia: 2ª parte: a revolução comunista: os líderes. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 39, n. 156, out./dez. 2002.

## **Estímulo ao associativismo no Brasil: algumas propostas de políticas públicas**

Marcelo Dias Varella e Ana Flávia Platiau

Associativismo e cooperativismo são expressões que se confundem em uma análise rápida. De uma forma mais fina, o associativismo vem-se diferenciando cada vez mais em função de outras formas de integração de pessoas produtivas, além do formato tradicional das cooperativas, sobretudo com a expansão da economia solidária, em diversos setores e países. O associativismo seria o conjunto das formas de cooperativismo com outras formas de união de pessoas para a busca em conjunto de solução para problemas comuns. Ambos os movimentos merecem a atenção daqueles que trabalham com o estímulo produtivo dos micro e pequenos empreendedores, pois se apresentam como uma das formas mais apropriadas e muitas vezes a única viável para a expansão de liberdades individuais e coletivas para os empreendedores dos setores formal e informal. Consideramos o desenvolvimento de forma ampla, como liberdades individuais e coletivas, neste caso, acesso a mercados interno e externo, crédito em suas diversas formas e em ambos os pólos da relação jurídica: passivo e ativo, aquisição e disseminação de conhecimentos e tecnologias, coesão social, auto-estima, entre outros.

Com o objetivo de desenvolver esse tema, trataremos a seguir de alguns comentários sobre o contexto associativista no Brasil e de políticas públicas que poderiam ser adotadas pelos demais atores públicos

Marcelo Dias Varella e Ana Flávia Platiau são doutores em Direito e Relações Internacionais, respectivamente, da Universidade de Paris I, Panthéon-Sorbonne. Marcelo Dias Varella é professor do curso de Mestrado em Direito do Centro Universitário de Brasília. Ana Flávia Barros Platiau é professora do curso de Relações Internacionais da UnB.

e privados interessados. Não se trata de forma alguma de um texto exaustivo que busca traçar o histórico e aprofundar no tema, pois para tanto existem diversas obras acadêmicas e não-acadêmicas em circulação. Assim, estudaremos em um primeiro momento as definições mais comuns, com as respectivas análises em função das recentes mudanças legislativas, sobretudo com o novo código civil, para em seguida nos debruçarmos sobre possíveis alterações pontuais que poderiam ser implementadas na legislação e em políticas para o setor<sup>1</sup>.

### *1. Comentários sobre o setor e mudanças legislativas*

A expressão *associativismo* abrange diversas formas de união entre pessoas, que são regidas por diferentes normas legais. Recentemente, o Código Civil contribuiu para a alteração de algumas dessas formas. Antes de estudar as possíveis mudanças legais impostas à realidade, vamos fazer um breve levantamento sobre esses setores.

#### *1.1. Comentários sobre o setor*

A forma mais tradicional de associativismo é feita com as cooperativas. A forma mais recente é representada pela expressão da economia solidária. Trataremos em um primeiro momento das cooperativas, para depois cuidarmos da economia solidária propriamente dita, até porque uma das formas de expressão da economia solidária é por meio de cooperativas.

Cooperativas são pessoas jurídicas de direito privado que agregam um número mínimo de pessoas com um objetivo em comum. Trata-se de um movimento com séculos de existência, que se inicia na Europa, firmando-se principalmente na França e no Reino Unido. Com a evolução setorial, diferentes formas de composição e de gestão se consolidaram, podendo hoje se apresentar como abertas ou fechadas a novos membros, limitadas por um determi-

nado território ou por uma determinada profissão, capital social dividido em quotas, partes acessíveis ou não em bolsa, rurais ou urbanas etc. Os princípios gerais das cooperativas brasileiras derivam dos movimentos ingleses do século XIX e foram positivados no Brasil em 1932, sendo: a adesão livre, um homem, um voto; divisão dos ganhos entre os associados; controle democrático; juros limitados ao capital; neutralidade política, racial e religiosa<sup>2</sup>.

Os cooperados, integrantes da cooperativa, podem se juntar em função de diferentes objetivos comuns, por melhores condições de trabalho, para viabilização de mercados, para conseguirem melhores preços de venda e de compra, para possibilitarem exportações e outros ganhos de escala. Os objetivos dos associados determinam a qualificação das cooperativas, que podem ser, por exemplo:

1) Cooperativas de consumo: criadas para possibilitar compras em conjunto com melhores preços para os associados, o que garante melhores condições para o enfrentamento de problemas de segurança alimentar, com a pulverização dos distribuidores varejistas. O número de cooperativas foi reduzido de forma drástica, no Brasil, sobretudo com a ampliação das grandes redes de supermercados, que passaram a controlar uma proporção cada vez mais significativa da distribuição varejista no Brasil<sup>3</sup>. Mesmo se essas redes nem sempre chegam às cidades menores, a falta de incentivos e de capacidade de organização e gestão levou ao declínio dessa modalidade de cooperativas. As últimas estatísticas apontam para 189 cooperativas, com aproximadamente 1,5 milhão de associados e 7.600 empregados<sup>4</sup>.

2) Cooperativas de crédito: têm como objetivo angariar fundos e disponibilizar crédito para fins produtivos aos associados ou à sociedade como um todo. Recentemente foram alvos de políticas governamentais no contexto do fomento a políticas de microcrédito, o que deu novo im-

pulso a essa forma de cooperativa. Existiam em 2001 cerca de 1.038 cooperativas de crédito, com mais de um milhão de associados<sup>5</sup>.

3) Cooperativas educacionais: são criadas geralmente por pais de alunos, para dar melhores condições de educação para seus filhos, escolhendo métodos educativos mais apropriados, reduzindo custos escolares e participando de forma mais direta da gestão do ensino. Estão ligadas a questões econômicas, a partir do barateamento dos custos de educação ou ainda à opção de métodos de ensino que se julgam mais apropriados. Encontra-se ainda as cooperativas educacionais criadas por professores, em um contexto empreendedorista, unindo-se capital para a criação de uma sociedade. Até 1999, existiam no Brasil 210 cooperativas educacionais<sup>6</sup>.

4) Cooperativas de trabalho: buscam conseguir melhores condições de emprego, como maiores salários, construir um balcão de empregos para os membros, evitar desigualdades, proporcionar cursos de formação e fortalecer o processo de negociação entre a classe laboral e patronal<sup>7</sup>. Também houve um incremento significativo das cooperativas de trabalho. Infelizmente, uma parte importante desse incremento se concentra em atividades ilegais para a supressão do pagamento de encargos trabalhistas. Até 2001, registravam-se cerca de 2.391 cooperativas de trabalho com aproximadamente 322 mil associados.

5) Cooperativas de serviços: Também objetivam a busca de melhores condições de trabalho, mas voltadas para profissionais que não têm em geral uma relação horizontal com os clientes, como advogados, contadores, eletricitas, entre outros. Exemplo comum são as cooperativas de eletricitas ou de técnicos em telefonia (SINGER, 2002, p. 111).

6) Cooperativas de saúde: criadas e dirigidas por profissionais da área de saúde, como médicos, enfermeiros, odontólogos, como Unimed, Uniodonto etc. Têm por ob-

jetivo criar e gerir planos de saúde que oferecem uma alternativa ao sistema público de saúde, de forma mais econômica, beneficiando os profissionais que dela fazem parte com a conquista de novos clientes. Até dezembro de 2001, conheciam-se 863 cooperativas de saúde no Brasil, com 327.191 associados.

7) Cooperativas habitacionais: objetivam a construção de moradias, feitas com ou sem o apoio governamental, por meio de mutirão, consórcios, ou empréstimos. A Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB) divulgou a existência de 297 cooperativas habitacionais, com cerca de 69 mil associados.

8) Cooperativas agropecuárias: visam à facilitação de aquisição de máquinas e equipamentos que seriam inacessíveis para a compra por um único produtor, bem como à agregação de valor à produção e conquista de mercados. Por vezes, têm áreas em comum, que cultivam em conjunto, e cuja distribuição de benefícios se faz por meio de um banco de horas. É muito comum nos assentamentos de reforma agrária, com a participação de antigos sem-terra. Existem cerca de 1.587 cooperativas agropecuárias, com 822 mil cooperados.

9) Cooperativas de comercialização: são também cooperativas agrícolas, mas os produtores trabalham em suas próprias terras, com os seus próprios equipamentos, e o produto final é comercializado em comum, por meio das cooperativas.

10) Cooperativas de eletrificação rural. Criadas sobretudo nos anos 70 e 80, para prover a viabilização e barateamento dos custos de eletrificação rural, principalmente nos Estados das Regiões Sul e Sudeste e, posteriormente, na região Centro-Oeste. Em certo momento, foram amplamente apoiadas pelos governos federal e estaduais, obtendo também recursos externos.

11) Turismo e lazer. Tratam-se de cooperativas formadas em geral por pequenos empreendedores para o estímulo do turismo em determinada região. Muitas vezes,

essas pessoas se reúnem em forma de associações e não em forma de cooperativas. Em todo caso, a OCB registrava apenas 5 cooperativas do gênero em 2001, com cerca de 150 cooperados.

As primeiras cooperativas são predominantemente urbanas. As últimas são sobretudo rurais. No entanto, essa classificação dificilmente pode ser afirmada com precisão porque existe um elevado e crescente índice de atividades rurais não-agrícolas, o que possibilita a composição de cooperativas tipicamente urbanas, situadas em meio rural e vice-versa. Da mesma forma, a existência de cooperativas de turismo e lazer ou qualquer uma das outras pode-se dar tanto em centros considerados urbanos como rurais. O grande índice de “municípios rurbanos” no Brasil evidencia a difícil classificação entre as cooperativas, da mesma forma que a ampliação de atribuições das cooperativas, que misturam características conforme as necessidades dos seus associados.

No Brasil, até 1960 havia um forte domínio das cooperativas urbanas sobre as cooperativas rurais. As primeiras eram mais numerosas e mais dinâmicas do que as últimas, sobretudo no tocante às cooperativas de consumo e habitação. Após 1960, inverteu-se a tendência de crescimento, sobretudo em função dos incentivos governamentais e dos desestímulos públicos para as cooperativas urbanas. Chamamos de desestímulo, porque não apenas os incentivos foram criados, como obstáculos

jurídicos foram erigidos. Trata-se de um fenômeno interessante, tendo em vista que, durante esse mesmo período, houve um forte movimento de migração contrário ao crescimento das cooperativas, quando o Brasil deixou de ser um país majoritariamente rural e passou a ser predominantemente urbano. Nesse sentido, as cooperativas urbanas não apenas não cresceram como foram reduzidas, por vezes drasticamente. As cooperativas de consumo que se contavam em centenas nos anos 60, por exemplo, quase foram extintas nos anos 90. Diversos fatores contribuíram para tanto: falta de assistência técnica, financeira e creditícia<sup>8</sup>, insuficiência de capitais, eliminação de benefícios tributários (como a obrigatoriedade do pagamento do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços), o paternalismo do governo e de empresários, pressão dos órgãos públicos (como as pressões feitas pelo Banco Central sobre as cooperativas de crédito) (PINHO, 1980, p. 12).

Mesmo se o número de certas modalidades de cooperativas urbanas diminuiu, o número total de cooperativas assim como o número de associados aumentou bastante, mas de forma desproporcional. Ocorreu de certa forma um aumento qualitativo das cooperativas, que passaram a ser maiores e mais profissionais. Assim, o quadro seguinte demonstra o aumento das cooperativas no Brasil entre 1940 e 1980, que será complementado com o próximo quadro, que demonstra a realidade atual.

	1940	1950	1960	1970	1980
Associados	40.890	145.142	406.486	759.133	1.718.145

Fonte. PINHO (1980, p. 18).

O Brasil contava em 1999 com 5.652 cooperativas registradas, divididas em 12 grandes áreas. São cerca de 5 milhões de cooperados, com 167.378 empregados. Esse número expressivo de cooperados, que re-

presentam aproximadamente 7% da População Econômica Ativa, não é tão expressivo se considerarmos outros índices relativos de associativismo de países desenvolvidos e mesmo em desenvolvimento, onde

às vezes o índice chega a ser superior a 100%<sup>9</sup>. Em todo caso, entre 1990 e 1998, a taxa de crescimento do número de cooperativas foi de 44% e a taxa de crescimento do número de cooperados chegou a 53% (ODA, 2000, p. 95).

### Modalidades de cooperativas no Brasil

Ramo	Cooperativas	Cooperados	Empregados
Trabalho	1661	293499	6422
Agropecuária	1437	856202	106753
Crédito	920	1407089	16908
Saúde	698	297521	19340
Habitação	216	53011	2063
Educação	210	48403	2505
Consumo	191	1473038	7952
Energia e Telcom	184	551799	5355
Produção	107	6011	38
Mineração	21	1899	28
Especial	4	25484	14
Outros	2	40	0
Serviço	1	20	0
Total	5652	5014016	167378

Fonte: Núcleo de banco de dados da Organização das Cooperativas Brasileiras (OCB).  
Dados de dezembro de 99.

O baixo número de empregados, em face do grande número de cooperados demonstra a participação de micro e pequenos empreendedores, que oferecem a sua mão-de-obra ou trabalham basicamente em regime de economia familiar. Eles compõem grande parte das cooperativas brasileiras. Ainda que a maior parte dos cooperados seja composta de micro e pequenos empreendedores, existe uma importante participação de cooperativas com empreendedores com grande disponibilidade de capital. Nesse universo, encontramos ainda um número importante de cooperativas grandes, que se formaram sobretudo nos anos 80, com a fusão ou aquisição de pequenas cooperativas. Os dados da ABRA-COOP são mais reveladores, 80% das cooperativas podem ser enquadradas pelas suas dimensões entre pequenas e microempresas. Isso significa que cada cooperativa

de micro e pequenos empreendedores ainda representa um volume pequeno de negócios e de número de empregados.

Essas cooperativas estão organizadas no Brasil por meio de uma federação e uma confederação. A Organização das Cooperativas do Brasil (OCB) é o órgão responsável por dar suporte e promover o setor. Em nível internacional, encontra-se a Organização Internacional de Cooperativas (OCI), que tem legitimidade para discussões no plano mundial. Essas estruturas têm reconhecimento e legitimidade interna, sendo possíveis parceiros para discussão e implementação de políticas públicas.

#### 1.2. Legislação e recentes alterações legislativas – esclarecimento de dúvidas

A Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, regula o regime jurídico aplicável às cooperativas. Essa norma sofreu recentes

alterações com o Código Civil, em vigor a partir de 2003.

A Lei nº 5.764/71 define cooperativas como uma união de pessoas que se obrigam a contribuir com bem ou serviços para o exercício de uma atividade econômica *sem intuito de lucro*. Elas têm portanto um estatuto especial, que lhes permite obter uma série de benefícios tributários, conquistados ao longo do tempo. A ausência de lucro não significa que não se possa distribuir os benefícios obtidos em conjunto ou que não existam profissionais contratados trabalhando na cooperativa, pelo contrário, as duas opções não apenas são permitidas como são parte mesmo do conceito operacional. Elas se distinguem das demais pessoas jurídicas por terem: adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços; variabilidade do capital social representado por quotas-partes; limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais; inaccessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade; singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade; quórum para o funcionamento e deliberação da Assembléia Geral baseado no número de associados e não no capital; retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembléia Geral; indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social; neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social; prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa; área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços<sup>10</sup>.

### 1.3. Alterações com o novo código civil

O novo código civil altera o número mínimo de associados exigido para a constituição de uma cooperativa. Anteriormente, na Lei nº 5.464/75, havia a obrigação legal de um mínimo de 20 pessoas. Nesse sentido, havia um certo conflito entre a OCB, que defendia a manutenção desse número mínimo, e outras entidades da economia solidária, que pretendiam regras mais flexíveis. A norma em vigor determina que não haverá número mínimo necessário para a formação da cooperativa, sendo suficiente apenas em quantidade para compor a administração da sociedade.

Quanto ao número mínimo de sócios, resta uma questão a ser respondida. Em uma primeira análise, pode-se chegar ao número nove, composto de três membros do conselho de administração e seis membros do conselho fiscal, sendo três titulares e três suplentes. Em todo caso, a norma não é clara e pode-se exigir ou admitir um número maior ou menor de membros em função de uma análise concreta.

Poder-se-ia pensar que existe uma prevalência do texto anterior, com o número mínimo de vinte membros, pois o texto do Código Civil traz uma ressalva à legislação especial:

“Art. 1.093. A sociedade cooperativa reger-se-á pelo disposto no presente Capítulo, *ressalvada a legislação especial*. (...)”

II - concurso de sócios em número mínimo necessário a compor a administração da sociedade, sem limitação de número máximo;”

De qualquer forma, a lei das cooperativas não se mantém ante o Código Civil, pois ambos são normas de mesmo nível hierárquico e mesma especificidade, sem considerarmos o capítulo específico do Código Civil. Por se tratar de norma mais recente, vale a lei civilista. A ressalva em itálico, no entanto, é válida, mas para normas mais específicas, como para modalidades

especiais de cooperativas, o que não é o caso da maior parte das cooperativas, que eram regidas pela Lei nº 5.674/75.

Modificou-se também a necessidade de um capital social mínimo, ou seja, não se exige a entrada de quotas entre os sócios que vão iniciar a cooperativa. Eles podem entrar tão-somente com o seu trabalho, o que torna possível a formação de cooperativas entre pessoas de menor renda. Nesse sentido, importa ressaltar que não se admite o instituto da falência às cooperativas<sup>11</sup>. Mas, nesse caso, respondem ilimitadamente pelas dívidas contraídas em nome das cooperativas, ou seja, respondem com os seus bens pessoais no caso de dívidas contraídas pela sociedade. Outra opção possível é operar de forma semelhante a uma sociedade de quotas de responsabilidade limitada, em que se prevê no estatuto ou em assembléias o valor de quotas a serem cumpridas e se responde tão-somente até o limite das quotas. Entretanto, se não houver total integralização das quotas até o momento de execução dos bens, aqueles que não integralizaram suas quotas respondem com seus bens pessoais, da mesma forma que em uma sociedade de quotas de responsabilidade limitada.

Outra modificação importante é a vinculação dos votos aos indivíduos e não ao capital social que cada um detém, o que tem como objetivo promover um relacionamento mais igualitário entre sócios desiguais. A desigualdade interna é um dos fatores para a desagregação das cooperativas e desentendimento entre os cooperados.

## *2. Propostas para o setor cooperativista*

### *a) Cooperativismo de crédito*

As cooperativas de crédito têm-se apresentado como uma alternativa importante para possibilitar financiamentos de pequenas somas (microcrédito), bem como de chegar a cidades menores, as quais não interessam ao sistema bancário. Elas também

possibilitam a flexibilização dos critérios para a concessão de financiamentos, exigindo menos documentos e burocracia para autorizar o crédito. São atores importantes, porque são responsáveis por levar crédito a locais e a pessoas não interessantes aos bancos. Considerando que 40% dos municípios brasileiros não têm agências bancárias e 57% da população não utiliza o sistema bancário, pode-se perceber que alternativas desse gênero devem ser incentivadas para se chegar ao micro e pequeno empreendedor (BITTENCOURT, 2000, p. 195).

No tocante à constituição de cooperativas de crédito, o principal obstáculo se refere ao capital mínimo exigido. Até 1999, não se exigia um valor mínimo. No caso das cooperativas agrícolas do Sistema Cresol<sup>12</sup>, um exemplo bem sucedido de cooperativas, a média dos valores iniciais para a constituição de cooperativas era de R\$1.400,00. Com a adoção da Resolução nº 2.608 do Banco Central, de 29 de maio de 1999, o teto mínimo para a criação de cooperativas de crédito passou a ser de R\$ 50 mil. Portanto, se esse teto existisse há alguns anos, uma das principais redes de cooperativas de crédito existentes hoje não existiria. Logo, a redução do limite mínimo para a criação de cooperativas de crédito ou a criação de regras alternativas para fomento da atividade deve ser objeto de estudo.

Dois outros problemas relevantes devem também ser trabalhados. O primeiro se relaciona com a captação de recursos para possibilitar o crédito. Trata-se de um problema importante, porque as cooperativas de crédito não são autorizadas a receber depósitos remunerando os depositantes, mas tão-somente a realizar empréstimos com seus próprios recursos. A recepção de depósitos bancários é um direito privativo do sistema bancário e o Banco Central tem-se recusado a abrir para o setor cooperativista. Para resolver o problema, aprovou-se a liberação de recursos por meio das confederações de cooperativas,

que, elas sim, possuem bancos. Assim, a cooperativa se filia à Federação, que é filiada a uma Confederação, que tem um banco que aceita depósitos e, portanto, tem recursos para a realização do crédito. A vantagem dessa alternativa é a facilitação das auditorias pontuais, que estão relacionadas com grandes entidades cooperativas interligadas.

Uma alternativa mais direta seria possibilitar que as próprias cooperativas recebessem recursos dos cooperados, que pudessem fazer render juros a esse dinheiro e assim angariar fundos próprios para o crédito. Certamente, dessa forma, haveria juros menores para o consumidor final, maior flexibilidade do sistema.

Enfim, as cooperativas apenas podem realizar empréstimos aos cooperados. Isso limita por demais o potencial do sistema em realizar empréstimos. Deve-se pensar que existe uma importante capilaridade do sistema cooperativo, que poderia ser utilizado para ir aonde os bancos não conseguem chegar. Um grande problema do sistema de microcrédito no Brasil é justamente que existem recursos e eles não conseguem chegar ao consumidor de crédito, na ponta da linha. Possibilitar que as cooperativas beneficiassem também os não-cooperados, com a mesma estrutura existente hoje, aumentaria em muito o número de possíveis adquirentes.

#### *b) Cooperativas de saúde*

O maior plano de saúde, a UNIMED, é formado por pequenas cooperativas de diversos municípios. Outras instituições similares também são formadas pela associação de médicos ou dentistas, que concentram parte das suas atividades nas cooperativas médicas e outra parte atendendo em conjunto com convênios ou contratando direta e bilateralmente com particulares. Esse sistema tem sido fortemente limitado pela legislação antitruste.

A legislação antitruste tem como principal objetivo garantir a sadia concorrên-

cia entre os diversos atores que participam do mercado. As duas principais lógicas adotadas no Brasil são a de proteção da concorrência (e não do concorrente) e a da regra da razão, pela qual serão punidas somente as práticas que hajam efetivamente lesado a concorrência e/ou os consumidores. Combinando essas duas regras, chega-se à conclusão de que, em princípio, só serão punidas as práticas anticoncorrenciais praticadas por empresas com “posição dominante”, que, nos termos do parágrafo terceiro do art. 20 da Lei nº 8.884/94, “é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante”. O “mercado relevante”, recorde-se, é conceito econômico que busca englobar num mesmo mercado todos os produtos ou serviços que possam substituir com viabilidade econômica o produto ou serviço fornecido pela empresa acusada de uma prática anticoncorrencial.

Assim, a prática de adoção de uma tabela de preços sugeridos para a prestação de serviços gerará diferentes respostas dos órgãos de defesa da concorrência conforme a empresa acusada detenha posição dominante no mercado ou não. Tal situação gera grande insegurança entre as empresas, pois é difícil saber quando um agente econômico detém ou não “posição dominante no mercado”. Vide o caso da Unimed, cooperativa que oferece plano de saúde. Pela legislação brasileira de defesa de concorrência, não existe nenhuma exceção que isente microempresas ou cooperativas de punição no caso de práticas anticompetitivas.

No caso de planos de saúde, formado por pequenas cooperativas de saúde, que empregam milhares de empreendedores em todo país, percebemos sanções constantes do CADE, porque as mesmas são consideradas da mesma forma que grandes empresas. Mais especificamente, ressalte-se que o CADE já considerou a utilização de tabelas uniformes de sugestão de pre-

ços de consultas, muitas vezes indispensáveis ao tratamento por meio de cooperativas, prática anticompetitiva. Várias punições já foram aplicadas sobretudo a cooperativas locais da Unimed. Lembre-se que a Unimed é formada por pequenas cooperativas de diversos municípios. Outras instituições similares também são formadas pela associação de médicos ou dentistas, que concentram parte das suas atividades nas cooperativas médicas e outra parte atendendo em conjunto com convênios ou contratando direta e bilateralmente com particulares.

Pois bem, nas ocasiões em que cooperativas locais vinculadas à Unimed foram punidas, os órgãos brasileiros de defesa da concorrência tiveram de verificar se aquela cooperativa efetivamente impunha o uso da tabela aos médicos que a constituem e se ela possuía posição dominante no mercado relevante em questão. O importante é ressaltar que não existe na Lei nº 8.884/94 qualquer exceção específica para cooperativas ou para pequenas e médias empresas com o intuito de reduzir a insegurança jurídica na qual esses agentes econômicos se encontram quanto à aplicação de punições administrativas por infração à concorrência.

O cálculo da participação de uma empresa num mercado relevante não é tarefa trivial e, além disso, só é feito de maneira definitiva pelos órgãos de defesa da concorrência. Isso gera uma dificuldade de planejamento para aqueles agentes econômicos que não sabem até quando poderão, por exemplo, sugerir preços uniformes para, por exemplo, reduzir custos administrativos e de propaganda. Eles não saberão se o “mercado relevante” refere-se a toda uma região metropolitana (onde a empresa/cooperativa talvez não possua posição dominante) ou a um município (onde ela provavelmente terá 20% de participação). Enfim, ainda que em certos casos (como no de cartel) seja preciso realizar um controle estreito para garantir que a comunidade não se-

ria prejudicada por uma prática anticompetitiva, seria importante criar uma norma diferenciada especificamente para esse setor, ou ainda dispositivos legais mais apropriados poderiam ser acrescentados ao quadro normativo para beneficiar as cooperativas de profissionais liberais, informando claramente quais são as práticas que serão sempre proibidas e quais não serão. Apenas a título de exemplo, ressalte-se que na União Européia existe a figura da “isenção em bloco”, criada a partir da regulamentação da alínea 3 do artigo 5 do Tratado de Roma (atual artigo 81). Esse artigo dispõe que as punições previstas anteriormente (na alínea 1 daquele artigo) poderão não ser impostas:

“(…)A qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas; a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas; e a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou econômico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:

- a. Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
- b. Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”.

Pois bem, foi com base nesse artigo que a Comissão Européia criou uma “isenção em bloco” para contratos de franquia, que, apesar de terem algumas práticas de exclusividade de distribuição passíveis de gerar preocupações concorrenciais, não terão a legislação antitruste aplicada sobre si. Existem outras disposições nesse sentido sobre, por exemplo, revendas de automóveis. Da mesma forma, a Comissão Européia tem utilizado uma doutrina *de minimis* na escolha

de quais práticas anticompetitivas investigará (ou deixará para serem investigadas pelas autoridades nacionais de defesa da concorrência). Em resumo, por meio dessa doutrina, a União Européia deixa claro que não irá, conforme o mercado relevante, empenhar-se na punição de empresas que detenham 5% ou 10% de um mercado relevante. Também nos Estados Unidos, país com uma legislação antitruste já centenária, existem várias isenções antitruste para beneficiar pequenas empresas.

Obviamente existem limites pelos quais os setores acima apontados devem se pautar para receber o benefício da isenção. O importante, para os fins da presente proposta, é deixar claro que, na União Européia e nos Estados Unidos, a sociedade civil, por meio de seus legisladores, tomou uma importante decisão política: a de que pequenas empresas devem ser beneficiadas por não poderem ser comparadas às grandes empresas (que podem pagar caríssimos advogados especializados em defesa da concorrência); de que o funcionamento delas deve ser facilitado (até porque, como se sabe, as pequenas e médias empresas são as grandes responsáveis pela manutenção do nível de emprego). Em face de todas essas razões, e em prol do pleno emprego na sociedade, talvez seja o momento de o Brasil tomar essa mesma decisão política.

*c) Associação de empresas para garantir previdência privada*

O noticiário vem divulgando a grande mobilização nacional pela reforma do regime geral e do regime próprio de previdência social, a fim de propiciar aos indivíduos uma aposentadoria mais digna. A reforma motivada pela crise do sistema previdenciário irá modificar as regras para obtenção de benefícios. O tema é tratado pela Constituição Federal de 1988, art. 201 e 202, Lei Complementar nº 109, de maio de 2001, e por normas regulamentadoras. Atualmente, existem dois sistemas de previdência privada: a previdência aberta, ofe-

recida por instituições financeiras, como bancos e seguradoras, disponível para qualquer interessado, e a previdência fechada, oferecida por empresas, órgãos, instituições, associações a seus empregados, servidores ou associados, como por exemplo a Previ e a Petrus. A maior parte desses fundos fechados de previdência complementar existem desde os anos 70 e hoje são os maiores responsáveis pela formação da poupança interna brasileira.

Os empreendedores de micro e pequeno porte podem ser beneficiados mediante um tratamento jurídico mais favorável. Atualmente, não podem participar sozinhos dos sistemas de previdência complementar fechados e os sistemas de previdência privada abertos são em muitos casos por demais caros, em virtude dos valores cobrados pelas taxas de administração dos grandes bancos e seguradoras.

Uma alternativa vislumbrada na Lei Complementar nº 109/2001 seria a utilização, por parte de empresas de micro e pequeno porte, do instituto da instituição de planos, previsto no art. 31<sup>13</sup> da referida lei e na Resolução do Conselho de Gestão da Previdência Complementar – órgão normativo do sistema fechado de previdência complementar – nº 12 CGPC/MPAS<sup>14</sup>. No entanto, são também prejudicados porque não podem aportar recursos em benefícios aos seus funcionários, como os resultantes de negociações coletivas, como em acordos coletivos de trabalho, nos quais a classe patronal aumentaria os recursos contribuídos por seus trabalhadores, da mesma forma como fazem as empresas.

Uma saída viável seria a possibilidade de permitir que um grupo de microempresas se unissem e celebrassem convênio de adesão com um fundo de previdência privado, por intermédio de entidades de classe, sindicatos ou associações laborais. Tal alternativa tem sido reforçada após 2001, sobretudo com a discussão de uma possível reforma previdenciária. Tal opção viabilizaria ganhos importantes, com a econo-

mia das taxas de administração de bancos, havendo melhores possibilidades de constituírem um futuro mais tranqüilo a seus funcionários e possibilitando também a contribuição patronal. No entanto, tal opção ainda não é possível na legislação brasileira, pois a Resolução nº 12 CGPC/MPAS estabelece que o número mínimo de pessoas para constituírem um fundo é de pelo menos mil associados<sup>15</sup> – o que é muito elevado. Ainda que haja a união de diversas microempresas, em poucos casos se atingiria o mínimo legal. A melhor alternativa parece ser a redução do número mínimo de participantes dos fundos para 100 membros, o que viabilizaria iniciativas de sindicatos específicos, dentro de suas realidades. Em fevereiro de 2003, a comissão que analisa a reforma do sistema previdenciário acordou em abaixar esse número para 500 membros, o que ainda pode ser reduzido.

A mudança da legislação depende de negociação política no Poder Executivo, porque não precisa ser aprovada pelo Congresso Nacional. A matéria é atualmente de competência do Conselho de Gestão da Previdência Complementar, cuja Resolução nº 12 rege o tema. Importa ressaltar ainda que a antiga legislação permitia a constituição de entidades fechadas, com um número menor de membros<sup>16</sup>, o que foi elevado a partir desta resolução de 2002.

Além da possibilidade de associar-se com um menor número de membros, deve-se também possibilitar aos micro e pequenos empreendedores a contribuição aos planos de previdência privada de seus funcionários. Tal possibilidade abre um leque maior de opções quando das negociações coletivas de trabalho, sobretudo porque os benefícios concedidos para previdência privada podem ser abatidos no imposto de renda, até um determinado limite. No entanto, atualmente a mesma Resolução nº 12 proíbe que outras pessoas além dos beneficiados contribuam para o plano<sup>17</sup>.

#### *d) Incubadoras de cooperativas*

As incubadoras de cooperativas já existem no Brasil. Atualmente, elas representam um número pouco expressivo, a partir de iniciativas de universidades como a CO-PPE da Universidade Federal do Rio de Janeiro, de entidades religiosas como a *Cáritas*, da Igreja Católica, promovidas por Estados, como o Rio Grande do Sul.

No entanto, os números ainda são singelos. *Faltam zeros*. Desse modo, seria interessante aumentar os recursos e otimizar os programas ligados ao fomento das cooperativas tradicionais e às cooperativas de economia solidária<sup>18</sup>.

As entidades do sistema S em conjunto com outras entidades parceiras poderiam gerar um sistema semelhante, ajudando na educação eletrônica dos empreendedores e promovendo cursos para estímulo ao comércio eletrônico para vendas no Brasil e no exterior. Seria conveniente a utilização de um programa de computador que indicasse melhores alternativas de vendas e de exportação, calculasse tributos e ajudasse o microempreendedor a promover suas vendas. O trabalho associativo, incluindo diversos empreendedores, poderia contribuir para a redução de custos.

### *3. Associativismo solidário*

A diferenciação entre associativismo e cooperativismo é feita sobretudo pelos defensores da economia solidária. O associativismo é um conceito mais amplo, que envolve apenas pequenos produtores, não se admitindo nessa qualificação as cooperativas capitalistas de médias e grandes empresas. Também se considera a união de empreendedores com fins comuns, mas que não estão organizados sob a forma de uma cooperativa, ou porque não consideraram esta a melhor forma de se associarem, ou porque não tinham o número mínimo de vinte pessoas interessadas em se engajar numa pessoa jurídica, conforme previa a antiga norma em vigor.

Os princípios gerais seriam: posse coletiva dos meios de produção pelas pessoas que as utilizam para produzir; gestão democrática da empresa; repartição líquida entre os cooperadores por critérios aprovados após discussões entre todos; destinação do excedente anual por critérios acertados previamente entre os associados (SOUZA, 2000, p. 13).

A economia solidária foge às vezes também dos padrões gerais das cooperativas capitalistas, porque em muitos casos sua união consiste em uma luta contra o modelo liberal. Para tanto, raramente têm condições de iniciar suas atividades sem apoio de instituições públicas. No Brasil, a ajuda principal tem vindo de entidades de apoio, como sindicatos, entidades religiosas, organizações não-governamentais em muitos Estados.

Existem muitas formas de associações de economia solidária. As próprias empresas de participação podem ser consideradas como modelo, embora esse enquadramento possa ser discutido. De qualquer forma, encontramos modelos de incubadoras de associações de economia solidária que merecem ser estimuladas.

#### *a) Empresas de participação*

Uma outra forma de associativismo se faz por meio do incentivo à criação de empresas por associação, adquiridas por funcionários após um processo de falência. As empresas de participação podem ser criadas a partir de médias e grandes empresas, com a ajuda aos empregados, por meio de assistência jurídica, contábil, fiscal e principalmente de negociação para a aquisição e formatação de um modelo de gestão, controlado pelos próprios funcionários.

Ocorre que, na forma atual, a lei de falências não possibilita que os trabalhadores possam continuar produzindo, utilizando as estruturas e recursos da empresa por meio da constituição de cooperativas, até que se proceda à execução da massa falida.

Ou seja, o patrimônio da ex-empresa, via de regra, deteriora-se ou é deprecado.

ODA<sup>19</sup> relata que no ABC paulista há alguns casos em que os trabalhadores continuam produzindo, gerando atividades (trabalho) e renda (retiradas), além de contribuir para a recuperação do ciclo econômico local, regional etc. (tributos e impostos têm sido pagos, bem como outras atividades relativas à cadeia produtiva daquele produto/empresa).

Seria importante provocar uma alteração da lei de falências, advogando a possibilidade da ex-empresa servir à sua função social, concretizada em favor das cooperativas de funcionários que pretendam continuar tocando a atividade produtiva. Ao invés de a atividade ser desenvolvida pelo conselho de credores, como se prevê atualmente, a norma poderia prever a condução da gerência pelos funcionários, para uma maior homogeneidade de interesses, pensando em instrumentos para a proteção dos interesses dos credores.

A OCB e o Sebrae poderiam atuar mais nesse setor, a partir do trabalho conjunto com sindicatos industriais, para colaborar com apoio técnico e financeiro à formação e gestão da associação de empregados para evitar a perda do emprego e de unidades produtivas. Trata-se de promover o estímulo a novos empreendedores, com pouco ou nenhum capital, mas com experiência de atuação em uma empresa. Ainda que se trate da gestão de uma média empresa, o empreendimento merece a atenção dos órgãos públicos, pois, *grosso modo*, trata-se de uma forma de associativismo de microempreendedores, embora a forma jurídica seja diferente das cooperativas.

#### *b) Incubadoras de associações de economia solidária*

As incubadoras de cooperativas ou associações de economia solidária são diferentes porque se pretende formar uma associação, que nem sempre envolve a criação de uma cooperativa e em geral precisa

do aporte de recursos para iniciar as atividades. No Brasil, as universidades têm sido importantes atores para a consolidação dessas cooperativas, como a Universidade Federal do Rio de Janeiro, a Universidade de Brasília, a Universidade Federal de Viçosa, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a Universidade Federal de Santa Catarina, entre várias outras.

O objetivo é desenvolver formas associativas, que não consistem necessariamente nos tradicionais modelos societários cooperativistas. A própria criação de arranjos produtivos locais para empreendedores de menor renda é um exemplo a ser desenvolvido.

As instituições de fomento ao empreendedorismo já trabalham sobre o estímulo desse setor, mas uma abordagem mais pragmática, com vista no desenvolvimento local – entendido como expansão das liberdades individuais e coletivas –, deveria ser repensada. A criação de certificações de origem, selos de qualidade, com o intuito de reforçar os instrumentos de viabilização da economia solidária, é indispensável. Ressalta-se que a economia solidária encontra seus consumidores na divulgação dos selos que informam que o produto vem de uma comunidade tradicional, de uma região geográfica pobre, da não-utilização de crianças na fabricação, e por isso a certificação é importante.

Além do trabalho a ser realizado junto à organização e criação de instrumentos de comercialização e divulgação dos produtos da economia solidária, deve-se também estimular o acesso a mercados consumidores. Para tanto, a própria promoção da idéia do consumo de produtos oriundos da economia solidária frente à população é uma das primeiras iniciativas a serem adotadas. Outra iniciativa é procurar mercados já conscientes da importância dos produtos da economia solidária, no Brasil e no exterior, construindo pontes para a expansão das trocas regionais e internacionais.

#### 4. Conclusões

O desenvolvimento do associativismo é de extrema importância para o desenvolvimento de empreendedores com menos recursos. Constitui em muitos casos a única alternativa viável para o acesso à formalidade e ao desenvolvimento local. Traçamos acima algumas rápidas análises legislativas e de políticas públicas que podem ser adotadas para o desenvolvimento desse setor, principalmente no tocante às cooperativas de saúde, crédito, previdência privada, incubadoras de cooperativas, empresas de economia solidária e incubadoras de economia solidária. Algumas são passíveis de serem adotadas com menos esforços, outras exigem mais recursos.

De qualquer forma, consideramos que o setor merece estar entre as prioridades do desenvolvimento nacional, a partir do estímulo direcionado para a criação e fortalecimento de cooperativas de micro e pequenos empreendedores, principalmente do setor informal.

#### Notas

<sup>1</sup> Para aqueles que desejarem ir diretamente à discussão de temas, avançar para o ponto 1.2.

<sup>2</sup> Ver Decreto 22.239, de 19 de dezembro de 1932.

<sup>3</sup> No Nordeste, por exemplo, entre 1960 e 1980, reduziu-se de 144 mil para 6100 associados. *E hoje?* (PINHO, 1980, p. 31).

<sup>4</sup> Fonte: OCB. Estatísticas de dezembro de 2001.

<sup>5</sup> Fonte: OCB. Estatísticas de dezembro de 2001.

<sup>6</sup> Fonte: OCB. Banco de Dados de 1999.

<sup>7</sup> Recentemente, essas cooperativas têm visto seu papel deturpado e são utilizadas como formas de as empresas não pagarem os encargos sociais dos seus funcionários, o que constitui atividade ilegal. Esse ponto será desenvolvido na segunda parte deste estudo.

<sup>8</sup> Diva B. PINHO (1980, p. 13) relata: “Alguns exemplos tomados ao acaso servem para evidenciar a desigualdade de tratamento: para a concessão de empréstimo à cooperativa exige-se aval dos diretores, enquanto à empresa capitalista basta oferecer bens como garantia; incentivos concedidos à pesca, reflorestamento ou outras atividades agrícolas beneficiam as sociedades anônimas, mas não as cooperativas; qualquer sociedade capitalista pode funcionar

desde que devidamente registrada na Junta Comercial, ao passo que as cooperativas precisam enfrentar ainda toda a burocracia de outro registro no respectivo órgão normativo”.

<sup>9</sup> Índices superiores a 100% são possíveis quando vários cidadãos integram diferentes cooperativas.

<sup>10</sup> Art 4º da Lei nº 5.764/75.

<sup>11</sup> “Art. 1.094. São características da sociedade cooperativa:

I - variabilidade, ou dispensa do capital social; “

<sup>12</sup> Trata-se de uma cooperativa de crédito criada para atender produtores agrícolas das regiões Sul e Centro-Oeste. Atualmente o Sistema Cresol é composto por sessenta e nove cooperativas, numa área de abrangência geográfica de 192 municípios nos estados de Santa Catarina, Paraná e Rio Grande do Sul. Hoje, são mais de 25 mil e 700 associados (CRESOL, 2003).

<sup>13</sup> “Art. 31. As entidades fechadas são aquelas acessíveis, na forma regulamentada pelo órgão regulador e fiscalizador, exclusivamente:

I - aos empregados de uma empresa ou grupo de empresas e aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, entes denominados patrocinadores; e

II - aos associados ou membros de pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, denominadas instituidores.

§ 1º As entidades fechadas organizar-se-ão sob a forma de fundação ou sociedade civil, sem fins lucrativos.

§ 2º As entidades fechadas constituídas por instituidores referidos no inciso II do *caput* deste artigo deverão, cumulativamente:

I - terceirizar a gestão dos recursos garantidores das reservas técnicas e provisões mediante a contratação de instituição especializada autorizada a funcionar pelo Banco Central do Brasil ou outro órgão competente;

II - ofertar exclusivamente planos de benefícios na modalidade contribuição definida, na forma do parágrafo único do art. 7º desta Lei Complementar.

§ 3º Os responsáveis pela gestão dos recursos de que trata o inciso I do parágrafo anterior deverão manter segregados e totalmente isolados o seu patrimônio dos patrimônios do instituidor e da entidade fechada.

§ 4º Na regulamentação de que trata o *caput*, o órgão regulador e fiscalizador estabelecerá o tempo mínimo de existência do instituidor e o seu número mínimo de associados.

<sup>14</sup> Art. 2º Considera-se Instituidor a pessoa jurídica de caráter profissional, classista ou setorial, que oferecer plano de benefícios previdenciários aos seus associados.

Parágrafo único. Poderão ser Instituidores:

I - os conselhos profissionais e entidades de classe nos quais seja necessário o registro para o exercício da profissão;

II - os sindicatos, as centrais sindicais e as respectivas federações e confederações;

III - as cooperativas que congreguem membros de categorias ou classes de profissões regulamentadas;

IV - as associações profissionais, legalmente constituídas;

V - outras pessoas jurídicas de caráter profissional, classista ou setorial, não previstas nos incisos anteriores, desde que autorizadas pelo órgão fiscalizador. “(...)

<sup>15</sup> Resolução 12 CGPC/ MPAS: art. 4º “O Instituidor que requerer a constituição de EFPC deverá comprovar que:

I - congrega, no mínimo, mil associados ou membros de categoria ou classe profissional, em seu âmbito de atuação;”

<sup>16</sup> Ver Resolução nº 1 MPAS/CPC, de 9 de outubro de 1978, artigo 45, que vigorou até a revogação da Lei 6.435, com a Lei Complementar 109/2001.

<sup>17</sup> Resolução nº 12 CGPC/ MPAS: art. 10. “O plano de benefícios deverá ser estruturado na modalidade de contribuição definida e manterá esta característica durante a fase de percepção de renda.

§ 1º O plano de benefícios será custeado, exclusivamente, pelo participante.”

<sup>18</sup> Outra forma de incubação de empresas são as incubadoras virtuais, utilizadas na Espanha, a exemplo da Barcelona Activa, uma agência da prefeitura da cidade de Barcelona. A entidade tem uma incubadora física e uma virtual. A incubadora virtual consiste no provimento de cursos de informática para que os empreendedores possam utilizar os computadores em benefício de seus negócios, indo além do tradicional uso doméstico. Eles ensinam a um custo reduzido como fazer uma página eletrônica, receber e efetuar pedidos, gerenciar estoques por *internet*. Se houver maiores barreiras psicológicas para aprender a utilizar o computador, o sistema pode financiar a realização de *homepages* e auxílio ao comércio eletrônico em favor dos integrantes.

<sup>19</sup> Contatos por *internet* com Nilson Tadashi ODA, do DIEESE-ABC.

## Bibliografia

BITTENCOURT, G. A. Sistema Cresol de cooperativas de crédito rural: uma experiência de economia solidária entre os agricultores familiares. In: SINGER, P.; SOUZA, A. R. (Org.). *A economia solidária no Brasil: a autogestão como resposta ao desemprego*. São Paulo: Economia Contexto, 2000. 360 p.

CRESOL. Disponível em: <<http://www.cresol.com.br/pgflash.htm>>. Acesso em: 3 fev. 2003.

ODA, N. T. Sindicato e cooperativismo: os metalúrgicos do ABC e a Unisol Cooperativas. In: SINGER, P.; SOUZA, A. R. (Org.). *A economia solidária no Brasil: a autogestão como resposta ao desemprego*. São Paulo: Economia Contexto, 2000. 360 p.

PINHO, D. B. *Reavaliação do cooperativismo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: [s. n.], 1980.

SINGER, P. Políticas de apoio à economia solidária. *Revista Sebrae*, n. 7, p. 111, nov./dez. 2002.

SOUZA, A. R. Um instantâneo da economia solidária. In: SINGER, P.; SOUZA, A. R. (Org.). *A economia solidária no Brasil: a autogestão como resposta ao desemprego*. São Paulo: Economia Contexto, 2000. 360 p.

# Poder constitucional e tramitação de urgência

Um estudo da produção legislativa brasileira de 1988 a 1994

Marta Maria Assumpção Rodrigues

## Sumário

1. Introdução. 2. Tramitação de urgência em perspectiva comparada. 3. Notas finais.

### 1. Introdução

Com o objetivo de discutir como os presidentes implementam a agenda política do governo, este artigo busca lançar luz na problemática *poder constitucional e tramitação de urgência* (simples e urgentíssima) de uma perspectiva comparada. Pretende-se mostrar que a avaliação do impacto da prerrogativa de urgência (constitucional e regimental) na produção legal dos presidentes e congressistas brasileiros, no período de 1988-1994, depende da área política considerada.

### 2. Tramitação de urgência em perspectiva comparada

Na América do Sul, sete constituições garantem aos presidentes importantes ferramentas de *policy-making* que os permitem declarar um projeto de lei urgente: Chile, Colômbia, Equador, Paraguai, Uruguai, Peru e Brasil (MORGENSTERN, 1996). Entretanto, o Brasil é o único país da região no qual o executivo possui prerrogativa constitucional de requerer unilateralmente a *tramitação de urgência* para proposições legislativas que o presidente introduz, e o congresso, a prerrogativa regimental de solici-

Marta Maria Assumpção Rodrigues é Ph.D. em Ciência Política pela Universidade de Notre Dame, professora do Departamento de Ciência Política da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais (DCP/FAFICH/UFMG) e pesquisadora permanente do Núcleo de Estudos de Políticas Públicas da Universidade Estadual de Campinas (NEPP/UNICAMP).

tar *tramitação de urgência urgentíssima* para os projetos de autoria do executivo. O quadro 1 apresenta os dispositivos de urgência em cada caso.

QUADRO 1  
Dispositivos de urgência em sete países sul-americanos

País	Dispositivos de Urgência
Brasil	Se em 45 dias o legislativo não apreciar uma lei <i>urgente</i> , ela ganha precedência sobre todas as outras questões até que seja resolvida (art. 64, Constituição de 1988); a condição de <i>urgência urgentíssima</i> coloca o projeto de lei imediatamente no topo da agenda (art. 155, Regimento Interno da Câmara dos Deputados).
Chile	Se o presidente pede apreciação urgente, cada casa deve se manifestar dentro de 30 dias; caso não o façam, o projeto de lei se torna lei (art. 71 e 49, 5) <sup>1</sup> . Esse dispositivo também se aplica a reformas constitucionais (art. 116).
Colômbia	Se o presidente pede urgência na consideração de um projeto de lei, nenhum outro pode ser discutido até que se tome uma decisão sobre a questão. Nesse caso, não há período de espera (art. 163).
Equador	O Congresso tem 15 dias para “aprovar, reformar ou recusar” leis consideradas urgentes pelo presidente, ou o projeto é automaticamente aprovado. O congresso pode, no entanto, rejeitá-las sem sujeitar seu veredicto ao veto presidencial (art. 65).
Paraguai	Cada casa tem 30 dias para considerar um projeto de lei para o qual o presidente pede tramitação de urgência. Caso não o façam, o projeto de lei se transforma em lei, embora possa ser rejeitado por uma votação de 2/3. Ao presidente são permitidos somente três pedidos de urgência por sessão.
Peru	Os projetos de lei têm preferência no processo legislativo quando o presidente pede urgência (art. 105).
Uruguai	Cada casa deve chegar a uma decisão dentro de 45 dias, ou o projeto de lei é considerado aprovado (art. 168, 7)

Fontes: Georgetown Latin American Database; MORGENSTERN (1996, p. 114).

Como vemos no quadro acima, no Chile e no Uruguai, caso o congresso não se manifeste dentro de um período específico de tempo, o projeto torna-se lei. Isso vale também para o Equador, mas, diferentemente do Chile e do Uruguai (30 e 45 dias, respectivamente), o legislativo equatoriano pode aprovar um projeto de lei sem que essa aprovação se sujeite a veto presidencial que a revogue. No caso da Colômbia, o presidente tem a prerrogativa de solicitar uma espécie de *urgência urgentíssima*, já que todos os projetos de lei considerados urgentes têm precedência sobre as demais legislações.

No caso brasileiro, o artigo 64 da Constituição de 1988 (§ 1º e 2º) dá poder ao presidente para solicitar *urgência* na apreciação de projetos de lei que o executivo introduz e o artigo 155 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados (RICD) permite aos deputados requerer *urgência urgentíssima* para os projetos de autoria do executivo<sup>2</sup>. A urgência presidencial e a urgência decidida pelo poder legislativo (seja a simples, seja a *urgentíssima*) diferem tanto na forma de decisão quanto nos efeitos.

Com relação ao processo decisório, no caso de o presidente solicitar urgência (com base no art. 64 da Constituição de 1988), a prerrogativa constitucional do presidente é unilateral e (diferentemente da prerrogativa congressual, que implica a inclusão rápida da matéria na ordem do dia) implica o prazo de quarenta e cinco dias para deliberação<sup>3</sup>. Caso a câmara baixa ou o senado não se manifestem dentro desse período (45 dias), a proposição é diretamente incluída na ordem do dia (*i.e.*, na agenda legislativa) para votação. Quando isso ocorre, deliberações sobre outras matérias são suspensas. Acordos de lideranças parlamentares podem garantir que a votação seja simbólica<sup>4</sup>.

Sobre esse ponto, diversos autores têm enfatizado, também, que a combinação dos dispositivos de *urgência* e *urgência urgentíssima* (art. 64, Constituição de 1988; arts. 151, 157, 158, 204, RICD) com os acordos feitos entre o executivo e líderes parlamentares

aumentou, de maneira significativa, o poder do presidente para passar legislação (NOVAES, 1994; FIGUEIREDO; LIMONGI, 1995, 1999). De acordo com essa ótica, a tramitação de urgência parece ter facilitado enormemente uma situação em que o executivo tornou-se o ator principal e determinante na agenda diária do congresso e no andamento do fluxo legislativo. Contudo, uma análise refinada sobre a “força” do executivo no processo decisório no congresso e no *output* do sistema legislativo requer um exame detalhado sobre o trâmite de urgência da perspectiva congressual.

No caso específico da prerrogativa de urgência, com base no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, os parlamentares podem solicitar *urgência* ou *urgência urgentíssima* para uma proposta legislativa segundo sua natureza ou a uma solicitação. Quanto à natureza, uma ampla gama de propostas podem ser classificadas *urgentes* de acordo com o RICD; destaque, entre elas, a defesa das liberdades democráticas, segurança nacional, casos de calamidade pública (art. 153, I e II, RICD), guerra, intervenção federal, transferência temporária do governo federal e promulgação de tratados, acordos e convenções internacionais. Com relação à solicitação (art. 151), o presidente, o vice-presidente, dois terços dos membros da Mesa Diretora<sup>5</sup>, dois terços da comissão que tem a jurisdição sobre a matéria em questão, ou um terço dos membros da Câmara dos Deputados (ou seus líderes) podem considerar urgentes uma proposta específica e, por isso, requerer *urgência* ou *urgência urgentíssima* para sua apreciação (art. 154). Caso a solicitação seja aceita pela liderança (art. 157, RICD), a Mesa colocará a matéria *automaticamente* no topo da agenda para votação (art. 155, RICD)<sup>6</sup>. Com isso, os projetos de lei introduzidos pelos deputados são simplesmente postos de lado e o papel do executivo no processo decisório do congresso parece ser fortalecido.

Buscando avaliar como os parlamentares percebem o papel da Presidência da Re-

pública, da Mesa e de outros atores políticos no processo legislativo, enderecei a eles a seguinte questão<sup>7</sup>, a qual reproduzo em conjunto com as respostas que recebi:

Q: Em sua opinião, quais atores/fatores exercem maior poder (em termos de influência) no processo decisório do congresso brasileiro?

TABELA 1  
Percepção dos parlamentares sobre o processo decisório (% e N)

Presidente da República	40.0 (51)
Presidente da Mesa da sua casa	14.0 (18)
Mídia	12.0 (15)
Blocos políticos/regionais	10.0 (13)
Eleitorado	7.0 (9)
Colégio de Líderes	6.0 (8)
Presidente do Congresso	3.0 (4)
Partidos políticos	3.0 (4)
“Notáveis”	3.0 (4)
Lideranças das comissões	1.0 (1)
Plenário	1.0 (1)
Total	100.0 (128)

Como podemos ver na tabela acima, 40% dos respondentes afirmaram considerar a figura do *presidente* como o ator mais influente no modo como as decisões são tomadas no legislativo nacional, seguido pelo presidente da Mesa com 14%. Sobre o papel da Mesa como um facilitador crucial da tramitação de urgência da legislação introduzida pelo presidente, Nelson JOBIM fez uma colocação particularmente contundente.

“O poder da Mesa no processo decisório e de *policy-making* é enorme. O presidente da Mesa tem o poder de controlar a ordem do dia, que é a agen-

da da casa, e aqueles que têm o poder de formular a agenda têm o poder sobre a matéria a ser votada. Portanto, embora o presidente da Mesa não tenha controle sobre o voto dos parlamentares, ele tem o poder de controlar o momento em que o deputado pode (ou não) manifestar seu voto. Se ele não tem certeza de como os legisladores votarão naquele dia, ele simplesmente não inclui a questão na agenda.”

De tudo isso podemos inferir que as regras institucionais determinam, em alguma medida, *quem* estabelece a agenda do congresso e *quais questões* serão incluídas na ordem do dia. Quanto a *quem estabelece a agenda*, vimos que as regras constitucionais *plus* as regras estabelecidas pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados reforçam as ligações entre a Presidência da República e as lideranças parlamentares – o que facilita, por sua vez, o papel do executivo no estabelecimento da agenda.

Mas esse é apenas *um* dos fatores que determinam quem detém o poder no processo decisório e de *policy-making*.

Por ora deve estar claro que, mesmo que atendam pelo mesmo nome, a urgência presidencial e a urgência congressional (simples e urgentíssima) são decididas de forma totalmente diferente e, por isso, organizam diferentemente o processo decisório congressional. Resta verificar, agora, os efeitos da tramitação de urgência na produção legislativa do presidente e dos legisladores e seu impacto no *output* do sistema legislativo.

Sobre esse ponto, minha hipótese é que, se, por um lado, a prerrogativa presidencial de urgência é um dos fatores que fortalece os poderes pró-ativos da presidência e torna mais vigoroso o papel que o executivo ocupa no processo decisório do congresso no período pós-1988, pelo lado dos legisladores, a prerrogativa de urgência (simples e urgentíssima) agiliza de forma considerável o processo decisório da perspectiva congressional, *dependendo da área política considerada*.

Nesse sentido, tendo em vista as *questões* incluídas na agenda congressual e o modo como os dispositivos de urgência favorecem o *tempo* da apreciação dos projetos de lei introduzidos pelos presidentes e parlamentares, procedo à apresentação das tabelas que se seguem (2 e 3). A primeira delas, a tabela 2, mostra que o impacto da “tramitação de urgência” sobre o *output* do sistema político acaba por favorecer, com maior ênfase, a apreciação dos projetos de lei intro-

duzidos no congresso pelo executivo. A parte superior da tabela seguinte apresenta a tramitação da apreciação dos projetos de lei introduzidos somente na Câmara dos Deputados; a parte inferior é dedicada ao tempo gasto (em meses) para a apreciação dos projetos introduzidos no Congresso Nacional (Câmara e Senado). Os dados contidos nas tabelas 2 e 3<sup>8</sup> foram fornecidos pelo Prodasen e tabulados pelo Banco de Dados Legislativos do CEBRAP (1996).

TABELA 2  
Tempo médio de apreciação de matéria por origem,  
Câmara dos Deputados e Congresso Nacional,  
(1989-1994)  
(Nº DE MESES)

CÂMARA BAIXA				
Projetos introduzidos pelo nº de meses para apreciação	<u>Legislativo</u>		<u>Executivo</u>	
	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência
	13.0	28.1	4.1	15.7
CONGRESSO NACIONAL				
Projetos introduzidos pelo nº de meses para apreciação	<u>Legislativo</u>		<u>Executivo</u>	
	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência
	20.0	48.6	7.0	21.4

Fontes: Prodasen e CEBRAP (1996).

Como mostra a tabela acima, independentemente do pedido de urgência, a legislação introduzida pelo executivo é apreciada muito mais rapidamente que os projetos de lei oriundos do legislativo, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Congresso Nacional. O processo de apreciação de um projeto de lei introduzido pelo executivo na câmara baixa dura, em média, dezesseis meses (15.7 meses), enquanto um projeto introduzido pelos legisladores pode levar mais de dois anos e quatro meses (28.1 meses). No caso do Congresso Nacional, essa discrepância é ainda mais acentuada: enquanto um projeto de lei introduzido pelo executivo leva em média 21.4 meses para ser examinado, a apreciação de um projeto introduzido pelos congressistas pode durar, por sua vez, mais de quatro anos (48.6

meses). A partir desses dados, podemos inferir que o requerimento de urgência (presidencial e congressual) acentua a posição privilegiada que o executivo já ocuparia no processo decisório congressual, independentemente da existência dessa prerrogativa.

Uma explicação para essa discrepância pode ser que os presidentes introduzem um projeto de lei após terem discutido seu conteúdo com os líderes partidários e presidentes de comissão (FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999; CEBRAP, 1996), enquanto os projetos introduzidos pelos parlamentares devem passar por todo o processo legislativo – o que inclui a discussão desses projetos em plenário etc. Sobre esse ponto, NOVAES (1994, p. 139), por exemplo, sugeriu que quando uma proposta recebe tramitação de

urgência é porque foi alcançado algum tipo de acordo entre lideranças.

Nesse sentido, podemos inferir que, independentemente do *conteúdo* da questão em pauta, a prerrogativa de urgência presidencial parece não só aumentar a eficácia na apreciação dos projetos introduzidos pelos presidentes, como também o papel das lideranças parlamentares no processo decisório<sup>9</sup>.

De outro lado, considerando o tempo médio gasto para a apreciação dos projetos de lei de autoria do legislativo com tramitação de urgência, a tabela seguinte (4) mos-

tra que os projetos introduzidos pelos parlamentares na câmara baixa, em *questões administrativas*<sup>10</sup>, são considerados com maior rapidez que aqueles de autoria do presidente com tramitação de urgência. Essa é uma ressalva importante porque se, *no geral*, os projetos de lei introduzidos pelo executivo são aprovados em um menor período de tempo (tabela 2), os dados da tabela 3 mostram que o *conteúdo* desses projetos pode permitir-nos avaliar em quais questões a legislação introduzida pelo congresso pode ser apreciada mais rapidamente do que aquela introduzida pelo executivo.

TABELA 3  
Tempo médio de apreciação de matéria por origem e por área,  
Câmara dos Deputados e Congresso Nacional  
(1989-1994)  
(Nº DE MESES)

CÂMARA BAIXA				
	<u>Legislativo</u>		<u>Executivo</u>	
	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência
Questão administrativa	1.8	30.3	3.6	18.6
Questão sócio-econômica	15.5	27.8	4.6	13.2
CONGRESSO NACIONAL				
	<u>Legislativo</u>		<u>Executivo</u>	
	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência	Com urgência/Sem urgência
Questão administrativa	9.5	54.1	5.2	24.6
Questão sócio-econômica	23.3	47.2	8.7	18.4

Fontes: Prodasen e CEBRAP (1996).

Como vemos na tabela 3, embora o tempo médio de apreciação dos projetos de lei apresentados pelo executivo seja menor que o tempo médio dos projetos introduzidos pelo poder legislativo, desta vez, os efeitos da tramitação de urgência sobre a legislação relativa a questões administrativas introduzida pelos congressistas não são insignificantes: sem o pedido de urgência, um projeto introduzido pelo legislativo leva em média 54 meses para ser considerado pelo Congresso Nacional; enquanto, com a tramitação de urgência, o tempo médio de apre-

ciação desse projeto cai para 9.5 meses. Podemos observar essa mesma tendência na câmara baixa, onde, sem a tramitação de urgência, um projeto introduzido pelos parlamentares na área administrativa pode levar mais de 30 meses para ser considerado, enquanto com a tramitação de urgência bastam menos de dois meses.

Uma explicação sobre por que a autoridade de solicitar urgência do executivo é menos eficaz que a do congresso na área administrativa diz respeito à questão da abdicação. No lugar de introduzir legisla-

ção nessa área por meio de leis ordinárias, os presidentes do período de 1988-1998 preferiam fazê-lo por meio de MPs, uma vez que a Constituição não conferia ao executivo a autoridade de decreto administrativo.

Os dados apresentados nesta seção (para o período de 1989-1994) confirmam a hipótese de que a combinação entre regras institucionais (previstas na Constituição de 1988 e no Regimento Interno da Câmara) e acordos entre lideranças fortaleceu o papel do executivo no *output* legislativo do congresso, pelo simples fato de ter reforçado a posição privilegiada do executivo no estabelecimento da agenda (NOVAES, 1994).

Quanto ao *conteúdo dos projetos de lei* que passaram pelo congresso, os dados aqui apresentados mostram que a tramitação de urgência não favoreceu *apenas* a legislação introduzida pelo executivo. Nesse caso, as disposições de urgência surtiram também impacto significativo no processo de apreciação dos projetos de autoria dos parlamentares – ao menos na *área administrativa*. Em outras palavras, enquanto a autoridade de solicitar urgência parece ser condição *necessária* para aumentar a força do executivo no estabelecimento da agenda congressual, os dados apresentados aqui dão alguma sustentação à hipótese de que a tramitação de urgência não é condição *suficiente* para garantir um papel preponderante do executivo no *output* legislativo do congresso. Nesse sentido, fica claro que é a *combinação* das disposições de urgência presidencial com outras cláusulas constitucionais (como os poderes de decreto e de veto) que intensifica o poder dos presidentes brasileiros do período pós-1985 de influenciar o *output* do sistema legislativo.

### 3. Notas finais

Este artigo discutiu a força dos presidentes brasileiros em questões legislativas a partir de uma perspectiva histórica, para avaliar o impacto do poder de decreto dos presidentes sobre o *output* legislativo do

Congresso Nacional. Iniciei este artigo considerando os dispositivos de urgência aos acordos entre lideranças como os fatores que mais influenciam a preponderância dos presidentes brasileiros em questões legislativas (NOVAES, 1994; FIGUEIREDO; LIMONGI, 1995, 1999).

Utilizando esses enfoques, o argumento que desenvolvi neste artigo pretendeu demonstrar que é a *combinação* entre poderes constitucionais e outras regras institucionais (como a autoridade de solicitar urgência) que aumenta a capacidade do presidente de introduzir (e aprovar) legislação no congresso.

Com o propósito de testar a hipótese se as regras de urgência favorecem *apenas* o *tempo* da apreciação dos projetos de lei introduzidos pelo executivo ou se elas também exercem impacto sobre os projetos introduzidos pelo congresso, examinei algumas das disposições conferidas aos presidentes pela Constituição de 1988 e pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados, a partir de uma perspectiva empírica. Iniciei essa discussão enfatizando que, no Brasil, a relevância da autoridade de solicitar urgência refere-se ao fato de que ela permite ao poder que a possui ter seus projetos de lei incluídos *imediatamente* na agenda do congresso. Vimos que essa autoridade passa a constituir uma ferramenta legislativa crucial, especialmente em um contexto em que o processo de apreciação de uma proposição legislativa pode levar até 48 meses (tabela 3).

Nesse sentido, embora concorde que os poderes legislativos conferidos aos presidentes brasileiros pela Constituição de 1988 (SHUGART; CAREY, 1992, 1998) e pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados (1989) (SAMUELS, 1996; FIGUEIREDO; LIMONGI, 1999) sejam fatores importantes para a facilitação da posição proeminente do executivo em questões legislativas, discuti, neste artigo, outro elemento que não pode ser subestimado, qual seja, o de que a força pró-ativa do executivo não advém somente da autoridade constitucional ou estatutária dos presidentes; ela advém tam-

bém do *contexto* em que as regras são criadas e do *conteúdo* da questão em pauta.

### Notas

<sup>1</sup> MORGENSTERN (1996, p. 113) chama atenção para o fato de que a constituição chilena é um tanto vaga neste ponto. “Embora o art. 71 demande ação do congresso dentro de 30 dias, não há explicação sobre o que acontece caso o congresso não se manifeste. O art. 49 afirma que, se o presidente pede urgência no tratamento de uma questão, o senado deve se manifestar dentro de 30 dias ou presume-se sua aprovação. Uma vez que o art. 49 não discute a câmara baixa e o art. 71 não expressa um ponto de inversão, há algum espaço para discussão sobre o destino dos projetos de lei urgentes”.

<sup>2</sup> Note-se que matéria considerada de *urgência urgentíssima* pelo executivo toma forma de medida provisória.

<sup>3</sup> A apresentação do requerimento de urgência não depende de votação; a aprovação da matéria, sim.

<sup>4</sup> Um dos canais institucionais através dos quais estes acordos ocorriam, até 1995, era o Colégio de Líderes da Câmara dos Deputados. Criado em 1987 na Assembléia Nacional Constituinte (ANC) e institucionalizado pelo Regimento Interno da Câmara em 1989, o Colégio de Líderes foi abolido em 1995.

<sup>5</sup> O Presidente da Câmara dos Deputados preside a Mesa Diretora, que conta ainda com dois vice-presidentes e quatro secretários. Essas posições, mudadas a cada dois anos, controlam o acesso às diversas gratificações de gabinete, como o espaço residencial dos deputados em Brasília (DF), o espaço do gabinete, etc. Negociações intra e interpartidárias determinam quem assume os lugares na Mesa (NOVAES, 1994, p. 136-132).

<sup>6</sup> Sobre os acordos entre lideranças para passar legislações por meio da tramitação de urgência urgentíssima, ver NOVAES (1994) e SAMUELS (1996).

<sup>7</sup> *Survey* realizada junto a 128 parlamentares em Brasília entre janeiro e maio de 1996.

<sup>8</sup> A tabela 2 e a seguinte quantificam o *tempo médio* de tramitação de matérias na câmara baixa e no Congresso Nacional, entre 1989-1994. As tabelas não apresentam tempo médio gasto pelo Senado Federal para apreciação. Considera-se Congresso Nacional, nesta e na próxima tabela, a sessão conjunta das duas casas (câmara e senado), que aprecia MPs e leis orçamentárias.

<sup>9</sup> Porque a liderança decide sobre o pedido de urgência para uma matéria específica.

<sup>10</sup> As questões administrativas referem-se à regulamentação, criação e extinção de cargos em

empresas estatais, bem como de agências governamentais.

### Bibliografia

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regimento interno da Câmara dos Deputados*: aprovado pela Resolução n. 17, de 1989, e Alterado pelas Resoluções n. 1, 3 e 10, de 1991, 22 e 24, de 1992; 25, 37 e 38, de 1993; e 57 e 58, de 1994. 3. ed. Brasília: Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1994.

CEBRAP. Congresso Nacional: organização, processo legislativo e produção legal. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, n. 5 out. de 1996.

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na Nova ordem constitucional de 1998*. São Paulo: FGV, 1999.

\_\_\_\_\_. Poderes legislativos e o poder do congresso. *Monitor Público*, ano 2, n. 5, mar./abr./maio 1995.

MORGENSTERN, Scott. *The electoral connection and the legislative process in Latin America: parties, factions, and alliances in theory and practice*. 1996. Dissertation (Ph.D.) – University of California, San Diego. 1996.

NOVAES, Carlos Alberto Marques. Dinâmica institucional da representação: individualismo e partidos na Câmara dos Deputados. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 38, mar. 1994.

RODRIGUES, Marta M. Assumpção. *‘Strong’ presidencies, ‘weak’ congresses?: legislative-executive relations in Brazil, 1985-1996*. 1999. Dissertation (Ph.D.) University of Notre Dame, Notre Dame, 1999.

SAMUELS, David J. *Legislative lilliputians?: towards a theory of party cohesion in the Brazilian chamber of deputies*. In: MEETING OF AMERICAN POLITICAL SCIENCE ASSOCIATION, San Francisco, 1996.

SENADO FEDERAL. *Constituições do Brasil (de 1824, 1891, 1891, 1934, 1937, 1946, e 1967 e suas alterações)*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1986. 2 v.

SHUGART, Matthew S.; John M. Carey. Calling out the tanks or filling out the Forms?: institutional design and executive decree. In: \_\_\_\_\_. (orgs.). *Executive Decree Power*. Cambridge: Cambridge University, 1998.

\_\_\_\_\_. *Presidents and assemblies: constitutional design and electoral dynamics*. New York: Cambridge University, 1992.

**Seção Resenha Legislativa da  
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

# Distribuição de renda e crescimento econômico: uma análise do caso brasileiro

André Eduardo da Silva Fernandes

## Sumário

1. Apresentação do tema. 2. A inflação e o processo de desenvolvimento da economia nacional. 3. Experiências de controle de inflação sem mudar o modelo de crescimento econômico. 4. Plano Real – experiência de controle da inflação mudando o modelo de crescimento econômico. 5. Principais conclusões.

### *1. Apresentação do tema*

A questão sobre a distribuição de renda constitui-se em um dos temas mais controversos tanto do ponto de vista da teoria econômica, quanto do ponto de vista das ações práticas do governo.

Não poderia ser de outra maneira, pois, por trás do perfil da distribuição de renda, encontram-se questões relevantes sobre a estrutura de poder de uma sociedade e a forma como ocorre a dinamização econômica.

A importância crescente do tema, por sua vez, depara-se com a diversidade metodológica para apurar as formas de expressão da renda e de sua concentração, assim como a própria definição do que seja efetivamente “renda”, em uma sociedade capitalista contemporânea, e de como ela se inter-relaciona com a qualidade de vida de uma comunidade.

O perfil de distribuição de renda da sociedade brasileira sempre foi, historicamente, concentrador. Desde os primórdios da colonização, a produção na forma de *plantation* (mão-de-obra escrava, latifúndios,

André Eduardo da Silva Fernandes é Consultor-Geral Adjunto do Senado Federal e Mestre em Economia pela UnB. Agradeço as críticas e contribuições da Gestora Governamental Leila Ollaik, sendo de minha inteira responsabilidade os possíveis equívocos.

produtos voltados para a exportação) caracterizou a construção da exclusão social. Tal perfil está diretamente relacionado com as estratégias de desenvolvimento adotadas nos diversos momentos de nossa história, inclusive na aceleração da industrialização, a partir da década de 30.

## 2. A inflação e o processo de desenvolvimento da economia nacional

Antes de se iniciar a análise do atual padrão de distribuição de renda no Brasil, é importante compreender o papel que a nossa estratégia de desenvolvimento a partir da industrialização determinou nesse processo. De fato, a concentração de renda no Brasil não é derivada de um governo em particular, *mas resulta da forma como se consolidou a industrialização no Brasil, redundando na crise da década de 80.*

O processo de consolidação da industrialização e do crescimento da economia brasileira contou com um instrumento poderosíssimo: a inflação. Na maioria das vezes, a inflação é caracterizada como um efeito externo ao processo social e com conseqüências exclusivamente negativas para a sociedade.

Entretanto, como nos ensinam a história e a teoria econômica, o mecanismo inflacionário não é neutro, sendo simultaneamente gerador de poupanças privadas e concentrador de rendas (impedindo a sua redistribuição). A industrialização brasileira apoiou-se nesse instrumento para garantir o desenvolvimento nacional, sem alterar a estrutura histórica de distribuição de renda.

Nos processos de industrialização das economias periféricas do sistema capitalista (como o Brasil), a utilização da inflação como instrumento capaz de permitir a alavancagem das economias foi essencial. Essas economias não possuíam mecanismos desenvolvidos de captação de recursos privados para investimentos, nem mesmo poupança suficiente para alavancar o crescimento econômico. Assim, restava a seus

governos a utilização do mecanismo de moeda fiduciária como financiador da transição de uma economia rural para uma economia semi-industrializada.

Os processos inflacionários agudos se caracterizam por reforçar os instrumentos concentradores de renda, pois a inflação, ao reduzir a renda real a partir da elevação dos preços, funciona como uma espécie de tributo regressivo, transferindo renda dos trabalhadores para os rentistas, dos setores concorrenciais para os setores monopolistas e dos indivíduos para o Estado.

A partir da emissão de moeda para financiar o déficit público, o Estado podia influenciar na alocação dos recursos dentro do sistema econômico, alavancando o surgimento de setores considerados essenciais. Além do mais, dessa forma, agia diretamente sobre o sistema de alocação dos recursos na medida em que orientava a demanda para determinados bens e serviços.

O processo inflacionário que decorria da utilização desses instrumentos era visto como conseqüência natural do desenvolvimento econômico em uma sociedade que não dispunha de instrumentos de captação de poupança voluntária. A inflação era uma espécie de “poupança forçada” que o Estado retirava da sociedade, continuando com a emissão de moeda para cobrir o déficit público. Obviamente, tal situação não levava em consideração a possibilidade de se criar uma nova estrutura distributiva da economia.

Sintetizando, para se desenvolver o país, que não dispunha de instrumentos internos de alavancagem, contava-se com a intervenção estatal. O Estado, por sua vez, como não dispunha de mecanismos de financiamento, utilizava-se de emissão de moeda para financiar o seu déficit e o processo de desenvolvimento. Esse déficit financiado por emissão de moeda redundava, por sua vez, em pressão sobre o nível de preços (já que implicava uma demanda maior que a oferta de bens e serviços). Essa inflação, portanto, constituía-se no “preço” que o Estado

cobrava para manter o desenvolvimento (o chamado “imposto inflacionário”).

De uma forma mais objetiva, quando as pessoas aceitavam transacionar com uma moeda que perdia poder de compra real era como se aceitassem uma espécie de tributo. O que é o tributo senão uma parcela de poder de compra real que uma determinada pessoa transfere para o Estado? Destarte, o aumento de preços, e a conseqüente perda de renda do portador de moeda emitida pelo governo, é uma transferência de renda dos indivíduos para o próprio governo (agente emissor da moeda).

Tendo em vista que economias de industrialização retardatária não possuíam alternativas capazes de se contraporem a essa dinâmica, todo esse processo era visto como “benigno” e como uma etapa necessária para o desenvolvimento econômico e social. As questões redistributivas passavam ao largo do debate e da implantação das políticas econômicas.

A difusão dos preceitos da economia keynesiana a partir, principalmente, do fim da segunda guerra mundial serviu para legitimar teoricamente essa visão. Na verdade, aqui cabe um esclarecimento, pois o que Keynes havia proposto era uma forma de impedir crises de insuficiência de demanda em sociedades com alta propensão a poupar e, portanto, desenvolvidas. Contudo a teoria keynesiana, com forte ênfase na demanda e no processo de crescimento econômico, acabou encaixando-se como um paradigma adequado a todos aqueles que queriam apressar o processo de crescimento de suas sociedades, em que a propensão a poupar era baixa. A expressão mais forte deste pensamento na América Latina é a CEPAL (Comissão de Estudos Econômicos para a América Latina). Esse foi o contexto em que a inflação se inseriu na história econômica do Brasil como dínamo para o processo de crescimento.

A industrialização a partir da década de 30 contou com essa lógica para assentar suas bases. Ou seja, desenvolver-se a partir

da intervenção estatal e usando um mecanismo intrinsecamente concentrador de renda (a inflação) como instrumento básico. *A opção pela industrialização dessa maneira era uma opção para impedir a redistribuição da renda.*

A fim de minorar os efeitos que a inflação causava sobre a vida das classes médias urbanas, os governos apelavam para todo tipo de controle possível (de preços, de câmbio, etc.). Essa era uma atitude que derivava da necessidade política de que o governo justificasse perante a sociedade a sua preocupação com a inflação, embora fosse fomentador e beneficiário dessa mesma inflação.

Todo o processo de crescimento do período de Juscelino Kubitschek (1956-1961) foi derivado da utilização até a exaustão do mecanismo de emissão de moeda como elemento financiador do déficit público.

Foi exatamente na época de Juscelino que esse mecanismo, utilizado sozinho, e até o seu limite, começou a mostrar as suas restrições internas. O processo inflacionário, de propiciador de “poupança forçada” e dinamizador do crescimento econômico, mostrou, a partir de seu recrudescimento, que de elemento positivo pode *tornar-se potencialmente explosivo do ponto de vista social (por acirrar o conflito distributivo) e ineficiente do ponto de vista econômico (por não permitir um cenário estável propício ao investimento privado).*

O amadurecimento da economia brasileira demonstrou ser necessária outra forma de financiamento do crescimento, já que o modelo inaugurado na década de 30 havia-se esgotado. Foi no final da década de 60 que essa nova forma surgiu quando da reformulação do sistema financeiro nacional e do surgimento do mecanismo de endividamento público (possível graças à indexação). Surgia assim uma nova forma de se gerir o mecanismo inflacionário e a acumulação do capital.

Assim, seguindo os passos da teoria keynesiana, o crescimento não se concentraria

mais na pura e simples emissão inflacionária de moeda, mas teria como elemento regulador a colocação de títulos públicos. Esse novo período de crescimento foi reforçado pela expansão da dívida externa.

Durante a década de 70, esse modelo, ainda estatizante e autárquico, foi intensificado e garantiu uma sobrevida ao crescimento da economia nacional, em um momento em que a economia internacional se retraía. E afastou novamente do debate a questão redistributiva.

Na década de 80, não se construiu com solidez nenhum modelo de crescimento, nem mesmo formas de financiamento para a dinamização do sistema econômico. Por sua vez, o modelo de crescimento anterior exauriu-se na crise da dívida externa.

O que podemos observar, então, é que, até a década de 80, todo o nosso processo de industrialização e crescimento assentou-se sobre a estratégia de crescimento fomentado a partir da intervenção estatal, utilizando-se dos instrumentos econômicos disponíveis para dinamizar a demanda. Ao mesmo tempo, tal estratégia assentou-se sobre o protecionismo da produção nacional.

Portanto, podemos registrar que *a sociedade brasileira adotou uma estratégia de crescimento industrial autárquico e vinculado à ação estatal desde sua gênese (mantendo a tradição histórica da sociedade brasileira), redundando no perfil de concentração de renda inerente a esse modelo.*

### *3. Experiências de controle de inflação sem mudar o modelo de crescimento econômico*

Dentro desse contexto, devemos compreender que o processo de concentração de renda no Brasil *deve ser investigado a partir da delimitação da estratégia de desenvolvimento adotada.*

A dominância persistente da inflação, mas acima de tudo o seu agravamento a partir da década de 70 (na realidade econômica do Brasil), está associada ao fato de

que não se havia alterado o modelo de desenvolvimento desde o início da industrialização acelerada, a partir da década de 30.

É importante compreender que a aceleração explosiva da inflação é um processo eminentemente social que indica a inexistência de instrumentos capazes de viabilizar o crescimento da economia de forma sustentada. Combater a inflação é essencialmente adotar estratégias de reformulação de modelo de crescimento.

Com o esgotamento da funcionalidade da utilização dos instrumentos inflacionistas (acirramento do conflito social e criação de um ambiente econômico desestimulador do investimento) durante a década de 80, registramos no Brasil uma série de tentativas de combate à inflação sem que se buscasse alterar fundamentalmente a estratégia de desenvolvimento. A inflação, de aliada do modelo de crescimento concentrador de renda, agora passou a impedir a continuidade do próprio crescimento.

A primeira tentativa de ataque frontal à inflação foi o chamado “Plano Cruzado”. Obviamente, um plano econômico não pode ser neutro quanto à distribuição da renda nacional. O Plano Cruzado tinha como premissa básica a idéia de que a inflação brasileira era essencialmente inercial. Dessa maneira, uma troca da unidade monetária, associada a um congelamento de preços, teria como resultado apagar a memória inflacionária dos agentes econômicos. O objetivo era quebrar a expectativa das pessoas de que os preços teriam que subir porque subiam no passado. O “Plano Cruzado” buscava também simultaneamente reverter o processo inflacionário e redistribuir a renda.

O “Plano Cruzado” serviu como modelo dos planos posteriores, constituindo-se em base para a superação das limitações do controle da inflação. Após o “Plano Cruzado”, o que observamos ainda durante os anos da década de 80 foram tentativas de controlar administrativamente os preços, sem grandes efeitos sobre a estrutura econômica e social do país.

No ano de 1990, o governo Collor assumiu com a pretensão de controlar rapidamente o processo inflacionário. Mas a sua primeira equipe econômica apresentava-se extremamente convencida de que o combate à inflação seria eficaz a partir do controle da liquidez. Assim, o confisco de ativos financeiros foi o instrumento utilizado, mas os efeitos foram uma forte recessão econômica sem que se criassem novos instrumentos de incentivo ao crescimento e à distribuição de renda.

Somente a partir do momento em que Marcílio Marques Moreira assumiu o Ministério da Fazenda é que o combate à inflação passou a ser associado à *construção de um novo paradigma de crescimento*. Cada vez mais, este consenso fazia parte da concepção dos diferentes economistas brasileiros de como se deveria dar o controle da inflação no Brasil.

#### 4. Plano Real – experiência de controle de inflação mudando o modelo de crescimento econômico

Desde o fracasso do “Plano Cruzado” (a partir de novembro de 1986), os economistas tomaram consciência de que o controle do processo inflacionário, bem como a consequente construção de um novo perfil distributivo, derivaria da definição mais ampla de uma estratégia de desenvolvimento, associada à compreensão de que existem alguns princípios básicos universais a serem observados na coordenação de uma economia.

A influência cepalina sobre grande número de economistas e políticos brasileiros havia obscurecido os efeitos de longo prazo sobre o crescimento econômico de uma estratégia calcada no intervencionismo estatal, protecionismo externo e autarquização da economia. Era necessário buscar, sob a luz da experiência da década de 80, alternativas em que o combate da inflação viesse associado à definição de estratégia de crescimento. Essa era a visão filosófica do “Plano Real”.

Dos planos econômicos da década de 80, podemos retirar algumas constatações que serviram de marco inicial para a implementação do “Plano Real”:

a) combater a inflação significa alterar a estratégia de crescimento econômico autárquica e protecionista que estava exaurida em seus instrumentos e formas de financiamento;

b) a economia, submetida a décadas de inflação, estava incapaz de perceber o efeito nefasto do déficit público sobre o crescimento econômico;

c) a passagem para uma economia sem inflação deveria ser precedida de um período em que os preços pudessem flutuar relativamente, a fim de recuperar a capacidade de expressar a realidade da relação de troca;

d) dentro dessa visão, qualquer congelamento de preços deveria ser evitado;

e) a manutenção da economia fechada e sujeita a protecionismo preserva o poder de mercado dos monopólios e impede o desenvolvimento tecnológico.

Era, portanto, necessário redefinir o modelo de desenvolvimento nacional para que se conseguisse obter simultaneamente o controle da inflação e a retomada de um novo ciclo de crescimento econômico (ou seja, abandonar a inflação como instrumento de geração de “poupanças”, abandonar a economia fechada e autárquica). Somente assim poder-se-ia estabelecer o caminho para um novo perfil distributivo da renda nacional.

Desde o início do “Plano Real”, esse fato tornou-se ainda mais relevante para se compreender as modificações no funcionamento da economia e da sociedade brasileiras. É inegável que um resíduo inflacionário perdurou nos primeiros meses do “Plano Real”, entretanto, se nós analisarmos os indicadores diretamente relacionados aos extratos mais pobres da sociedade, os resultados da redistribuição de renda tornam-se evidentes (ver PESQUISA NACIONAL DE AMOSTRAS DOMICILIARES: PNDA, 1995-2000).

Os principais fatores que estiveram relacionados com o resíduo inflacionário estão, na maioria dos casos, relacionados com bens não-transacionáveis com o exterior (serviços, imóveis, etc.).

Desde o “Plano Real”, em julho de 1994, a questão relacionada a seus efeitos sobre a distribuição de renda e a sua perenidade tem dominado o debate econômico e político nacional.

Uma característica diferenciadora do “Plano Real”, em relação aos efeitos redistributivos do Plano Cruzado, foi que, no Real, houve uma redistribuição efetiva da renda dos estratos superiores (1% mais ricos e 5% mais ricos) para os estratos inferiores (10% mais pobres).

Como foi apresentado na primeira parte deste trabalho, o processo de concentração de renda deriva da própria estratégia de desenvolvimento adotada a partir da década de 30, com o intervencionismo crescente e a consolidação de uma economia autárquica. Assim, o que observamos a partir do Plano Real é a tentativa de se delimitar uma nova estratégia de desenvolvimento, visando a produzir dinâmica suficiente na economia nacional para retomar o crescimento.

Obviamente romper com a estratégia anterior significava romper com a perspectiva do inflacionismo.

Mais do que um simples tributo, de fato, a inflação é o mais injusto deles, pois tem caráter essencialmente regressivo, prejudicando aqueles que possuem ou menor renda ou menor poder de mercado. Destarte, evidencia-se o caráter concentrador da renda. Não foi por coincidência que, entre 1987 e 1989, a concentração de renda no Brasil se acentuou, já que esse período foi caracterizado pelo descontrole inflacionário.

Com o “Plano Real” e sua reforma monetária, houve uma ruptura com o histórico inflacionário. A redução brusca do “imposto inflacionário” retirou da economia o véu inflacionista que impedia a construção efetiva de referências de troca na economia brasileira.

Nesse momento, todos aqueles que dispunham de poucos instrumentos para indexar as suas rendas e se proteger da inflação passaram a ter um ganho real de renda. A redução brusca da taxa de variação dos níveis de preço redefiniu os preços relativos da economia e o poder de compra de cada um dos agentes econômicos.

Esses elementos foram reforçados na medida em que a condução da política macroeconômica possibilitou uma valorização da moeda e a entrada de capitais externos. Com isso, pôde-se reduzir o poder de mercado dos monopólios e oligopólios internos, viabilizando ainda mais a desconcentração de renda.

Entretanto, a redução da inflação também externalizou, de maneira dramática, a ficção que eram os orçamentos públicos, trazendo à tona o déficit, antes mascarado pela receita derivada da “ciranda financeira”.

Se, por um lado, criavam-se as condições para a retomada do crescimento e a busca de uma maior justiça social (já que havia a entrada de recursos externos, a concorrência se acirrava, milhares de pessoas eram inseridas no mercado consumidor), por outro lado, ficava cada vez mais clara a restrição fiscal do governo como limitadora de um novo ciclo expansionista.

A redução da inflação afeta apenas uma vez a redistribuição da renda. Tem um efeito do tipo “once for all”. Ou seja, a queda brusca do aumento dos preços redistribui a renda a favor daqueles que antes não conseguiam se proteger na “ciranda financeira”. Entretanto, esse efeito acontece de uma única vez, enquanto para haver redistribuição de renda no longo prazo significa criar condições endógenas de crescimento autossustentado.

*Ora, nesse momento torna-se claro que redistribuição de renda é diretamente relacionada com a política econômica de longo prazo. O controle efetivo da inflação é a premissa (condição necessária, mas não suficiente) a partir da qual se podem estabelecer os mecanismos para a alteração do perfil distributivo da sociedade brasileira.*

O que observamos desde o início da década de 90 é uma tentativa de romper com o modelo de crescimento vigente desde a década de 30, o qual se mostrou esgotado tanto do ponto de vista de estratégia política, como de formas de financiamento econômico (conforme apresentado anteriormente).

Exatamente no momento atual encontra-se a encruzilhada do processo de redistribuição de renda e definição do novo modelo de crescimento da economia brasileira. *Só se pode falar na continuação estrutural do processo de redistribuição de renda, resolvendo-se o desequilíbrio fiscal externalizado pelo fim do imposto inflacionário.*

Os benefícios derivados do fim da inflação como mecanismo redistribuidor esgotaram-se. O desequilíbrio fiscal e sua contrapartida, que é a pressão sobre as contas externas, impedem a continuidade, assentada em bases estruturais, da redistribuição da renda no Brasil.

Considerando que o desequilíbrio fiscal significa que o Estado está gastando mais do que arrecada, ocorre uma pressão tanto sobre a demanda de bens (derivada da renda que o Estado gera), como uma pressão sobre o mercado financeiro (derivada da taxa de juros mais alta necessária para manter o equilíbrio macroeconômico).

O desequilíbrio fiscal redundava em pressão sobre a balança comercial, ao mesmo tempo que gera a atração de capitais especulativos (devido ao diferencial dos juros). Assim, romper esse círculo vicioso só será possível a partir da recuperação do equilíbrio fiscal do Estado.

Enquanto for necessária uma política monetária extremamente austera, mantém-se em suspenso qualquer programa redistributivo de renda. Redistribuir renda implica políticas ativas que rompam com a neutralidade do sistema econômico. E isso só é possível com a recuperação da capacidade de poupança pública. Tal poupança possibilitará investimento em educação e condições mínimas de vida, que viabilizarão a retomada do crescimento, com uma

nova estratégia, e a continuidade do processo redistributivo.

Passado o efeito inicial do fim do “imposto inflacionário”, a concorrência entre os fatores de produção torna-se essencial para a definição da partição da renda. Ou seja, sem o “véu inflacionista” é que a qualificação tanto do trabalho como do capital torna-se estratégica.

Assim, podemos constatar que o efeito inicial da redução da inflação sobre o perfil distributivo da economia brasileira foi efetivo e caracterizou-se por permitir a distribuição de renda dos estratos superiores da pirâmide social, para os estratos inferiores. Contudo, redistribuição de renda estrutural, a fim de alterar a perversa e centenária concentração de renda brasileira, depende da consolidação da mudança do modelo de desenvolvimento.

Para que possa ocorrer tal mudança juntamente com as condições para a redistribuição da renda, faz-se necessária a obtenção do equilíbrio fiscal, com a recomposição da poupança pública. *Nesse contexto, inserem-se as reformas constitucionais.*

De fato, a recuperação da poupança governamental é premissa para a continuidade do processo de redistribuição da renda nacional iniciado com o Plano Real. Essa recuperação da capacidade fiscal do Estado será básica para desenvolver a produtividade dos diversos fatores de produção. Por um lado, a qualificação e treinamento da mão-de-obra permitirá o crescimento do fator trabalho na renda nacional e, por outro lado, o investimento em tecnologia permitirá a modernização do parque industrial nacional.

Romper com o padrão distributivo nacional, que tem suas bases primordiais na colônia e suas bases mais recentes no modelo de industrialização adotado a partir da década de 30, significa romper com a estratégia de desenvolvimento adotada até o momento.

Nesse contexto, o fim da inflação constituiu-se em condição necessária, mas não

suficiente, para se alterar o perverso padrão de distribuição da renda nacional. Enquanto não recuperarmos a capacidade fiscal do Estado e tivermos que manter uma política monetária austera para financiar os desequilíbrios públicos, não conseguiremos retomar um novo padrão de desenvolvimento e, conseqüentemente, um novo padrão distributivo.

### 5. Principais conclusões

A partir da análise do perfil de distribuição de renda no Brasil, bem como do processo pelo qual esse perfil se consolidou, podemos inferir algumas considerações:

1) o perfil da distribuição de renda no Brasil é extremamente concentrador, mas não deriva de um governo específico, tendo suas origens primordiais na colonização e sua consolidação a partir da década de 30;

2) a estratégia de desenvolvimento escolhida pelas forças políticas de um país acaba determinando o perfil de distribuição deste;

3) o Brasil adotou como estratégia de desenvolvimento, dadas as restrições históricas da época, consolidar uma economia fechada para o exterior e teve como dínamo a ação estatal, fundamentalmente a partir do uso dos gastos públicos;

4) essa estratégia tinha como um de seus corolários básicos a inflação, a qual viabilizava a geração de poupança necessária à acumulação do capital;

5) esse modelo acabou sobredeterminando toda a estrutura e a lógica de formação econômica no Brasil, consolidando a característica concentradora da renda nacional;

6) a crise a partir da década de 80 e a externalização crescente das mazelas derivadas do processo concentrador de renda nacional esgotaram as tentativas de ajuste dentro do modelo autárquico-estatizante;

7) o Plano Real representou uma tentativa de redefinir a estratégia de desenvolvi-

mento nacional, a fim de viabilizar o processo de redistribuição de renda;

8) o Plano Real representou forte redistribuição de renda dos estratos superiores de renda (os 5% mais ricos) para os estratos inferiores de renda (os 10% mais pobres);

9) o fim da inflação tem um efeito do tipo “once for all” no processo de redistribuição da renda;

10) a continuação do processo de redistribuição de renda depende da recuperação da capacidade fiscal do Estado;

11) investimentos em educação e qualificação de mão-de-obra são fundamentais para a continuidade da redistribuição da renda em uma economia não-inflacionária, pois, nesse ambiente, a concorrência entre os fatores de produção torna-se mais acirrada, privilegiando os mais bem capacitados;

12) a mudança de governo no Brasil não pode significar o retorno ao modelo anterior, pois aquele modelo implica necessariamente inflação e concentração de renda.

### Bibliografia

BARROS, R. P. et al. *Bem-estar, pobreza e desigualdade da renda: uma avaliação da evolução histórica e das disparidades regionais*. Brasília: IPEA, 1997.

BLANCHARD, O. *Macroeconomia: teoria e política econômica*. [s. l.]: Campus, 1999.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Relatório de contas do Governo*. Brasília: Tribunal de Contas da União, 1997.

CAMARGO, J. M. et al. *Distribuição de renda no Brasil*. Rio de Janeiro: Paz & Terra, 1991.

A ECONOMIA brasileira em perspectiva. Brasília: IPEA, 1998. v. 2.

LAVINAS, L. et al. *Desigualdades regionais e retomada do crescimento num quadro de integração econômica*. Brasília: IPEA, 1997.

PESQUISA nacional de amostras domiciliares: PNAD. Rio de Janeiro: IBGE, 1995-2000.

**Seção Resenha Legislativa da  
Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e  
Controle do Senado Federal**

# Lei de Responsabilidade Fiscal – escoadouros identificados após três anos de vigência

Renato Jorge Brown Ribeiro

## Sumário

Introdução. Primeira parte – o contexto da Lei de Responsabilidade Fiscal até o momento atual. 1.1. A questão histórica da dívida. 1.1.1. A evolução da necessidade de financiamento do setor público – o período de alta inflação 1980–1994. 1.1.2. A necessidade de financiamento do setor público – o período de estabilidade econômica. 1.1.3. O contexto da elaboração da LRF. 1.1.4. A situação atual, após três anos de Lei de Responsabilidade Fiscal. 1.2. Os pontos ainda não trabalhados na LRF. Segunda parte – restos a pagar (ou restos a fazer). 2.1. O que são restos a pagar e para que servem? 2.2. Disfunções acumuladas e a ação da LRF. 2.3. Situação atual e disfunções existentes. Terceira parte – resultado do Banco Central. 3.1. Resultado do Banco Central e a LRF. 3.2. Atingimos a transparência? 3.3. O problema atual. Quarta parte – limites de endividamento do Governo Federal. 4.1. A LRF e o que foi controlado na dívida pública. 4.2. O que não foi controlado na dívida pública.

## Introdução

Renato Jorge Brown Ribeiro é Mestre em Administração Pública (EBAPE/FGV), Doutorando em Administração (EBAPE/FGV), Especialista em Políticas Públicas (UFRJ), Especialista em Finanças (EPGE/FGV), Consultor de Orçamentos do Senado Federal, ex-Analista de Finanças do TCU, Professor de Pós-Graduação da FVG, Universidade Cândido Mendes e da UERJ, Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Gestão Pública da UCAM.

O processo de dois anos que culminou com a promulgação da Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF) em 2000 teve o grande mérito de promover o debate sobre finanças públicas. Porém, essa discussão, infelizmente, tem sido colocada em um nível muito mais emocional do que efetivamente prático tanto por seus defensores como por seus detratores: por um lado, ela é apresentada como a re-

dentora de todos os problemas de moralidade da Nação e, por outro lado, é apresentada como uma ingerência indevida da União nas demais esferas federativas ou como um estorvo ao desenvolvimento.

O espírito que norteou a Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) era de evitar o aumento do déficit público em momentos em que as taxas de juros nas últimas duas décadas mostravam que esse endividamento tinha custos financeiros altíssimos (o que acabava revertendo em custos sociais igualmente altos).

Com vistas a atingir esses objetivos, foram estabelecidos mecanismos de controle sobre despesas com pessoal, endividamento público, preservação do patrimônio, entre outros. Ressaltamos, também, os aspectos relacionados com a melhoria da qualidade e do acesso às informações prestadas pelos vários entes da Federação.

O que pretendemos mostrar no desenvolvimento deste artigo é que importantes pontos de escoamento de recursos, principalmente na Esfera Federal, não foram contidos, e alguns aspectos que melhorariam a transparência (e *accountability*) também não foram atacados.

Procuramos ressaltar, também, o papel que a União passou a assumir no contexto das finanças públicas com o advento da nova Lei. Papel muito maior que inicialmente teria no Pacto Federativo originado da Constituição de 1988.

### *Primeira parte – O contexto da Lei de Responsabilidade Fiscal até o momento atual*

#### *1.1. A questão histórica da dívida* *1.1.1. A evolução da necessidade de financiamento do setor público – o período de alta inflação 1980–1994*

O período de 1980 a 1994 na história econômica brasileira é caracterizado por altas taxas de inflação, podendo o comportamento da dívida pública ser dividido nos perío-

dos de 1980 a 1984, 1985 a 1989 e 1990 a 1994.

O período de 1980 a 1984 é fortemente influenciado pela crise de pagamentos que culminou com a moratória de 1982. Nesse momento, havia forte influência das idéias keynesianas, em que persistia a dúvida sobre até quando o déficit público era saudável e indutor de desenvolvimento. O grande problema que se apresentou e que culminou com a moratória era a completa falta de controle dos montantes totais da dívida (não havia controle dos montantes das estatais, estados e municípios), o que foi corrigido a partir da missão do FMI e do aparelhamento do Banco Central para exercer o controle efetivo da dívida. Nesse novo contexto, após se reconstituir a forma de contabilizar a Necessidade Operacional de Financiamento do Setor Público, conseguiu-se reduzir o déficit operacional de 7,3% (1982) para 3,0% (1984) em relação ao PIB. Porém essa melhora da situação financeira foi obtida por meio de compressão de despesas públicas, não tendo sido tomadas medidas que alterassem as condições estruturais do Estado. Os avanços efetivos no controle das contas públicas nesse período estão relacionados com a diminuição do *gap* de informação sobre a condição da dívida, a regularidade e totalidade do fornecimento de informações e melhoria do sistema de estatísticas econômicas.

O período de 1985 a 1989 e a situação do endividamento foram caracterizados pela adoção sucessiva de medidas ditas heterodoxas que objetivaram o controle do processo hiperinflacionário. Em cinco anos, tivemos três planos econômicos<sup>1</sup>; agravando a situação, tivemos a herança da compressão imposta em 1983/1984 e a fragilidade política da transição de um regime de exceção para um regime democrático, com instituições muito frágeis, o que dificultou muito a adoção de medidas efetivas para controle das contas públicas. A Necessidade de Financiamento do Setor Público no ciclo operacional varia de 4,83% (1985) a 6,90% (1989) em relação ao PIB.

O período que compreendeu de 1990 a 1994 representou a elaboração de um ajuste inicial das contas públicas, inicialmente pela internalização da meta de controle do déficit (em parte oriunda do Consenso de Washington). Depois, pela adoção de mecanismos efetivos que corrigiam o efeito *Tanzi*<sup>2</sup>, que previa a diminuição da arrecadação decorrente do efeito que a alta inflação produzia sobre o valor da moeda nos prazos de arrecadação, e decorrentes do efeito *Bacha*<sup>3</sup>, o qual estudava o efeito da redução do valor da despesa pública que era produzido pela aplicação dos altos índices de inflação nos valores de dívida não indexados. Associados a esses efeitos temos a retomada do crescimento em 1993 e alguns ajustes efetivos nos gastos públicos. Nesse período, obtivemos superávit operacional e primário nas contas do governo, mas o grave dessa situação é que boa parte do ajuste dependia do contra-senso da manutenção da inflação em patamares elevados.

#### *1.1.2. A necessidade de financiamento do setor público – o período da estabilização econômica*

O plano de estabilização econômica implementado em 1994 (Plano Real) trouxe algumas sofisticadas muito importantes como a criação de indexadores intermediários entre as moedas, a criação de bandas cambiais etc., que levaram a estabilização do processo inflacionário a patamares aceitáveis.

Porém, a suspensão do efeito *Bacha*, adicionado à abertura econômica que provocou um forte desequilíbrio na Balança Comercial<sup>4</sup>, e o conseqüente desequilíbrio forte na Balança de Pagamentos, além da necessidade de manter taxas de juros elevadas para financiar esse déficit na Balança de Transações levaram a uma explosão do déficit nominal e do acumulado da dívida: em 1994, o déficit nominal atingiu 26,97% do PIB reduzindo-se a 8,02% do PIB em 1998. O montante da dívida subiu 400% em cinco anos, contra um crescimento do PIB de, aproximadamente, 12 %.

A estabilização econômica fez sentir a Administração Pública a pequena margem que tinha para gerir as parcelas principais de seus gastos, principalmente salários e dívidas. Antes, a questão salarial e da previdência poderia ser controlada por intermédio do desgaste inflacionário e a necessidade de manutenção de níveis elevados de reserva era menor em decorrência dos sucessivos resultados primários positivos.

Na tentativa de dar maior capacidade de manobra à esfera federal, construiu-se uma série de medidas que visavam estabelecer mecanismos temporários de contenção fiscal: o Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira (depois Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira), a instituição do Fundo Social de Emergência (depois Fundo de Estabilização Fiscal), as receitas de concessões e privatizações e a instituição do componente extraordinário do IR retido na fonte das aplicações financeiras. Em última análise, com a estabilização do processo inflacionário vários Estados e Municípios entraram em sérios problemas financeiros que, entre outras complicações, levaram ao fechamento ou privatização de quase todos os bancos estaduais.

#### *1.1.3. O contexto da elaboração da LRF*

O contexto em que foi gestada a Lei de Responsabilidade Fiscal e as primeiras discussões amplas sobre o assunto junto ao Congresso Nacional remontam a 1998, em um cenário especialmente delicado quando o montante da dívida consolidada explodira e, nas condições da época, sem horizontes efetivos para que, no ciclo operacional que estava sendo praticado, fosse efetuado o equacionamento do processo de pagamento.

Nesse momento, a União já havia conseguido obter superávit operacional e primário, persistindo, ainda, um déficit estrutural nas contas dos Estados e de alguns Municípios. Cabe destacar que a maioria dos estados já tinham concluído os processos de renegociação de suas dívidas com a União, e já estavam adotando processos de privati-

zação acelerados, o que indicava que seria necessário proceder a ajustes estruturais desses entes da Federação.

Ressaltamos, ainda, a formação patrimonial de vários estamentos da classe política dirigente que, ao confundir seriamente o público com o privado, impede qualquer ação minimamente racional e estruturada de gestão financeira pública responsável, gerando privilégios para poucos e dívidas para muitos. Completando esse quadro, tínhamos os mais diferentes matizes de populismo realizado com o Erário, que ia do populismo fiscal dos pequenos municípios ao populismo cambial na União, e todos esses mecanismos levavam a dívida a se tornar impagável.

Em 2000, e ainda hoje, tornava-se absolutamente imprescindível a instituição de mecanismo que permitisse equacionar a questão da dívida e estabelecer um horizonte a médio e longo prazo para o seu pagamento. Esse é o ponto mais forte da Lei (a sua imprescindibilidade), e é um erro atacar a necessidade da existência desse mecanismo legal, porém, as formas de controle que podem e devem ser aperfeiçoadas são as relativas a alguns limites (que não podem e não devem ser perenes ou dogmatizados, já que foram estabelecidos em razão de uma conjuntura). As formas de como implementar essas mudanças não estão sendo convenientemente debatidas e, também, não estão sendo apresentados à sociedade os verdadeiros motivos do crescimento da dívida, ou seja: como custo da estabilização econômica e do desequilíbrio estrutural patrocinado e financiado por um imposto inflacionário que perdurou por quinze anos.

#### *1.1.4. A situação atual, após três anos de Lei de Responsabilidade Fiscal*

Após três anos de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal, algumas práticas salutaras de gestão começam a ser internalizadas, principalmente as que estão correlacionadas com as regras de fim de mandato e com o casamento de fluxo de caixa.

Porém, o principal intento para elaboração da Lei de Responsabilidade Fiscal não foi atingido (ver Quadro nº 4), o endividamento continua a crescer, e em uma velocidade maior na esfera Federal.

A resolução que visava controlar o limite de endividamento da União nunca foi votada. A Lei que regularia as normas e procedimentos para a execução orçamentária e financeira e substituiria a Lei nº 4320/64 também nunca foi aprovada.

Enfim, após três anos de vigência, persistem “ralos estruturais” no sistema desenhado pela Lei de Responsabilidade Fiscal, grande parte dos quais utilizados pela União para facilitar seu fechamento de contas.

#### *1.2. Os pontos ainda não trabalhados na LRF*

A Lei de Responsabilidade Fiscal, como vimos, foi estruturada para conter o déficit público, e é sob esse aspecto que desenvolveremos nossa análise nas outras partes do trabalho, mas acreditamos ser válido destacar que alguns pontos importantes sobre a estrutura das finanças públicas não foram contemplados pela LRF.

Destacamos a questão de que o papel de cada ente federado na estrutura financeira e tributária não foi consistentemente tratado, muito menos o limite de autonomia de legislar sobre matéria financeira.

Outro aspecto relevante é a questão da transparência e *accountability* de uma forma ampla. A LRF, ao tratar sobre a transparência, cuida exclusivamente de tornar clara a situação financeira e capacidade de pagamento dos entes federados, mas não traz mecanismos de participação ou aferição da eficácia da aplicação dos recursos públicos.

As questões mais amplas relativas à estruturação do processo orçamentário e financeiro, bem como avaliações, regionalização da aplicação de recursos, têm sido tratadas amplamente pelas Leis de Diretrizes Orçamentárias anuais, tornando o mosaico legislativo mais difícil de ser integrado.

Nos pontos que seguem, procuraremos abordar aspectos que foram tratados na

LRF, mas que, por falta de regulamentação competente ou falta de abordagem mais profunda, ainda propiciam a criação de brechas por onde o objetivo de conter o aumento do déficit público se esvai, principalmente na esfera federal.

## *Segunda parte – restos a pagar (ou restos a fazer)*

### *2.1. O que são restos a pagar e para que servem?*

As despesas, na contabilidade pública brasileira, são registradas pelo regime de competência. O Sistema de Contabilidade da Administração Pública no Brasil trabalha basicamente com três sistemas<sup>5</sup>: o financeiro (que contabiliza e controla o fluxo de recursos financeiros, entradas e saídas de caixa); o orçamentário (que trata das autorizações que o Poder Legislativo – sociedade – dá para os Poderes realizarem despesas e apurarem receitas); e o Patrimonial (que controla o patrimônio e as variações patrimoniais do Ente Federado).

Restos a Pagar representam (ou representariam) a possibilidade de dar continuidade e reconhecer que algumas despesas são de competência de um determinado exercício e que por uma razão afeta ao processamento ou liquidação dessa despesa ela deva passar para outro exercício financeiro<sup>6</sup>. O objetivo principal dessa classificação é garantir o direito do credor e demonstrar/assegurar a continuidade das ações da administração, além do fim de cada exercício financeiro.

O processo de inscrição em restos a pagar representa verdadeira “liquidação”<sup>7</sup> orçamentária, em que as contas orçamentárias são encerradas no fim de cada exercício e as obrigações são registradas nas contas do Sistema Financeiro como compromissos. Essas obrigações são classificadas no escopo da Dívida Flutuante<sup>8</sup>.

Quando é procedido o pagamento das despesas inscritas em Restos a Pagar, ele é

efetuado contra o montante financeiro do ano em que é efetuada a alteração.

### *2.2. Disfunções acumuladas e a ação da LRF*

A existência de um sistema financeiro e outro orçamentário, ante a prática que era corrente (principalmente nos estados e municípios) de produzir orçamentos com receitas superavaliadas e o entendimento de que o orçamento brasileiro é autorizativo (o orçamento autoriza os Poderes a executar até aquele volume de despesas constantes na Lei Orçamentária), gerava a possibilidade de se produzirem orçamentos seguidamente desequilibrados e déficits sucessivos.

A dinâmica de Restos a Pagar favorecia o crescimento indiscriminado da dívida quando se passavam despesas com autorização orçamentária (que “normalmente” era superestimada), mas sem contrapartida financeira equivalente. Essa relação era agravada por se registrarem os Restos a Pagar na Dívida Flutuante que não é controlada pelos limites estabelecidos pelas resoluções do Senado que controlam, basicamente, a dívida fundada.

A Lei de Responsabilidade Fiscal vem tentar corrigir esse problema ao obrigar o Administrador Público a verificar bimestralmente a compatibilidade das receitas previstas no orçamento com o que foi efetivamente arrecadado e proceder à respectiva limitação de empenhos que possibilite a adequação entre receita prevista e realizada com a despesa realizada<sup>9</sup>.

Além dessa medida, com fim de evitar a produção de déficits em final de mandato que deveriam ser cobertos por outros gestores ou a utilização eleitoral da produção de déficits, a LRF determinou que os Restos a Pagar inscritos nos últimos oito meses só pudessem ser inscritos se contivessem a respectiva contrapartida financeira<sup>10</sup>.

Essas medidas, de uma maneira geral, são eficazes para evitar déficits nas administrações estaduais e municipais, porém, por razões estruturais que veremos no pró-

ximo item, a questão ainda não está resolvida no âmbito federal.

### 2.3. Situação atual e as disfunções existentes

Partindo do princípio defeso pela LRF de que responsabilidade fiscal pressupõe “a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas” é que vamos identificar pontos que representam problemas para garantir a previsibilidade do equilíbrio entre receitas e despesas públicas.

Para podermos entender o que efetivamente acontece com o mecanismo de Restos a Pagar da União, temos, antes, de esclarecer alguns pontos:

a) Como já mencionamos, as despesas inscritas em Restos a Pagar, quando pagas, concorrem em regime de caixa com o financeiro do ano de efetivo pagamento;

b) A metodologia de cálculo do superávit primário é feita de forma que as despesas corram por regime de caixa (logo, o montante de despesas calculado compreende as despesas pagas no exercício adicionadas dos restos a pagar do ano anterior efetivamente pagos naquele exercício); isso gera uma tendência forte a postergar determina-

das despesas do fim do exercício para serem inscritas em Restos a Pagar aumentando o superávit primário daquele ano; e

c) Parte dos recursos existentes em caixa na União são recursos que deveriam ser alocados como instrumentos de política fiscal e monetária; logo, ao aplicarmos o dispositivo da LRF que determina que os valores inscritos em Restos a Pagar nos últimos oito meses de mandato sejam transferidos com a contrapartida financeira, a análise fica bastante prejudicada, uma vez que não há provisionamento específico para seu pagamento.

Esse quadro reforça a tendência dos gestores e dos atores políticos de tentar “preservar” créditos orçamentários de um ano para o outro, firmando convênios ou outros instrumentos de transferências voluntárias congêneres ao final de cada exercício, que acabam representando verdadeiros “restos a fazer” para o próximo ano.

Não por acaso, o montante inscrito em Restos a Pagar da União tem crescido quando há necessidade de se fazer um superávit primário que não está comportado pela arrecadação tributária. É interessante registrar que os entes que, de uma maneira geral, demonstraram uma melhora na programação financeira de restos a pagar tenham sido os municípios (ver quadro abaixo).

Quadro nº 1  
Demonstrativo de Restos a Pagar inscritos nos Orçamentos de 2001–2003, relativos aos anos de 2000–2002, por Esfera de Governo

Exercício		2000	2001	2002
Inscritos ao final do ano como RP processados	União	3.110.749.925	4.026.784.513	6.442.040.000
	Estados	13.161.364.060	10.783.696.286	ND *
	Municípios	6.559.770.066	7.076.753.723	ND *
Inscritos ao final do ano como RP não processados	União	13.517.060.325	21.667.468.553	13.826.790.000
	Estados	4.483.460.196	8.069.226.073	ND *
	Municípios	1.319.947.803	2.340.511.626	ND *
Total	União	16.627.810.250	25.694.253.066	20.268.830.000
	Estados	17.644.824.256	18.852.922.359	ND *
	Municípios	7.879.717.869	9.417.265.349	ND *

Fonte: Consolidação das Contas Públicas anos 2000 e 2001 e Relatório de Gestão Fiscal – 2002, Secretaria do Tesouro Nacional.

\* ND - dados ainda não disponíveis em mar/2003

Quadro nº 2  
Demonstrativo de Pagamento de Restos a Pagar da União de 2000 – 2002

Exercício	RP do ano pago	RP pago de exercícios anteriores	Total de RP pagos	RP inscritos para exercícios seguintes
2000	5.200.000.000	3.110.000.000	8.310.000.000	16.627.810.250
2001	5.830.000.000	3.950.000.000	9.780.000.000	25.694.253.066
2002	4.580.000.000	7.800.000.000	12.380.000.000	20.268.830.000

Fonte: Nota Técnica nº 003/93 da Consultoria de Orçamentos da Câmara dos Deputados.

Esse problema está começando a ser atacado na Lei de Orçamento Anual deste ano, que determina uma redução de 20% (vinte por cento) do montante a ser inscrito neste ano em relação ao do ano passado. Porém, esclarecemos que, no nosso entendimento, esse não é o instrumento ideal por ser uma lei com vigência anual e por atacar as manifestações do problema, não suas causas.

Outra questão interessante que merece ser destacada é a questão da vigência dos créditos inscritos em Restos a Pagar. A Lei nº 4.320/64 prevê a possibilidade de existência de créditos plurianuais. O Decreto que instituiu o Caixa Único do Tesouro (Dec. nº 93.872/86) previa que os Restos a Pagar deveriam ser liquidados até o exercício subsequente à sua inscrição, entretanto, vários decretos subsequentes criaram exceções anuais a essa regra<sup>11</sup>. Acreditamos que talvez seja a hora de se efetivamente trabalhar com créditos de vigência plurianual, devidamente contabilizados para que sua execução respeitasse o princípio da anualidade.

### *Terceira parte – resultado do Banco Central*

#### *3.1. Resultado do Banco Central e a LRF*

A apropriação dos resultados do Banco Central durante muito tempo foi questionada pelos técnicos nacionais e estrangeiros. A metodologia vigente à época não obrigava o Banco Central a transferir lucros ou prejuízos ao Tesouro. Na verdade, representava verdadeira exceção aos princípios orçamentários da unidade e da universalidade.

A questão tornou-se crítica com a apuração dos resultados das operações de socorro aos bancos públicos e privados, que levaram a um resultado negativo das operações do Banco Central com um montante de R\$ 17 bilhões em 1997, que foram levados ao Tesouro em 2000. Esses resultados eram acumulados em uma conta do ativo (“Ativos não Compensados”), o que tornava muito pouco transparente a contabilidade.

O que a Lei de Responsabilidade Fiscal vem trazer é a necessidade de que os resultados do Banco Central sejam trazidos ao resultado do Tesouro Nacional semestralmente (acabam sendo levados os saldos ao orçamento do exercício seguinte), o que torna mais transparente a gestão daquela Autarquia<sup>12</sup>.

#### *3.2. Atingimos a transparência?*

Esse debate é especialmente importante quando iniciamos discussões sobre a autonomia do Banco Central e o que vem a ser o alcance dessa autonomia operacional. A questão central é se a apresentação do resultado gera transparência na gestão.

Na nossa opinião, ela melhora a qualidade dos dados apresentados nos balanços, mas está longe de promover transparência na gestão da política monetária e, dentro do foco mais restrito desse trabalho, o que acreditamos ser muito grave é a questão da impossibilidade de se estabelecer uma previsibilidade maior às despesas orçamentárias.

O mecanismo utilizado para dar alguma transparência ao processo de gestão da Política Monetária são as audiências públicas do Presidente do Banco Central no Con-

gresso Nacional e a publicação das despesas com a execução da Política Monetária<sup>13</sup>. Porém, qualquer critério de previsibilidade ou limites para prestar esclarecimentos ou mesmo se submeter a uma moção confirmando ou dando voto de desconfiança efetivamente não existe.

Outro aspecto relevante a ser trabalhado é a própria estrutura de funcionamento do Banco Central, em que a mesma instituição trata da política monetária e da saúde do sistema financeiro, atividades que por vezes podem recomendar medidas diversas ou mesmo antagônicas. Nesse sentido, uma separação operacional ajudaria bastante, quer para dar uma posição real do custo de cada atividade, quer para oferecer verdadeira autonomia para a atividade de condução da política monetária.

### *3.3. O problema atual*

O principal problema (sob o enfoque deste artigo, ou seja, visando prever e evitar riscos ao equilíbrio fiscal) está na falta de previsibilidade dos possíveis resultados a serem apresentados pelo Banco Central contra o Tesouro, que tem de honrá-los em um prazo máximo de um ano.

Ressaltamos que esse “aumento de endividamento” não é efetivamente autorizado pelo Senado nem passa por uma análise prévia do Ministério da Fazenda, e, por experiências recentes, está longe de ser desprezível.

Reconhecemos que, em meio a crises conjunturais e estruturais, que pode levar a crises sistêmicas, o uso de determinadas medidas e mecanismos de política monetária pode levar a resultados maiores do que o esperado, e mesmo assim devem ser efetuados objetivando um mal menor.

A proposta é que o Banco Central tenha um limite de resultado negativo autorizado em uma das leis orçamentárias (que pode compor uma reserva de contingência a ser utilizada até o final do exercício, por exemplo) e que, ao exceder esse limite, o Presidente do Banco Central informe ao Congresso Na-

cional e solicite audiência para explicar os motivos e solicitar novo provisionamento a ser consignado no exercício seguinte.

## *Quarta parte – limites de endividamento do Governo Federal*

### *4.1. A LRF e o que foi controlado na dívida pública*

A Lei Complementar nº 101/2000 reforça a competência constitucional do Senado Federal em estabelecer limites de endividamento para os entes federados, já estando regulada a questão das dívidas dos Estados e Municípios pela Resolução nº 43/2001.

Alguns aspectos são bastante interessantes no que se refere à administração da dívida, visando a uma correta apuração dos volumes de endividamento e à conseqüente definição dos limites:

- a) a equiparação a operações de crédito, a assunção, reconhecimento ou confissão de dívida por ente da Federação;
- b) a inclusão dos títulos do Banco Central na dívida pública consolidada da União;
- c) a inclusão no montante da dívida de operações inferiores a um exercício e que tenham constado como receita no orçamento;
- d) a inclusão dos precatórios judiciais não pagos no exercício como dívida consolidada.

Caso a dívida consolidada de algum ente federado ultrapasse o limite estabelecido em um quadrimestre, ela deve ser reconduzida nos três quadrimestres seguintes, estando proibido o ente de contratar operações de crédito internas ou externas enquanto perdurar o excesso. Cabe ao Ministério da Fazenda exercer esse controle, divulgando mensalmente a relação dos entes que ultrapassaram os limites de dívida consolidada e mobiliária.

O Ministério da Fazenda passa a ter responsabilidades diretas no controle do endividamento de todos os entes federados (o que é fortemente questionado no que tange

à integridade do pacto federativo), devendo manter o registro e controle eletrônico dos montantes de dívida de todos os entes federados. A manutenção de dados atualizados deve ser preocupação constante de estados e municípios, uma vez que a inclusão de entes na relação dos inadimplentes gera o bloqueio das transferências voluntárias entre os entes federados, o que pode levar a sérios prejuízos para a implementação de políticas públicas.

Várias operações de crédito passam a ser vedadas, objetivando a redução das possibilidades de expansão da dívida, principalmente se reconhecidas *a posteriori*, que possam vir a burlar o processo orçamentário:

a) a partir de 2002, o Banco Central não mais poderá emitir títulos da dívida pública;

b) financiamento mútuo entre entes da federação a qualquer título (excetuam-se o financiamento entre instituições financeiras públicas);

c) financiamento entre uma instituição financeira pública e o ente que a controle;

d) captação de recursos, a título de antecipação de tributos, cujo fato gerador ainda não tenha ocorrido;

e) assunção de obrigação, sem autorização orçamentária, para pagamento *a posteriori*;

f) assunção direta de compromisso com fornecedor por meio de confissão de dívida ou assemelhado.

As Antecipações de Receitas Orçamentárias (ARO) passam a ter rito especial, com prazos para contratação e vedação de sua realização em fim de mandato e enquanto a anterior ainda não estiver integralmente quitada. O Banco Central passa a ter um papel fundamental no controle das AROs, uma vez que este passa a ser responsável por licitar em processo eletrônico a instituição que efetuará a antecipação e deve manter sistema de acompanhamento dos saldos desses adiantamentos.

O controle das AROs e a maior publicidade de sua contratação representam, por um lado, a possibilidade de contratar finan-

ciamentos de maneira centralizada e com taxas mais baixas e, por outro, um grande avanço na transparência do processo de financiamento do caixa das várias entidades públicas.

No que se refere às garantias, elas devem obedecer estritamente aos limites autorizados pelo Senado Federal, sob pena de serem consideradas nulas de pleno direito. As garantias só podem ser concedidas mediante oferecimento de contragarantias suficientes para cobri-las.

O objetivo da Lei é estabelecer um sistema que possibilite um estrito controle do processo de endividamento, evitando que ele saia do controle do centro de decisão econômica, tendo como agentes principais o Ministério da Fazenda e o Banco Central.

Ressaltamos, no entanto, que um dos pontos que seriam essenciais para que o estoque da dívida pública fosse efetivamente controlado não foi regulamentado. O montante total da dívida pública federal ainda não tem um limite estabelecido e está regido por uma norma que data de 1989 (Resolução 96/89).

#### 4.2. *O que não foi controlado na dívida pública*

Parece-nos que, fundamentalmente, o objeto que foi efetivamente controlado foram os montantes das dívidas dos Estados e Municípios, com uma legislação bastante rigorosa e detalhista que limita parcelas de pagamento de dívida, limite anual de operações de crédito, estoque da dívida, limite de concessões de garantias e contragarantias (arts. 7º e 9º da Resolução 43/2001).

Ao verificarmos a evolução do comportamento da dívida dos Estados (ver Quadro nº 3), vemos que somente um apresenta uma tendência crescente de endividamento (Espírito Santo) e seis estão acima do limite determinado pelo Senado Federal para o endividamento (Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Maranhão), sendo que dois estão com uma trajetória de endividamento fran-

camente descendente (Mato Grosso e Rio Grande do Sul). Esse quadro indica uma estabilização ou decréscimo no endividamento global dos Estados, o que é acompanhado pelos municípios.

No caso específico da União, existe uma forte tendência de aumento no estoque global da dívida, mesmo após ter estabilizado a absorção e securitização das dívidas estaduais (ver Quadro nº 4).

A questão da dívida municipal acaba sendo equacionada quer pelo tamanho, e óbvia capacidade financeira do mesmo, quer pelos dispositivos que obrigam o ente a conceder garantias sobre contragarantias em igual ou maior valor que o valor garantido e que essas garantias sejam contabilizadas no limite de endividamento do garantidor. Esses fatos levam a situações em que só os grandes municípios têm capacidade de tomar recursos no mercado financeiro. Os pequenos, mesmo tomando recursos em organismos de fomento nacionais ou internacionais, são “tutelados” pela União ou pelos estados.

Enfim, parece-nos que a questão da dívida, em nível estadual e municipal, está equacionada, porém a dívida federal, hoje, está longe de ser controlada e é vista mais como instrumento de política monetária do que instrumento de desenvolvimento ou de política de estabilidade financeira da União.

### *Conclusões*

Acreditamos que o primeiro fato que deva ser destacado, após quase três anos de vigência da Lei de Responsabilidade Fiscal, é o seu objetivo: buscar o equilíbrio das contas públicas. Com vistas a atingir esses objetivos, traçaram-se vários dispositivos que trouxeram melhorias na execução da despesa, principalmente nas Esferas Estaduais e Municipais (quer porque eram as que tinham mais dificuldades anteriores, quer porque foram a eles direcionados uma maior quantidade de normativos no escopo da LRF).

É importante que fique muito claro que existem pontos importantes do debate sobre Finanças Públicas que ficaram fora do escopo da Lei de Responsabilidade Fiscal, que vão da classificação e operacionalização de despesas e receitas à regionalização das mesmas, aspectos e mecanismos de controle e avaliação.

Ressaltamos que persistem importantes ralos na execução do objetivo da Lei, os quais destacamos a questão dos Restos a Pagar Federais, a Dívida Pública e o resultado Operacional do Banco Central. É importante que se diga que todos esses instrumentos identificados têm impacto na apresentação dos Resultados Primários e no cálculo das Necessidades de Financiamento do Setor Público. Por conseguinte, têm impacto na aferição dos resultados do desempenho macroeconômico do Governo Federal, na forma de como ele hoje é avaliado.

Enfim, é importante que se destaquem os méritos, reconheçam os objetivos e limitações desses objetivos e, por fim, se conheçam as limitações, e os motivos que geraram essas limitações, para, por fim, aumentar e modificar o foco do debate sobre a questão da Responsabilidade Fiscal.

### *Notas*

<sup>1</sup> Plano Cruzado (fevereiro de 1986); Plano Bresser (junho de 1987); Plano Verão (janeiro de 1989).

<sup>2</sup> O economista Tanzi, em 1977, ao estudar economias inflacionárias, verificou que a perda de receita, em moeda constante, é função direta do prazo de seu recolhimento. Para corrigir esse efeito, foram criados indexadores diários para as receitas e reduziram-se os prazos de recolhimento ao mínimo possível.

<sup>3</sup> O efeito Bacha é o efeito Tanzi ao contrário, ou seja, o efeito Tanzi aplicado às despesas foi teorizado pelo economista Edmar Bacha, que representou a forma por que vários entes da federação tentaram equilibrar suas contas por meio de postergação dos pagamentos não indexados.

<sup>4</sup> A abertura do mercado interno a produtos internacionais foi uma das âncoras para segurar o processo inflacionário, aumentando a oferta de produtos no mercado interno.

Quadro nº 3  
Evolução da Dívida dos Estados no Período de 2000/2003

ESTADO	Percentual da Dívida Corrente Líquida/ Receita Corrente Líquida			Montante da Dívida Consolidada Líquida em 2002	Análise da Situação (DL- Dentro do Limite; FL- Fora do Limite; A- Ascendente; D- Descendente; E- Estável)
	2000	2001	2002		
Acre	104,25	85,41	ND	598.263.000	DL; D
Alagoas	223,31	191,18	ND	2.561.250.000	DL; D
Amapá	6,2	5,03	ND	35.233.000	DL; E
Amazonas	68,64	61,58	68,55	1.683.720.000	DL; E
Bahia	163,79	165,81	169,91	10.517.054.000	DL; E
Ceará	ND	ND	ND	ND	ND
Espírito Santo	90,65	82,76	152,36	2.616.627.000	DL; A
Goiás	299,64	244,38	<b>250,26</b>	9.084.252.000	<b>FL; E</b>
Maranhão	216,78	225,96	<b>216,91</b>	4.979.026.000	<b>FL; E</b>
Mato Grosso	244,82	232,73	<b>206,83</b>	4.766.642.000	<b>FL; D</b>
Mato Grosso do Sul	309,55	285,33	<b>301,23</b>	4.138.638.000	<b>FL; E</b>
Minas Gerais	141,75	120,72	94,87	10.949.787.000	DL; D
Pará	56,33	50,38	51,18	1.568.489.000	DL; E
Paraíba	147,56	109,82	111,01	2.077.326.000	DL; E
Paraná	133,18	133,73	128,58	8.225.928.000	DL; E
Pernambuco	85,63	97,40	85,87	3.437.710.000	DL; E
Piauí	173,31	168,36	170,16	2.350.510.000	DL; E
Rio de Janeiro	207,03	189,88	<b>209,25</b>	30.383.940.000	<b>FL; E</b>
Rio Grande do Norte	63,08	52,61	50,97	955.469.000	DL; E
Rio Grande do Sul	313,65	311,75	<b>237,64</b>	17.926.126,00	<b>FL; D</b>
Rondônia	ND	ND	ND	ND	ND
Roraima	21,05	28,09	21,84	141.411.000	DL; E
Santa Catarina	183,03	153,40	153,78	6.458.288.000	DL; E
São Paulo	194,57	198,36	199,99	75.162.134.000	DL; E
Sergipe	88,01	77,85	67,69	1.045.548.000	DL; E
Tocantins	35,04	22,88	31,41	393.544.000	DL; E
Distrito Federal	ND	ND	ND	ND	ND

Quadro nº 4  
Evolução da Dívida Líquida no Período de 1999/2002

Exercício	1999	2000	2001	2002
Valor do Governo Central (em milhões de R\$)	313.668,65	344.258,58	419.120,53	566.734,45
Percentual de Crescimento da Dívida do Governo Central	XXX	9,76	21,74	35,21
Valor do Geral (em milhões de R\$)	484.454,45	529.581,27	648.685,20	859.712,00
Percentual de Crescimento da Dívida Geral	XXX	9,31	22,49	32,52
Diferença entre Governo Geral- Governo Central (Governos Estaduais e Municipais)	170.785,8	185.322,69	229.564,67	292.977,55
Percentual de Crescimento da Dívida dos Governos Subnacionais	XXX	8,51	23,87	27,6

Fonte: Banco Central do Brasil, Dívida Pública-Séries Temporais.

<sup>5</sup>Ver arts. 93 e 94 da Lei nº 4.320/64.

<sup>6</sup>Ver art. 36 da Lei nº 4320/64.

<sup>7</sup>O uso da expressão *liquidação* é uma extrapolação do conceito de liquidação da despesa; tecnicamente há uma certa “impropriedade”, uma vez que esse conceito é utilizado especificamente como fase pré-pagamento – art. 63 da Lei nº 4320/64.

<sup>8</sup>A dívida flutuante compreende: restos a pagar, serviços da dívida a pagar, depósitos e débitos em tesouraria (art. 92 da Lei nº 4.320/64).

<sup>9</sup>Ver art. 9º da LC nº 101/00.

<sup>10</sup>Ver art. 42 da LC nº 101/00.

<sup>11</sup>Decretos nºs 4.450/02; 4.049/01; 4.167/02; 4.526/02.

<sup>12</sup>Ver art. 7º da LC nº 101/00.

<sup>13</sup>Ver § 5º do art. 9º da LC nº 101/00.

### Bibliografia

GIAMBIANI, Fábio; ALÉM, Ana Cláudia. *Finanças públicas: teoria e prática no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999.

BITTENCOURT, Sidney. *A nova Lei de Responsabilidade Fiscal*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2001.

BHEN, Roberth D. O novo paradigma da gestão pública e a busca da accountability democrática. *Revista do Serviço Público*, Brasília, ano 49, n. 4, out./dez. 1998.

BRASIL. Constituição (1988) *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: TCU, 2001.

BRASIL. *Transferência de Recursos e a LRF*. Brasília: TCU, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

CORREIA, Arícia Fernandes et al. *Despesas de pessoal: a chave da gestão fiscal responsável*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

FILELINE, Alfredo. *Economia do setor público*. São Paulo: Atlas, 1991.

KOHAMA, Hélio. *Balancos públicos*. São Paulo: Atlas, 1999.

MACHADO JUNIOR, Teixeira; REIS, Heraldo da Costa. *A Lei 4.320 comentada*. 27. ed. Rio de Janeiro: IBAM, 1996.

MATIAS, Alberto Borges; CAMPELLO, Carlos A. G. B. *Administração financeira municipal*. São Paulo: Atlas, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho da et al. *Lei de Responsabilidade Fiscal: abordagens pontuais*. São Paulo: Del Rey, 2000.

OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Responsabilidade fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PETREI, Humberto. *Presupuesto y control*. Washington: BID, 1999.

PISCITELLI, Roberto Bocaccio; ROSA, Maria B.; TIMBÓ, Maria Z. F. *Contabilidade pública*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

ROSEN, Harvey S. *Public finance*. 5. ed. Estados Unidos: Mac Grow Hill, 1998.

RUA, Maria das Graças. *O estudo da política: tópicos selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998.

PINHEIRO, Vinicuis Carvalho. Inflação, poder e processo orçamentário no Brasil. *Revista do Serviço Público*, Brasília, n.120, jan./abr. 1996.

SILVA, Lino Martis. *Contabilidade governamental*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1996.