

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Abril-Junho/2006 – Ano 43 – Nº 170



Guido Mondin, “Marinha com Barcos à Vela em Grande Plano
Encostados ao Cais”, 1965. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 170

Abril/junho – 2006

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) 3311-3575, -3576 e -3579

Fax: (61) 3311-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETOR: Raimundo Pontes Cunha Neto

REVISÃO DE ORIGINAIS: Angelina Almeida Silva e Cláudia Moema de Medeiros Lemos

REVISÃO DE REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Francisco Rafael Amorim dos Santos

REVISÃO DE PROVAS: Cláudia Pantuzzo e Carlos Felipe Wanderley

EDITORAÇÃO ELETRÔNICA: Ana Maria da Silva Peixoto e

Francisco Donato González Fernandes

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 43 · nº 170 · abril/junho · 2006

- Adhemar Ferreira Maciel Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil 7
- Andreo Aleksandro Nobre Marques Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil: da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004 17
- Ronaldo Guimarães Gallo Soberania: poder limitado (parte II) 25
- Jair José Perin Regime jurídico aplicável ao militar temporário das Forças Armadas 41
- Marlon Alberto Weichert A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa: profundidade e extensão das sanções 57
- Sebastião Baptista Affonso Ministério Público no Tribunal de Contas: um pouco de sua história e da de seus componentes 75
- Ernani Carvalho O controle externo do Poder Judiciário: o Brasil e as experiências dos Conselhos de Justiça na Europa do Sul 99
- Edilson Pereira Nobre Júnior Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo 111
- René Marc da C. Silva Identidade, territorialidade e futuro das comunidades rurais negras no Brasil 143
- Eduardo Goulart Pimenta Direito, Economia e relações patrimoniais privadas 159
- Jorge Fontoura Efeitos jurídicos da presença brasileira na Antártica 175
- Alexandre Pimenta Batista Pereira Os confins da responsabilidade objetiva nos horizontes da sociologia do risco: almejando a permanente certeza na contingência das improbabilidades 181
- Ranieri Lima Resende O regime jurídico da responsabilidade das organizações internacionais: a concepção do ato internacionalmente ilícito 191
- Gil Ferreira de Mesquita O devido processo legal em seu sentido material: breves considerações 209
- Ana Maria D'Ávila Lopes e Karine Rodrigues Mattos O Direito fundamental dos indígenas à terra: do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito 221
- Luis Sérgio S. Mamari Filho O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória 235

Luiz Fernando Bandeira	Uma perspectiva em Direito Comparado da constitucionalização do Direito Administrativo em países selecionados 245
Romeu Costa Ribeiro Bastos e Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha	O futuro da profissão legal 261
Agaciel da Silva Maia	Reforma tributária: se não hoje, quando? 269
Silvia Pradines Coelho Ribeiro	A participação do Legislativo no processo de celebração dos tratados 273
Otavio Luiz Rodrigues Junior	O regime jurídico-constitucional da radiodifusão e das telecomunicações no Brasil em face do conceito de atividades audiovisuais. A inconstitucionalidade do anteprojeto de lei que cria a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual – Ancinav 287
André Felipe Canuto Coelho e Albino Carlos Martins Vieira	Um lance de olhos sobre as privatizações argentinas: antecedentes jurídicos, políticos e institucionais da alienação da Empresa Nacional de Telecomunicaciones 311

Resenha Legislativa

(artigos de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal)

Edilenice Passos <i>et. al.</i>	Alimentação saudável nas escolas 323
---------------------------------	--------------------------------------

Restrição à admissibilidade de recursos na Suprema Corte dos Estados Unidos e no Supremo Tribunal Federal do Brasil

Adhemar Ferreira Maciel

Sumário

I - Introdução. II - Acesso recursal à Suprema Corte dos Estados Unidos: luta sucessiva por sua limitação. As alterações do *Judiciary Act* de 1789 em 1891, 1925 e 1988. A criação do *Certiorari Pool*. III - A *Judiciary Act* de 1789 e o nosso Decreto n. 848/1890. O *Writ of Error*. A *Apelación* constitucional argentina. A Emenda Constitucional n. 7/1977. O Critério da Relevância da Questão Federal. A Constituição Federal de 1988. A Emenda Constitucional n. 45/2004. IV - Direito norte-americano: direito judicial. Direito brasileiro: direito legal. Nossa dificuldade em entender e aceitar os institutos da “Súmula Vinculante” e do “Critério da Relevância da Questão Federal”. V - O que vem a ser uma *Federal Question*. VI - O quórum do novo critério de admissibilidade do Recurso Extraordinário. VII - Conclusão.

I - Introdução

O presente artigo tem por objeto um apanhado sobre as raízes históricas de nosso Recurso Extraordinário.

II - Acesso recursal à Suprema Corte dos Estados Unidos: luta sucessiva por sua limitação. As alterações do Judiciary Act de 1789 em 1891, 1925 e 1988. A criação do Certiorari pool

Em abril de 1996, o presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, William H. Rehnquist, falecido em 3/9/2005, ao fazer uma palestra na *American University's*

Adhemar Ferreira Maciel é Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça. Membro da Academia Mineira de Letras Jurídicas.

Washington College of Law, repetiu, por mais de uma vez, que “o Judiciário deve mudar à medida que os tempos mudam”¹. No fundo, poderíamos tingir esse truísmo com as cores sarcásticas de Lampedusa (2005 tradução nossa): “As coisas devem mudar para que permaneçam as mesmas”.

A Constituição norte-americana, como documento eminentemente principiológico, dedicou apenas um artigo, o Art. III, ao Judiciário federal. Instituiu um tribunal nacional de cúpula, a Suprema Corte dos Estados Unidos (*United States Supreme Court*). Fixou tão-só sua competência originária (*trial court*), deixando para o Congresso estabelecer a competência recursal (*appellate jurisdiction*), o número de juízes, bem como a criação oportuna de tribunais federais inferiores. Como o Direito estadunidense é acima de tudo “direito judicial”, mesmo a competência originária, constitucional, foi-se alterando com o andar dos tempos.

Antes da criação dos tribunais regionais federais (*U. S. Courts of Appeals*), pela Reforma de 1891 (*Evarts Act*), a Suprema Corte, afora litígios interestaduais relativos a limites de fronteira e mais outros poucos casos, praticamente atuava como “tribunal de revisão”. A massa processual (*caseload*) era folgada. Nos bons tempos de John Jay, primeiro presidente da Corte (1789-1795), não era incomum o juiz (*justice*) sair a cavalo para julgar conflitos de interesses resolvidos por outros tribunais estaduais...

Com a industrialização dos Estados Unidos, o número de apelações que deviam ser apreciadas obrigatoriamente (*mandatory appeals*) pela Suprema Corte aumentou muito. Com isso, teve-se de alterar em 1891 a Lei Orgânica do Judiciário Federal (1789 *Judiciary Act*). Foram, como se antecipou, criados os “*Circuits*”, ou seja, os tribunais regionais federais (*U.S. Courts of Appeals*), que passaram a atuar como tribunais intermediários em relação à Suprema Corte e à primeira instância federal. Introduziu-se, mais, na jurisdição recursal, o instituto do *Writ of Certiorari*, de raízes no *common law*. Algu-

mas apelações continuaram de conhecimento obrigatório (*mandatory*); outras, porém, só por meio de *petition for writ of certiorari*. A pauta da Suprema Corte tornou-se mais uma vez compatível. É a época de grandes decisões. Votos memoráveis, como os de Oliver Wendell Holmes (1902-1932), tornaram-se antológicos.

Após a Primeira Guerra Mundial, a *caseload* da Suprema Corte ficou novamente abarrotada, insuportável. Nessa época, o presidente da Corte (*chief justice*) era William Howard Taft (1921-1930), que no governo de Theodore Roosevelt (1901-1909), como assessor, já havia feito um esboço de projeto de lei (*bill*) para dificultar ainda mais o acesso das “apelações obrigatórias”. O Congresso se mostrou irredutível. A mudança pretendida não foi feita. Em 1925, depois de muito *lobby*, o Congresso cedeu e alterou a lei orgânica do Judiciário: o *Judge’s Bill* aumentou ainda mais o *discretionary power* da Suprema Corte. Por outras palavras, as apelações de conhecimento obrigatório (*mandatory appeals*) diminuíram e, em compensação, cresceu o número de *petitions for writ of certiorari*. Nesse último caso, o recurso só seria conhecido se contasse com o aval de quatro dos nove juízes da Corte. Seu primeiro requisito era que a causa ou controvérsia, julgada em última instância pelos tribunais estaduais ou federais, se apresentasse *substancialmente* relevante para todo o país.

Na prática, o critério da relevância funcionava da seguinte maneira: os assessores (*law clerks*) dos juízes, pessoas altamente gabaritadas e contratadas por um ano, faziam uma primeira triagem. Estudavam a *petition* e elaboravam relatório com a minuta de seu entendimento pela concessão (*for granting*) ou pela denegação (*for denying*) do recurso. O *justice* muitas vezes discutia previamente o caso com seu assessor antes de mandar (facultativamente) seu voto (*opinion*) para seus colegas (*brethren*). O presidente da Corte, então, elaborava uma lista de feitos (*discuss list*) para que os diversos re-

curso nela incluídos fossem debatidos em sessão reservada (*conference*).

As pautas continuavam congestionadas. Muitos recursos de *certiorari* demoravam às vezes mais de ano para serem julgados.

Com a criação de entidades que podiam editar normas próprias (*agencies e commissions*), o número de conflitos de interpretação da legislação federal e da própria Constituição cresceu expressivamente. Na década de 1960, na presidência de Earl Warren (1953-1969), o serviço judicial aumentou muito em razão dos *civil rights*. Na década seguinte (1970), a *caseload* ficou mais carregada ainda com as demandas relativas a seguro social e a aposentadoria de empregados.

Em 1972, o *Justice* Lewis Powell (1972-1987) teve uma idéia, fruto de observação. Sugeriu a criação de uma “cesta” (*pool*), onde os *law clerks* dos diversos gabinetes (*chambers*) trabalhassem em conjunto. O serviço ficou racionalizado. O denominado *certiorari pool*, de imediato, deu bons resultados.

Em 1988, o Congresso alterou mais uma vez a lei orgânica da magistratura: as *mandatory appeals* na prática desapareceram². Em outras palavras, o acesso recursal hoje só mesmo por intermédio da *petition for writ of certiorari*, cuja admissão fica, primeiramente, sujeita aos critérios objetivos do Regimento Interno da Suprema Corte (*U. S. S. C. Rules - Rule n. 10*), e, em segundo lugar, ao critério subjetivo da relevância, que consiste em avaliação discricionária. O *writ of certiorari* só vai para a *discuss list* se pelo menos 4 dos 9 juizes entenderem que a questão é relevante para o país e para a sociedade de um modo geral. Se não figurar na lista, o recurso não é conhecido.

Hoje, mais de 7.000 recursos de *certiorari* chegam à Suprema Corte todo ano. A maioria das *petitions* diz respeito a questões criminais, sobretudo de réus “legalmente miseráveis”, como se diz tecnicamente aqui no Brasil, ou *in forma pauperis*, como se fala tecnicamente por lá. De 1.825 recursos interpostos com pagamento de custas, só 4% re-

ceberam um “*granted*”; dos mais de 6.000 *certioraris* de “*recorrentes miseráveis*”, o percentual ficou em torno de 5% (MESSITTE, 2005).

A Constituição dos Estados Unidos, como já se antecipou, não fixou o número de juizes da Suprema Corte. Deixou por conta do Congresso. Originalmente, seis eram os julgadores: um *chief justice* e cinco *associate justices*. Lei de 1801 cortou um cargo de *associate*. Um ano depois, nova lei voltou com o número original. Em 1807, houve um acréscimo de mais um juiz-membro. Outro *associate justice* foi somado em 1837, mais outro, em 1863. Lei de 1866 determinou, porém, ficasse o número de *associates* congelado em seis. Por fim, em 1869, veio mais alteração: a Corte seria constituída de um presidente (*chief*) e oito juizes-membros (*associates*), montante que permanece até hoje (Cf. WILLOUGHBY, 1938, p. 526).

III – A Judiciary Act de 1789 e o nosso Decreto n. 848/1890. O Writ of Error. A Apelación constitucional argentina. A Emenda Constitucional n. 7/1977. O Critério da Relevância da Questão Federal. A Constituição Federal de 1988. A Emenda Constitucional n. 45/2004

Se a idéia da federação no Brasil se remontava aos tempos coloniais, a de república era mais recente. Com a queda do Império (1889), criou-se uma república federativa. A Constituição dos Estados Unidos da América foi nosso primeiro paradigma, como o tinha sido para a Argentina e outros países americanos de língua espanhola. Em 1890, pouco antes do advento de nossa Constituição definitiva (1891), o Governo Provisório baixou o Decreto n. 848, que se espelhou na *Judiciary Act* de 1789. Na seção 25 dessa Lei Orgânica federal americana, estava previsto um *recurso judicial* contra as decisões finais dos tribunais estaduais de mais alta instância quando se questionasse a validade de lei federal ou de tratado, ou quan-

do tais decisões fossem “*repugnant to the constitution, treaties, or laws of the United States*”. O nome desse meio impugnativo era “*writ of error*” (Cf. COMMAGER, 1958, p. 154). O recorrente, ao interpor o recurso, alegava *error in procedendo* ou *error in iudicando*, isto é, *errores of the law* (erros de direito) da decisão recorrida, a fim de que a Suprema Corte federal anulasse (cassasse) ou reformasse o julgado.

Pois bem, esse *writ of error* foi a origem de nosso “recurso extraordinário”. O mais pitoresco, como já se deixou registrado no item anterior (II), é que nos Estados Unidos, um ano depois da publicação da lei orgânica brasileira (1890), o recurso-paradigma foi substituído pelo *writ of certiorari*, que admitta a relevância da *federal question*.

O legislador brasileiro buscou também na República Argentina, que contava com uma constituição republicana havia mais de 30 anos, modelo para seu recurso extraordinário. A Lei argentina n. 48/1863, que trata do recurso extraordinário em seus arts. 14, 15 e 16, manteve o emprego do termo “*apelación*” para o recurso de “*sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales superiores de provincia*”. Mas, como esclarece Raúl Eduardo Escribano (2004), o recurso, legalmente cunhado de “*apelación*”, é, na doutrina e na jurisprudência, denominado “recurso extraordinário”, o que lhe dá uma idéia mais exata de sua natureza.

A Constituição brasileira de 1891, em seu art. 59, inciso III, § 1º, tal qual o art. 58, III, § 1º, do Decreto 510, de 22 de junho de 1890, falava simplesmente em “recurso”. O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que instituiu o Supremo Tribunal Federal e a Justiça Federal, também dizia que das decisões de última instância dos tribunais estaduais cabia “recurso” para o Supremo Tribunal Federal. Não adjetivou esse recurso³. Se não o batizou, inegavelmente teve em mente o *writ of error* da *Judiciary Act* de 1789⁴. O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (1891) aludia em seu art. 102 a “recursos extraordinários”. O mesmo se deu

em 1909, com a alteração do Regimento (art. 16, § 5º, b) (Cf. MAXIMILIANO, 1918, p. 614). O art. 24 da Lei n. 221/1894, porém, empregou o adjetivo “extraordinário”⁵.

Além de sua competência originária, que era ampla, o Supremo Tribunal Federal tinha por missão precípua julgar o recurso extraordinário, tal como previsto nas sucessivas Constituições e Cartas. Esse papel era crucial para a unidade da República, como já havia observado João Barbalho (1902, p. 240 et seq.) ao comentar nosso primeiro Estatuto Político republicano.

Diante da plethora de processos que desembocavam anualmente no Supremo Tribunal Federal, seguiu-se mais uma vez (com atraso) o figurino norte-americano: a introdução de critério de relevância da questão federal para a admissão do recurso extraordinário. A Carta de 1969, com a Emenda Constitucional n. 7/1977, passou a ter a seguinte redação:

“Art. 119. Compete ao Supremo Tribunal Federal:

- I -
-
- III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância por outros Tribunais, quando a decisão recorrida:
 - a) contrariar dispositivos desta Constituição ou negar vigência de tratado ou lei federal;
 - b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;
 - c) julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face da Constituição ou de lei federal; ou
 - d) der à lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal.

§ 1º - As causas a que se refere o item III, alíneas a e d, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.”

Sensível aos reclamos daqueles que lidavam com o Direito, sobretudo os advogados, o Constituinte de 1987/1988, depois de criar o Superior Tribunal de Justiça e os Tribunais Regionais Federais, além de outras modificações na estrutura judiciária, não ensejou a possibilidade da “relevância da questão federal”. Mais tarde, com o acúmulo insuportável de feitos no Supremo, duas emendas constitucionais buliram no texto original de 1988: a EC n. 3/1993 e a EC n. 45/2004.

A redação em vigor é a seguinte:

“Art.102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I -

.....

III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida:

a) contrariar dispositivo desta Constituição;

b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal;

c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição;

d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal.

§ 1º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

§ 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a reper-

cussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”

IV – Direito norte-americano: direito judicial. Direito brasileiro: direito legal. Nossa dificuldade em entender e aceitar os institutos da “Súmula Vinculante” e do “Critério da Relevância da Questão Federal”

Pela rápida exposição feita acima, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, observa-se uma luta política contínua, compreensível por sinal, para se diminuir o número excessivo de recursos que anualmente chegam aos tribunais *sui generis* das duas grandes Federações. O *leitmotiv* é: só deveriam chegar ao tribunal máximo da Nação questões altamente relevantes para a sociedade de um modo geral e para o país.

Nos Estados Unidos, as restrições ao acesso recursal (*appeal*) foram mais fáceis e menos dolorosas. Isso porque lá o sistema jurídico é diferente do nosso aqui. O Direito norte-americano é predominantemente “judicial”, pois alicerçado no *common law*. A evolução do juiz americano, diferentemente do juiz de filiação européia, tem forte viés político. O *judge* foi sempre tomado pela sociedade como membro de um “poder”. O juiz de formação européia, à qual nos filiamos, começou não como um “poder”, mas como integrante da Administração Pública. Lá, nos Estados Unidos, as decisões dos tribunais de última instância vinculam “naturalmente” os tribunais inferiores. É o primado do *stare decisis*, do precedente judicial. A quase totalidade dos conflitos lá tem solução pelas leis (*statutes*) e costumes locais, uma vez que cada Estado da Federação tem sua legislação própria, inclusive criminal⁶. Assim, as questões normalmente morrem nos tribunais de última instância estadual (*state supreme court* ou outro nome).

No Brasil, onde o Direito se acha fortemente ligado à família romano-germânica, há unidade de legislação. Praticamente toda nossa legislação é nacional. O campo material e processual deixado aos entes federados é pouco expressivo. Nosso Direito é “legal”. Desse modo, a introdução de um “modelo judicial”, jurisprudencial, não deixa de ser estranho à nossa formação cultural. Daí a dificuldade que temos em entender e aceitar os institutos da “súmula vinculante” e da “relevância da questão federal” (ou eventual nome que possa ter).

V – O que vem a ser uma Federal Question

A segunda parte do Art. VI da Constituição norte-americana fala que a “Constituição”, as “leis” (federais) e os “tratados” *shall be the supreme law of the Land*, e que os juízes de qualquer Estado se acham, por tal motivo, a eles vinculados (*and the Judges in every States shall be bound thereby*). Essa expressão “lei do país” vem da tradição anglo-saxônica. Constou da Magna Carta (item 29) e se acha visceralmente ligada ao instituto do *due process of law* (Cf. COOLEY, 1931, p. 275 et seq.). Pois bem, dentro do sistema do controle difuso da constitucionalidade das leis, as questões que abrangem a *law of the Land* são consideradas “questões federais”. São decididas não só por cortes federais, mas também por cortes estaduais. Como nos Estados Unidos cada Estado-Membro tem sua mais alta corte de justiça, por lá devem findar todos os recursos, salvo se implicarem uma “questão federal”. Essa, digamos, é a regra geral. As exceções são, porém, inúmeras.

A propósito da revisão pela *U. S. Supreme Court* de feitos julgados pelos tribunais estaduais de última instância, recorda o professor Laurence Tribe (1988, p. 162):

“Desde a *Judiciary Act* de 1789 até o atual *Judicial Code*, o poder da Suprema Corte de rever as decisões das cortes estaduais tem sido limitado às

questões federais decididas pelas cortes estaduais”.

É claro que nos Estados Unidos, como aqui no Brasil, a jurisdição pode-se firmar *ratione personae, ratione materiae, ratione pecuniae, ratione civitatis* etc. De um modo simplificado e geral, as ações (*lawsuits*) com “questões federais” devem ser aforadas nas cortes federais: na primeira instância, nas denominadas *U.S. District Courts*, que podem ser providas por um só juiz federal ou por um diminuto colegiado. A segunda instância federal, formada por 13 tribunais regionais federais, é constituída pelas *U.S. Courts of Appeals*.

Como a Federação americana partiu da associação de Estados independentes, o “normal”, digamos, é que a justiça estadual resolva todos os feitos de jurisdição comum. Às vezes, mesmo em se tratando de matéria federal, se não der alçada, a ação deve ser proposta na justiça estadual. Litígio de cidadão de um Estado com outro cidadão de outro Estado (*diversity of citizenship*), ou com o cidadão de país estrangeiro, deve ser decidido em primeiro grau pela justiça federal, e não estadual. A competência para questões falimentares é da justiça federal.

VI – O quórum do novo critério de admissibilidade do Recurso Extraordinário

A Carta de 1969, alterada pela Emenda n. 7/1977, deu força de lei ao Regimento Interno do Supremo Tribunal (art. 119, § 1º):

“As causas a que se refere o item III, alíneas *a* e *d*, deste artigo, serão indicadas pelo Supremo Tribunal Federal no regimento interno, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância da questão federal.”

Com a introdução da “relevância da questão federal”, o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF) foi adaptado (arts. 328 e 329). À evidência, a argüição da relevância era um *prius* em relação ao julgamento do recurso extraordinário (art.

328, § 5º, VI). No mínimo quatro ministros deveriam manifestar-se a favor da relevância (inc. VII). Da não-admissão não cabia recurso. A “lista” (mais um empréstimo...) dos feitos admitidos ou inadmitidos era divulgada pela imprensa oficial (inc. VIII).

O novo ordenamento constitucional, inaugurado em 1988, por não ter mais tocado no instituto, voltou à nossa tradição: o critério para o conhecimento do recurso extraordinário seria objetivo. Achava-se na própria Constituição.

Com a Emenda Constitucional n. 45/2004, volta com roupagem nova o critério da relevância. O texto constitucional novo não defere mais ao Supremo, como acontecia com a Emenda 7/1977, o poder de estabelecer em seu Regimento regras legais sobre o assunto. Diz o § 3º do inciso III do art. 102:

“No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”

Antes, pela Carta de 1969, alterada pela EC n. 7/1977 e pelo RISTF, o recurso extraordinário só seria admitido se contasse com o voto favorável de, no mínimo, quatro dos onze ministros do Tribunal. Hoje, não. Aparentemente o critério é outro. O critério é de quórum negativo. A regra, no tocante ao *discretionary power*, é: “todo recurso extraordinário que satisfaça os requisitos legais será admitido, a menos que 2/3 dos ministros entendam que as questões levantadas pelo recorrente não têm repercussão geral”. Pelo menos na aparência, hoje ficou mais fácil ter-se o recurso admitido do que antes, pela EC n. 7/1977.

VII – Conclusão

Como não poderia deixar de ser, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, as

regras de admissibilidade do extraordinário deverão ser mudadas para que as coisas possam permanecer do mesmo jeito.

Todos aqueles que se interessam pela história da Suprema Corte dos Estados Unidos sabem que o Presidente Franklin D. Roosevelt, diante das sucessivas podas em seu *New Deal* por uma Corte conservadora e empedernida, enviou ao Congresso, em março de 1937, um projeto de lei que aumentava o número de cargos da Suprema Corte: quando um juiz fizesse 70 anos e não se aposentasse, automaticamente ficava criado mais um cargo de *justice* até o limite de 15. Esse projeto recebeu o nome de *Court-Packing Bill* (Cf. ABRAHAM, 1986, p. 76). Houve muita reação, ao argumento de que se tratava de “uma ameaça à independência do judiciário federal” (*a threat to the independence of the federal judiciary*) (CHEMERINSKY, 1997, p. 186). O projeto de lei não foi para frente, mas as coisas se acomodaram com aposentadorias voluntárias, mudança de posição e pressão social. Desse modo, o aumento de juízes da Suprema Corte de 9 para 15, por exemplo, não seria um total despropósito. Mais *writs of certiorari* poderiam ser admitidos e, conseqüentemente, providos. Pela relevância do Judiciário na vida do americano, a aceitação seria fácil se o projeto partisse da própria Corte. O que lá não se tolera é a intrusão de poderes estranhos que atentem contra a independência do juiz, que começou na Idade Média com as velhas cortes inglesas que criaram raízes em Westminster.

E no Brasil? Caminhos já foram apontados há muito: transformação de nosso Supremo Tribunal Federal em tribunal constitucional, ou aumento de número de juízes⁷. Se o número de feitos continua excessivo (daí a Relevância e a Súmula Vinculante), por que não se começar pelo aumento do número de juízes? A Alemanha, Estado federal como o nosso, com uma população estimada em menos de 83 milhões de habitantes⁸, dispõe de um Tribunal Constitucional Federal ligado ao Poder Judiciário (*Die*

Rechtsprechung), com competência bem menor do que o nosso Supremo Tribunal Federal. Seu papel relevante está no julgamento da *Verfassungsbeschwerde* (defesa de direitos fundamentais e assemelhados) e no controle da constitucionalidade de normas (*Normenkontrolle*). Pois bem, mesmo assim, o *Bundesverfassungsgericht* tem 16 juízes, com mandato (*Amtszeit*) de 12 anos (Cf. JARASS; PIEROTH, 1992, p. 872). A República Portuguesa, com população menor do que a cidade de São Paulo⁹, conta um Tribunal Constitucional (art. 222^a, 1), que não integra o Poder Judiciário, com 13 juízes¹⁰. A Espanha, com uma população de 39 milhões de habitantes¹¹, ou seja, pouco mais do dobro da população de Minas Gerais, dispõe de um Tribunal Constitucional (art. 159) composto de 12 juízes com mandato de 9 anos¹². O Tribunal Constitucional da Áustria (*Verfassungsgerichtshof*) é formado de 14 juízes¹³. A população austríaca é menor do que a da cidade de São Paulo¹⁴. A Itália, com população aproximada de 57 milhões e meio¹⁵, dispõe de uma *Corte Costituzionale* formada de 15 juízes (art. 135). Por último, o *Conseil Constitutionnel* francês, com 9 juízes (art. 9)¹⁶, com mandato de 9 anos, serve a uma população de menos de 58 milhões e meio de habitantes¹⁷.

Se a população brasileira já ultrapassou a casa dos 180 milhões¹⁸, penso que o número de juízes de nosso Supremo Tribunal Federal bem que poderia ser, com grande vantagem para os jurisdicionados, ampliado. A alegação de que o maior número de juízes dificultaria a fixação da jurisprudência acha-se na contramão de outras cortes ou tribunais constitucionais estrangeiros, como se acabou de ver, ainda que pela rama. Também não me parece consistente dizer que o brasileiro, por não ter a politização do europeu, pouco se preocupa com as “questões federais”, ou melhor dizendo, com as “questões constitucionais”. Ao contrário, a demora da prestação jurisdicional é sempre um fator importante que pesa na *animus litigandi*. Por outro lado, ainda assim, o núme-

ro de recursos extraordinários não conhecidos atesta o contrário.

Notas

¹ A tradução foi livre. No original: “(...) the judiciary must change with the changing times” (Disponível em: <http://www.lectlaw.com/files/jud38.htm>. Acesso em: 2 set. 2005).

² Admitia-se, não obstante, que julgado de tribunal distrital federal colegiado (*three-judge district courts*) subisse como *mandatory appeal*.

³ “Art. 9^o Paragrapho unico. Haverá também *recurso* para o Supremo Tribunal Federal das sentenças definitivas proferidas pelos tribunais e juizes dos Estados (...)”.

⁴ “Na essência, o nosso recurso extraordinário é idêntico ao *writ of error* dos norte-americanos. O que diferencia um do outro, é que, competindo pela Constituição norte-americana aos Estados legislar sobre o direito civil, comercial e penal, e sendo essa atribuição entre nós conferida ao Congresso Nacional, maior ha de ser necessariamente em nosso país o numero de casos em que tal recurso pôde e deve ser interposto; pois, sua função no Brasil consiste em manter, não só a autoridade da Constituição e de algumas leis federaes, como a autoridade, e consequentemente a unidade, do direito civil, comercial e penal, em todo o territorio da União” (LESSA, 1915, p. 103 et seq.).

⁵ “O Supremo Tribunal Federal julgará os recursos extraordinários das sentenças dos tribunais dos Estados, ou do Distrito Federal, nos casos expressos nos artigos 59, § 1^o e 61 da Constituição e no artigo 9^o, § único, letra c, do Decreto n. 848, de 1890, pelo modo estabelecido nos artigos 99 e 102 do seu regimento.”

⁶ A *Judiciary Act* de 1789 não falou em procedimento criminal. Em 1917, todavia, inicia um período de regulamentação do processo penal pelo Congresso (Cf. MAYERS, 1955, p. 137). O conceito de codificação nos Estados Unidos é diferente do nosso. Está mais para “compilação” do que mesmo para codificação. Existe um *Federal Rules of Criminal Procedure*, uma espécie de Código de Processo Penal, como também existe um “código” penal federal.

⁷ Ver o resumo de Corrêa (1987, p. 42 et seq.).

⁸ Cf. Disponível em: <http://www.destatis.de/presse/englisch/pm2003/p2300022.htm>. Acesso em: 20 set. 2005.

⁹ Pelo censo de 2004: 10.536 habitantes. Cf. Disponível em: <http://www.portugal.gov.pt/Portal/PT/Portugal>. Acesso em: 20 set. 2005.

¹⁰ Texto integral após a IV Revisão Constituição (2004). Disponível em: http://www.presidencia.republica.pt/pt/republica/constituicao/crp_1.html. Acesso em: 20 set. 2005.

¹¹ Disponível em: <http://www.language.iastate.edu/sp304/es/espana.htm>. Acesso em: 20 set. 2005.

¹² Disponível em: http://www.congreso.es/funciones/constitucion/titulo_9.htm. Acesso em: 20 set. 2005.

¹³ Disponível em: <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/vfgh/organisation.html>. Acesso em: 20 set. 2005.

¹⁴ Cerca de 8 milhões e 100 mil habitantes. Cf. Disponível em: <http://www.ceja.educagri.fr/por/por/autr.htm#sol>. Acesso em: 20 set. 2005.

¹⁵ Disponível em: http://agriprim.se/eu/default_sp.asp?eobjektID=20&heading=objekt&allaegenskaper=yes&frmCompare=yes&eugruppID=-1. Acesso em: 30 set. 2005.

¹⁶ Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/constit.htm#Titre%20VII>. Acesso em: 20 set. 2005.

¹⁷ Disponível em: <http://www.guiadelmundo.com/paises/france/poblacion.html>. Acesso em: 20 set. 2005.

¹⁸ Disponível em: http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_imprensa.php?id_noticia=207. Acesso em: 20 set. 2005.

Referências

ABRAHAM, Henry J. *The judicial process: an introductory analysis of the courts of the United States, England, and France*. 5. ed. New York: Oxford University Press, 1986.

BARBALHO, João. *Constituição federal brasileira: comentários*. Rio de Janeiro: Litho-Tipografica, 1902.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional law: principles and policies*. New York: Aspen Law & Business, 1997.

COMMAGER, Henry Steele (Ed.). *Documents of American history*. 6. ed. New York: Appleton-Century-Crofts, 1958.

COOLEY, Thomas M. *The general principles of constitutional law in the United States of America*. 4. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1931.

CORRÊA, Oscar D. *O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

ESCRIBANO, Raúl Eduardo. Introducción al recurso extraordinario em la Republica Argentina, 1998. *Estudio Jurídico*, Buenos Aires, out. 1998. Disponível em: <<http://members.tripod.com/~escribano/recurso.html>>. Acesso em: 13 dez. 2004.

JARASS, Hans D.; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 2. ed.. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1992.

LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di. *Il gattopardo*. Itália: Feltrinelli, 2005.

LESSA, Pedro. *Direito constitucional brasileiro: do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria F. Alves, 1915.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à constituição brasileira*. Rio de Janeiro: J. R. Santos, 1918.

MAYERS, Lewis. *The American legal system*. New York: Harper & Brothers, 1955.

MESSITTE, Peter J. The writ of certiorari: deciding which cases to review. *USINFO*, Washington, [2005?]. Disponível em: <<http://usinfo.state.gov/journals/itdhr/0405/ijde/messitte.htm>>. Acesso em: 8 set. 2005.

REHNQUIST, William H. Lecture. *Lectlaw*, [S. l., 2005?]. Disponível em: <<http://www.lectlaw.com/files/jud38.htm>>. Acesso em: 2 set. 2005.

THE JURISDICTION of the federal courts: understanding the federal courts. *U.S.Courts*, Washington, [2005?]. Disponível em: <http://www.uscourts.gov/understand02/content_4_0.html>. Acesso em: 13 set. 2005.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 2. ed. New York: The Foundation Press, 1988.

WILLOUGHBY, Westel W. *Principles of the constitutional law of the United States*. 2. ed. New York: Voorhis & Co, 1938.

Evolução do instituto do controle de constitucionalidade no Brasil

Da Constituição Imperial à Emenda Constitucional nº 45/2004

Andreo Aleksandro Nobre Marques

Sumário

1. O controle de constitucionalidade no Brasil. 2. A Constituição imperial de 1824. 3. A primeira Constituição republicana (1891). 4. A Constituição de 1934. 5. A Constituição de 1937. 6. A Constituição de 1946. 7. A Constituição de 1967 e de 1969. 8. A Constituição de 1988.

1. O controle de constitucionalidade no Brasil

É possível dizer que o controle de constitucionalidade em nosso país só foi inaugurado com a Constituição republicana de 1891, quando foi instituído o sistema difuso de controle, em razão da influência exercida pelo sistema norte-americano, derivado, entre outras coisas, da adoção da forma federativa e republicana.

Vejamos, então, como foi que se deu a evolução do instituto em nosso ordenamento, não deixando de mencionar o que havia em nossa primeira Constituição até chegar aos dias de hoje.

2. A Constituição imperial de 1824

A primeira Carta de nossa breve história como nação independente, outorgada por Dom Pedro I, previa, como se sabe, o Poder Moderador, que, na verdade, nada mais fazia do que conferir primazia ao Poder Executivo em detrimento dos Poderes Legislativo e Judiciário, pois incumbia ao Imperador, titular do Poder Moderador e do Poder

Andreo Aleksandro Nobre Marques é Juiz de Direito no Estado do Rio Grande do Norte, Especialista em Direito Processual Civil e Penal pela Universidade Potiguar, Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Professor de Direito Processual Penal e Processual Civil da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte, Professor de Direito Processual Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte, Coordenador de Ensino da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte.

Executivo (BONAVIDES, 2004, p. 364), solucionar os embates existentes entre os poderes (CLÈVE, 2000, p. 81).

Cabia ao Poder Legislativo, segundo a Constituição de 1824, exercer a guarda da Constituição, apesar de que não era descrito nenhum mecanismo para que a tarefa fosse cumprida (CLÈVE, 2000, p. 81), motivo pelo qual não é possível falar em controle de constitucionalidade.

Na verdade, impediram a criação de um controle de constitucionalidade naquela Constituição, especialmente para o caso de ser realizado pelo Poder Judiciário, não só o fato da concentração de poder nas mãos do Imperador¹, mas também a forte influência exercida pela França e Inglaterra no incipiente Estado brasileiro, países nos quais imperava a supremacia parlamentar (CLÈVE, 2000, p. 80-81), o que tornava absurdo o controle de constitucionalidade dos atos legislativos, ou, quando o controle era admitido, somente se exercido por um órgão político estranho aos quadros do Poder Judiciário.

3. A primeira Constituição republicana (1891)

Retomando-se o que foi dito no início da exposição, foi sob a égide da Constituição republicana de 1891 que surgiu o controle de constitucionalidade dos atos normativos no Brasil. Em sintonia com o sistema norteamericano, de controle difuso, ou por via de exceção, cumpria a todos os órgãos do Poder Judiciário, na apreciação de casos concretos, verificar a conformidade das leis e dos atos dos Governos com a Constituição.

Realmente, dispunha o art. 59 da Carta Política de 1891 que competia aos Tribunais ou Juízes Federais julgar as causas em que quaisquer das partes fundamentassem a ação ou a defesa em dispositivo da Constituição, enquanto o art. 58, § 1º, *b*, estabelecia a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar os recursos das decisões de última instância, sempre que se contestasse a validade das leis ou atos dos Governos

dos Estados perante a Constituição, bem assim das leis federais, ou quando o Tribunal do Estado decidisse pela validade dos atos ou leis cuja constitucionalidade fosse contestada pelas partes (BITTENCOURT, 1997, p. 28).

Se não bastasse isso, veio a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, deixar mais clara a adoção do controle de constitucionalidade pelos órgãos jurisdicionais, ao dispor, em seu art. 13, § 10, que:

“Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição” (BITTENCOURT, 1997, p. 29).

Desde então, vigora no Brasil o controle de constitucionalidade difuso, sendo pacificamente aceito o poder dos juízes para dizer se o ato normativo está em conformidade ou não com a Lei Suprema.

4. A Constituição de 1934

A Carta Constitucional de 1934 veio trazer algumas novidades no campo do controle de constitucionalidade. Assim, condicionou a eficácia jurídica da declaração de inconstitucionalidade pelos tribunais, federais ou locais, ao voto da maioria absoluta dos membros dessas cortes (BITTENCOURT, 1997, p. 20, 46). Como esclarece Bittencourt, embasado em Cooley, trata-se de uma louvável precaução diante da importância da matéria sob julgamento, dizendo ainda:

“Seguiu-se, no particular, ainda uma vez, a orientação dos Estados Unidos da América, onde os tribunais, em sua maioria, têm assentado fazer depender o julgamento das controvérsias constitucionais da presença de todos os membros do tribunal – *full bench*” (BITTENCOURT, 1997, p. 44).

Por outro lado, a fim de dar eficácia *erga omnes* às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, prescreveu, em seus artigos 91, IV, e 96, competir ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário” (CLÈVE, 2000, p. 85).

Isso era muito importante, apesar de insuficiente, para a realidade jurídica brasileira, com forte inspiração no sistema da *civil law* ou do direito romano-germânico, ao contrário da experiência dos Estados Unidos, que seguiram a tradição da força dos precedentes – *stare decisis* – da *common law* inglesa.

Realmente, tendo em vista que a declaração da inconstitucionalidade no caso concreto só vigorava entre as partes, permanecendo a lei ou o ato normativo válidos para todas as demais pessoas, inclusive não vinculando os demais órgãos do Poder Judiciário, que detinham independência para interpretar a Constituição nos casos concretos que lhes fossem submetidos, urgia a obtenção da eficácia *erga omnes* dos efeitos da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca de inconstitucionalidade, tendo o constituinte instituído a fórmula que se valia da cooperação do Senado Federal.

Note-se que somente agora, passados mais de setenta anos, por força da alteração constitucional decorrente da promulgação da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 2004, é que se poderá falar em vinculação dos demais órgãos judiciários às decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal que reconhecerem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo.²

Isso porque não deve passar despercebido que o princípio vinculante foi introduzido, anteriormente, no controle de constitucionalidade brasileiro com a ação declaratória de constitucionalidade, conforme lembrado por Oswaldo Luiz Palu (2001, p. 127), inovação trazida pela Emenda Constitucio-

nal nº 3, de 17 de março de 1993, que prescreveu que as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal produziram eficácia contra todos e efeito vinculante.³

Tendo em vista a importância da inovação, transcreve-se, desde já e na íntegra, o § 2º do art. 102 da atual Constituição da República Federativa do Brasil, alterado pela referida Emenda Constitucional:

“§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Mas as novidades não acabam aqui. Também no controle difuso de constitucionalidade, poderá o Supremo Tribunal Federal aprovar súmula dotada de efeito vinculante, conforme se percebe do novel art. 103-A da CRF, *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento da súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

Apesar de forte manifestação contrária de diversos setores da sociedade, inclusive da Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, com medo, por exemplo, do “engessamento” do Direito, parece que veio em boa hora a adoção da súmula vinculante, a fim de coibir a grande diversidade de decisões acerca de uma mesma matéria, principalmente quando o Supremo Tribunal Federal, órgão que recebeu do Poder Constituinte originário a alta missão de velar a Constituição, já tiver se manifestado reiteradas vezes sobre o tema. Assegura-se, com isso, o prestígio do Poder Judiciário como um todo, devendo ser realçado também que o titular do Poder Constituinte derivado prescreveu instrumento adequado para tornar efetivo o conteúdo da súmula vinculante, ao se admitir reclamação constitucional diretamente ao Supremo Tribunal Federal, que poderá anular o ato administrativo ou cassar a decisão que afronte o entendimento sumulado ou o aplique indevidamente.

Ademais, fortalece o Poder Judiciário em relação aos outros poderes, haja vista que, no controle difuso de constitucionalidade, apesar de não bastar a decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal para que seja suspensa a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional (o que permitiria, desde logo, a produção de efeitos *erga omnes*), sendo necessária ainda a coo-

peração do Senado Federal (art. 52, X, CRF), como a súmula vinculará todos os órgãos do Poder Judiciário e da administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, terminará por alcançar o mesmo resultado.

Voltando à Constituição de 1934, também instituiu a representação interventiva⁴, o que representou para Paulo Bonavides (2004, p. 328) um grande passo em direção ao controle concentrado de constitucionalidade ou por via de ação. A representação interventiva podia ser instaurada pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, como forma de resolução de conflitos adequada ao pacto federativo, todas as vezes que o Estado federado afrontasse os denominados princípios sensíveis da Constituição, fazendo depender a lei de intervenção, da lavra do Senado Federal, da apreciação de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (CLÈVE, 2000, p. 85).

E, finalmente, conforme ressaltado por Paulo Bonavides (2004, p. 328), instituiu o mandado de segurança “para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade”.

5. A Constituição de 1937

Por sua vez, a Constituição outorgada do “Estado Novo” (1937) caracterizou-se pelo acentuado retrocesso em vários campos, inclusive em matéria de controle de constitucionalidade. Deixou de tratar, por exemplo, da possibilidade de suspensão pelo Senado Federal da execução da lei que o Supremo Tribunal Federal tivesse declarado inconstitucional por decisão definitiva, impedindo que produzisse efeitos *erga omnes* e a vinculação dos outros órgãos judiciários, o mesmo se dando em relação à representação interventiva.

Além disso, estabeleceu, em seu art. 96, parágrafo único, que o Presidente da República poderia, tendo sido declarada a incons-

titucionalidade de uma lei que, a seu juízo, fosse necessária ao bem-estar do Povo, à promoção ou defesa do interesse nacional relevante, submetê-la novamente ao Poder Legislativo, sendo que, confirmada a lei por dois terços de votos em cada uma das Casas, sobejaria sem efeito a decisão do tribunal (PALU, 2001, p. 128-129), fortalecendo excessivamente o Poder Executivo em detrimento dos outros poderes constituídos.

6. A Constituição de 1946

A Lei Maior promulgada em 1946 retomou a senda desbravada pela Carta de 1934, superando a involução proporcionada pela outorgada Constituição de 1937 (BONAVIDES, 2004, p. 329).

Assim, voltou a prever a possibilidade de suspensão, por parte do Senado Federal, da execução de lei que o Supremo Tribunal Federal tivesse declarado inconstitucional, sendo expresso agora, inversamente à Carta de 1934, que somente era possível a suspensão se a decisão fosse da Corte Suprema, e não de qualquer outro órgão judiciário (POLETTI, 2001, p. 83).

Restabeleceu também a representação interventiva, que foi modificada para condicionar a intervenção à análise pelo Supremo Tribunal Federal da lei local que tivesse sido apontada como inconstitucional (PALU, 2001, p. 131), diferentemente do modelo criado pela Constituição de 1934, em que o Supremo Tribunal analisava a constitucionalidade da lei interventiva elaborada pelo Senado Federal, conforme a disciplina dada pela Lei 2.271, de 22 de julho de 1954, e pela Lei 4.337, de 1º de junho de 1964.

Ademais, foi durante a vigência da Constituição de 1946, mas já durante o regime militar, com a Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, que se instituiu a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, a ser instaurada por provocação do Procurador-Geral da República. Essa

inovação veio a permitir a ampla fiscalização da constitucionalidade, pelo controle concentrado, de toda e qualquer lei, bem assim de todo e qualquer ato de natureza normativa, federal ou estadual, e não somente das leis estaduais que justificassem a intervenção federal (CLÈVE, 2000, p. 88-89).

Finalmente, permitiu também, a partir do acréscimo do inc. XIII ao art. 124 da Constituição de 1946, que os Estados federados instituíssem a fiscalização da constitucionalidade da lei ou ato dos Municípios que conflitasse com a Constituição do Estado, ação a ser processada e julgada pelos Tribunais de Justiça (PALU, 2001, p. 132).

7. A Constituição de 1967 e a de 1969

Essas Constituições, outorgadas durante o regime militar, mantiveram as características do controle de constitucionalidade herdado da Constituição de 1946, com pequenas alterações.

Assim, a Constituição de 1967 aboliu a possibilidade de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça para o controle direto de constitucionalidade da lei ou ato do Município que colidisse com a Constituição do Estado federado.⁵

Além disso, com base em seu art. 11, § 2º, transferiu, na representação interventiva, a competência para suspensão do ato estadual da alçada do Senado Federal para a do Presidente da República (CLÈVE, 2000, p. 89).

A Constituição de 1969, por sua vez, em seu art. 15, § 3º, *d*, possibilitou o controle da constitucionalidade da lei municipal que atentasse contra os princípios sensíveis contidos nas Cartas dos Estados federados (PALU, 2001, p. 133), conforme o modelo federal, e, por meio da Emenda Constitucional nº 7/77, além da inovação referida na nota de rodapé nº 3, permitiu expressamente, de acordo com o art. 119, I, *p*, nas representações promovidas pelo Procurador-Geral da República, a possibilidade de concessão de liminar cautelar.

8. A Constituição de 1988

Sob a égide da Constituição de 1988, excluídos os institutos que já foram mencionados, isto é, a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, novidade introduzida pela EC nº 3/93, e a possibilidade de efeito vinculante das decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, assim como de aprovação pelo Supremo Tribunal Federal de súmula vinculante no controle difuso de constitucionalidade, de acordo com as inovações trazidas pela EC nº 45/04, o que revela a manutenção de um sistema misto de controle de constitucionalidade, merece ser destacado também: o incremento do leque dos legitimados para ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual; a ação de inconstitucionalidade por omissão (§ 2º do art. 103 da CRF); a argüição de descumprimento de preceito fundamental; o mandado de injunção; o mandado de segurança coletivo; e a possibilidade de recurso extraordinário para o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional.⁶

A partir da Carta em comento, não só o Procurador-Geral da República pode promover a ação direta de inconstitucionalidade, mas também o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa⁷, o Governador de Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. A ampliação do rol dos legitimados veio em boa hora, a fim de proteger mais eficazmente os cidadãos de possíveis investidas dos Poderes Constituídos em detrimento do que foi assegurado pela Constituição. Não obstante, não foi ainda dessa vez que se legitimou qualquer cidadão a provocar o controle da constitucionalidade das leis, o

que caracterizaria ainda mais a feição democrática da Carta de 88.

Ademais, originariamente, a ação declaratória de constitucionalidade somente poderia ser proposta pelo Presidente da República, pelas Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República. Porém, a EC nº 45/04 também revogou o § 4º do art. 103, que havia sido acrescentado pela EC nº 3/93, e alterou a redação do *caput* do art. 103 da CRF, de forma que hoje coincidem os legitimados para a propositura de ação declaratória de constitucionalidade e de ação direta de inconstitucionalidade.

Notas

¹ A esse respeito, comenta Bittencourt (1997, p. 28): “[...] como ‘chave de tóda a organização política’, existia o Poder Moderador, investido da função de manter a ‘independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes políticos’ (artigo 98), funcionando, no dizer do próprio Benjamin Constant, como ‘o poder judiciário de todos os outros poderes’. Ele constituía – segundo a lição do Visconde do Uruguai – ‘a suprema inspeção sobre os poderes Legislativo, Executivo e Judicial, o alto direito que tem a nação de examinar como os poderes por ela delegados são exercidos, e de manter a sua independência, equilíbrio e harmonia’. Ora, num sistema em que existia sobre os três poderes normais tal ‘suprema inspeção’, é evidente que não seria possível delegar ao Judiciário o controle dos atos do Congresso. Esse controle só poderia caber – se se pudesse atribuir a outro departamento do governo – ao Poder Moderador”.

² Perceba-se que a Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999, em dispositivos de constitucionalidade bastante duvidosa, já que a Constituição da República Federativa somente havia autorizado eficácia *erga omnes* e efeito vinculante nas decisões definitivas de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nas ações declaratórias de constitucionalidade, já havia previsto, no parágrafo único do art. 28, a mesma eficácia e a determinação de efeito vinculante derivadas das decisões da Suprema Corte que declarassem a inconstitucionalidade de lei e, no § 1º do art. 11, para a medida cautelar que fosse concedida na ação direta de inconstitucionalidade.

³ Entretanto, Clèmerson Merlin Clève (2000, p. 89) alude que já a Emenda Constitucional nº 7/77 “atribuía ao Supremo Tribunal Federal competên-

cia para a interpretação, com efeito vinculante, de ato normativo”.

⁴ O que hoje se denomina ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

⁵ Nesse sentido, Cf. CLÈVE, 2000, p. 89, e também PALU, 2001, p. 133.

⁶ A partir da EC nº 45/04, também é cabível recurso extraordinário das causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida “julgar válida lei local em face de lei federal”, de acordo com a acrescentada alínea *d* ao art. 102, III, da CRF, o que era anteriormente da competência do Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial, e que, agora, somente será competente para julgar o recurso nos casos em que a decisão “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal” (art. 105, III, *b*, CRF).

⁷ Alterando o inc. IV e V do art. 103, a EC nº 45 expressamente introduziu, o que não era imprescindível, tendo em vista o entendimento da doutrina e da jurisprudência, e também a previsão do art. 2º, IV e V, da Lei 9.868/99, a legitimidade da Mesa da Câmara Legislativa do Distrito Federal e do Governador do Distrito Federal.

Referências

BITTENCOURT, C. A. Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*. 2. ed. atual. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

POLETTI, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. 2. ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Soberania: poder limitado (parte II)

Ronaldo Guimarães Gallo

Sumário

1. Introdução. 2. Evolução do poder constituinte. 3. *Jus cogens*. 4. *Jus cogens* e soberania. 5. Conclusão.

1. Introdução

Elucidadas, em nosso trabalho anterior, as características e contornos da Soberania e do Poder Constituinte com a conclusão de que o caminho, até onde desvendado, não nos permite alcançar o intento deste estudo, passaremos, em decorrência, a apresentar uma evolução do Poder Constituinte, que findará por alcançar o instituto de direito internacional denominado *jus cogens*. Diante desse objeto, ultrapassada a etapa do delineamento dos conceitos e características, questionaremos a sua circunscrição internacional, bem como quais são suas formas de atuação.

Prosseguindo, verificaremos que a junção das regras de *jus cogens* com normas que resguardam os direitos humanos propiciará observarmos o surgimento de uma nova força, e dessa junção poderemos abstrair inúmeras conclusões, atreladas a novos entendimentos. Para colorir as novas condições dispostas, acrescentaremos alguns exemplos que poderão ajudar no esclarecimento do que estará se iniciando a propor.

Ante a dimensão do estudo realizado no tópico precedente, apresentaremos um embate entre as regras de *jus cogens* e o instituto

Ronaldo Guimarães Gallo é Procurador Federal (SP) e especialista em direito constitucional.

da soberania, desvendando como aquele pode ser útil a este, ou mesmo quais são os novos contornos que o *jus cogens* submete à soberania.

Ultrapassadas todas essas fases, apresentaremos a conclusão do nosso trabalho, lembrando, rapidamente, as várias etapas que percorremos, os subsídios que angariamos e a base que nos postamos para responder se há limites ao poder soberano e, em havendo, qual sua dimensão e o seu sentido.

2. *Evolução do poder constituinte*

Como ressaltado na primeira parte deste estudo, o entendimento acerca da limitação/ilimitação do poder constituinte/soberania, calcada nas diretrizes advindas da teoria (jusnaturalista ou juspositivista) adotada como fundamento, deixa a análise inconclusa, ao bel sabor do hermenauta¹.

Quer dizer que o delineamento do problema, nos moldes acima aventados, é equívoco? Entendemos que não. É evidente que o desenrolar do tema sob a ótica desta ou daquela doutrina, alcançando um determinado resultado, explica o fenômeno e traça os seus balizamentos a contento, de forma a desenhar, com precisão, suas características.

Ocorre que, para nós, a precisão é limitada ao foco expresso no entendimento advindo da doutrina que serviu de premissa ao estudo do conceito, o que torna a equação inconclusa (tanto quanto o desvendar da natureza jurídica do poder constituinte).

O intuito, agora apresentado, é nos desvincularmos das amarras expressas nessas doutrinas e, ainda assim, delinear os contornos da soberania de forma satisfatória, alcançando o desiderato último deste trabalho, que é averiguar se o poder soberano possui limites à sua atuação.

Neste ponto, com base no já desenvolvido, averigua-se que: a) o poder constituinte/soberania não pode atuar de forma ilimitada, eis que encontra balizamento nos princípios provindos do direito natural; b)

de outro lado, a teoria positivista não vislumbra juridicidade no poder (social) de fundar uma Constituição, logo, a imposição de condicionamentos na criação de normas que comporão a Carta será estipulada (ou não) pela própria comunidade, sendo certo que o conteúdo das regras constitucionais criadas de nada importará para a validade das mesmas, pois

“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 efetivamente 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, 1998, p. 225).

Portanto, num primeiro enfoque, o que se tem é a limitação do poder constituinte tanto com fundamento na doutrina do direito natural, quanto na teoria positivista. Para aquela, a limitação provém, como já referido, dos princípios abstraídos do direito natural, e, para esta, das próprias imposições estabelecidas pela força social constituinte.

Aprofundando-nos no enfoque conferido, denota-se que, na verdade, o que se tem, também com base nas duas teorias, é a não-limitação, a verdadeira ausência de vinculação do poder constituinte.

Ora, para a doutrina jusnaturalista, as amarras que vinculariam a atuação do poder constituinte são ligadas à razão e esta, por sua vez, à comunidade em que se encontra atuante aquele poder. Logo, independentemente da cultura vigente no seio daquela comunidade, o que implica dizer da vertente do pensamento social (majoritário) que preencherá o conteúdo das normas, certamente as regras criadas estarão em sintonia com a razão propalada naquele centro, ainda que totalmente contrárias aos princí-

pios do direito natural para o resto do mundo. Portanto, não há limitação, a não ser aquelas convenientemente trazidas pelo constituinte.

Para os juspositivistas, o constituinte também trabalhará, porque não dizer, a razão². O poder social atuante terá como limitações as razões elencadas pelo próprio, pelos que estiverem manobrando aquele especial poder. Assim, da mesma forma, a ausência de limitação é patente, eis que estará vedado o que o constituinte *convenientemente* quiser.

O que intentamos esclarecer é que não existe limitação quando esta provém da vontade daquele que está manejando o poder. O poder constituinte, tal como desenvolvido pelas duas teorias ora trabalhadas, encontra-se nessa situação, qual seja, de *real* ausência de vinculação, não obstante a possibilidade de se criar óbices (limitações) teóricos/doutrinários.

Exemplifiquemos: em mais de trinta países situados na África e no Oriente Médio, é comum a chamada infibulação, consistente

“na ablação parcial do clitóris e dos lábios vaginais, e sua costura, deixando apenas uma pequena passagem, de forma a tornar impossível o coito ou qualquer ato sexual. (...) É um costume simplesmente aterrador, e difícil de se acreditar que ainda exista. É responsável por muitas mortes e muito sofrimento” (ROCHA, 2002).

Prosseguindo no exemplo, trazemos a narrativa do Congressista Marcos Rolim, que em 1993 participou do “Encontro Mundial dos Direitos Humanos”, em Viena, na Áustria, e lá teve a oportunidade de participar de um debate, numa reunião não oficial que reuniu milhares de ativistas de direitos humanos de todo o mundo, sobre a violência contra a mulher. Nessa ocasião, as lideranças femininas e as *Organizações Não Governamentais* que haviam preparado os trabalhos desse grupo selecionaram, previamente, um caso típico de violência praticada contra a mulher em cada nação.

Como violência típica praticada contra as mulheres na Somália, país de tradição muçulmana, foi trazido o seguinte costume milenar, assim narrado pelo congressista:

“Em janeiro daquele ano, cinco mulheres somalis foram condenadas pelas leis do seu país por conta de uma conduta que sua legislação criminaliza: a prática do adultério. Até aí nenhuma novidade, pois, ainda hoje, a nossa Legislação Penal faz menção ao adultério³. Mas, na tradição daquele país, há duas diferenças básicas: a primeira, o fato de que esse é um crime conceitualmente feminino no sentido de que os homens não o praticam, porque possuem autorização legal para manter vários casamentos; logo, não se exige dos homens a fidelidade conjugal e eles, portanto, não transgridem a norma. Só se exige a fidelidade das mulheres. Assim, apenas elas podem ser as transgressoras. A segunda diferença é que essa conduta é penalizada em vários desses países com a pena de morte. Na Somália, especialmente, a sentença capital é executada da seguinte forma: as mulheres adúlteras são enterradas vivas na areia com a cabeça de fora e apedrejadas até à morte pela população. Enquanto essa denúncia era realizada, grupos de mulheres presentes à Conferência distribuía uma cartilha, cuja capa trazia a ilustração de um paralelepípedo e o título “Instruções gerais para o apedrejamento de mulheres adúlteras”, documento oficial editado pelo Governo do Irã. Esse tipo de tradição nos horroriza, não é mesmo? Acompanhamos as práticas ainda comuns nessas nações, como as da excisão do clitóris; em verdade, uma mutilação a que são submetidas as mulheres nesses países. (...) o clitóris é extirpado por conta da idéia culturalmente legitimada nessas nações

de que as mulheres desprovidas do clitóris estarão afastadas do prazer sexual e, por conta disso, serão tendencialmente mais fiéis aos seus maridos quando casadas. A obsessão pela fidelidade feminina é impressionante na tradição cultural desses países. Observamos tudo isso e nos horrorizamos. O ponto é: os muçulmanos não se horrorizam. Já encontramos resistências, felizmente, nessas nações; mas, majoritariamente, a tradição islâmica considera esse tipo de prática absolutamente normal e a considera normal por uma única razão: porque são práticas que são repetidas milenarmente, que remontam aos tempos bíblicos. Aquilo que está introduzido nessa tradição cultural não é separado para reflexão. É, simplesmente, reproduzido.” (ROLIM, [200-?]).

Imaginando, hipoteticamente, que um dos inúmeros países que adotam as tradições horripilantes acima narradas intente elaborar uma nova Constituição. Tem-se que o poder constituinte, quando atuante, poderá muito bem validar essas regras brutais e inseri-las no Texto Político, sendo certo que não poderão ser consideradas inválidas nem com base no direito natural, muito menos com fundamento na doutrina positivista. Ao contrário, constituirão regras que comporão o Direito do país.

Não se pode discordar que as regras imaginadas não se encontram dentro da razão reinante naquela comunidade; também se verifica que o poder constituinte, ainda que tenha colocado limites à sua atuação, dentro destes não inseriu a proteção (mínima) à mulher, especialmente no que tange ao brutal tratamento a elas dispensado. Isso porque, quanto a esse ponto, não vislumbrou o constituinte a necessidade de limitação, eis que tais episódios são culturalmente aceitos. Como bem ressaltado pelo congressista Rolim ([200-?]), “a tradição islâmica considera esse tipo de prática absolutamente normal e a considera normal por uma única razão: porque

são práticas que são repetidas milenarmente, que remontam aos tempos bíblicos”.

Outro exemplo que entendemos ser interessante trazer à colação ocorreu nos Estados Unidos da América e diz respeito à segregação racial, tema sempre atual. Narra o Prof. Gustavo Binenbojm (2005) que

“Homer Plessy, cidadão norte-americano do Estado da Louisiana, protagonizou, em fins do século XIX, um episódio que, por seus contornos peculiares, entrou para a história em algum lugar entre o trágico e o patético: foi preso e condenado, de acordo com as leis penais de seu Estado, por haver sido pego viajando em um vagão de trem reservado exclusivamente para passageiros brancos. De parte seu conteúdo lamentável, o dado curioso do caso é o de que Plessy tinha em sua ascendência apenas um bisavô afro-descendente, sendo seu *sangue*, na mentalidade vigente à época, 7/8 (sete oitavos) branco-caucasiano e só 1/8 (um oitavo) negro.

Alçada a questão ao conhecimento da Suprema Corte dos Estados Unidos, para apreciação da constitucionalidade da lei que impunha a segregação racial em acomodações públicas na Louisiana, o veredito foi ainda mais ultrajante: contra uma única dissidência, a mais alta Corte de Justiça norte-americana entendeu que a separação compulsória entre pessoas de origens raciais distintas em recintos públicos não caracterizava violação tanto da 13ª Emenda à Constituição do país – que abolira a escravidão – como da 14ª Emenda, que prometera igualdade em imunidades e privilégios a todos os cidadãos. Com uma *leitura formal* do texto constitucional, a Corte justificou sua decisão dizendo que a lei era neutra do ponto de vista racial, pois, afinal de contas, sua proibição atingia igualmente a gente de ambas as raças (a um branco tam-

bém era vedado viajar no vagão destinado aos negros). Assim, provada a igualdade material nas instalações, nada de errado havia com a política de segregação. Qualquer queixa, acrescentou a Corte, deveria ser atribuída ao sentimento inato de inferioridade dos negros, para o qual a farmacologia jurídica não oferecia remédio.

Julgado em 1896, o caso *Plessy* se tornou um dos precedentes mais vexaminosos da tradição constitucional norte-americana. Sob sua égide, institucionalizou-se nos Estados Unidos a famosa doutrina 'iguais, mas separados' ou 'separados, porém iguais'. Proliferaram pelo país afora leis que criavam todo tipo de segregação racial entre brancos e negros: de acomodações em ônibus e trens a hotéis e restaurantes; de banheiros e fontes de águas públicas a escolas de nível elementar, médio e de ensino superior. Até a compra de terras, em determinadas áreas, era condicionada por fatores raciais. Mais de meio século se passou até que, apenas em 1954, a Suprema Corte revertesse *Plessy* e determinasse a dessegregação racial das escolas americanas nos célebres casos *Brown e Bolling*. As lições do caso *Plessy*, no entanto, permanecem perturbadoramente atuais".

As mesmas considerações tecidas para o exemplo anterior encaixam-se perfeitamente neste, ou seja, caso uma determinada nação entenda pela conveniência de voltar a se estabelecer a segregação racial, via poder constituinte soberano e originário, a regra poderá muito bem ser validada, utilizando-se como fundamento tanto a doutrina jusnaturalista, quanto a teoria positivista.

O Poder Constituinte, como se encontra postado hodiernamente, propicia, validamente e com subsídio teórico do jusnaturalismo ou do juspositivismo, a possibilidade de se instituir a prática da infibulação (ou da segregação racial) num determinado or-

denamento jurídico, desde que a comunidade – que está elaborando o documento jurídico maior – entenda como sendo natural a prática.

Essa falta de limitação do Poder Constituinte espelha, via reflexa, a característica da ausência de limitação também para a Soberania (alavancada na mesma linha de raciocínio).

Como não compactuamos com o entendimento que confere poder ilimitado à Soberania (ao Poder Constituinte também), sob pena de se conseguir justificar, inclusive juridicamente, barbaridades como as há pouco narradas, somos levados a desenvolver entendimento alternativo que propicie, efetivamente, o mínimo de respeito ao ser humano, independentemente da realidade social em que o mesmo encontra-se inserido.

E o entendimento alternativo proposto implica a existência de regras de direito internacional que findam por limitar a soberania, sem que para isso ocasionem qualquer óbice à autodeterminação dos povos⁴. A flexibilização proposta é um desenvolvimento necessário do preceito, frente ao mundo em que se encontra inserido. Esses novos traços implicam o rompimento das amarras que ligam a soberania às características que a mesma fora obrigada a sustentar no passado.

Dessa forma, consideramos que algumas regras advindas do direito internacional findam por atuar sobre o poder soberano dos Estados, conseqüentemente, limitando-o. Como exemplo dessas regras, apontamos as normas chamadas *jus cogens*, que iniciaremos a estudar no capítulo seguinte.

3. *Jus cogens*

A origem do conceito internacional do termo *jus cogens* surgiu no início do século XX⁵, dentro de um contexto de codificação e desenvolvimento das normas que regulavam o direito dos tratados. A primeira referência ao *jus cogens* aparece nos traços iniciais da Convenção de Viena com o "Special

Rapporteur Sir Hersch Lauterpacht and subsequently refined by his successors, Sir Gerald Fitzmaurice and Sir Humphrey Waldock” (RAGAZZI, [200-?], p. 5).

Já na Convenção de Viena de 1969, foi aprovado⁶ o artigo 53, que findaria por definir as características do *jus cogens*. Vale trazer à colação o que dispõe o normativo:

“É nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral. Para os fins da presente Convenção, uma norma imperativa de Direito Internacional geral é uma norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados como um todo, como norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por norma ulterior de Direito Internacional geral da mesma natureza”.

Pela intrínseca e óbvia ligação com o tema, adiantamos o disposto no artigo 64 da mesma Convenção, que assevera: “Se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”.

O que se tem, na verdade, é que a comunidade internacional captou a existência desses “direitos” de caráter geral e coercitividade imperativa no ordenamento e entendeu adequada a sua sistematização, definindo-os e traçando suas principais características na Convenção de Viena.

Essas normas implicam uma limitação à liberdade de contratar dos Estados, sendo certo que

“a limitação da autonomia da vontade dos Estados encontra sua justificacão na proteçãõ dos interesses individuais dos Estados, na proteçãõ do Estado contra suas próprias fraquezas ou contra as desigualdades no *bargaining power*.

O fato de o ‘*jus cogens*’ ser constituído exclusivamente por *normas de direito internacional geral* realça seu ca-

ráter universal. O ‘*jus cogens*’ exprime valores éticos, que só se podem impor com força imperativa se forem absolutos e universais. Uma norma de ‘*jus cogens*’ pode ser modificada por outra de mesma natureza, pois ele evolui em função das transformações da situação sócio-histórica da sociedade internacional e das modificações das concepções políticas, éticas, filosóficas e ideológicas” (RODAS, 1974, p. 128).

A importante característica a ser destacada é a cominação de nulidade às normas que invistam contra regras de *jus cogens*, pois, como ressaltado, a força dessas regras advém do seu conteúdo absoluto e universal. Note-se que o conteúdo referido condiz com a matéria que ganha o status de *jus cogens*, eis que a definição do cerne do instituto em foco é de difícil precisão.

Denota-se, portanto, que,

“embora a sociedade internacional contemporânea tenda a aceitar a existência de normas peremptórias de direito internacional, é difícil precisar o conteúdo do ‘*jus cogens*’ devido ao seu caráter revolucionário de consequências ainda inimagináveis e em razão de recente a tomada de consciência da qual resultou. Logo, em direito internacional, o ‘*jus dispositivum*’ é o princípio, enquanto o ‘*jus cogens*’ é a exceção” (RODAS, 1974, p. 128).

Voltamos a recordar que a faceta de maior relevo do *jus cogens* é que qualquer norma derogatória de seus preceitos é nula. Logo, para que se atribua a qualidade de *jus cogens* a uma regra de direito, há que se constatar e provar sua generalidade e imperatividade, inclusive quanto às normas que contra ela investirem, cominando-lhes a pena extremada da nulidade⁷.

Para o Prof. Maurizio Ragazzi ([200?], p. 10), o artigo 53 da Convenção de Viena de 1969 é composto por duas sentenças.

“The first one provides for the special consequence attaching to derogation from a norm of *jus cogens*,

namely the nullity of the treaty in question. The second one provides for the tests that a norm has to satisfy to be a peremptory rule. The norm must be (a) 'accepted and recognized by the international community of States as a whole' as a norm from which (b) 'no derogation is permitted', and which (c) 'can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character'".

Na seara dos tratados internacionais, ou seja, no direito convencional, ter-se-á uma regra de *jus cogens* quando assim for pactuado na convenção, é dizer, quando o pacto internacional, de forma expressa, definir como sendo nula qualquer regra que intente a derrogação de suas normas.

No que diz respeito ao

"costume, expressão de uma regra jurídica válida com relação à sociedade onde se formou, pode tratar-se de obrigação cujo afastamento seja admitido nas relações mútuas entre os Estados. Nesse caso, estamos diante de um 'jus dispositivum'. Quando, entretanto, existe convicção de que a norma consuetudinária não pode ser afastada por acordo particular, sendo toda convenção em contrário nula, trata-se de 'jus cogens' (RODAS, 1974, p. 134).

Observa-se que as características essenciais do *jus cogens* foram traçadas, mas prescindem de avanço quanto às dimensões que o instituto alcança hodiernamente. O *jus cogens*, distante de se conformar em ser uma mera limitação ao *bargaining power* dos Estados atuantes na seara internacional, com relação a algumas matérias, impõe-se como veículo de direitos universais e básicos de qualquer ser humano.

O *jus cogens* desenvolveu uma intrínseca ligação com os direitos humanos⁸, culminando a junção do instrumento e da matéria, em nossa opinião, no perfeito delineamento daquele instituto jurídico de direito internacional, inclusive quanto à sua finalidade.

Afora que o entendimento esposado encontra eco na definição tradicional do fenômeno jurídico, no que diz respeito à sua evolução consentânea às mudanças sociais, às transformações políticas, enfim, às revoluções que transformam e alteram o pensamento da comunidade internacional.

As características do *jus cogens* abraçam a universalidade dos direitos humanos⁹ com rara harmonia. A imperatividade do instituto, a impossibilidade de derrogação das suas regras – exceto por outras regras de *jus cogens* –, entre outras qualidades findam por criar o instrumento que faltava à proteção da dignidade da pessoa humana.

Neste ponto, faz-se necessário frear o desenvolvimento do tópico para relembrar o porquê de seu início, e assim o fazemos para destacar que, com o delineamento do instituto *jus cogens*, intentávamos demonstrar a limitação da soberania.

Sendo assim, a resposta a uma importante questão se faz necessária. Como restou demonstrado, o *jus cogens* fulmina com a sanção da nulidade as normas que num confronto pretendam derogá-lo. Tal embate, entretanto, ocorre na seara do direito internacional, projetando-se o *jus cogens* como importante instrumento de defesa, *exempli gratia*, dos direitos humanos nesse *habitat*. Muito bem, mas e as normas que lhe são contrárias, porém advêm do direito interno de um país, também serão sancionadas com a nulidade, é dizer, serão atingidas pelos efeitos das regras de *jus cogens*?

4. Jus cogens e soberania

Para início do debate, vale aduzir o entendimento desenvolvido por Roberto Garretón ([200-?])¹⁰, que, tendo como premissa a Declaração Universal de 1948, consigne uma importante aproximação entre os direitos do Homem e a soberania.

Destaca o referido autor que

"la Carta de las Naciones Unidas valoriza los derechos humanos no sólo como una exigencia moral y política,

sino que los considera en función de la paz y la seguridad internacionales.

En efecto, en el origen de la última guerra están las violaciones a los derechos humanos de los pueblos sometidos a la opresión fascista, y que continuaron durante la guerra misma, en esos pueblos y en todos los que fueron invadidos. Los derechos humanos pasaron a ser una especie de garantía de la paz y seguridad entre las naciones.

Por lo tanto, es evidente y no debe llamar a escándalo que el carácter internacional de los derechos humanos constituye una limitación al principio que antes era sacrosanto de la 'soberanía nacional'. Si por soberanía nacional se entiende la facultad de un Estado de dictar sus leyes, establecer sus tribunales, consagrar su *jus puniendi*, disponer su propia organización, esas facultades ya no las puede ejercer sin consecuencias jurídicas internacionales. Si se castiga la libertad de pensamiento, o no se castiga la tortura, se está violando el derecho internacional. Juan Pablo II lo expresó así el primer día del milenio: 'La consecución del bien común de una comunidad política no puede ir contra el bien común de toda la humanidad, concretado en el reconocimiento y respeto de los derechos del hombre, sancionados por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948''.

O pensamento lançado não é exceção na doutrina, ao contrário, com a evolução do direito, ganha cor e se engrandece, chegando às raias da linearidade de entendimento.

Mas ousamos avançar nesse panorama que se assenta. Não entendemos que as regras de *jus cogens* são de importante atuação somente no âmbito das obrigações internacionais, ou no sistema de proteção internacional dos direitos humanos.

Como já fizemos referência anteriormente, a união *jus cogens* – direitos humanos é tão forte e poderosa que traz novas implicações ao direito e, conseqüentemente, a alguns dos seus institutos, como é o caso da soberania.

Dessa feita, as regras de *jus cogens* se desprendem do cenário internacional para vir atuar no ordenamento jurídico interno dos países que o compõem, quais sejam, todos os países, sem exceção. E essas regras atuam de forma a limitar o chamado fenômeno da soberania.

Limitar no seguinte sentido: uma nação, porque soberana, não pode fazer o que bem lhe aprouver, ainda que reflexo íntimo do pensamento do seu povo no atual momento de desenvolvimento, quando o assunto é direitos humanos, é dignidade da pessoa humana.

Prosseguindo, aquele país soberano não pode, por meio do seu poder constituinte originário, no mesmo sentido do acima salientado, aprovar (ou estabelecer) normas contrárias à dignidade da pessoa humana, ainda que essa regra seja secular, ou advinda de forte tradição religiosa.

E por que não?

Porque as regras de *jus cogens* fulminariam essas normas com a sanção da nulidade. Logo, essas normas não têm sobrevida. Por isso já havíamos adiantado que o *jus cogens* limita a soberania, como uma evolução do seu conceito, sendo certo que, hodiernamente, não há como minimizar tal leitura do instituto.

Qualquer manifestação explicitada para conferir ausência de vinculação à soberania resulta, indubitavelmente, numa involução do preceito, num convite ao retrocesso, num arrasto às amarras medievais, quando então existia sentido no endurecimento do fenômeno jurídico.

O que estamos propondo com esse entendimento é que as regras construídas no ordenamento jurídico interno de qualquer país que violem normas de *jus cogens* são nulas, não porque em choque com a rede de

proteção internacional dos direitos humanos, mas porque o *jus cogens* não pode ficar circunscrito ao cenário internacional, sob pena de perder efetividade, sendo certo que a imposição da soberania não pode ser utilizada como armadura para evitar a atuação do preceito.

Portanto, um país não pode instituir entre suas regras a infibulação, posto que essa regra seria ilegal, ou melhor, seria inexistente, pois a nulidade, ante o confronto com regras de *jus cogens*, viria com força acachapante.

Com os novos contornos conferidos à soberania pelo *jus cogens*, é dizer, com a limitação daquele fenômeno jurídico decorrente da forte atuação dessas regras, repetindo o exemplo, caso um país tente implantar como norma a infibulação, não teria *competência* para tanto, ante a sua soberania limitada. Entretanto, se mesmo assim houvesse a insistência na criação da regra, a nulidade (o *jus cogens*) atuaria com força que não se conseguiria afastar.

No entanto, o entendimento que acabamos de apresentar parte da premissa (dentre outras) do universalismo das normas que tutelam os direitos humanos. Mas essa característica não é uma unanimidade na doutrina, fazendo-se necessário constar a existência de uma corrente adepta do *relativismo cultural*.

Referida corrente doutrinária, como o próprio nome está a enunciar, proclama que os direitos humanos possuem um conteúdo e abrangência relativa, consentânea com as especificidades culturais de cada comunidade, seu nível de evolução política, econômica, ética etc. O relativismo cultural teria por objetivo respeitar as diferentes nuances culturais de cada povo, o que restaria impossível com o universalismo a que se pretende consignar aos direitos humanos, ante as diferenças do pensamento ético e moral (exemplificando, como pólos distantes: os fundamentalistas islâmicos têm princípios muito diferentes dos Homens ocidentais).

Elucidando o tema, aduz R. J. Vincent (1986)¹¹:

“o que a doutrina do relativismo cultural pretende? Primeiramente, ela sustenta que as regras sobre a moral variam de lugar para lugar. Em segundo lugar, ela afirma que a forma de compreensão dessa diversidade é colocar-se no contexto cultural em que ela se apresenta. E, em terceiro lugar, ela observa que as reivindicações morais derivam de um contexto cultural, que em si mesmo é a fonte de sua validade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas e, neste sentido, buscar uma universalidade, ou até mesmo o princípio de universalidade chamado por Kant, como critério para toda moralidade, é uma versão imperialista de tentar fazer com que valores de uma determinada cultura sejam gerais. (...) Há uma pluralidade de culturas do mundo e estas culturas produzem seus próprios valores”.

Vislumbrando inúmeras correntes relativistas, Jack Donnelly (1989)¹² explica:

“No extremo, há o que nós denominamos de relativismo cultural radical, que concebe a cultura como a única fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um forte relativismo cultural acredita que a cultura é a principal fonte de validade de um direito ou regra moral. (...) Um relativismo cultural fraco, por sua vez, sustenta que a cultura pode ser uma importante fonte de validade de um direito ou regra moral”.

Adentrando a controvérsia, a Prof. Flávia Piovesan (2000, p. 153) traz um ponto que muito nos interessa quando ressalta que:

“O debate entre os universalistas e os relativistas culturais retoma o velho dilema sobre o alcance das normas de direitos humanos: as normas de direitos humanos podem ter um sentido universal ou são culturalmen-

te relativas? Esta disputa alcança novo vigor em face do movimento internacional dos direitos humanos, na medida que tal movimento flexibiliza as noções de soberania nacional e jurisdição doméstica, ao consagrar um parâmetro internacional mínimo, relativo à proteção dos direitos humanos, aos quais os Estados devem se conformar”.

Nota-se que o interesse do movimento relativista, com sua visão dos direitos humanos, também é focado na soberania, entretanto, ao contrário do que desenvolvemos neste trabalho, tem como finalidade manter os contornos que esse instituto jurídico possuía no passado.

Carreando um traço histórico à controvérsia, o Prof. Alberto do Amaral Júnior (2002, p. 206) lembra que em junho de 1993, em Viena, a ONU realizou a Segunda Conferência Internacional de Direitos Humanos e nessa oportunidade

“(…) duas posições marcaram os debates. Enquanto os EUA e as nações ocidentais sustentaram a universalidade dos direitos humanos, que deveriam sobrepor-se às soberanias nacionais, muitos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, liderados pela China, afirmaram o relativismo dos direitos humanos, que seriam a expressão dos valores ocidentais. Nesse sentido, conforme se alegou, nações com diferentes graus de desenvolvimento econômico e tradições culturais teriam concepções distintas dos direitos humanos.

Os EUA defenderam a posição segundo a qual nenhum país poderia, com base no relativismo, deixar de reconhecer e garantir os direitos humanos. A China e outros países em desenvolvimento ressaltaram que a definição dos direitos humanos precisa levar em conta as particularidades nacionais e os respectivos meios históricos, religiosos e culturais”.

Ante as teses divergentes, conclui o mesmo professor que

“ambas as posições contêm, cada qual à sua maneira, partes da verdade. Os universalistas têm parcela de razão quando acusam seus adversários de invocar o relativismo para impedir a interferência externa, com o fim de evitar o extermínio das minorias étnicas, as torturas físicas e morais, as perseguições religiosas e a supressão dos direitos civis e políticos. Os relativistas, por sua vez, têm também parcela de razão quando acusam seus adversários de estabelecer restrições à imigração, de não se preocuparem com a situação econômica das nações atrasadas e de invocarem o tráfico de drogas como pretexto para intervir na soberania dos países subdesenvolvidos”¹³ (AMARAL JÚNIOR, 2002, p. 206).

Evidentemente que não podemos concordar com a teoria encampada pelo movimento relativista, mesmo ante as ponderações tecidas pelo doutrinador Alberto do Amaral Júnior, e um forte argumento para tanto é a lúcida contextualização do prof. Héctor Gros Espiell ([200-?]), segundo qual

“la universalidad y el reconocimiento del núcleo de una concepción común de los derechos humanos no implica desconocer la realidad y la riqueza de las diversidades culturales a este respecto. Estas particularidades religiosas, históricas, regionales y nacionales en su relación con los derechos humanos, no pueden ser dejadas de lado ni ignoradas.

Tales diversidades, reales e innegables, enriquecen la concepción universal de los derechos humanos. No constituyen expresiones de negación, sino por el contrario, aportes esenciales para que los derechos humanos puedan ser realmente universales y para que sean sentidos, comprendi-

dos y respetados, no como la imposición de una Idea ligada a una civilización particular, en un determinado momento de la historia, sino como una aspiración universal, nacida de lo más profundo que todos los hombres poseen en común: su dignidad y la conciencia de su pertenencia, fraterna y solidaria, a la especie humana”.

O movimento relativista resulta num endurecimento da soberania, retirando qualquer limitação, de qualquer índole, por sobre o preceito, propiciando a proteção necessária para o farto abuso dos direitos humanos. Como se já não fosse suficiente o argumento, adicione-se a patente universalidade dos direitos humanos, patrimônio comum inquebrantável, pulsante em qualquer terreno, sob diferentes matizes, mas com objetivo único: tecer um manto protetor sobre a dignidade da pessoa humana, resguardar os direitos do Homem e fulminar as regras que contra o mesmo atentem.

Quanto a essa matéria, não há relativismo, pois não há relativismo na humanidade. O relativismo implica a distinção entre negros e brancos, amarelos e vermelhos, arianos e judeus. E a humanidade é composta de toda essa diversidade, fundando a beleza de um único ser: o ser humano. A universalidade lhe é inerente, conseqüentemente não há dogmática que possa relativizá-la.

5. Conclusão

Com o presente trabalho, intentamos demonstrar que a Soberania é um poder limitado e que essa conclusão não deve causar qualquer espanto, pois ela não é prejudicial ao Estado ou aos seus cidadãos. Ela também não enfraquece o Estado no cenário internacional, já que a soberania limitada é uma característica de todos os países, aliás, não é uma característica do país, mas sim do próprio fenômeno jurídico. A soberania limitada, contrapondo-se ao antigo

conceito de poder incontestável sobre o qual nenhum outro deve se sobrepor, é uma evolução do preceito, consentânea com o pensamento do mundo contemporâneo.

E foi exatamente isso que começamos a demonstrar logo no início deste estudo, traçando a evolução histórica da soberania, quando então pudemos constatar que algumas das feições que se intenta emprestar ao instituto hodiernamente somente possuíam sentido na era medieval, ou então quando do início do constitucionalismo.

Com essa importante constatação em mente – que as características da soberania variam de acordo com o momento histórico –, passamos a analisar o seu conceito, fundamento básico para o desenvolvimento do estudo, bem como suas características elementares, que, não menos importantes, propiciaram firmeza no desenvolvimento do tema.

Mas com a apresentação do conceito também notamos que a doutrina insiste em não vasculhar a atualidade da soberania, no sentido de não observar como o fenômeno se desenvolveu (ou não), como ele se adequa aos novos tempos e qual é sua utilidade.

Avançando na análise do instituto, buscamos verificar quem era o titular do seu exercício, desvendando, para tanto, as inúmeras correntes acerca do tema. Aqui também é importante observar que algumas teorias possuíam razão de ser no passado, no momento histórico em que inserido, mas atualmente beiram o bizarro. Por isso, novamente lembramos a importância da lente histórica para a análise da soberania.

Feito isso, constatamos que a soberania se materializa no poder constituinte e, tendo em vista a observação, diligenciamos à feitura de um esboço do que seria esse poder, não negligenciando a análise das teorias que tentam explicá-lo.

E, como mais importante resultado dessa ligeira busca, concluímos que a explicação desse poder não pode ser relegada às convicções hermenêuticas do exegeta, sob

pena de relegar seu conteúdo e limitações a um eterno breu, cujas luzes esporadicamente mostram apenas determinadas facetas do elemento que contém, dependendo sempre do enfoque conferido.

Com base nesse entendimento, descobrimos que a fundamentação atual do poder constituinte lhe confere a total ausência de limites; por via reflexa (e óbvia), a soberania também se torna despreendida para atuar sem qualquer reticência. Pontuamos, dessa feita, que havia a necessidade de se desenvolver uma nova teoria que mais precisasse os contornos dos institutos, em especial a soberania, foco deste trabalho.

Foi quando então apontamos para o *jus cogens*, instituto jurídico de difícil definição e precisão. No entanto, ante a necessidade de descortinar o instituto de direito internacional, passamos a examiná-lo com o fito de proporcionarmos um conceito, bem como o delineamento das suas principais características.

Feito isso, demonstramos a resultante da união entre o *jus cogens* e as regras que resguardam a dignidade da pessoa humana. Nesse ponto, tornou-se relevante a análise dessa junção, que perfaz uma importante faceta do *jus cogens* perante a soberania e quais as conseqüências.

E as conseqüências são a conclusão deste trabalho. O *jus cogens* é um instrumento poderoso do direito, que não pode se ater à seara internacional quando a matéria versada é direitos humanos. Seus contornos são fluidos, decorrência do seu substrato material, o que impede fique circunscrito a um determinado cenário.

Dessa premissa, volve-se para a atuação do instituto – cuja gênese é fincada no direito internacional – e então se percebe que ele incide diretamente no ordenamento jurídico interno, limitando a soberania. E limitando de tal forma que retira-lhe parte da base que lhe formaria a *competência*.

Essa verdadeira excisão da competência impede que os Estados, indiscriminadamente, avancem sobre preceitos fundamentais,

sob pena de a regra, que com este intuito for criada, ser fulminada pela sanção da nulidade. É a atuação do *jus cogens* no ordenamento jurídico interno, traçando e delimitando o conteúdo e as características da soberania.

O explicitado permite a adequação da soberania ao momento histórico atual, bem como confere-lhe precisão, independentemente da predileção doutrinária do hermenauta. Os limites da soberania são apontados de forma concreta, sem demasiada tergiversação, ausente a base que impregna de dubiedade o conceito.

Por fim, resta-nos a conclusão que a soberania é um poder limitado pelo *jus cogens* (verdadeiro veículo da dignidade da pessoa humana), que, hodiernamente, deve ser entendido como um instituto que tem atuação desprovida de amarras a este ou àquele ordenamento. E o mais importante é que a resultante oferecida não implica um estretecimento dos fundamentos do Estado no seu poder de autodeterminação, ao contrário, implica uma evolução, não só do preceito, mas do próprio Estado.

Notas

¹ Relembrando o questionamento inexplorado na primeira parte do texto: “Nova luz e perspectiva é posta ao tema e o foco agora insinua a limitação do poder constituinte (por conseqüência, da soberania) por meio de amarras advindas dos princípios norteadores do direito natural. Sendo assim, o que se tem é a caracterização do poder constituinte/soberania como poder limitado, desde que o intérprete adote como premissa os fundamentos do direito natural, não ocorrendo a mesma conclusão caso o mesmo hermenauta tenha como ponto de partida, *exempli gratia*, a doutrina positivista.

Com fundamento no positivismo, o que se tem é o poder constituinte como não jurídico, perfazendo uma força social; conseqüentemente, as limitações (ou não) acerca da força do fenômeno serão estipuladas pela própria comunidade (ou melhor, seus representantes), o que se traduz, indubitavelmente, numa força ilimitada.

A caracterização do poder constituinte como poder ilimitado ou limitado, então, depende da

doutrina que alicerça o preceito? Se é assim, qualquer dos resultados é correto, apenas dependendo a evolução do entendimento, da vocação do intérprete (jusnaturalista ou juspositivista)?”

² “... se, para Kelsen, uma norma é válida (obrigatória), significa que os indivíduos devem comportar-se como a norma estipula, e se a norma mesma, pelo seu conteúdo imediato, expressa o que os indivíduos devem fazer, caímos, então, numa curiosa redundância, segundo a qual *os indivíduos devem fazer o que devem fazer!* Essa redundância esconde uma forma de jusnaturalismo, pois significa que a norma não apenas manda que os indivíduos se comportem de determinado modo, mas que *objetivamente, verdadeiramente* devem comportar-se deste modo” COELHO (2001, p. 10).

³ O crime de adultério, no Brasil, foi revogado pela Lei nº 11.106 de 28 de março de 2005 - nota do autor.

⁴ “O direito de autodeterminação dos povos pode ser definido como o direito natural que os povos possuem de decidirem livremente sua condição política e promoverem livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. (...) Pode ser resumida tal definição se encararmos o direito de autodeterminação como o direito que possuem os povos de escolherem livremente seu destino. Pode ser ampliada se considerarmos que o direito de autodeterminação é o direito fundamental que possuem inatamente os agrupamentos humanos de disporem de si mesmos e dos territórios onde se organizarem politicamente, tanto escolhendo seus governantes, seu regime político e sua política externa, como promovendo seu desenvolvimento econômico, social e cultural, sem qualquer espécie de intromissão de outros povos” (SCHLEE, 1965, p. 134-135).

⁵ “Already in 1914, Anzilotti had distinguished between peremptory and dispositive norms of international law without, however, using the expression *jus cogens*. (...) The expression was then used by several writers, such as Verdross, von der Heydte and Salvioli, in the interwar period”. (RAGAZZI, [200-?], p. 28).

⁶ “Article 50 (which was then renumbered as Article 53 in the final text) was adopted by eighty-seven votes to eight, with twelve abstentions” (U.N.C.T. *Off. Recs., Second Session, Vienna, 9 April - 22 May 1969, Summary records of the plenary meetings and of the Committee of the Whole, pp. 106-107*). (RAGAZZI, [200-?], p. 28).

⁷ “O mais importante opositor do ‘jus cogens’ em direito internacional é SCHWARZENBERGER. Ele considera que o aparecimento de regras jurídicas que prevaleçam sobre todo acordo contrário pressupõe a existência de um poder centralizado. Assim o aparecimento de ‘jus cogens’ estaria ligado a um certo nível de desenvolvimento institucio-

nal ainda não alcançado pela sociedade internacional. Dois elementos institucionais seriam necessários para o aparecimento de normas de ‘jus cogens’: existência de modos de criação autoritária do direito e de um poder de coerção irresistível para sancionar violações.

“Para SCHWARZENBERGER, um exame do direito consuetudinário, dos princípios gerais de direito e dos princípios fundamentais de direito internacional revela que o direito internacional ao nível de uma sociedade internacional não organizada não conhece ‘jus cogens’. Em tal estágio de desenvolvimento da sociedade, os princípios expressos na carta da ONU seriam tentativas para criar regras consensuais de ordem pública internacional, constituindo uma ‘quase-ordem’ internacional”. Rodas (1974, p. 134).

⁸ “Resumidamente, poderíamos dizer, então, que os direitos humanos, como *conjunto de valores históricos básicos e fundamentais, que dizem respeito à vida digna jurídica, política, psíquica, física e afetiva dos seres e de seu habitat, tanto os do presente quanto os do porvir, surgem sempre como condição fundante da vida, impondo aos agentes político-jurídico-sociais a tarefa de agir no sentido de permitir que a todos seja consignada a possibilidade de usufruí-los em benefício próprio e comum, ao mesmo tempo*. Assim como os direitos humanos se dirigem a todos, o compromisso com sua concretização caracteriza tarefa de todos, em um comprometimento comum com a dignidade de todos.” (MORAIS, 2002, p. 523).

⁹ “(...) that human rights derive from the very concept of a person. States do not create human rights, but only confirm their existence. This, human rights exist independently of the will of States.” (RAGAZZI, [200-?], p. 16).

¹⁰ Representante Regional para a América Latina e o Caribe do Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos desde 2001.

¹¹ Human rights and international relations. Cambridge: Cambridge University Press, 1986. p. 37-38, (Apud PIOVESAN, 2000, p. 154-155).

¹² Universal human rights in theory and practice. Ithaca: Cornell University Press, 1989 (Apud PIOVESAN, 2000, p. 155).

¹³ Fechando o cenário descrito, salienta o professor Alberto do Amaral Júnior (2002, p. 646-647) que “o documento final da Conferência, contemporalizando as posições antagônicas, consagrou a universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, enfatizando: a) a indivisibilidade dos direitos civis e sociais; b) a universalidade dos direitos humanos; c) o papel fiscalizador das entidades não-governamentais; d) a co-responsabilidade na promoção dos direitos fundamentais; e) o desenvolvimento como condição para a manutenção da democracia”.

Referências

- AMARAL JÚNIOR, Alberto. A institucionalização dos direitos humanos: conquistas e desafios. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: M. Limonad, 2002.
- AZEVEDO, Oldemar. *Soberania: noções e fundamentos*. São Paulo: LEX, [199-?].
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral das constituições escritas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Minas Gerais, n. 60-61, jan./jul. 1985.
- _____. Teoria geral da soberania. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Minas Gerais, n. 63-64, jul./1986-jan./1987.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BINENBOJM, Gustavo. O racismo e a leitura moral da constituição. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 14 set. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=542>. Acesso em: fev. 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. Brasília: IIDH, 1996.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond. *Teoría general del estado*. México: Fondo de Cultura Económica, 1948.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Para entender Kelsen: prólogo de Tércio Sampaio Ferraz Júnior*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Constituição e constituinte*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- ESPIELL, Héctor Gros. Universalidad de los derechos humanos y diversidades culturales. *UNESCO*, Brasília, [200-?]. Disponível em: <<http://www.unesco.org/issj/rics158/grospiellspa.html>>. Acesso em: fev. 2006.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- GARRETÓN, Roberto. Visión contemporánea de los derechos humanos. *Conecta Sur*, São Paulo, [200-?]. Disponível em: <<http://www.conectasur.org/files/artiggarretonespanhol.pdf>>. Acesso em: fev. 2005.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo do direito*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- HELLER, Hermann. *La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y del derecho internacional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1965.
- JELLINEK, Georg. *Teoria geral del estado*. Buenos Aires: Albatros, 1970.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitucion*. Barcelona: Ariel, 1964.
- MARTIN, Gonzalo Ortiz. Algunos aspectos del orden publico y la soberania relacionados com los tratados multilaterales sobre derechos humanos. In: COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO (Org.). *Curso de derecho internacional*. Rio de Janeiro: Ediciones Jurídicas de Las Américas XIII, ago. 1986.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
- MORAIS, José Luis Bolzan de. Direitos humanos "globais (universais)" de todos, em todos os lugares!. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: M. Limonad, 2002.
- OLEA, Víctor Flores. *Ensayo sobre la soberanía del estado*. Mexico: Universidad Nacional Autonomia de Mexico, 1975. (Estudios, 2).
- PALOMBELLA, Gianluigi. *Constitución y soberanía: el sentido de la democracia constitucional*. Granada: Comares, 2000.
- PAUPERIO, A. Machado. *O conceito polêmico de soberania*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: M. Limonad, 2000.
- RAGAZZI, Maurizio. Norms of jus cogens and obligations erga omnes: a revival of the narural law tradition in international law?. *The Catholic University of America*, Steubenville, [200-?]. Disponível em: <www.catholicsocialscientists.org/cssr2002/Article-Ragazzi.pdf>. Acesso em: [2005?].
- REIS, Márcio Monteiro. Interpretação constitucional do conceito de soberania: as possibilidades do Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000.
- RIBEIRO JÚNIOR, João. *Elementos e evolução do direito constitucional brasileiro*. Campinas: Edcamp, 2002.
- ROCHA, Pedro Paulo. Circuncisão/enfubulação. *Nave da Palavra*, [S. l.], n. 94, 22 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.navepalavra.com.br/revista/94/rocha.html>>. Acesso em: fev. 2006.

vel em: <<http://www.navedapalavra.com.br/re-senhas/circuncisao.htm>>. Acesso em: fev. 2006.

RODAS, João Grandino. Jus cogens. Separata de: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 69, 1974. Fasc. 2.

ROLIM, Marcos. A eficácia da lei contra a tortura. *Marcos Rolim*, Brasília, [200-?]. Disponível em: <www.rolim.com.br/2002/modules.php?name=Sections&sop=viewarticle&artid=73>. Acesso em: fev. 2005.

SANTOS, Aricê Moacyr Amaral. *O poder constituinte: a natureza e titularidade do poder constituinte originário*. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SCHLEE, Aldyr Garcia. *Direito de autodeterminação dos povos*. Pelotas: Ponto de Vista, 1965.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *Constituinte burguesa: que é o terceiro estado?*. Rio de Janeiro: L. Juris, 1997.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Poder constituinte e poder popular: estudos sobre a constituição*. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. A metamorfose da soberania em face da mundialização. In: PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

Sovranità. In: NUOVO Digesto Italiano. Torino: UTET, 1972. v. 12, p. 692.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VIAMANTE, Carlos Sanchez. *El poder constituyente: origen y formación del constitucionalismo universal y especialmente argentino*. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1957.

Regime jurídico aplicável ao militar temporário das Forças Armadas

Jair José Perin

Sumário

1. Introdução. 2. Do regime jurídico dos militares da ativa das Forças Armadas brasileiras. 3. Da importância do serviço militar temporário. 4. Do militar temporário das Forças Armadas brasileiras. 5. Da exclusão do militar temporário do serviço ativo das Forças Armadas. 6. Da problemática do contraditório e da ampla defesa para a prática do ato de exclusão do militar temporário do serviço ativo das Forças Armadas. 7. A estabilidade de militar temporário e a posição jurisprudencial. 8. Considerações finais.

1. Introdução

De acordo com a Constituição Federal de 1988, mais especificamente após a promulgação da Emenda Constitucional nº 18, de 1998, o regime jurídico dos militares das Forças Armadas deve ter um disciplinamento específico e próprio na legislação infraconstitucional, adequado às grandes balizas e missões confiadas a essas pelo Texto Constitucional, precipuamente no art. 142, que dispõe:

“As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.”

Jair José Perin é Advogado da União, PRU 4ª Região.

O doutrinador José Afonso da Silva (1997, p. 703), citando Seabra Fagundes, assim se refere em relação à missão constitucional das Forças Armadas:

“Constituem, assim, elemento fundamental da organização coercitiva a serviço do Direito e da paz social. Esta (sic) nelas repousa pela afirmação da ordem na órbita interna e do prestígio estatal na sociedade das nações. São, portanto, os garantes materiais da subsistência do Estado e da perfeita realização de seus fins. Em função da consciência que tenham da sua missão está a tranqüilidade interna pela estabilidade das instituições. É em função do seu poderio que se afirmam, nos momentos críticos da vida internacional, o prestígio do Estado e a sua própria soberania.”

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 143, prevê que o serviço militar é obrigatório *nos termos da lei*. Também anuncia, no § 3º do art. 142, uma série de prerrogativas, direitos e deveres aplicáveis aos militares, reservando, no inciso X, que a lei disponha sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Diante do exposto pelo Texto Constitucional, as Leis Infraconstitucionais vigentes foram recepcionadas, somente não se admitindo a referida recepção em relação aos dispositivos que não estivessem compatíveis aos seus comandos normativos.

2. Do regime jurídico dos militares da ativa das Forças Armadas brasileiras

Como referido, em face da recepção pela Constituição Federal da legislação infraconstitucional, somente não se admitindo

esse em relação às disposições legais que não estejam compatibilizadas com o Texto Constitucional, constata-se que os principais diplomas legais disciplinadores do regime jurídico dos militares mantiveram a sua vigência após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988. Tratam-se da Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964, versando sobre a prestação do serviço militar, e da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Existem outras leis importantes tratando sobre o regime jurídico dos militares, mas habilita-se dizer que essas gravitam em torno dos dois diplomas legais referidos, fazendo a respectiva integração, complementação e colmatação. Para confirmar o acerto da assertiva, basta reproduzir, respectivamente, o constante no art. 7º da Lei nº 6.880/80 e no art. 4º da Lei nº 4.375/64:

“A condição jurídica dos militares é definida pelos dispositivos da Constituição que lhes sejam aplicáveis, por este Estatuto e pela legislação, que lhes outorgam direitos e prerrogativas e lhes impõem deveres e obrigações.”

“Os brasileiros nas condições previstas nesta Lei prestarão o Serviço Militar incorporados em Organizações da Ativa das Forças Armadas ou matriculados em Órgãos de Formação de Reserva.”

Para descobrir, compreender e distinguir o regime jurídico estabelecido pelo ordenamento legal para os militares das Forças Armadas, desponta um dispositivo existente na Lei nº 6.880/80, que exerce um papel fundamental e central. Trata-se do § 1º do art. 3º da citada Lei, o qual dispõe que os militares encontram-se em uma das seguintes situações: a) *na ativa*: I – os de carreira; II – os incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar inicial, durante os prazos previstos na legislação que trata do serviço militar, ou durante as prorrogações daqueles prazos; III – os componentes da reserva das Forças Armadas quando convocados, reincluídos, designados ou mobi-

lizados; IV – os alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e V – em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado para o serviço ativo nas Forças Armadas. *b) na inatividade:* I – os da reserva remunerada, quando pertençam à reserva das Forças Armadas e percebam remuneração da União, porém sujeitos, ainda, à prestação de serviço na ativa, mediante convocação ou mobilização; II – os reformados, quando, tendo passado por uma das situações anteriores, estejam dispensados, definitivamente, da prestação de serviço na ativa, mas continuem a perceber remuneração da União; e III – os da reserva remunerada, e, excepcionalmente, os reformados, executando tarefa por tempo certo, segundo regulamentação para cada Força Armada. Este inciso foi acrescentado pela Lei nº 9.442/97.

Estabelecidos e visualizados os grandes parâmetros distintivos em termos de qual regime jurídico deve ser analisado e aplicado ao militar, na situação em que esteja enquadrado, cabe enfrentar a problemática que envolve o regime jurídico do militar temporário e posteriormente à sua exclusão do serviço ativo das Forças Armadas.

3. Da importância do serviço militar temporário

A Nação brasileira, por intermédio dos seus legítimos representantes, decorrente do poder constituinte originário, decidiu, ao promulgar a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, estabelecer a obrigatoriedade da prestação do serviço militar, bem como deixar para que a lei infraconstitucional estabelecesse as condições da prestação do serviço militar, permitindo, assim, que leis ordinárias já existentes fossem devidamente recepcionadas naquilo que estivessem compatíveis com o seu Texto, como já destacado acima.

Essa decisão da Nação deve ser compreendida sob a ótica de que o esforço na prestação do serviço militar nas Forças Armadas para o exercício das relevantes missões

constitucionais e legais precisa ser dividido e compartilhado por todos os cidadãos brasileiros, permitindo, assim, uma constante interação da sociedade civil com o segmento militar.

A prestação do serviço militar temporário, precipuamente aquele prestado após sucessivas prorrogações, tem uma outra virtude de extrema importância, que é preparar e qualificar uma reserva de cidadãos aptos para serem mobilizados e convocados quando ocorrerem os motivos constitucionais e legais que justificam essas medidas.

Por outro lado, não pode deixar de ser adicionado o fundamento de que a manutenção de um efetivo integral de militares de carreira nas Forças Armadas resultaria em um dispêndio muito grande em termos de recursos orçamentário-financeiros para o Estado brasileiro, que, de imediato, afetaria diretamente toda a nossa sociedade, que haveria de arcar com esse alto custo.

4. Do militar temporário das Forças Armadas brasileiras

A prestação do serviço militar, na condição de militar temporário, decorre de duas situações a distinguir: a) por imposição constitucional e legal, quando o cidadão é convocado para a prestação do serviço militar obrigatório, dentro do período e condições estipuladas; ou b) após, quando, de forma voluntária, prestam ou prorrogam o serviço militar na condição de praça ou oficial.

A Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), no seu art. 33, consigna:

“Art. 33. Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo, uma ou mais vezes, como engajados ou reengajados, segundo as conveniências da Força Armada interessada.

Parágrafo único. Os prazos e condições de engajamento ou reengaja-

mento serão fixados em Regulamentos, baixados pelos Ministérios da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica.”

Em face do disposto no parágrafo único do artigo supracitado, constata-se que o legislador deixou para que o Poder Executivo, por suas autoridades competentes, no uso de seu poder discricionário, em vista dos comandos normativos constitucionais e infraconstitucionais, estabeleça os prazos e as condições para o engajamento e reenajamento, fases essas posteriores ao período estabelecido para a prestação do serviço militar obrigatório.

Como sabemos, de acordo com a liberdade conferida pela lei ao administrador público para a prática de atos administrativos, exsurge a distinção entre poder vinculado (regrado) e discricionário. A respeito desses dois atributos, doutrina Hely Lopes Meirelles (1997, p. 176):

“*Poder vinculado* ou *regrado* é aquele que o Direito Positivo – a lei – confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.”

“*Poder discricionário* é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.”

A respeito, também doutrina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p. 176):

“Isto significa que os poderes que exerce o administrador público são *regrados* pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

No entanto, esse regramento pode atingir os vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é *vinculado*, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração

deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um *direito subjetivo* de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial.

Em outras hipóteses, o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é *discricionário*, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei; (...).”

Para arrematar, os doutrinadores Luís Henrique Martins dos Anjos e Walter Jone dos Anjos (2001, p. 105) expressam a respeito:

“Compreendemos que as qualidades de vinculados ou de discricionários dos poderes administrativos não são absolutas, 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

cia de exercer ou como exercer o poder e o ato administrativo daí derivado.

(...)”

No Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966, que regulamenta, com efeito integrador e complementar, a Lei do Serviço Militar, encontra-se disposto:

“Art. 128. Aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo, uma ou mais vezes, como engajados ou reengajados, segundo as conveniências da Força Armada interessada.

Art. 129. O engajamento e os reenajamentos poderão ser concedidos, pela autoridade competente, às praças de qualquer grau da hierarquia militar, que o requererem, dentro das exigências estabelecidas neste Regulamento e dos prazos e condições fixados pelos Ministérios da Guerra, da Marinha e da Aeronáutica.

Art. 130. Para a concessão do engajamento e reengajamento devem ser realizadas as exigências seguintes:

1) incluírem-se os mesmos nas percentagens fixadas, periodicamente, pelos Ministros Militares;

2) haver conveniência para o Ministério interessado;

3) satisfazerem os requerentes as seguintes condições:

a) boa formação moral;

b) robustez física;

c) comprovada capacidade de trabalho;

d) boa conduta civil e militar;

e) estabelecidas pelo Ministério competente para a respectiva qualificação, ou especialidade, ou classificação, bem como, quando for o caso, graduação.”

Além dessas disposições normativas, ainda existe, de acordo com o estabelecido na Lei do Serviço Militar e no Decreto regu-

lamentar, previsão *de que devem ser baixadas disposições normativas pelos respectivos Comandos de cada Força Armada, dentro das competências fixadas na Legislação.*

É bom lembrar, ainda, que o efetivo de militares temporários das três Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) sofre condicionantes e limites nas respectivas leis. Para evitar delongas no enfrentamento de cada legislação específica das três Forças Armadas, cita-se que, em relação ao Exército Brasileiro, a Lei nº 7.150/83 (Lei de Efetivos em tempo de paz) assim dispõe:

“Art 2º Os efetivos a vigorarem em cada ano serão fixados por decreto do Poder Executivo, observado o disposto no artigo anterior, e preenchidos por militares de carreira e temporários.

§ 1º Na aplicação do disposto neste artigo e no art. 6º desta Lei, se vier a ocorrer, temporariamente, excesso de militares de determinado posto ou graduação em quadro, arma, serviço ou qualificação militar, o efetivo desse posto ou graduação será considerado provisório até que se ajuste ao novo efetivo fixado.

§ 2º Para efeito desta Lei, são considerados militares temporários:

a) os oficiais da reserva não remunerada, quando convocados;

b) os oficiais e praças de quadros complementares admitidos ou incorporados por prazos limitados, na forma e condições estabelecidas pelo Poder Executivo;

c) as praças da reserva não remunerada, quando convocadas ou reincluídas;

d) as praças engajadas ou reengajadas por prazo limitado;

e) os incorporados para prestação do serviço militar inicial.”

Nota-se que a discricionariedade do Poder Executivo foi exercida quando regulamentou a Lei do Serviço Militar, bem como será exercida quando cada Força Armada baixar os respectivos regulamentos, normas

ou instruções especiais, e/ou outras legislações aplicáveis ao caso da prorrogação dos militares temporários. Pode-se afirmar, por conseguinte, que a prática de atos administrativos concretos nessa seara será praticamente vinculada, ou seja, com necessidade de fundamentação/motivação atrelada aos motivos determinantes constantes na legislação infraconstitucional e infralegal. Significa dizer que a Administração Militar das Forças Armadas, por força de previsões legais e infralegais, deve exercer o seu poder discricionário em forma de normativas, deixando que o ato concreto praticado por cada autoridade militar competente seja ajustado aos termos dessas normativas.

5. Da exclusão do militar temporário do serviço ativo das Forças Armadas

A exclusão de militar temporário do serviço ativo das Forças Armadas, por estar este sob um regime jurídico precário, em que cada Força Armada (Marinha, Exército e Aeronáutica), à luz do princípio da discricionariedade administrativa, estabelece, dentro da análise da conveniência e da oportunidade, os requisitos e os parâmetros a serem observados, a fim de que haja um melhor preparo e emprego desse universo de militares, inclusive com vistas à formação de um contingente de militares da reserva não remunerada aptos e preparados para uma possível mobilização, deve ser encarada sob um ângulo totalmente distinto daquele que envolve um militar ou servidor de carreira, dado que esses estão submetidos a regimes jurídicos bastante distintos no que se refere às prerrogativas e garantias.

De acordo com o art. 94, V, combinado com o art. 121 da Lei nº 6.880/80, a exclusão do serviço ativo do militar temporário das Forças Armadas e o conseqüente desligamento da organização a que estiver vinculado decorrem normalmente por motivo de licenciamento, seja a pedido ou *ex officio*. As condições para o licenciamento a pedido estão previstas no § 1º do art. 121 da Lei

referida, na Lei do Serviço Militar e regulamentos específicos de cada Força Armada. As condições para o licenciamento *ex officio*, da mesma forma, estão previstas no § 3º desse artigo, na Lei nº 4.375/64 e regulamentos específicos de cada Força Armada.

6. Da problemática do contraditório e da ampla defesa para a prática do ato de exclusão do militar temporário do serviço ativo das Forças Armadas

Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório estão previstos no art. 5º, LV, que dispõe:

“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”

O autor Antonio Joaquim Ferreira Custódio (1998, p. 17-18) traz à baila as seguintes decisões do Supremo Tribunal Federal no referente à aplicação desses princípios constitucionais ao processo administrativo:

“A Carta da República, com todas as letras, garante a ampla defesa também ao acusado em foro administrativo, em apuração disciplinar; assim constitui ‘falta de respeito àquela regra da Constituição quando (...) a autoridade administrativa indefere prova sob o argumento singelo de que a lei o permite, e passando ao largo de que a própria lei pede motivação idônea para o gesto’ (MS 21.579-DF, STF/Pleno, RTJ 146/535, esp. p. 538). (...)”

“Tratando-se da anulação de ato administrativo cuja formalização haja repercutido no campo de interesses individuais, a anulação não prescinde da observância do contraditório, ou seja, da instauração de processo administrativo que enseje a audição daqueles que terão modificada situação já alcançada. Presunção de legítimi-

dade do ato administrativo praticado, que não pode ser afastada unilateralmente, porque é comum à Administração e ao particular.” (RE 158.543-RS, 2ª T/STF, in RTJ 156/1.042).

Da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, cabe destacar:

“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”

“Art. 69. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.”

Assim, pelo art. 69 da Lei nº 9.784/99, foram reconhecidas as legislações específicas que tratam sobre procedimentos administrativos. Porém, a aplicação subsidiária da referida Lei implica que aqueles seus comandos normativos não contemplados nas legislações específicas sejam observados. É o caso da motivação, contraditório e ampla defesa, eleitos à condição de princípios; caminhando, assim, na mesma senda do Texto Constitucional.

Definida a extensão constitucional e legal dos princípios constitucionais e legais do contraditório e ampla defesa, cabe enfrentar a questão acima exposta relativa aos militares temporários.

Como salientado no item 4 *supra*, devido a uma grande parcela de discricionariedade ter sido exercida pelo Poder Executivo quando regulamentou a Lei do Serviço Militar, bem como no momento em que cada Força Armada baixou os respectivos regulamentos, normas ou instruções especiais, e/ou outras Legislações aplicáveis ao caso da prorrogação dos militares temporários, a prática de atos administrativos concretos de exclusão do serviço ativo de militares terá

que se adequar, de forma fundamentada, aos motivos determinantes constantes nessa legislação infraconstitucional e infralegal.

Visto o contexto jurídico-legal de forma geral sobre a questão em pauta, cabe enfrentar, doravante, determinadas situações para, a partir de cada uma, visualizar ou não a necessidade de oportunização do direito do contraditório e ampla defesa para o rompimento do vínculo de militar temporário com o serviço militar:

O primeiro caso a ser abordado é do militar temporário que é excluído do serviço militar em vista do término da prorrogação do serviço militar por expiração do prazo estabelecido pela Legislação Militar.

Nessa circunstância, não se vislumbra a necessidade de que seja oportunizado o direito do contraditório e da ampla defesa, haja vista o fato de já existir um conhecimento prévio de o ato concreto da autoridade militar decorrer de uma imposição da Legislação por ter ocorrido o limite do lapso temporal permitido, além de que a precariedade do seu vínculo com o serviço militar ser do conhecimento de todos os militares temporários. Essas colocações são respaldadas pela posição da mais Alta Corte do País (Superior Tribunal de Justiça) em matéria de lei infraconstitucional. Veja-se:

“RESP – ADMINISTRATIVO – MILITAR TEMPORÁRIO – Os militares incorporados às Forças Armadas, para prestação de serviços temporários, permanecerão no serviço ativo durante os prazos previstos na legislação, não estando ao abrigo da estabilidade assegurada aos militares de carreira” (BRASIL, 1999b, p. 246).

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. MILITAR TEMPORÁRIO. AERONÁUTICA. LICENCIAMENTO. ESTABILIDADE AINDA NÃO ADQUIRIDA. ATO DISCRICIONÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ.

I – O ato de reengajamento de praça é discricionário da Administração (Lei 6.880/80, art. 121, e Decreto 92.577/86, arts. 43, 44 e 88), não se podendo por isso reconhecer violação ao direito do militar que, às vésperas de completar o decênio para a estabilidade, é licenciado *ex officio*, em virtude do término da última prorrogação de tempo de serviço.

II – Para caracterização do dissídio, indispensável que se faça o cotejo analítico entre a decisão reprochada e os paradigmas invocados.

III – A simples transcrição de ementas, sem que se evidencie a similitude das situações, não se presta para demonstração da divergência jurisprudencial.

Recurso conhecido apenas pela alínea “a” e, aí, provido (BRASIL, 2000b, p. 59).

Portanto, o licenciamento de militar temporário, por término de prorrogação de tempo de serviço, mostra-se perfeitamente possível, sem necessidade de oportunização de contraditório, haja vista que a legislação militar ampara esse ato administrativo, o qual, por sinal, somente pode ser praticado pela autoridade competente que a lei contempla. Ademais, os militares licenciados nessas condições não estão numa situação de litígio, porquanto sua expectativa de permanência no serviço militar não existe mais, devido à expiração do prazo de permanência estabelecido na legislação.

O segundo caso é da exclusão ex officio de militar temporário do serviço ativo por outro motivo que não por término de prorrogação de tempo de serviço, tais como: licenciamento a bem da disciplina; anulação de incorporação; e desincorporação.

Nas diversas hipóteses em que isso possa ocorrer, é conveniente, caso não tenha havido um procedimento administrativo/sindicância específico para o fim de apurar a incidência nessas hipóteses, com direito de exercício do contraditório e da ampla

defesa, que esse referido direito seja oportunizado, ao menos, antecipadamente à prática do ato de exclusão, num prazo mínimo de 10 dias, de acordo com o art. 44 da Lei nº 9.784/99, desde que não exista outro prazo na legislação específica. Assim dispõe o dispositivo: “Art. 44. Encerrada a instrução, o interessado terá o direito de manifestar-se no prazo máximo de dez dias, salvo se outro prazo for legalmente fixado.”

A razão reside no fato de que existe uma ruptura do vínculo jurídico estabelecido entre o militar interessado e a Administração Militar antes do prazo previamente avençado.

Para comprovar que a Justiça tem reconhecido o direito do contraditório e ampla defesa, principalmente o Superior Tribunal de Justiça, instância final sobre a correta interpretação do direito infraconstitucional, cabe trazer à baila alguns precedentes:

“ADMINISTRATIVO – MILITAR TEMPORÁRIO – LICENCIAMENTO A BEM DA DISCIPLINA – ATO MOTIVADO – SINDICÂNCIA – NECESSIDADE DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

1 – O militar temporário pode ser licenciado sem motivação. Se o licenciamento deu-se a bem da disciplina, ato motivado, vinculado, sujeita-se à apuração da veracidade, obedecido o devido processo legal – *due process of law*.

2 – Precedentes (REsp. Nº 260181/RJ, Min. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA e ROMS nº 11194/PE, Min. FERNANDO GONÇALVES).

3 – Recurso que se conhece, nos termos acima expostos, porém desprovido” (BRASIL, 2004a, p. 470).

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MILITAR NÃO-ESTÁVEL. LICENCIAMENTO EX OFFICIO A BEM DA DISCIPLINA. POSSIBILIDADE. RECURSO. SUPRESSÃO. NULIDADE. FUNDAMENTO. APLICAÇÃO. PENA. INOVAÇÃO. APRECIÇÃO. DESCABIMENTO.

I – As questões referentes à supressão da possibilidade de recurso e à nulidade da aplicação da pena com base em Decreto restaram suscitadas tão-somente no recurso ordinário, configurando uma inovação na lide, motivo por que não podem ser apreciadas, sob pena de supressão de instância.

II – Consoante precedentes, a exclusão *ex officio* de militar não-estável, a bem da disciplina, prescinde das formalidades do processo administrativo, bastando que seja oportunizada a apresentação de resposta pelo acusado, sem que isso constitua afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

III – No caso, intimado para tal mister, o impetrante, por meio de advogados constituídos, apresentou sua defesa administrativa, restando atendido o requisito acima estabelecido.

Recurso desprovido” (BRASIL, 2004b, p. 14).

MANDADO DE SEGURANÇA – CONSTITUCIONAL – ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E DA AMPLA DEFESA.

1. Não pode a administração anular ato de forma a repercutir no campo dos interesses individuais, sem a observância dos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa.

2. Apelação e remessa oficial improvidas.

3. Sentença mantida” (BRASIL, TRF, 2000, p. 133).

Assim, nessas hipóteses, mostra-se aconselhável que a Administração Militar, antes da prática do ato administrativo pertinente, oportunize previamente o contraditório e a defesa, a fim de evitar questionamentos judiciais ou, em havendo essa discussão no Judiciário, facilitar a defesa da União, por intermédio da Advocacia-Geral da União,

principalmente no sentido de impedir a concessão imediata de liminar ou tutelas antecipadas.

7. A estabilidade de militar temporário e a posição jurisprudencial

Como tem sido enfatizado, o licenciamento de oficial temporário ou de praça, por término de prorrogação de tempo de serviço, é perfeitamente possível, haja vista que a legislação militar ampara esse ato administrativo, o qual, por sinal, somente pode ser praticado pela autoridade competente que a lei contempla, com uma certa margem de discricionariedade outorgada legalmente, não cabendo ao Judiciário a apreciação do mérito dos motivos do ato administrativo praticado. Nesse sentido, a jurisprudência:

“ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO DO EXÉRCITO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO À ESTABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE SE ESTABELECEM VIA DO JUDICIÁRIO ISONOMIA COM OS MILITARES DE CARREIRA, AINDA QUE A SITUAÇÃO ‘IN CONCRETO’ SE MOSTRE DESARRAZOADA E ATÉ INJUSTA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO PELA ALÍNEA ‘C’, MAS CONHECIDO PELA ALÍNEA ‘A’ DO AUTORIZATIVO CONSTITUCIONAL. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA MONOCRÁTICA.

I – Capitães e tenentes do Exército Nacional, integrantes do Quadro Complementar de Oficiais, quando se achavam prestes a serem licenciados *ex officio* pelo cumprimento do tempo máximo de permanência temporária (dez anos – Dec. nº 90.600/84, art. 34), ajuizaram ação cautelar e obtiveram liminar obstativa do licenciamento. Na ação principal, tiveram o pedido indeferido pelo juiz de primeiro grau. Apelaram e ganharam. A União Federal, inconformada, interpôs recur-

so especial pelas alíneas 'a' e 'c' do autorizativo constitucional.

II – Firme, hoje, é a jurisprudência do STF e do STJ no sentido de que o 'militar temporário', que forma uma categoria contingencial ao lado do militar de carreira, não tem direito à estabilidade. Sua situação é precária e delimitada no tempo. No caso concreto, quando do ajuizamento da cautelar os ora recorridos não tinham, ainda, 10 anos de efetivo serviço militar. Assim, descabida foi a invocação do art. 50, IV, 'a', do Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880/80). Mesmo se assim não fosse, isto é, se tivessem mais de 10 anos de caserna, ainda assim não fariam jus à estabilidade. O dispositivo invocado diz respeito a 'praças'. Os recorridos são 'oficiais', pouco importando tenham ingressado como 'praças especiais'. Por outro lado, a legislação de regência distingue os militares de carreira e os militares não-de-carreira. Cabe ao Ministro do Exército a fixação do efetivo de oficiais e graduados de carreira e temporário (Lei n. 7.150/83, art. 5º; Estatuto, art. 121, § 3º, 'a' e 'b'). Se a lei estabelece distinção entre o militar de carreira e o não-de-carreira, não pode o Judiciário, a pretexto de correção de injustiças, aplicar-lhes o princípio constitucional de isonomia. Precedentes do STF e do STJ.

III – Recurso especial conhecido somente pela alínea 'a' do autorizativo constitucional. Restabelecimento da sentença de primeiro grau" (BRASIL, 1996, p. 5422).

"... 3 – A jurisprudência já pacificou o entendimento acerca da diferença entre militares permanentes e temporários (STF, RMS nºs 21.614/DF e 21.605/DF, entre outros). Na hipótese destes autos, deve ser analisada a aplicabilidade do art. 50, IV, 'a', da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Milita-

res) que versa sobre a estabilidade do militar. Tal norma aplica-se somente às praças e não aos oficiais (conforme art. 16, 19 e 98, todos do Estatuto).

4 – A teor da Súmula 07/STJ não há como reexaminar o *quantum* de acréscimo foi deferido para efeitos de averbação de tempo de serviço. Contudo, a aplicabilidade deste pode ser examinada na seara do especial, sendo que a lei veda (art. 137, VI c/c pará. 1º), expressamente, o cômputo para qualquer outro fim que não o da inatividade, não podendo considerá-lo para o fim de estabilidade.

5 – No caso *sub judice*, por tratar-se de oficial (1º Tenente do Exército), nos termos da lei, não lhe assiste o direito a tais acréscimos e sequer a estabilidade, que é a garantia do vínculo laboral.

6 – Precedente" (BRASIL, 2000a, p. 123).

No mesmo sentido, cabe citar outros precedentes do STJ: REsp 198.389/RJ, 5ª Turma, Relator Ministro Felix Fischer, DJ 14.2.2000, p. 59; REsp 40.607/RJ, 6ª Turma, Relator Ministro José Candido de Carvalho Filho, DJ 7.8.1995, p. 23096; e REsp 22.221/PE, 1ª Turma, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 27.6.1994, p. 16895.

As decisões do Supremo Tribunal Federal, as quais fortaleceram o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, têm as seguintes ementas:

"SERVIÇO MILITAR – CABOS E SOLDADOS TEMPORÁRIOS – TEMPORARIEDADE. A arregimentação de forma temporária não conflita com a ordem jurídica em vigor. Na dicção da ilustrada maioria do Supremo Tribunal Federal, a norma inserta no § 9º do artigo 42 da Constituição Federal não encerra, em si, a estabilidade, podendo a lei dispor sobre o engajamento por prazo determinado" (BRASIL, 1994).

"ADMINISTRATIVO. MILITARES DO QUADRO TEMPORÁRIO DO

EXÉRCITO. ACÓRDÃO DENEGATÓRIO DE MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA O ATO QUE OS LICENCIOU, APÓS O CUMPRIMENTO DO TEMPO DE SERVIÇO PREVISTO EM LEI. ALEGADA VIOLAÇÃO A DIREITO ADQUIRIDO ASSSEGURADO NOS ARTS. 226 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E 29 DO RESPECTIVO ADCT.

Cuidando-se de militares do quadro de temporários, isto é, admitidos por prazo limitado, como previsto no art. 2º, § 2º, b, da Lei nº 7.150, de 1.12.83, não há reconhecer-lhes direito a permanência em atividade, após cumprido o prazo de incorporação.

Inaplicabilidade, a tais servidores, da norma do art. 19, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de 1988, restrita a servidores civis.

Decisão insuscetível de reparo.

Recurso desprovido” (BRASIL, 1993).

Como visto, diante de farta jurisprudência citada, o militar temporário pode ter seu tempo de serviço militar prorrogado, desde que haja interesse por parte da Administração Militar, para formação de uma reserva *não remunerada* mais qualificada. Logo, o poder discricionário da Administração Militar é alicerçado em fundamentos legais robustos e consistentes, não podendo o Judiciário subtrair esse poder, sob pena de agressão à divisão de poderes consagrada no art. 2º da Constituição Federal. A discricionariedade do administrador, por decorrência, não pode ser substituída pela do Judiciário, consoante firme posição da doutrina e jurisprudência.

7.1. Inexistência de amparo legal para a transferência à reserva remunerada ex officio de oficial temporário por término de prorrogação de tempo de serviço

Nesse momento, cabe perquirir, em face de questionamentos judiciais existentes a respeito, se há espaço para que oficiais tem-

porários possam adquirir o tempo necessário para serem transferidos *ex officio* à reserva remunerada, com fundamento no inciso IV do art. 98 da Lei nº 6.880/80.

Ao se fazer uma interpretação sistemática e teleológica do comando normativo constante no art. 98, IV, da Lei nº 6.880/80, principalmente levando em consideração, de forma bastante acentuada, os princípios e regras constitucionais, percebe-se que esse dispositivo *se dirige aos oficiais de carreira*, ou seja, àqueles que ingressaram mediante concurso público, nos termos do art. 37, II, da Constituição Federal, que tenham completado 30 ou mais anos de serviço e que estejam há mais de 5 anos no último posto da carreira organizada.

Não há como admitir a interpretação do disposto no inciso IV do art. 98 da Lei nº 6.880/80, de forma isolada, sem que seja feita uma exegese de forma sistêmica com outros dispositivos constitucionais e legais, pois, do contrário, ocorrerá o disparate de militares temporários, que não têm carreira na forma prevista na lei, adquirirem o direito à aposentadoria (reserva remunerada) a partir de 7 anos de serviço militar, quando tenham ficado 5 anos no posto de 1º Tenente, que, poderia ser alegado, corresponde ao último posto da “carreira” de oficial temporário.

Ora, essa argumentação é aberração jurídica que facilmente pode ser desmascarada e destruída se levarmos em consideração, como já ressaltado, outros dispositivos constitucionais e legais, tais como:

- Art. 37, II, da Constituição Federal, que dispõe que para ser militar de carreira, com vitaliciedade ou estabilidade, há a necessidade de concurso público, o que não ocorre com o militar temporário, porquanto presta o serviço militar inicial, de acordo com o Estatuto dos Militares, Lei do Serviço Militar (Lei nº 4.375/64 – arts. 20 a 23, 33, 56 a 58) e Decreto nº 57.654/66 (arts. 128 a 137);

- Art. 3º, § 1º, “a”, I e II, do Estatuto dos Militares, já reproduzido acima;

- Art. 5º do Estatuto dos Militares, que expressa:

“ Art. 5º A carreira militar é caracterizada por atividade continuada e inteiramente devotada às finalidades precípuas das Forças Armadas, denominada atividade militar.

§ 1º A carreira militar é privativa do pessoal da ativa. Inicia-se com o ingresso nas Forças Armadas e obedece às diversas seqüências de graus hierárquicos”;

- Art. 8º do Estatuto dos Militares:

“ Art. 8º O disposto neste Estatuto aplica-se no que couber:

I - aos militares da reserva remunerada e reformados;

II - aos alunos de órgão de formação da reserva;

(...)”

- Art. 10 do Estatuto dos Militares:

“ Art. 10. O ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.”

- Art. 121, II, § 3º, do Estatuto dos Militares:

“ Art. 121. O licenciamento do serviço ativo se efetua:

I - (...)

II - *ex officio*.

(...)

§ 3º O licenciamento *ex officio* será feito na forma da legislação que trata do serviço militar e dos regulamentos específicos de cada Força Armada:

a) por conclusão de tempo de serviço ou de estágio;

b) por conveniência do serviço; e

c) (...)”

- Art. 1º da Lei nº 5.821, de 1972, que dispõe sobre as promoções dos oficiais das Forças Armadas:

“ Art. 1º Esta Lei estabelece os critérios e as condições que asseguram aos oficiais da ativa das Forças Armadas - militares de carreira - o aces-

so na hierarquia militar, mediante promoções, de forma seletiva, gradual e sucessiva.”

- Leis que fixam os efetivos de cada Força Armada. No caso do Exército, a Lei nº 7.150, de 1983, já lembrada acima, fixa esse efetivo.

- Também em relação ao Exército Brasileiro, o art. 3º da Lei nº 6.391, de 9 de dezembro de 1976, dispõe sobre o seu Pessoal:

“ Art. 3º O Pessoal Militar da Ativa pode ser de Carreira ou Temporário:

I - O Militar de Carreira é aquele que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tem vitaliciedade assegurada ou presumida.

II - O Militar Temporário é aquele que presta o serviço militar por prazo determinado e destina-se a completar as Armas e os Quadros de Oficiais e as diversas Qualificações Militares de praças, conforme for regulamentado pelo Poder Executivo.”

- Lei nº 5.292/67, que trata da prestação do serviço militar temporário de médicos, farmacêuticos, dentistas e veterinários (MFDV).

- Regulamentos de cada Força Armada que disciplinam a prestação de serviço militar temporário; e

- Lei nº 7.963, de 1989, que concede compensação pecuniária, a título de benefício, *ao militar temporário das Forças Armadas, por ocasião de seu licenciamento*. Assim consigna o art. 1º:

“ Art. 1º O oficial ou a praça, licenciado *ex officio* por término de prorrogação de tempo de serviço, fará jus à compensação pecuniária equivalente a 1 (uma) remuneração mensal por ano de efetivo serviço militar prestado, tomando-se como base de cálculo o valor da remuneração correspondente ao posto ou à graduação, na data de pagamento da referida compensação.”

Portanto, ao oficial temporário em momento algum aplica-se a hipótese de ter o

direito à transferência para a reserva remunerada, nos termos do art. 98, IV, do Estatuto dos Militares, quando ficar mais de 5 anos no último posto (1º Tenente), haja vista que a referida previsão destina-se ao oficial de carreira, que esteja no último posto da hierarquia de oficial, o que, presume-se, tenha mais de 30 anos de serviço, haja ingressado no serviço militar mediante concurso e esteja cômico de que estaria a pertencer a uma carreira efetiva, e não temporária.

Como visto, não existe corpo permanente para oficial temporário, logo não existe direito à aposentadoria (reserva remunerada) para oficial temporário.

O que o oficial temporário tem direito, quando licenciado por término de prorrogação do tempo de serviço, é a indenização por ano de serviço nos termos da última lei acima referida.

Caso a hipótese aventada seja abrigada pela Administração Militar ou pelo Poder Judiciário, com certeza ocorrerá o malferimento dos princípios elencados no art. 37, *caput*, da Constituição Federal, os quais devem pautar a Administração Pública, aqui incluída, por obviedade, a Administração Militar.

A interpretação de um dispositivo isolado, por estar dissociada de outros dispositivos constitucionais e legais, pode servir para respaldar pretensões que beiram o despropósito, já que permite premiar militares com aposentadorias (reserva remunerada) precoces (a partir de 7 anos de serviço), à custa do Erário, em que toda a sociedade terá que pagar a conta.

A respeito da interpretação sistêmica que deve ser feita a qualquer texto legal, o doutrinador Vicente Ráo, citado pelo autor Alexandre de Moraes (1999, p. 41), assim expressa:

“a hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do

conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais, procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos, assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam”

Assim, em face do exposto pelo ilustre doutrinador acima referido, cabe afirmar que, no caso específico sob análise, não pode ser interpretado o disposto no art. 98, inciso IV, do Estatuto dos Militares, de forma literal e isolada, com desconsideração às demais previsões legais constantes na Constituição Federal e Legislação Militar.

Ora, se existe previsão legal de que o militar temporário não tem o direito à vitaliciedade ou estabilidade, por não ter ingressado mediante concurso público e não estar participando de uma carreira permanente, como admitir, então, que o mesmo venha a ingressar na reserva remunerada (aposentadoria) a partir de 7 anos de serviço militar?

Perante o exposto neste item, constata-se que: a) não existe direito à estabilidade para o oficial temporário, mesmo que a Administração Militar venha, por um lapso, a deixá-lo atingir mais de 10 anos de serviço, pois, conforme sólida posição jurisprudencial dos Tribunais Superiores, a estabilidade somente se aplica às praças de carreira; b) o licenciamento de oficial temporário, mesmo que tenha completado mais de 5 anos no posto de 1º Tenente, alegadamente “último posto da carreira”, é perfeitamente possível, porquanto não é aplicável o disposto no inciso IV do art. 98 da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), já que essa previsão é dirigida ao oficial de carreira; c) o oficial temporário não faz parte de uma carreira permanente, logo não pode ter direito à aposentadoria (transferência para a reserva remunerada) *ex officio*, principalmente a partir de 7 anos de serviço, quando tenha ficado mais de 5 anos no posto de 1º Tenente.

8. Considerações finais

A prestação do serviço militar nas Forças Armadas tem como norte preparar uma parcela de cidadãos da nação brasileira para o fiel desempenho das atribuições afetas a essas pelo Texto Constitucional e Legislação Infraconstitucional.

Para tanto, a Constituição Federal prevê que lei específica deve dispor sobre o regime jurídico dos militares, considerando sempre as especificidades das atividades afetas às Forças Armadas.

Dentro desse contexto, existe previsão na Legislação Infraconstitucional de efetivo de militares de carreira e outro de militares temporários.

Os militares temporários prestam serviço militar às Forças Armadas por imposição constitucional e legal, quando o cidadão é convocado para a prestação do serviço militar obrigatório ou, quando de forma voluntária, prestam ou prorrogam esse serviço como praça ou oficial.

O vínculo jurídico que os militares temporários mantêm com as Forças Armadas é sempre precário, porquanto cada Força, além dos requisitos previstos em lei, dentro do poder discricionário facultado pela lei, estabelece as condições para prestação desse serviço, sempre visando, por último, a desnecessidade de aumento do efetivo de militares de carreira, o que resultaria em dispêndios altos para o Erário, com repercussão para toda a sociedade brasileira, bem como a formação de uma reserva não remunerada qualificada de acordo com as peculiaridades das atividades de cada Força Armada.

Por fim, por ser precário o vínculo jurídico do militar temporário com as Forças Armadas, é inquestionável que não pode ser suscitada qualquer discussão a respeito da possibilidade de a administração militar competente, de acordo com a conveniência e oportunidade estabelecida, excluir do serviço ativo qualquer militar nessa situação, passando-o para a situação de reserva não

remunerada, ante a inexistência de direito subjetivo à estabilidade no serviço militar ou de qualquer direito à transferência para a reserva remunerada, como no caso de oficial haver ultrapassado mais de 5 anos no último posto previsto na legislação para a sua condição jurídica.

Referências

ANJOS, Luís Henrique Martins dos; ANJOS, Walter Jone dos. Manual de direito administrativo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. Constituição (1988). 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 150934, 6ª turma, Ceará, 1999. Relator: Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Diário da Justiça, Brasília, p. 246, 17 maio 1999.

_____. _____. Recurso especial nº 168817, 5ª Turma, Ceará, 2000. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Diário da Justiça, Brasília, p. 123, 27 mar. 2000a.

_____. _____. Recurso especial nº 198389, 5ª Turma, Rio de Janeiro, 2000. Relator: Ministro Felix Fischer. Diário da Justiça, Brasília, p. 59, 14 fev. 2000b.

_____. _____. Recurso especial nº 250566, 5ª Turma, Rio Grande do Sul, 2004. Relator: Ministro Jorge Scartezzini. Diário da Justiça, Brasília, p. 470, 2 ago. 2004a.

_____. _____. Recurso especial nº 45932, 6ª Turma, Rio de Janeiro, 1996. Relator: Ministro Adhemar Maciel. Diário da Justiça, Brasília, p. 5422, 4 mar. 1996.

_____. _____. Recurso ordinário em mandato de segurança nº 13734, 5ª Turma, Pernambuco, 2004. Relator: Ministro Felix Fischer. Diário da Justiça, Brasília, p. 14, 1 jul. 2004b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso ordinário em mandato de segurança nº 21.605-4, 2ª Turma, Distrito Federal, 1994. Relator: Ministro Marco Aurélio. Diário da Justiça, Brasília, 25 nov. 1994.

_____. _____. Recurso ordinário em mandato de segurança nº 21.614-3, 1ª Turma, Distrito Federal, 1993. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Diário da Justiça, Brasília, 16 abr. 1993.

_____. Tribunal Regional Federal (1ª Região). Ape-
lação mandado de segurança no processo nº
1999.01.00.028883-3, Primeira Turma, Distrito Fe-
deral, 2000. Relator: Juiz Catão Alves. *Diário da
Justiça*, Brasília, p. 133, 3 abr. 2000.

CUSTÓDIO, Antonio Joaquim Ferreira. *Constitui-
ção federal interpretada pelo STF*. 2. ed. São Paulo: O.
Mendes, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito adminis-
trativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo bra-
sileiro*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 5.
ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitu-
cional positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

TORRES, Luís Cláudio Alves Torres. *Manual de le-
gislação penal militar*. 4. ed. Rio de Janeiro: Desta-
que, 1999.

A sentença condenatória na ação de improbidade administrativa

Profundidade e extensão das sanções

Marlon Alberto Weichert

Sumário

1. A responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa – fundamentos constitucional e legal. 2. Definição de agente público na Lei de Improbidade Administrativa. 3. Sanções cominadas aos agentes públicos. 3.1. A obrigatória aplicação de todas as sanções. a) Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio. b) Ressarcimento integral do dano. c) Perda da função pública. d) Suspensão dos direitos políticos. e) Multa civil. f) Proibição de contratar com o Poder Público, receber incentivos fiscais ou creditícios. 3.2. Dosimetria das sanções. 4. Extensão da perda da função pública – o retorno ao serviço público. 5. Profundidade da sanção de perda da função pública – a repercussão nos vários entes federativos.

1. A responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa – fundamentos constitucional e legal

A responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa encontra sede na Constituição Federal, artigo 37, § 4º:

“§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Para integrar e dar concretude ao preceito da Lei Fundamental, o legislador ordinário editou em 1992 a Lei nº 8.429. Esse di-

Marlon Alberto Weichert é Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, Especialista em Direito Sanitário pela Universidade de Brasília – UnB, Procurador Regional da República em São Paulo.

ploma legal traz normas materiais sobre a improbidade administrativa e regras processuais sobre a ação que objetiva a sua responsabilização.

A improbidade administrativa é a violação dos deveres de honestidade, legalidade ou lealdade por parte do agente público, cumulada ou não com o seu enriquecimento ilícito ou dano material ao patrimônio público. É a quebra do dever de realizar os interesses públicos sem se aproveitar dos poderes ou facilidades decorrentes da função pública. Ela afronta o direito público subjetivo individual e coletivo à administração pública proba e eficiente (boa administração). A determinação constitucional de forte repressão a esses atos reforça os princípios republicano, da isonomia e da dignidade da pessoa humana.

Os atos de improbidade administrativa foram classificados em três espécies: a) atos que importam enriquecimento ilícito, b) atos que causam prejuízo ao erário, e c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública. Definidos respectivamente nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei, formam uma escala decrescente de gravidade. Assim, o legislador considerou como merecedora de maior reprimenda a improbidade que gera enriquecimento ilícito ao agente público e como menos grave a prática de atos que – sem implicar dano patrimonial aos cofres públicos ou proveito econômico ao agente – violam os princípios administrativos.

Os três artigos mencionados estão estruturados da mesma forma: trazem no *caput* a regra base de definição do ilícito, ilustrando-a com figuras específicas descritas nos respectivos incisos.

O artigo 9º caracteriza como ato de improbidade administrativa com enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade pública. A vantagem pode ocorrer pelo recebimento ou apropriação de dinheiro ou bens, ou ainda pelo uso de serviços da administração para fins particu-

res. O inciso VII traz importante regra que presume a existência de enriquecimento indevido sempre que o agente público adquirir, para si ou para outrem, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução de seu patrimônio ou de sua renda, sem que comprove adequadamente a origem dos recursos ou do patrimônio. Ou seja, a existência de “patrimônio a descoberto” autoriza considerar que o mesmo foi obtido a partir de ganhos ilícitos, tanto que não declarados.

A improbidade administrativa que causa dano ao erário é definida no artigo 10 como qualquer ação ou omissão que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres de entidades da administração direta ou indireta ou, ainda, de instituições que recebam recursos do Poder Público ou tenham sido constituídas, ainda que parcialmente, com verbas do erário. A lei determina a responsabilização inclusive das condutas culposas, ao contrário do que ocorre em relação às demais espécies de atos, que se caracterizam se presente o dolo.

Por fim, o artigo 11 define que qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública. Frise-se que o rol de princípios aqui indicados não segue o modelo de enunciação do artigo 37 da Constituição Federal. Não obstante, a própria denominação do ato de improbidade (*que atenta contra os princípios da administração pública*) já revela qual o bem jurídico protegido. Por outro lado, os conceitos de *honestidade, imparcialidade e lealdade* estão contidos nos princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência, bem como em outros não mencionados nem mesmo na Constituição, como o da oficialidade. Na verdade, o artigo 4º da Lei 8.429 estipulou que “os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios da legalidade,

impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos". Vale dizer, a norma do artigo 11 toma como parâmetro o enunciado do art. 4º, apontando, porém, que o rol dessa norma não é exaustivo, pois o administrador está vinculado a valores intrínsecos e comuns aos diversos princípios, notadamente a legalidade, honestidade, imparcialidade e lealdade. O artigo 11 protege, acima de tudo, o princípio da moralidade, na sua acepção ampla. Por esse motivo, outros princípios da administração pública – além daqueles apontados no artigo 4º – também são tutelados pela norma, tais como os da oficialidade, da eficiência e da finalidade.

O objetivo deste breve estudo repousa sobre as sanções fixadas na Lei nº 8.429/92 relativamente a essas espécies de atos ilícitos. Será objeto de reflexão, ainda, a obrigatoriedade ou não de sua aplicação em bloco, a extensão e a profundidade da cominação de perda da função pública.

O preceito constitucional que determinou a instituição da responsabilização cível por improbidade administrativa e a Lei nº 8.429/92 formam um corpo inovador e auspicioso no combate à corrupção e à imoralidade no País. Seus diversos aspectos vêm merecendo profunda análise da doutrina e acalorado debate judicial. Não obstante, inúmeras tentativas de reduzir-lhe a abrangência estão sendo desenvolvidas, diante da perspectiva transformadora que esse diploma legal representa na prática política e administrativa.

Este trabalho pretende contribuir para a compreensão dessa legislação e, em especial, dos preceitos relativos à sentença condenatória. Diante do seu limitado escopo, inúmeros outros aspectos relevantes que decorrem das normas existentes não serão enfrentados.

2. Definição de agente público na Lei de Improbidade Administrativa

A Lei nº 8.429/92, logo na primeira parte do art. 1º, determina o sujeito ativo da prá-

tica de atos de improbidade como sendo "qualquer agente público, servidor ou não". Percebe-se, pois, que a responsabilização por esses atos ultrapassa – *ab initio* – o campo restrito dos agentes que mantêm vínculo perene e formal com a administração pública.

É assente na doutrina (MEDAUAR, 2001, p. 310-312; DI PIETRO, 2001, p. 421-422; MELLO, 1993, p. 121; FIGUEIREDO, 1995, p. 23; MARTINS JUNIOR, 2001, p. 240; GARCIA; ALVES, 2002, p. 167-172) que a Constituição Federal utiliza-se da expressão *servidores públicos* em sentido amplo (*lato sensu*), como sinônimo do que o regime anterior denominava *agentes públicos*, para fazer alusão a todos aqueles que mantêm vínculo de trabalho com os entes estatais de qualquer poder, bem como a administração indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações).

O legislador ordinário, ao editar a Lei nº 8.429/92, preferiu utilizar a locução "agente público", a qual deve ser interpretada do mesmo modo que a expressão "servidor público" em sentido amplo, empregada pela Constituição Federal.

Dentro do gênero servidor público em sentido amplo, enquadram-se as seguintes espécies: (a) *agentes políticos*, eleitos ou não, com função de serem formadores da vontade superior do Estado, tais como o Presidente da República e seus Ministros, os Governadores, Prefeitos e seus Secretários, os Parlamentares, os Juizes e os Membros do Ministério Público; (b) *servidores públicos* em sentido estrito (*stricto sensu*) são os que ocupam cargos públicos e que estão sujeitos ao regime estatutário; (c) *empregados públicos*, aqueles contratados pelo Estado, no regime da Consolidação das Leis do Trabalho, e que ocupam empregos públicos; (d) *servidores temporários*, contratados por tempo determinado para atender à necessidade temporária de excepcional interesse público (art. 37, IX, da Constituição Federal), exercendo função, mas sem estarem vinculados a cargo ou emprego público; e (e) *par-*

ticulares em exercício de função pública, em que há uma assunção – muitas vezes precária e sem vínculo formal – do exercício de funções estatais, tais como os profissionais (diretores e médicos) de serviços privados de saúde contratados pelo SUS, os jurados e os mesários eleitorais.

Em suma, o que confere a natureza de agente público é a função estatal por ele desempenhada, independentemente do vínculo estabelecido entre o indivíduo e o Poder Público. É este o conceito adotado pela Lei nº 8.429/92 ao estabelecer:

“Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior”.

Nessa linha, todo e qualquer particular que venha a desempenhar função pública, independentemente da natureza do vínculo, será considerado agente público. Esse conceito abrange inclusive o agente privado que (a) administra recursos públicos e/ou (b) presta serviços públicos, nos limites do desempenho da função pública ou da gestão desses recursos.

Mas não é só. A Lei nº 8.429/92 determinou que fosse sancionado pelas disposições aplicáveis “aquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (art. 3º).

Vale dizer, toda pessoa que tirar proveito, estimular ou participar do ato de improbidade também se submeterá às sanções da Lei nº 8.429/92. Nesse caso, porém, será sempre indispensável demonstrar o vínculo existente entre o terceiro (particular) e a conduta do agente público ímprobo. Não pode ocorrer a responsabilização com fulcro no artigo 3º sem que haja, também, a identificação do ato do agente público.

Assim, p. ex., o terceiro que se beneficia em bolsa de valores de uma informação privilegiada responderá juntamente com o agente público que “vazou” a informação. Ou, ainda, um diretor ou gerente de empresa que participe de uma fraude à licitação responderá com o ímprobo servidor público. Aliás, a própria pessoa jurídica poderá ser responsabilizada, com base nas mesmas premissas que informam a responsabilidade penal desses entes, com a aplicação das sanções pertinentes (Cf. ROTHENBURG, 1993).

3. Sanções cominadas aos agentes públicos

O artigo 12 da Lei nº 8.429/92 estatuiu as seguintes sanções para os agentes ímprobos:

“Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações:

I – na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II – na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de mul-

ta civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III – na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.”

Constata-se, pois, que a condenação por atentado à probidade e à moralidade administrativa acarreta a aplicação de diversas reprimendas, a saber: (i) reversão de bens e valores ilicitamente acrescidos ao patrimônio individual, (ii) reparação de danos, (iii) perda da função pública, (iv) suspensão de direitos políticos, (v) pagamento de multa civil e (vi) proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios fiscais ou creditícios.

Essas reprimendas estão graduadas conforme a espécie de ato praticado (que importa enriquecimento ilícito, que causa dano ao erário e que atenta contra os princípios da administração pública), em uma ordem decrescente de gravidade. Nesse contexto, a suspensão de direitos políticos, *v.g.*, pode alcançar, nos casos mais graves, 10 anos ou se limitar a 3 anos, na menor sanção.

Essas expressivas cominações, associadas à elasticidade do conceito de agente

público e à abertura das hipóteses de atos de improbidade (aspectos tratados nos itens precedentes), são fruto da decisão do Constituinte de combater não só a imoralidade, mas todas as formas de violação aos princípios da administração pública.

Resolveu-se já no texto constitucional instituir um mandamento de responsabilização, mediante a aplicação de um rol de sanções cíveis ao descumprimento da probidade administrativa. A determinação constitucional foi a fixação de um novo esquema repressivo, além daquele já consagrado por meio da ação penal.

Não há dúvidas de que as sanções impostas pelo descumprimento do dever de probidade são severas. No entanto, trata-se de decisão constitucional, decorrente do triste histórico nacional de impunidade, mormente quando se trata de fraudar o erário ou a própria sociedade, mediante a frustração dos direitos sociais.

Pode-se dizer, portanto, que a *Constituição de 1988 adotou o cumprimento da moralidade e da probidade como um princípio basilar de todo o desenvolvimento da administração pública. Seu descumprimento fulmina na base a atividade estatal e a busca do bem comum, merecendo, por isso, forte repressão pelo ordenamento jurídico.*

3.1. A obrigatória aplicação de todas as sanções

Apesar de argumentos em contrário sustentados por autorizada doutrina, somos convictos de que não é facultado ao Juiz deixar de aplicar as sanções fixadas no artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e na Lei nº 8.429/92.

Primeiro, porque houve decisão constitucional expressa no sentido de que o ato de improbidade “importa” na (a) suspensão dos direitos políticos, (b) perda da função pública, (c) indisponibilidade dos bens e (d) no ressarcimento ao erário.

No plano constitucional, foi, portanto, definida uma consequência jurídica sancionadora, em uma relação de decorrência

("importa") e não de previsão de punições apreciáveis caso a caso. Não se trata, por óbvio, de interpretar gramaticalmente o texto constitucional, mas sim de não descurar da explícita manifestação de vontade do poder constituinte.

O impactante é notar que a maior inovação constitucional foi estipular a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos como 'fruto' do ato de improbidade, justamente para que os agentes públicos, especialmente os políticos, temessem a responsabilização.

Não obstante, exatamente essas sanções têm sido consideradas – por alguns autores e parte da jurisprudência – como exageradas ou desproporcionais. Ora, negar a aplicação dessas medidas, ou aplicá-las apenas nos casos muito graves, é evidente desafio à Constituição, que explícita e enfaticamente definiu que todo e qualquer ato de improbidade implica perda de função pública e suspensão de direitos políticos. É, enfim, perpetuação do quadro de impunidade.

Não se desconhece que o dispositivo constitucional definiu que essas sanções devem ser aplicadas "na forma e gradação previstas em lei" (parte final do § 4º do art. 37). Uma leitura possível seria, portanto, aquela que identifica a autorização de gradação como uma permissão para afastar a aplicação de uma das medidas repressivas. Assim, a inaplicação da 'pena' equivaleria a graduá-la em 'zero'. Esse entendimento não convence. A gradação aventada no texto da Constituição da República refere-se à intensidade da reprimenda, mas não à possibilidade de sua exclusão. Nesse contexto, por exemplo, o papel da lei é definir o período de suspensão dos direitos políticos, mas não investir contra o texto constitucional para excluí-la.

De qualquer forma, caberia ao legislador efetuar a gradação, ou definir os parâmetros para sua aplicação judicial. E o que se viu, no particular, foi a confirmação pelo legislador da indispensabilidade da aplicação "em bloco" de todas as medidas re-

pressivas. É o que se depreende dos incisos do artigo 12 da Lei nº 8.429/92, que utilizam a conjunção aditiva "e" para agregar as diversas sanções. Por outro lado, a previsão constitucional da gradação (imperativo, aliás, do princípio da proporcionalidade) foi expressamente observada pela norma do parágrafo único do artigo 12 do mencionado diploma legal, bem como no corpo dos seus três incisos.

É verdade, outrossim, que a Lei nº 8.429/92 agregou outras sanções ao rol constitucional. Além daquelas repercussões já definidas no plano constitucional, o artigo 12 da Lei apontou que o agente ímprobo se sujeita também: (a) à perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao seu patrimônio, (b) ao pagamento de multa civil e (c) à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.

Saliente-se, primeiro, que seria lícito ao legislador instituir outras reprimendas além daquelas incluídas no preceito da Constituição. A fixação de penas e outras sanções é, aliás, típico caso de matéria reservada à lei (princípio da legalidade), nada impedindo que essa atividade fosse exercida na produção normativa referente à improbidade administrativa. O elenco fixado no texto constitucional deve ser considerado como o mínimo aplicável, mas não como um corpo exaustivo de medidas sancionadoras da improbidade.

Por outro lado, todas as cominações estipuladas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 ou decorrem diretamente do próprio regime constitucional, ou estão inseridas no regime de proteção do patrimônio e da moralidade públicos ou, em alguns casos, decorrem de comezinhos princípios gerais de direito. O que fez o legislador – e bem – foi consolidar e sistematizar a matéria, compilando em um único diploma o rol de repercussões aos ilícitos por improbidade na administração pública.

Sintetizando a matéria, veremos a seguir os fundamentos para a inderrogável

aplicação de cada uma das espécies de sanções estipuladas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

a) *Perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio*

A reversão ao Poder Público do patrimônio adquirido por improbidade administrativa é corolário do princípio geral de direito que não admite o enriquecimento ilícito ou sem causa. Não se trata, propriamente, de uma sanção, mas sim de uma obrigação *ex lege* decorrente de ato ilícito.

No Código Civil, a matéria recebe tratamento no artigo 884, o qual estipula que: “[a]quele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários”.

No Código Penal, a matéria é definida como um efeito da condenação, no artigo 91, inciso II, alínea “b”:

“Art. 91 – São efeitos da condenação:

II – a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou do terceiro de boa-fé:

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.”

Havendo, pois, a condenação do agente por enriquecimento ilícito, é conseqüência intrínseca à sentença a obrigação de reversão de todo e qualquer patrimônio (imóvel, móvel ou financeiro) que tiver sido reunido como proveito do ato de improbidade.

É o que dispõe o artigo 6º da Lei nº 8.429/92:

“Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.”

Importante destacar que usualmente o patrimônio obtido com o ato de improbidade administrativa não permanece na ostensiva posse do agente, especialmente quando se trata de grandes vantagens. Nesses

casos, em regra, os recursos ou bens amealhados são objeto de lavagem¹, mediante transferência a terceiro, transformação em outros bens, alienações sucessivas ou qualquer outro meio de dissimulação. Por esse motivo, não há limitação a que o ato de reversão atinja apenas o bem que direta e especificamente foi obtido com o ato de improbidade. Na ausência deste, ou na impossibilidade de individualizá-lo, todo o patrimônio do condenado responde pelo dever de reversão, até o montante equivalente aos bens ou valores que foram obtidos com a conduta ilícita.

Da mesma forma, ao ser proposta a ação é quase impossível identificar o patrimônio auferido com a prática da improbidade, ou atestar que o bem ainda está na disposição do agente. Assim, as medidas cautelares de indisponibilidade, seqüestro ou arresto devem se voltar em face de quaisquer bens dos réus, conforme o artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92:

“Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.”

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.”

Nem mesmo há necessidade de ser um bem adquirido após a prática do ato de improbidade, pois a *ratio* da Lei é alcançar o patrimônio do réu em qualquer uma de suas expressões, satisfazendo o crédito público pela expressão econômica do bem amealhado ilicitamente ou do dano causado ao erário. Nesse sentido, aliás, a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 439.918 – SP, julgado pela Primeira Turma em 3 de novembro de 2005.

Em síntese, a perda do patrimônio acrescido ilicitamente não é pena ou sanção, mas sim uma obrigação automática decorrente do reconhecimento judicial da prática do ato de improbidade. E todo o patrimônio do agente ímprobo responde por essa obrigação.

b) Ressarcimento integral do dano

A prática de um ato ilícito que provoca dano a terceiros gera automático dever de reparação. É a responsabilidade civil. Basta, para o surgimento da obrigação, o reconhecimento da autoria, do dano, do elemento subjetivo (quando exigível) e do nexo causal. Evidentemente, assentada a condenação por ato de improbidade administrativa, estarão caracterizados os elementos mencionados.

Em relação aos atos de improbidade administrativa, a reparação do dano é uma imposição constitucional, conforme a redação do parágrafo 4º do artigo 37 acima transcrito.

Note-se que a reparação deve ser integral, abrangendo não só todo o prejuízo material, mas também a lesão à esfera moral da pessoa jurídica de direito público diretamente vitimada, como também da sociedade, principalmente quando o ato resultou na má prestação de serviços públicos ou na frustração de direitos sociais. É indiscutível que a dilapidação do patrimônio público implica subtração de recursos que seriam aplicados em finalidades sociais, na promoção de direitos. Portanto, o ato de improbidade administrativa rotineiramente acarreta danos morais coletivos, os quais devem ser também reparados.

Não se deve descartar, ainda, a possibilidade de danos materiais ou morais a terceiros, mesmo quando inexistente prejuízo patrimonial direto ao Poder Público. Por exemplo, o médico do sistema público de saúde, ao exigir do particular vantagem ilícita para a prática de ato que é gratuito, lesa a esfera patrimonial e afetiva da vítima. Em especial a esfera subjetiva é atingida, pois a exigência é realizada com o aproveitamen-

to da fragilidade da pessoa que se encontra sob risco de vida ou tem o seu parente nesse estado. O ato caracteriza-se como de improbidade administrativa com enriquecimento ilícito do agente (figura do artigo 9º, *caput*), com danos materiais e morais ao cidadão. A condenação por improbidade implicará, pois, a constituição da obrigação de reparação de ambos ao particular, muito embora o erário não tenha suportado prejuízo econômico ou financeiro.

Da mesma forma, um ato de improbidade que atenta contra os princípios da administração também pode dar ensejo a danos materiais ou morais ao particular. Cite-se, a título ilustrativo, a demora proposital do agente público em atender pedido administrativo de pagamento de verbas do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço a desempregado em situação de miséria. O ato em questão – embora não implique enriquecimento do agente ou dano ao patrimônio público – atinge a esfera patrimonial e moral do trabalhador, devendo o magistrado reconhecer, na sentença, a existência desses prejuízos e determinar a sua indenização. Amparando essa salutar medida de economia processual, o legislador determinou que a obrigação de reparar danos está presente mesmo quando o ato de improbidade não provocou prejuízo ao erário ou acarretou enriquecimento indevido do agente (artigo 12, inciso III, da Lei nº 8.429/92).

c) Perda da função pública

A perda da função pública como sanção pela prática de ato de improbidade administrativa é a principal inovação em sede constitucional, expressa textualmente no § 4º do art. 37.

A Lei nº 8.429/92, artigos 9º, 10 e 11, dispôs – novamente de modo expresse – que essa cominação deve ser aplicada inclusive nos atos de improbidade de menor gravidade (como aqueles que *apenas* atentam contra os princípios da administração pública).

Na verdade, e conforme reforçaremos mais adiante, é juridicamente incompatível

com os princípios da administração pública a permanência de pessoa ímproba na esfera da prestação de serviços públicos. É requisito para a investidura em função pública a higidez moral, não sendo possível atribuir a *prestação* do Estado àqueles que judicialmente foram declarados sem esse estofo.

A perda da função pública somente se consuma com o trânsito em julgado da sentença (sem prejuízo de administrativamente ser aplicada a pena de demissão, quando cabível)². A Lei autoriza, ainda, o afastamento cautelar, quando necessário para a instrução processual, ou seja, quando a autoridade puder interferir na produção de provas, por exemplo, mediante o exercício da hierarquia em relação a testemunhas, eliminando ou forjando documentos (art. 20, parágrafo único). Apesar do silêncio legislativo, não se pode afastar a possibilidade de outros fundamentos para o afastamento provisório, inclusive a título de antecipação de tutela, como, por exemplo, na hipótese de risco de o agente continuar a agir ilícitamente durante o processo.

Os agentes políticos também se sujeitam à responsabilização prevista na Lei de Improbidade Administrativa e, inclusive, à sanção da perda da função pública. Evidentemente, a demora do processo faz com que o trânsito em julgado da sentença jamais coincida com o exercício do mandato em que praticado o ato, afastando o risco de uso político da condenação.

Apenas em relação aos parlamentares federais a sentença não produz efeitos imediatos ao transitar em julgado. Há a necessidade de decretação da perda do cargo pela Mesa Diretora da Casa Legislativa, nos termos do artigo 55 da Constituição Federal. Muito embora esse preceito constitucional não indique a condenação por improbidade administrativa como causa da perda do mandato, a suspensão dos direitos políticos (que também ocorrerá com a condenação) é causa suficiente para a cessação do seu exercício, conforme o inciso IV do referido artigo. Destarte, deverá a Mesa Diretora

instaurar célere processo administrativo para apreciação apenas e tão-somente dos aspectos formais da decisão judicial (se emanada de autoridade competente e se efetivamente transitada em julgado), nos termos do § 3º do artigo 55. Não poderá a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal reapreciar o mérito da condenação. Ao final, confirmando-se a validade e a eficácia formal da condenação judicial, a respectiva Mesa Diretora deverá *incontinenti* declarar a perda do cargo.

d) Suspensão dos direitos políticos

As causas de perda ou suspensão de direitos políticos estão disciplinadas no artigo 15 da Constituição Federal. São hipóteses de suspensão: (a) a incapacidade civil absoluta, (b) a condenação criminal transitada em julgado e (c) a improbidade administrativa. A recusa em cumprir prestação alternativa a obrigação a todos imposta pode, por sua vez, ser causa de suspensão ou perda dos direitos políticos, conforme dispuser a lei.

O inciso V desse dispositivo é, pois, o fundamento para a suspensão dos direitos políticos dos condenados por improbidade administrativa. Essa norma remete expressamente ao artigo 37, § 4º, do próprio texto constitucional, deixando extirpado de qualquer dúvida que o reconhecimento judicial da prática de ato de improbidade, por meio da ação a que se refere este comando constitucional (no caso a Lei nº 8.429/92), é, por si só, causa determinante da suspensão dos direitos políticos. Logo, com a declaração judicial da improbidade administrativa pela ação civil impõe-se a suspensão dos direitos políticos referida no inciso V do artigo 15, sem exceção.

e) Multa civil

A multa civil tem por objetivo desestimular a prática do ato ilícito, mediante a cominação de forte repercussão patrimonial. No Direito Civil, é conhecida como cláusula penal, a qual estipula uma punição a

parte que inadimplir o contrato. A multa civil não se confunde com a reparação de perdas e danos, pois esta visa apenas recompor o prejuízo da vítima, enquanto a multa representa um adicional em relação ao próprio objeto do contrato, para desencorajar o seu descumprimento.

Os norte-americanos distinguem ambos institutos, denominando a indenização por perdas e danos como “compensatory damages” (indenização compensatória) e a multa civil como “exemplary damages” ou “punitive damages”, ou seja, indenização exemplar ou punitiva. Esta é devida quando o ato for grave, atentatório a relevantes bens jurídicos ou o devedor tiver agido dolosamente, podendo alcançar montante muitas vezes superior ao das perdas e danos. O parâmetro para a fixação do seu montante não é dado apenas pela lide individual no bojo da qual é apreciada, mas também com a consideração do impacto da conduta no meio social, ou seja, se a prática lesiva atingiu outras pessoas ou interesses coletivos. Por exemplo, em decisão de 1919 (251 US 63) a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a cobrança indevida de 66 centavos de dólar em duas passagens de trem dava ensejo não só à devolução da quantia cobrada a maior, como também de “punitive damages”, à época fixada em 75 dólares (cerca de 57 vezes o valor do dano) (E.U.A., 2006). As “exemplary damages” são, pois, instrumentos de punição e de inibição da prática lesiva, muito embora a importância fixada judicialmente reverta em favor do autor da ação individual (o que é uma distorção, pois não pode ser utilizada para compensação dos danos coletivos). Apesar da nomenclatura, caracteriza-se como uma sanção pecuniária, e não como indenização.

Se a prática intencional de um ato ilegal acarretasse apenas a obrigação de reparação de danos, os autores poderiam ser estimulados a considerar que “o risco vale a pena”, pois, acaso flagrados, no máximo teriam o dever de repor os bens à situação anterior. Nesse sentido, a imposição de ônus

adicional tem a finalidade de *advertir* os eventuais agentes *inclinados* à prática do delito de que a repercussão sobre o seu patrimônio poderá ser severa, a ponto de comprometê-lo até integralmente.

No direito público, a imposição da multa civil é comum no âmbito dos contratos administrativos, inclusive com o atributo da auto-executoriedade (Lei nº 8.666/93, art. 58, IV). Por outro lado, o direito tributário também dela se utiliza, na forma de multas pecuniárias por infrações.

A aplicação de multa civil em decorrência de lesão ao patrimônio público ganhou *status* constitucional com o artigo 71, inciso VIII, da Carta de 1988. Esse preceito atribui ao Tribunal de Contas da União a imposição aos responsáveis de multa proporcional ao dano causado ao erário no caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas. Destarte, a aplicação de penalidade pecuniária integra o sistema jurídico-constitucional de proteção ao erário público, inexistindo óbices a que seja empregado para a responsabilização de atos de improbidade administrativa.

Em realidade, a multa civil é medida profilática no combate à corrupção e à imoralidade, cabendo ao magistrado sua aplicação ponderada, diante dos elementos concretos de cada caso sob apreciação. É o campo propício para o exercício da proporcionalidade, tendo a Lei de Improbidade fixado limites máximos (“teto”), mas não imposto um valor mínimo. Evidentemente, as condutas dolosas e graves devem, especialmente quando praticadas em detrimento de direitos sociais, merecer a fixação da condenação em expressivo montante, enquanto condutas culposas (admitidas quando se trata de ato de improbidade que acarreta danos ao erário – art. 10 da Lei nº 8.429/92) sugerem multas menos aflitivas.

f) *Proibição de contratar com o Poder Público, receber incentivos fiscais ou créditos*

As disposições legais que fixaram como uma das cominações da responsabilização

judicial por improbidade administrativa a proibição de contratar com o Poder Público, receber incentivos fiscais ou de crédito têm matriz em semelhante comando da Constituição Federal, na disciplina da seguridade social.

Com efeito, o § 3º do artigo 195 da Lei Fundamental designa que “[a] pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”.

Embora a norma constitucional tenha aplicação específica para as dívidas com o sistema de seguridade social, nada obsta que o legislador ordinário institua igual preceito para outras situações de danos à administração pública. Na verdade, dentro da sua discricionariedade política, o legislativo federal se abeberou do valor constitucional e aplicou-o à situação de improbidade administrativa, que é inclusive de mais grave repercussão para a coletividade e para o Estado do que a de inadimplência do particular com a seguridade social.

Lembre-se, ademais, que no âmbito da Lei nº 8.666/93, que rege as licitações e os contratos administrativos, há previsão de semelhante sanção aos que inadimplirem seus ajustes com a administração pública, estipulando os incisos III e IV do artigo 87 que o descumprimento das obrigações pelo particular podem acarretar a suspensão ou o impedimento de licitar e contratar com o Poder Público.

Em suma, nem mesmo no caso da multa civil e da proibição de relacionamento com o Poder Público – os quais não possuem expressa e direta fonte constitucional – o legislador ultrapassou os padrões do sistema jurídico vigente ou revolucionou os *standards* de repressão a ilícitos. Não se identifica, portanto, desproporção, exagero ou irrazoáveis punições, mas sim a construção de uma legislação moderna e compiladora de instrumentos do direito público e privado no desestímulo e na re-

pressão às condutas lesivas ao interesse coletivo.

3.2. Dosimetria das Sanções

Definiu o parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 8.429/92 que “[n]a fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”. Esse dispositivo indica, portanto, os parâmetros que devem ser adotados pelo magistrado na dosimetria das sanções que comportam variação.

Evidentemente que essa dosagem ocorrerá apenas para aquelas cominações em que, pela sua essência, isso seja possível. Em síntese, a dosimetria será aplicada na definição do valor da multa civil e do lapso temporal de suspensão dos direitos políticos. Esses elementos podem ser considerados, ainda, na definição do *quantum debeatur* relativo à indenização por danos morais.

Com relação à cominação de proibição de contratação com o Poder Público, apesar de a lei ter estipulado períodos fixos para sua aplicação (dez anos no caso de enriquecimento ilícito, cinco anos na hipótese de dano ao erário e três anos nos atos que atentam contra os princípios da administração), não identificamos óbices à consideração desses patamares como limites máximos, podendo o magistrado fixar a sanção aquém desses paradigmas. Dessa maneira, os princípios da proporcionalidade e da individualização da sanção seriam mais de perto satisfeitos.

No que diz respeito à reversão do patrimônio ilicitamente obtido, à reparação de danos materiais e à perda da função pública, a própria natureza da providência impede dosagens. A aplicação é do tipo “tudo ou nada” e, como visto no item precedente, por decisão constitucional há a obrigação de impor a sanção.

Enfatize-se que os limites máximos fixados no artigo 12 e seus incisos não podem ser ultrapassados, respeitando-se inclusive os tetos estabelecidos em relação a cada es-

pécie de ato de improbidade. Não se pode fixar a sanção além do limite legal. Não obstante, ocorre de o ato de improbidade muitas vezes se enquadrar em mais de uma hipótese legal. Por exemplo, a conduta do agente pode concomitantemente implicar o seu enriquecimento ilícito e também dano ao erário. Nessa situação, será aplicado o rol de sanções estabelecidas no inciso I do artigo 12, pois a situação mais gravosa absorve a de menor lesividade. Na eventualidade, porém, de a sanção patrimonial (multa civil) mais severa ser a do inciso II, esta deve prevalecer.

Ilustrativamente, podemos ter uma situação em que um agente público receba vantagem ilícita de cem mil reais para a realização de uma despesa indevida de dez milhões de reais. A conduta se enquadra na figura do artigo 9º da Lei (ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito) e também na do artigo 10 (ato de improbidade que provoca dano ao erário). Condenado o agente, devem lhe ser cominadas as obrigações de restituição da vantagem indevida e de reparação do dano. Ademais, é de lhe ser imposta a multa civil. Esta, nos termos do inciso I do artigo 12, seria de até 3 vezes o montante do enriquecimento ilícito. Porém, se considerado o ato na dimensão em que acarretou dano ao patrimônio público, a multa pode alcançar 2 vezes o valor do prejuízo (inciso II do artigo 12). Dessa forma, o limite máximo para a sanção pecuniária será o estipulado no inciso II do dispositivo legal, pois poderá alcançar, no nosso exemplo, 20 milhões de reais, contra apenas 300 mil reais se considerado o critério do inciso I.

Em qualquer hipótese, deverá o magistrado valorar a conduta e o proveito do agente, para fixar, caso a caso, o montante da multa. O teto ou limite máximo será, não obstante, o mais elevado dos parâmetros possíveis.

Destaque-se, outrossim, que o legislador foi por demais econômico na indicação dos elementos a serem considerados na dosime-

tria. Com efeito, além dos aspectos econômicos diretos decorrentes do ato de improbidade (dano ao erário e proveito econômico do agente), devem ser valoradas a existência de dolo, a repercussão social do ato (direitos lesados e grupos de pessoas atingidas), a situação econômica do réu, os meios utilizados para a prática do ilícito, os motivos do agente, a reiteração da prática e a existência de fraude e de eventual organização voltada para a realização das condutas ilícitas.

4. Extensão da perda da função pública – o retorno ao serviço público

Uma das sanções para a improbidade administrativa prevista na Constituição e na Lei nº 8.429/92 é a perda da função pública.

Não obstante, a Lei nº 8.429/92 não explicitou duas questões importantes em relação a essa sanção: (a) o condenado que perde a função pública pode retornar ao serviço público? e (b) a perda da função atinge toda e qualquer função, nas três esferas da federação?

Com relação à primeira indagação, embora a Lei de Improbidade Administrativa não trate da matéria, consta expressamente no Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União (Lei nº 8.112/90), no artigo 137, parágrafo único, c/c art. 132, IV, *que NÃO poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por improbidade administrativa*. Como anota Emerson Garcia (2002, p. 363), “[a] dissolução é definitiva, não tendo delimitação temporal”.

Com efeito, a legislação impõe o preenchimento de diversos requisitos para a investidura em função pública. Por exemplo, são exigidos idade mínima, o gozo de direitos políticos e a aptidão física e mental (art. 5º). Da mesma forma, também a lei determina a existência de causas que conduzem à demissão da função pública, conforme o previsto no artigo 132 da Lei nº 8.112/90:

“ Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos:

I – crime contra a administração pública;

II – abandono de cargo;

III – inassiduidade habitual;

IV – improbidade administrativa;

V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

VI – insubordinação grave em serviço;

VII – ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem;

VIII – aplicação irregular de dinheiros públicos;

IX – revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo;

X – lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional;

XI – corrupção;

XII – acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas;

XIII – transgressão dos incisos IX a XVI do art. 117.”

Para algumas hipóteses de demissão, o legislador determinou, ainda, a proibição de retorno ao serviço público. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 137 do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais: *não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I (crime contra a administração pública), IV (improbidade administrativa), VIII (aplicação irregular de dinheiros públicos), X (lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional) e XI (corrupção).*

Percebe-se, pois, que o legislador definiu que o agente afastado de suas funções por um dos motivos acima *carece de um essencial requisito moral* para eventual reassunção – através de nova investidura – da função pública.

Sob outro enfoque, o que fica evidente é a exigência de aptidão moral do cidadão ou da cidadã que pretende assumir cargo ou

função pública, o que, definitivamente, não é o caso dos agentes públicos já reconhecidos judicialmente como ímprobos.

Assim, a condenação pela prática de improbidade administrativa – ou crime contra a administração pública, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos e corrupção – produz dois efeitos, autônomos: (a) a perda da função pública; e (b) a declaração de carência de aptidão moral para nova investidura em função pública.

Vale dizer, o que ocorre é a fixação – em lei – de mais um requisito para a investidura em função pública, ao lado da aptidão física e mental: a *aptidão moral*. E, desde logo, a legislação definiu que o agente condenado por improbidade não reveste essa qualidade. O agente público (de qualquer espécie) que teve declarada a perda da função pública por improbidade administrativa não pode retornar ao seu exercício, ainda que através de nova investidura e, até mesmo, por concurso público.

É pertinente observar que a proibição de ingresso no serviço público será aplicada a um agente público que teve a oportunidade de compor os quadros da administração, mas que não cumpriu seus deveres legais de honestidade e fidelidade. Não se trata, pois, de presumir a incompatibilidade do indivíduo com a função pública, mas sim de reconhecer que ele praticou um ato concreto de lesão aos interesses que deveria resguardar. Há a perda do direito de acesso a cargos públicos, por decorrência de conduta do próprio agente em oportunidade anterior.

Vale lembrar que a perda de um direito fundamental não é estranha ao constitucionalismo brasileiro. Por exemplo, o brasileiro nato que voluntariamente opta por uma nacionalidade estrangeira perde o seu vínculo com o Estado brasileiro (art. 12, § 4º, inc. II, CF), ou seja, o direito à cidadania brasileira. Da mesma forma, a recusa em cumprir prestação alternativa a uma obrigação legal a todos imposta (art. 5º, inc. VIII, c/c

art. 15, inc. IV, ambos da CF) pode acarretar a perda dos direitos políticos. No caso do serviço militar obrigatório, a Lei nº 8.239/91 fixou que ficam suspensos os direitos políticos enquanto não prestado integralmente serviço alternativo não-militar, o que demonstra a possibilidade de perpetuidade do impedimento.

Esse aspecto de definitividade tampouco esbarra na cláusula constitucional que veda a instituição de penas de caráter perpétuo (alínea “b” do inciso XLVII do artigo 5º da Constituição Federal). Isso porque a vedação de acesso a cargo público não pode ser considerada uma pena. Sanção, *in casu*, é a perda da função pública, e esta se opera instantaneamente. O que impede a reassunção de outra função pública é a existência de uma causa específica de inaptidão ou falta de preenchimento de um requisito obrigatório, para ocupar cargo na administração. Insista-se: há a carência do direito de acesso aos cargos públicos. E, como bem aponta o inciso I do artigo 37 da Constituição Federal, cabe à lei fixar os requisitos para o acesso a cargos, empregos e funções públicas³.

Aliás, aspecto relevante é definir se os entes federativos estaduais e municipais podem autorizar o reingresso nos seus respectivos serviços públicos de condenados por ato de improbidade administrativa. Ou seja, se, no âmbito da sua competência legislativa, podem Estados e Municípios afastar o requisito da aptidão moral para o exercício da função pública.

Cabe, inicialmente, anotar que a estruturação e a regulação da administração pública é matéria da competência privativa de cada ente político. Não obstante, a atividade legiferante está sujeita ao conteúdo material da Constituição. Sempre que se tratar de normas referentes à administração pública, está o legislador de qualquer ente federativo adstrito à pauta axiológica do artigo 37 da Lei Fundamental e, em especial, aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Não pode, portanto, ser desconsiderado o princípio da moralidade, que tem na ação de improbidade um dos seus instrumentos de proteção. A ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa é um dos garantidores do cumprimento dos deveres de moralidade e probidade.

A Lei nº 8.112/90, ao definir que a prévia condenação por improbidade administrativa implica inaptidão do indivíduo para a assunção de função pública, está densificando o princípio da moralidade, dando-lhe concretude no âmbito da relação jurídica relativa à investidura de agentes públicos. Por esse motivo, não se pode omitir a aplicação desse preceito – e seu conteúdo axiológico – nas legislações locais. As normas da Lei nº 8.112/90, nesse particular, revelam-se de conteúdo nacional, por informarem o princípio constitucional da moralidade.

Desnecessário fundamentar que o conteúdo do princípio da moralidade é único em toda a Federação. Se o seu postulado implica impedir o acesso de indivíduos anteriormente afastados do Poder Público pela prática da improbidade administrativa a funções públicas, essa norma terá aplicação em âmbito nacional. É o que já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.” (BRASIL, 2002).

Muito embora não possa o legislador regulamentar exaustivamente o conteúdo e o alcance de um princípio constitucional (pois a dinâmica social revela, todo dia, novos campos e conteúdos decorrentes dessa pauta axiológica), pode a lei federal definir, para algumas relações jurídicas, posturas e padrões que representam a concretização desse princípio.

Assim, a lei federal poderá definir requisitos gerais, de âmbito nacional, que dão concretude aos princípios constitucionais nos atos de investiduras de cargos, empregos e funções públicas, em linha, aliás, com o disposto no artigo 22, incisos XVI e XXVII, da Constituição Federal. No mais, o detalhamento da matéria é da competência de cada ente político. Essa, aliás, a lição de Hely Lopes Meirelles (1990, p. 373-374):

“Por outro lado, o mesmo art. 37, I, condiciona a acessibilidade aos cargos públicos ao preenchimento dos requisitos estabelecidos em lei. Com isso, ficam as Administrações autorizadas a prescrever exigências quanto à capacidade física, moral, técnica, científica e profissional, que entender convenientes, como condições de eficiência, moralidade e aperfeiçoamento do serviço público. Mas à lei específica, de caráter local, é vedado dispensar condições estabelecidas em lei nacional para a investidura em cargos públicos, como as exigidas pelas leis eleitoral e do serviço militar, ou para o exercício de determinadas profissões (Constituição da República, art. 22, XVI).”

A semelhante conclusão chega Carmem Lúcia Antunes Rocha (1999, p. 162): “[a] lei mencionada constitucionalmente (no art. 37, I) é nacional, no que concerne aos estrangeiros (art. 22, XV e XVI, da Constituição da República), e também aos brasileiros quanto a profissões específicas a serem cumpridas por carreiras públicas (art. 22, XVI, da Lei Fundamental)”.

Logo, cabe à lei federal definir as regras gerais para o exercício de função pública em decorrência dos princípios da Constituição Federal. Essas normas terão validade em âmbito nacional, subordinando as legislações dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A partir das normas constitucionais e dessa lei de normas gerais, os entes políticos locais exercem competência legislativa suplementar para tratar especificamente do acesso aos cargos que criarem.

Nesse contexto, a Lei federal nº 8.112/90 – ao definir o critério da aptidão moral e reconhecer que ele não é preenchido quando se trata de postulante anteriormente condenado por improbidade administrativa – assume caráter geral e de vinculação a todos os legislativos locais.

Anote-se, por outro lado, que, *ao menos enquanto perdurar a suspensão dos direitos políticos* (sanção específica prevista na Lei nº 8.429/92), não poderão os agentes ímprobos retornar a qualquer função pública.

Isso porque um dos requisitos para o exercício de função pública reside no gozo dos direitos políticos. Somente o titular de direitos políticos é considerado um cidadão (em sentido estrito) e, portanto, pessoa admitida a participar do Poder Público. Não é por menos que a posse em qualquer cargo público é precedida de prova formal do pleno gozo dos direitos políticos.

A Lei nº 8.112/90 expressamente consignou em seu artigo 5º, II:

“Art. 5º São requisitos básicos para investidura em cargo público:

(.....)

II – o gozo dos direitos políticos;”

Vale dizer, não poderá ser investido em cargo público aquele que estiver com os seus direitos políticos suspensos, por cometimento de crime eleitoral, por condenação criminal ou, ainda, por responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa.

Novamente, a mencionada norma é de conteúdo nacional (competência privativa da União), pois dispõe sobre os requisitos

gerais para a assunção de cargo público (art. 37, I) e, bem como, o exercício de direitos políticos e cidadania (CF, art. 22, incisos I e XIII).

Em suma, embora inexista uma relação de acessoriedade entre o afastamento da função pública e a suspensão dos direitos políticos, há uma imbricação causal, da qual decorre que, enquanto perdurar a suspensão dos direitos políticos, não poderá haver a assunção de função pública.

Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o agente perde imediatamente seu cargo, mandato ou função pública, não podendo reassumir qualquer nova prestação de serviço pelo Poder Público (definitivamente). Essa regra aplica-se inclusive para os particulares que exercem função pública sem vínculo formal com a administração pública. Estes também estarão impedidos, a partir da formação da coisa julgada material, a prestar, a qualquer tempo ou título, serviços públicos.

5. Profundidade da sanção de perda da função pública – a repercussão nos vários entes federativos

Com relação à profundidade da sanção, não há dúvidas quanto à repercussão da condenação em todos os níveis da Federação.

A começar, porque a condenação por improbidade está repleta de caráter valorativo, significando que o agente não se reveste de requisito essencial para atuar, por meio do Estado, em nome da sociedade. A condenação implica reconhecer no agente uma carência de estofamento e aptidão moral para o desempenho de múnus público. Aptidão essa necessária para o desempenho não apenas do serviço no âmbito do qual praticou a improbidade, mas sim de toda a administração pública. De lembrar que o padrão constitucional de moralidade e probidade é único, não cabendo digressões sobre sua não aplicação em determinado ente federativo.

Não se concebe, por óbvio, que determinada pessoa possa ser considerada inapta

a prestar serviços públicos federais por ter cometido um dos graves ilícitos de improbidade e concomitante ser reputada como moralmente capaz de lidar com interesses públicos no âmbito do Estado, Distrito Federal ou Município.

A condenação por improbidade, em qualquer esfera federativa, envolve um juízo de reprovação sobre o agente, que atinge todas as suas investiduras em funções públicas, sejam perenes, temporárias, com ou sem vínculo formal. Até mesmo o exercício das funções de mesário eleitoral ou jurado lhe são vedadas, em definitivo.

Ademais, de lembrar que a suspensão dos direitos políticos irá repercutir em toda e qualquer função pública exercida pelo agente, independentemente da área e da esfera da federação. E, sendo o gozo dos direitos políticos requisito essencial para o exercício de função pública, é impossível não reconhecer que a perda da função pública por ato de improbidade também terá repercussão nacional.

Lembramos, por oportuno, a nossa ressalva já exposta no item anterior, no sentido de que a perda da função pública não é decorrência da suspensão dos direitos políticos, mas sim sanção autônoma e definitiva, a qual impede nova investidura em qualquer ente federativo e em qualquer cargo público, mesmo após o término do prazo de suspensão dos direitos políticos.

Vale dizer, a condenação por conduta ímproba no exercício de função pública em qualquer ente da federação *acarreta necessariamente a perda de todas as demais funções exercidas pelo agente, em qualquer outro serviço ou membro federativo, definitivamente.*

Essa situação tem especial relevo nos casos de exercício do magistério e dos profissionais de saúde, únicas funções para as quais a Constituição admite a cumulação de cargos públicos (art. 37, XVI), bem como nas hipóteses de provimento de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração por ex-agentes públicos.

Notas

¹ A Lei nº 9.613/98 define os crimes de lavagem de dinheiro.

² Os magistrados e membros do Ministério Público gozam de vitaliciedade após dois anos de exercício da função, só podendo ser demitidos por decisão judicial transitada em julgado.

³ Nesse particular, discordamos do teor da ADI 2975/4-DF, proposta pelo Procurador-Geral da República, ainda não julgada, e através da qual se requer a declaração de inconstitucionalidade do artigo 137, parágrafo único, da Lei nº 8.112/90.

Referências

- BRASIL. Superior Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2661, Maranhão, 2002. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário da Justiça e da União*, Brasília, 23 ago. 2002.
- COMPARATO, Fábio Konder. Competência do juiz de 1º grau. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) et al. *Improbidade administrativa: 10 anos da Lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court of the United States. Caso *St. Louis, I.M. e S.R. Co. v. Williams*, 251 U.S., Estados Unidos da América, 1919. Thonson: Findlaw, Estados Unidos da América, 2006. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=251&invol=63>>. Acesso em: 31 jan. 2006.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa: Comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. Rio de Janeiro: L. Juris, 2002.
- LAW, Sylvia A. Torts. In: MORRISON, Alan B. (Ed.). *Fundamentals os american law*. New York: Oxford University Press, 1996.
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MEDEIROS, Sérgio Monteiro. *Lei de improbidade administrativa: comentários e anotações jurisprudenciais*. São Paulo: J. Oliveira, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais dos servidores públicos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. Ação por improbidade administrativa: aspectos de relevo. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.) et al. *Improbidade administrativa: 10 anos da lei n. 8.429/92*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- _____. *A pessoa jurídica criminoso*. Curitiba: Juruá, 1997.
- WEICHERT, Marlon Alberto. A saúde como serviço de relevância pública e a ação civil pública em sua defesa. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho (Org.) et al. *Ação civil pública: 20 anos da lei nº 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

Ministério Público no Tribunal de Contas

Um pouco de sua história e da de seus componentes

Sebastião Baptista Affonso

Sumário

1. Os primórdios do Tribunal. 2. O Tribunal no Estado Novo. 3. O MP no cinquentenário do TC. 4. O TC na redemocratização. 5. O TC e a Reforma Administrativa. 6. O MP do TCU na Constituição. 7. Posição do MP no TCU. 8. Re-composição do Ministério Público. 9. Membros do MP em destaque. 10. Conclusão.

A Ata da *Primeira Sessão Solene* de instalação do *Tribunal de Contas*, realizada dia 17 de janeiro de 1893, já consignava a presença do Dr. Dídimo Agapito da Veiga Junior, na condição de Representante do *Ministério Público*, junto à Corte (Cf. Brasil, 1970, p. 283-285).

1. Os primórdios do Tribunal

Embora criado o Tribunal de Contas, com o Decreto nº 966-A de 7-11-1890 (BRASIL, 1994a, p. 178-179), diploma legal esse recepcionado e convalidado pelo art. 89 da Constituição Republicana de 24-2-1891, a sua instalação só ocorreu a 17-1-1893, porque ficou na dependência da respectiva regulamentação, prevista no art. 11 do citado Decreto. Ela veio a ser adotada com o Decreto nº 1.166, de 17-12-1892, o qual regulamentou o Ministério da Fazenda, mas dedicou todo o seu Título II, compreendendo os artigos 18 a 89, ao *Tribunal de Contas*, sua jurisdição, competência, atribuições e funcionamento. Foi previsto o seu Corpo Deliberativo composto de cinco membros, um dos

Sebastião Baptista Affonso é Advogado, Subprocurador-Geral do MP/TCU aposentado, ex-Consultor Geral da República e Consultor Jurídico no TCDF.

quais, por designação do Presidente, atuaria como representante do Ministério Público, substituído nos seus impedimentos pelo Director de Contencioso do Tesouro Nacional (arts. 45, § 4º, 19 e 25, § 2º).

O Primeiro regulamento do *Tribunal de Contas*, adotado com o Decreto nº 1.166/892, assim veio dispor, especificamente, quanto ao Ministério Público, *verbis*:

“.....(*omissis*).....

Art. 18. Fica creado na Capital Federal o Tribunal de Contas com as attribuições determinadas no art. 89 da Constituição.

Art. 19. O pessoal do Tribunal de Contas compor-se-ha de cinco membros, o presidente e quatro directores, com voto deliberativo, um dos quaes representará o ministerio publico.

.....(*omissis*).....

Art. 25. Nos impedimentos repentinos serão substituidos: o presidente, pelo director mais antigo; este, pelo sub-director mais antigo; e os sub-directores e o secretario, pelo 1º escripturario que for designado pelo presidente.

Nos impedimentos prolongados serão substituidos: o presidente, pelo director designado pelo ministro; os directores, os sub-directores e o secretario, pelos sub-directores e 1ºs escripturarios designados pelo presidente. O director representante do ministerio publico será substituido pelo director do Contencioso do Thesouro Federal.

.....(*omissis*).....

Art. 47. O director representante do ministerio publico, perante o Tribunal de Contas, deve ser formado em direito, e compete-lhe:

§ 1º Requerer o que for a bem dos interesses da Fazenda Publica.

§ 2º Responder nos processos que lhe forem continuados.

§ 3º Dar parecer sobre os negocios a respeito dos quaes for ouvido o

Tribunal, como órgão consultivo do Governo.

§ 4º Promover a revisão das contas em que houver erro, omissão, falsidade, ou duplicata em prejuizo da Fazenda.

§ 5º Communicar ao Ministerio da Fazenda qualquer dolo, falsidade, concussão ou peculato, que verificar haver o responsavel praticado no exercicio de suas funcções, para que possa instaurar-se o competente processo criminal.

§ 6º Promover a imposição de multa nos casos em que ella tenha lugar.

Art. 48. Serão continuados ao director representante do Ministerio Publico:

§ 1º Os processos em que se tratar de applicar a prescripção.

§ 2º Os de levantamento de fianças.

§ 3º Os que accusarem erro, omissão, falsidade ou duplicata em prejuizo da Fazenda.

§ 4º Os processos em que o Tribunal, ou a repartição que os instaurar, descobrir a existencia de algum crime.

§ 5º As impugnações e recursos contra o julgamento do Tribunal.

§ 6º Os processos em que o relator julgar necessaria a audiencia fiscal.

Art. 49. Ao director representante do ministerio publico assiste o direito de promover, verbalmente ou por escripto, que lhe sejam continuados quaesquer outros processos de sua competencia, embora não comprehendidos no artigo antecedente.

Art. 50. Os processos e negocios que forem continuados ao ministerio publico serão remetidos directamente ao presidente do Tribunal.

.....(*omissis*).....”

Algumas normas esporádicas se seguiram, relativas ao Tribunal de Contas, com dispositivos referentes ao seu MP, das quais destacam-se:

1) a Lei nº 392, de 8-10-1896, estabelecendo que o Representante do Ministério Público seria um só e demissível *ad nutum*

(art. 1º, § 2º, item nº 5), o qual seria substituído por quem fosse indicado pelo Ministro da Fazenda (art. 1º, § 9º);

2) o Decreto nº 2.409, de 23-12-1896, que reorganizou o TC a partir das diretrizes estabelecidas na Lei nº 392/896;

3) a Lei nº 2.511, de 30-12-1911, cujo art. 5º estabeleceu que ao Ministério Público do TC cabia promover o julgamento dos contratos;

4) a Lei nº 3.454, de 6-1-1918, que estabeleceu normas para reorganizar o Tribunal de Contas e o seu Ministério Público, pelas quais o MP seria constituído do 1º e 2º Representantes, um Adjunto e dois Auxiliares.

Da mencionada Lei nº 392/896 (trata-se de Decreto, votado pelo Congresso, com força de lei), merecem transcrição os itens 5 e 6 do § 2º de seu art. 1º, e o item 3 do art. 8º, respectivamente, a saber:

1- (Item 5 do art. 2º) - "O Ministerio Publico será representado perante o Tribunal de Contas por um bacharel ou doutor em direito nomeado pelo Presidente da Republica, demissivel ad nutum";

2- (Item 6 do art. 2º) - "O representante do Ministerio Publico assistirá às reuniões do Tribunal e tomará parte nas discussões: não terá, porém, direito a voto";

3- (item 3 do art. 8º) - "O representante do Ministerio Publico é o guarda da observancia das leis fiscaes e dos interesses da Fazenda perante o Tribunal; cabe-lhe dizer por exigencia do relator, por decisão do presidente, ou a seu pedido, verbalmente ou por escripto, em todos os papeis e processos sujeitos à decisão do Tribunal.

É obrigatoria a sua audiencia:

- a) nos casos de prescrição;
- b) nos de levantamento de fiança, sem ser por julgamento de contas;
- c) nas tomadas de contas, antes do julgamento, para requerer as medidas e diligencias precisas e opinar sobre o estado do processo; depois do julga-

mento, para promover o processo e as decisões sobre os embargos e recursos de revisão e a execução das sentenças no Juízo competente e dizer sobre taes recursos interpostos pelas partes;

d) sobre a abertura e o registro dos creditos additionaes;

e) nos contratos de qualquer natureza, que deem origem a despeza, ou realizem operações de credito". (sic)

Por seu turno, o Decreto nº 2.409/896, ao dar regulamentação ao Decreto Legislativo nº 392/896, para sua execução, dedicou um Capítulo ao Ministério Público, assim dispondo:

".....(omissis)....."

Art. 80. O ministerio publico será representado perante o Tribunal de Contas por um bacharel ou doutor em direito, nomeado pelo Presidente da Republica e demissivel ad nutum.

Art. 81. O representante do ministerio publico é o guarda da observancia das leis fiscaes e dos interesses da Fazenda perante o Tribunal de Contas. Comquanto represente os interesses da publica administração, não é todavia delegado especial e limitado desta, antes tem personalidade propria, e no interesse da lei, da justiça e da Fazenda Publica tem inteira liberdade de acção.

Art. 82. O representante do miniterio publico assiste ás reuniões do Tribunal e toma parte nas discussões; não tem direito de voto nem relata papeis, mas assigna os accordãos e as decisões com declaração de ter sido presente.

Art. 83. Cabe-lhe dizer, por exigencia do relator, por decisão do presidente, ou a seu pedido, verbalmente ou por escripto, em todos os papeis e processos sujeitos á decisão do Tribunal.

Art. 84. Tem como attribuições:

§ 1º Promover perante o Tribunal de Contas os interesses da Fazenda e

requerer tudo que for a bem e para resalva dos direitos da mesma.

§ 2º Promover a revisão das contas em que se der erro, omissão, falsidade ou duplicata em prejuizo da Fazenda.

§ 3º Levar ao conhecimento do Ministerio respectivo qualquer dolo, falsidade, concussão ou peculato que dos papeis sujeitos ao Tribunal se verificar haver o responsavel praticado no exercicio de suas funções.

§ 4º Promover a imposição das multas que ao Tribunal caiba infligir e dada a imposição communicar o facto remettendo cópia do acto que a houver deliberado ao procurador seccional para tornar efectiva a cobrança.

§ 5º Responder de direito nos papeis de que lhe for dada vista por despacho do presidente do Tribunal.

§ 6º Remetter ao procurador seccional cópias authenticas das sentenças proferidas pelo Tribunal na tomada de contas de responsaveis para ser promovida a execução da mesma, perante o juiz federal da secção.

Art. 85. E' obrigatoria a audiencia do representante do ministerio publico:

- a) nos casos de prescripção;
- b) nos de verificação, approvação e levantamento de fiança e cauções dos responsaveis, seja qual for o Ministerio a que pertencerem;
- c) nas tomadas de contas, antes do julgamento, para requerer as medidas e diligencias precisas e opinar sobre o estado do processo, depois do julgamento para promover o processo e as decisões sobre os embargos e recursos de revisão que interpuzer por parte da Fazenda, e dizer sobre taes recursos, quando interposto pelas partes;
- d) nos casos de consulta sobre a abertura de creditos addicionaes e de registro dos mesmos;

e) nos processos de aposentadoria, montepio e meio soldo para dizer sobre a legalidade da fixação dos vencimentos da inactividade e das pensões em face das leis reguladoras do assumpto;

f) nos contractos de qualquer natureza, que deem origem á despeza, ou realizem operações de credito.

Art. 86. O representante do ministerio publico póde, quando necessario, pedir ao presidente do Tribunal um escripturario para o servido do expediente a seu cargo.

Art. 87. E' licito ao representante do ministerio publico solicitar do presidente e dos directores do Tribunal de Contas e dos chefes de qualquer repartição publica os esclarecimentos, as informações e as certidões de que precisar para o exacto exercicio de suas attribuições de guarda das leis fiscaes e dos interesses da Fazenda Pública.

.....(omissis)....." (sic)

Sobreveio, então, o Decreto nº 13.247, de 23-10-1918, que veio reorganizar o *Tribunal de Contas*, com base na citada Lei nº 3.454/918, assim dispondo sobre o seu órgão do *Ministério Público, verbis*:

".....(omissis)....."

Art. 3º O pessoal do Tribunal de Contas é constituido por quatro corpos distinctos, a saber:

- I - Corpo deliberativo.
- II - Corpo especial.
- III - Corpo instructivo.
- IV - Ministerio Publico.

.....(omissis)....."

Art. 23. O Ministerio Publico junto ao Tribunal de Contas, com a missão propria de promover, completar instrucção e requerer no interesse da administração, da justiça e da fazenda publica, constará de dois representantes, com as denominações de primeiro representante e segundo representante, com igual categoria e venci-

mentos, tendo cada um delles o seu auxiliar, com a denominação de adjuncto.

Art. 24. Os representantes do Ministerio Publico e seus auxiliares serão nomeados pelo Presidente da Republica, dentre doutores ou bachareis em direito, e só poderão ser demittidos em virtude de sentença judicaria ou mediante processo administrativo, nos termos do § 1º do art. 125 da Lei nº 2.924, de 5 de janeiro de 1915.

Paragrapho unico. Os representantes do Ministerio Publico e seus auxiliares não poderão exercer a advocacia em causas que entendam com a fazenda nacional.

Art. 25. Representarão o Ministerio Publico, junto ás Delegações do Tribunal nos Estados, os procuradores fiscaes e junto ás demais os auxiliares do primeiro e segundo representantes ou, na falta desses, os ajudantes ou officiaes da procuradoria geral da Fazenda Publica, por designação do ministro da Fazenda.

Art. 26. Os representantes do Ministerio Publico serão substituidos, nas suas faltas ou impedimentos, pelos respectivos auxiliares.

§ 1º Na falta do auxiliar do primeiro representante, substituirá o auxiliar do segundo, e vice-versa.

§ 2º Perante as Camaras reunidas funcionará, em falta do primeiro representante, o segundo, que accumulará com essas as funcções que lhe cabem na Segunda Camara.

§ 3º Os representantes serão substituidos:

I - Quando o solicitarem nas férias ou auzencia por qualquer motivo;

II - No caso de licença ou vaga.

§ 4º A's sessões, no impedimento ou auzencia dos representantes comparecerão os auxiliares, independente de substituição, até quatro sessões

o primeiro representante e uma o segundo representante.

.....(omissis).....

Art. 58. Os representantes do Ministerio Publico são os guardas da observancia das leis fiscaes e dos interesses da Fazenda perante o Tribunal de Contas.

Art. 59. Os representantes do Ministerio Publico assistem ás sessões do Tribunal e das Camaras e tomam parte nas discussões; não relatam papeis nem votam, mas assignam os accórdãos, com a declaração de terem sido presentes.

Art. 60. O primeiro representante do Ministerio Publico funcionará perante o Tribunal pleno e na Primeira Camara; o segundo representante, perante a Segunda Camara.

Art. 61. Compete a cada um dos representantes, em relação ás Camaras perante as quaes funcionarem:

I - Dizer de direito, verbalmente ou por escripto, por deliberação das Camaras reunidas ou separadas, á requisição de qualquer membro do corpo deliberativo, a seu proprio requerimento, ou por distribuição do presidente, - em todos os papeis e processos sujeitos á decisão do Tribunal;

II - Comparecer ás sessões das Camaras; discutir as questões e assignar os accórdãos com a declaração de ter sido presente;

III - Promover perante o Tribunal os interesses da Fazenda Publica e requerer tudo o que fôr a bem e para resalva dos direitos da mesma;

IV - Promover: o exame e julgamento dos contractos termos do art. 110; a iniciação dos processos de tomada de contas; a imposição de multas que ao Tribunal caiba infligir;

V - Levár ao conhecimento do Ministerio respectivo qualquer dolo, falsidade, concussão ou peculato, que dos papeis sujeitos ao Tribunal se ve-

rifique haver o responsável praticado no exercício de suas funções;

VI – Remetter aos procuradores seccionaes cópias authenticas dos actos de imposição de multas e dos accórdãos condemnatorios ao pagamento de alcances verificados nos processos de tomada de contas;

VII – Interpôr os recursos de que trata este decreto; oppôr embargos; requerer revisão de tomada de contas;

VIII – Expôr em relatorio annual, que será anexo ao do Tribunal, o andamento da execução das sentenças;

IX – Distribuir processos aos respectivos auxiliares e designar os serviços de que devem se encarregar.

Art. 62. A audiencia dos representantes do Ministerio Publico e obrigatoria nos casos de:

I – Consulta sobre a abertura de creditos extraordinarios e supplementares;

II – Registro de creditos;

III – Contractos;

IV – Processos de aposentadoria, jubilação, montepio e meio-soldo;

V – Prescripção;

VI – Embargos e revisão nas tomadas de contas;

VII – Verificação, aprovação e levantamento de fianças e cauções dos responsáveis, seja qual fôr o Ministerio a que pertençam;

VIII – Tomada de contas.

Art. 63. Aos auxiliares dos representantes do Ministerio Publico compete:

I – Auxiliar os respectivos representantes nos serviços do cargo, podendo funcionar emittindo parecer escripto e requerendo diligenciados processos de aposentadoria, jubilação, montepio, meio-soldo e tomada de contas, excepto recursos, e collaborar no expediente de que tratam os nºs IV e VI do art. 61;

II – Funcionar nas delegações por designação do ministro da Fazenda e á requisição do presidente do Tribunal, por iniciativa propria ou por deliberação das Camaras reunidas;

III – Substituir os representantes do Ministerio Publico, nos casos do art. 26.

.....(omissis).....

Logo adiante, foi editado o Decreto nº

IV. DO MINISTERIO PUBLICO

NUMERO	CATEGORIAS	ORDENADO	GRATIFICAÇÃO	TOTAL	DESPEZA ANNUAL
2	Representantes (1ª e 2ª)	19:500\$000	9:750\$000	29:250\$000	58:500\$000
2	Adjuntos	12:000\$000	6:000\$000	18:000\$000	36:000\$000
				Somma	94:500\$000

.....(omissis)....." (sic)

15.770, de 1-11-1922, modificando o regulamento do Tribunal de Contas, assim dispondo sobre o seu Ministério Público, nos artigos 3º, 21 a 24 e 54 a 59, *verbis*:

".....(omissis)....."

Art. 3º O pessoal do Tribunal de Contas é constituído por quatro corpos distinctos, a saber:

I. Corpo deliberativo;

II. Corpo especial;

III. Corpo instructivo;

IV. Ministerio publico.

.....(omissis).....

Art. 21. O ministerio publico junto ao Tribunal de Contas, com a missão propria de promover, completar instrucção e requerer no interesse da administração, da justiça e da Fazenda Publica, constará de dois representantes, com as denominações de primeiro representante e segundo representante, com igual categoria e vencimen-

tos, tendo cada um delles o seu auxiliar, com a denominação de adjunto.

Art. 22. Os representantes do ministerio publico e seus adjuntos serão nomeados pelo Presidente da Republica, dentre bachareis em direito, e demissiveis ad nutum, resalvados os direitos dos actuaes.

Paragrapho unico. Os representantes do ministerio publico e seus adjuntos não poderão exercer advocacia em causas que entendam com a Fazenda Nacional.

Art. 23. Representarão o ministerio publico, junto ás delegações do Tribunal, nesta Capital, os adjuntos dos primeiro e segundo representantes.

Art. 24. Os representantes do ministerio publico serão substituidos, nas suas faltas ou impedimentos, pelos respectivos adjuntos.

§ 1º Na falta do adjunto do primeiro representante, substitui-o-á o adjunto do segundo, e vice-versa.

§ 2º Perante ás Camaras Reunidas funcionará, em falta do primeiro representante, o segundo, que accumulará com essas as funcções que lhe cabem na Segunda Camara.

.....(omissis).....

Art. 54. Os representantes do ministerio publico são os guardas da observancia das leis fiscaes e dos interesses da Fazenda perante o Tribunal de Contas.

Art. 55. Os representantes do ministerio publico assistem ás sessões do Tribunal e das Camaras e tomam parte nas discussões; não relatam papeis nem votam, mas assignam os accórdãos, com a declaração de terem sido presentes.

Art. 56. O primeiro representante do ministerio publico funcionará perante o Tribunal pleno e na Primeira Camara; o segundo representante, perante a Segunda Camara.

Art. 57. Compete a cada um dos representantes, em relação ás Camaras perante as quaes funcionarem:

I. Comparecer ás sessões das Camaras; discutir as questões e assignar os accórdãos com a declaração de ter sido presente;

II. Dizer de direito, verbalmente ou por escripto, por deliberação das Camaras Reunidas ou separadas, á requisição de qualquer membro do corpo deliberativo, a seu proprio requerimento, ou por distribuição do presidente, - em todos os papeis e processos sujeitos á decisão do Tribunal;

III. Promover perante o Tribunal os interesses da fazenda publica e requerer tudo que fôr a bem e para resalva de direitos da mesma;

IV. Promover o exame e julgamento dos contractos, nos termos do art. 109; a iniciação dos processos de tomada de contas; e a imposição de multas que ao Tribunal caiba inflingir;

V. Levar ao conhecimento do ministerio respectivo qualquer dóló, falsidade, concussão ou peculato que dos papeis sujeitos ao Tribunal se verifique haver o responsavel praticado no exercicio de suas funcções;

VI. Remetter aos procuradores seccionaes cópias authenticas dos actos de imposição de multas e dos accórdãos condemnatorios ao pagamento de alcances verificados nos processos de tomada de contas;

VII. Interpor os recursos de que trata este decreto; oppor embargos; requerer revisão de tomada de contas;

VIII. Expor em relatorio annual, que será annexo ao do Tribunal, o andamento da execução das sentenças;

IX. Distribuir processos aos respectivos adjuntos e designar os serviços de que se devem encarregar.

Art. 58. A audiencia dos representantes do ministerio publico é obrigatoria nos casos de:

I. Consulta sobre a abertura de créditos;

II. Registo de créditos;

III. Contractos;

IV. Processos de aposentadoria, jubilação, montepio, e meio-soldo;

V. Prescrição;

VI. Embargos e revisão nas tomadas de contas;

VII. Verificação, aprovação e levantamento de cauções dos responsáveis, seja qual fôr o ministerio;

VIII. Tomada de contas.

Art. 59. Aos adjuntos dos representantes do ministerio publico compete:

I. Auxiliar os respectivos representantes nos serviços do cargo, emittindo parecer escripto e requerendo diligencias nos processos de aposentadoria, jubilação, montepio, meio-soldo e tomada de contas, excepto recursos, e colaborar no expediente de que tratam os ns. IV e VI do art. 57;

II. Funcionar nas delegações nesta Capital, por deliberação das Camaras Reunidas;

III. Substituir os representantes do ministerio publico.

.....(omissis).....” (sic).

Em seguida, a Lei nº 4.632, de 6-1-1923, ao dispor sobre o orçamento, isentou os Ministros e os membros do MP de penas disciplinares, voltando estes últimos a serem demissíveis *ad nutum*, dando nova redação ao art. 78, do Decreto nº 15.770/23 (art. 178).

2. O Tribunal no Estado Novo

Instaurado o Estado Novo, a 11-11-1930, editou-se o Decreto nº 19.990, de 13-5-1931, assim alterando a composição do *Ministério Público no Tribunal de Contas*, com supressão de um lugar de Representante e outro de Adjunto, *verbis*:

“O Chefe do Governo Provisório da República dos Estados Unidos do Brasil, tendo em vista o estatuído no

decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, decreta:

Art. 1º O Ministério Público, junto ao Tribunal de Contas, passará a ser constituído de um representante e de um adjunto de representante.

Art. 2º Os atuais 1º representante e adjunto do 2º representante terão a denominação de representante do Ministério Público e adjunto do representante do Ministério, devendo ser apostilados pelo ministro da Fazenda os respectivos títulos de nomeação.

Art. 3º É reduzido, para 36:000\$0 anuais, o vencimento do adjunto do representante do Ministério Público.

Art. 4º Ficam suprimidas as delegações do Tribunal de Contas junto às diversas repartições públicas.

Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

Rio de Janeiro, 13 de maio de 1931, 110º da Independência e 43º da República”. (sic)

O Decreto-Lei nº 12, de 28-12-1934, secundado pela Lei nº 156, de 24-12-1935, limitou o MP do TC a um Procurador e um Adjunto.

Ainda no Governo ditatorial de Getúlio Vargas, na vigência da Carta de 1937, editou-se o Decreto-Lei nº 426, de 12-5-1938, de reorganização do *Tribunal de Contas*, cujos excertos relativos ao MP seguem adiante transcritos, *verbis*:

“.....(omissis).....”

Art. 2º O Tribunal de Contas compor-se-á de quatro corpos distintos:

a – Corpo Deliberativo;

b – Corpo Especial;

c – Corpo Instrutivo;

d – Ministério Público.

§ 1º O Corpo Deliberativo, que compreende o Tribunal propriamente dito, com função de decidir e julgar, compor-se-á de sete juizes, que terão o tratamento de ministros.

§ 2º O Corpo Especial, destinado a relatar os processos de tomada de con-

tas e à substituição dos ministros, constituir-se-á de quatro funcionários com o nome de auditores.

§ 3º O Corpo Instrutivo compor-se-á de uma Secretaria para os serviços de preparo, exame e instrução dos processos, expediente, comunicação e publicações, contabilidade e escrituração; de Delegações do Tribunal para execução dos respectivos serviços junto às Delegacias do Tesouro Nacional e outras repartições fiscais e pagadoras.

§ 4º O Ministério Público será representado, junto ao Tribunal, por um procurador e um adjunto e, perante as delegações, nos Estados, pelos procuradores das Delegacias Fiscais, sem prejuízo das funções que lhe são próprias.

.....(omissis).....

Art. 16 O representante do Ministério Público, com a denominação de procurador, será nomeado pelo Presidente da República dentre os cidadãos brasileiros com os requisitos exigidos para a nomeação dos ministros do Tribunal, sendo, porém, demissível ad nutum.

Art. 17 O adjunto do procurador, demissível também ad nutum, será nomeado pelo Presidente da República dentre cidadãos brasileiros que reunam os mesmos requisitos estabelecidos para a admissão do procurador.

.....(omissis).....

Art. 23 O Ministério Público, pelos seus representantes junto ao Tribunal de Contas, com a missão de promover, completar instrução e requerer no interesse da administração e da Fazenda, é o guarda da lei e o fiscal de sua execução.

§ 1º Compete ao Procurador:

I – dizer de direito, verbalmente ou por escrito, por deliberação do Tribunal, à requisição de qualquer Ministério, a seu próprio requerimento, ou por

distribuição do Presidente, em todos os papéis e processos sujeitos à deliberação do Tribunal;

II – promover perante o Tribunal os interesses da Fazenda Pública e requerer tudo o que for a bem dos direitos da mesma;

III – promover o exame e julgamento dos contratos, á instauração de processos de tomada de contas e a imposição de multas, quando ao Tribunal caiba impô-las;

IV – levar ao conhecimento do Ministério respectivo qualquer dolo, falsidade, concussão ou peculato que dos papéis sujeitos ao Tribunal se verifique haver o responsável praticado no exercício de suas funções;

V – remeter aos procuradores seccionais cópias autênticas dos atos de imposição de multas e das sentenças condenatórias ao pagamento de alances verificados nos processos de tomada de contas, quando essas cópias não tiverem sido remetidas diretamente pelos delegados do Tribunal ou pelos procuradores fiscais;

VI – interpor os recursos permitidos por lei; opor embargos e requerer revisão de tomada de contas;

VII – expor em relatório anual, que será anexo ao do Tribunal, o andamento da execução das sentenças;

VIII – distribuir processos ao adjunto, que o auxilia nas funções do cargo e o substitue nas suas faltas e impedimentos, a designar os serviços de que se deva encarregar.

§ 2º A audiência dos representantes do Ministério Público é obrigatória nos casos de:

a) registro de créditos, de contratos e processos de aposentadoria, jubilação, reforma, Montepio, meio soldo e outras pensões do Estado;

b) processos de tomada de contas e de fianças;

c) prescrição.

.....(omissis).....

Art. 25 Os contratos que, por qualquer modo, interessarem imediatamente à receita ou à despesa só se tornarão perfeitos e acabados após o registro pelo Tribunal de Contas.

§ 1º O prazo para o registro será de 15 dias uteis, contados da data da entrada no Tribunal, salvo se esse prazo for interrompido por qualquer diligência.

§ 2º No caso de enfiteuse ou de transferência de imóveis, a transcrição no registro público far-se-á depois de registrado pelo Tribunal o termo de aforamento, ou o contrato.

§ 3º Dentro de 20 dias contados de sua assinatura, os contratos serão publicados no “Diário Oficial”, ou no órgão que inserir os atos do Governo, nos Estados, e, 20 dias depois de publicados, remetidos ao Tribunal de Contas, ou às Delegações, por protocolo, do qual constem o dia e a hora da entrega.

Se não se fizer a remessa nesse prazo o representante do Ministério Público junto ao Tribunal ou às Delegações, providenciará, dentro de 15 dias, sobre o exame dos contratos, em petição instruída com o exemplar da folha oficial em que estiverem publicados.

.....(omissis).....” (sic)

3. O MP no cinquentenário do TC

A notável obra *As contas do Brasil*, do saudoso Ministro Ruben Rosa (1943, p. 117-118), publicada em comemoração ao cinquentenário de instalação do Tribunal de Contas, apresenta a seguinte Relação Nominal de membros do Ministério Público, entre 1893 e 1943, a saber:

1) Dr. Dídimo Agapito da Veiga, Diretor designado Representante, que permaneceu como membro do Tribunal de Contas, até 1919 e teve seu centenário comemorado na Sessão TC de 28-6-1949 (Cf. BRASIL, 1949);

2) Dr. Francisco José da Rocha, Diretor designado Representante, tendo permanecido como membro do Tribunal de Contas entre 1894 e 1896;

3) Dr. Raul de Souza Martins, Substituto de Representante;

4) Dr. Augusto Olympio Viveiros de Castro, Representante do MP, cumulativamente como Membro do TC, de 1901 a 1914, vindo a ser Ministro do Supremo Tribunal Federal em 1915;

5) Dr. Francisco de Paula Monteiro de Barros Lima, Substituto de Representante, vindo a ser Auditor e depois Ministro do TC, entre 1918 e 1935;

6) Dr. Thomaz Wallace da Gama Cochrane, Representante, permanecendo como membro integrante do TC, entre 1905 e 1908;

7) Dr. Alfredo de Vilhena Valadão, Representante do MP de 1906 a 1916, quando assumiu o cargo de Ministro do TC, que o exerceu até 1935, vindo a falecer em novembro de 1959 (Cf. BRASIL, 1960a), cujo centenário foi comemorado pelo TCU, na Sessão de 19-9-1973 (Revista do TCU, 1973, p. 341-361);

8) Dr. Joaquim Leonel de Rezende Filho, Representante do MP de 1915 a 1919, quando assumiu o cargo de Ministro do TC, que exerceu até 1932;

9) Dr. Álvaro Werneck, Adjunto do 2º Representante, empossado a 29-10-1918, substituiu o titular de 1953 até sua aposentadoria, quando assumiu a titularidade do cargo de Procurador-Geral, em 25-1-1957, que exerceu até aposentar-se, em setembro subsequente;

10) Dr. João Evangelista Ribeiro de Andrada, Adjunto do 1º Representante (posse a 4-11-1918, permanecendo no MP até além de 1925);

11) Dr. Octávio Tarquino de Souza Amarantho, 2º e depois 1º Representante, de 8-11-1918 a 1932, quando assumiu o cargo de Ministro do TC, que exerceu até 1943, falecendo em agosto de 1959 (Cf. BRASIL, 1960b).

12) Dr. Aurelino de Araújo Leal, 1º Representante (posse a 23-12-1918 até 1923, constando que viveu entre 1877 e 1924);

13) Dr. Tranquilino Graciano de Mello Leitão, 2º Representante (posse a 5-12-1924, cargo que ocupou até além de 1925, constando que viveu entre 1868 e 1942);

14) Dr. Joaquim Pinto Franco de Sá, 2º Representante;

15) Dr. Joaquim Pinto Franco de Sá, Adjunto interino;

16) Dr. Oscar Corrêa dos Santos, Adjunto do 1º Representante;

17) Dr. Oswaldo Duarte, Adjunto do 1º Representante;

18) Dr. Joaquim Pinto Franco de Sá, Adjunto do 1º Representante interino;

19) Dr. Rogério de Freitas, Adjunto do 1º Representante interino;

20) Dr. Eduardo Lopes, Representante, de 1932 a 1937, quando assumiu o cargo de Ministro do TC, que exerceu até 1942, tendo sido Auditor de 1918 e 1932;

21) Dr. Rogério de Freitas, Adjunto do Representante interino, de 1932 a 1935, concomitante com Auditor do TC, de 1926 a 1951, quando assumiu o cargo de Ministro, que exerceu até 1966;

22) Dr. Leopoldo Tavares da Cunha Mello, Procurador-Geral do MP, de 1936 a 1953, quando se afastou para assumir a cadeira de Senador da República, pelo seu Estado do Amazonas. Ele se afastou em dezembro de 1954 (Cf. BRASIL, 1957), aposentou-se em abril de 1956 (Cf. BRASIL, 1956a) e faleceu em janeiro de 1962 (Cf. BRASIL, 1962). Deixou um acervo bibliográfico de 6 volumes dos seus selecionados Pareceres, editados pela Imprensa Nacional, entre 1940 e 1955 (o primeiro com esse título de Procurador). O Dr. Cunha Mello era um Procurador de temperamento muito combativo.

Durante a vigência do Decreto nº 13.247/918, o MP era constituído de 2 Representantes e 2 Adjuntos, mas, a partir da Lei nº 156/1935, ficou reduzido a 1 Procurador e 1 Adjunto, o que foi mantido no De-

creto-Lei nº 426/938, cujos cargos vieram sendo ocupados, durante vários anos, pelos Drs. Cunha Mello e Álvaro Werneck, respectivamente.

4. O TC na redemocratização

No regime da Constituição de 1946, veio à lume a primeira *Lei Orgânica do Tribunal de Contas*, votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República Gal. Eurico Gaspar Dutra, qual seja a Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949, que elevou para nove o número de Ministros, assim dispondo sobre o *Ministério Público* (COLETÂNEA, 1964), *verbis*:

“.....(omissis).....

Art. 2º O Tribunal de Contas compõe-se de nove Ministros.

Art. 3º Funcionam no Tribunal de Contas como partes integrantes de sua organização e como serviços autônomos;

I – os Auditores;

II – o *Ministério Público*;

III – a Secretaria.

.....(omissis).....

Art. 29. O *Ministério Público*, junto ao Tribunal de Contas, com a função própria de promover, completar instrução e requerer no interesse da administração, da Justiça e da Fazenda Pública, constará de um representante com a denominação de Procurador e de um auxiliar, com a de Adjunto do Procurador.

Art. 30. O Procurador e o Adjunto do Procurador serão nomeados pelo Presidente da República, dentre os cidadãos brasileiros, o primeiro com os requisitos exigidos para a nomeação dos Ministros do Tribunal e o segundo, que comprove o exercício, por cinco anos no mínimo, de cargo de magistratura ou de *Ministério Público* ou advocacia.

Art. 31. O Procurador não poderá exercer qualquer outra função públi-

ca, salvo o magistério secundário e superior.

Art. 32. Compete ao Procurador:

I – comparecer às sessões do Tribunal; discutir as questões e assinar os acórdãos lavrados nos processos de tomada de contas com a declaração de ter sido presente;

II – dizer de direito, verbalmente, ou por escrito, por deliberação do Tribunal, à requisição de qualquer Ministro, a seu próprio requerimento, ou por distribuição do Presidente, em todos os papéis e processos sujeitos à deliberação do Tribunal;

III – promover, perante o Tribunal, os interesses da Fazenda Pública e requerer tudo o que fôr a bem do direitos desta;

IV – promover o julgamento dos contratos, a instauração de processos de tomada de contas e a imposição de multas, quando ao Tribunal couber impô-las;

V – levar ao conhecimento do Ministério respectivo qualquer dolo, falsidade, concussão, ou peculato, que se verifique da inspeção dos papéis sujeitos a estudo do Tribunal e cujo responsável o haja praticado no exercício de suas funções;

VI – remeter aos procuradores seccionais cópias autênticas dos atos de imposição de multas e das sentenças condenatórias ao pagamento de alcances, verificados nos processos de tomada de contas;

VII – interpor os recursos permitidos por lei; opor embargo e requerer revisão de tomada de contas;

VIII – expôr em relatório anual, que será anexo ao do Tribunal, o andamento da execução das sentenças;

IX – representar ao Tribunal contra os que em tempo não houverem apresentado as suas contas, nem entregue os livros e documentos de sua gestão.

Parágrafo único. É obrigatória a audiência do representante do Ministério Público nos casos de:

I – consulta sôbre abertura de créditos e de contratos;

II – concessão de aposentadoria, reforma, montepio, meio sôldo e outras pensões do Estado;

III – processos de tomada de contas, inclusive os recursos relacionados àqueles e de fianças;

IV – prescrição.

Art. 33. Ao Adjunto do Procurador compete auxiliar o Procurador nos serviços do cargo e substituí-lo nas licenças, faltas e impedimentos.

.....(omissis).....

Art. 101. Das sentenças, proferidas pelo Tribunal nos processos de tomada de contas, são admissíveis os seguintes recursos:

I – embargos;

II – revisão.

Art. 102. Os embargos podem ser opostos pelo responsável ou pelo representante do *Ministério Público*, dentro de dez dias da notificação da sentença ou da publicação desta, no Diário Oficial.

.....(omissis).....

Art. 113. Recebido o recurso, informado sôbre o prazo na Diretoria e ouvido o representante do *Ministério Público*, será presente ao Tribunal que o admitirá, se o julgar, em qualquer dos incisos do art. 110 e dentro dos prazos do art. 111. Fora destas condições recusá-lo-á, desprezando-o inlimine.

Art. 114. Admitido o recurso, voltará êle à Diretoria que o instruirá, informando sôbre o mérito de seus fundamentos, e procederá às diligências que se fizerem mister para esclarecimento da matéria e, após a audiência do representante do *Ministério Público*, será o processo submetido ao Tribunal, que o julgará e dará ou não pro-

vimento ao recurso e reformará, no primeiro caso, a sentença recorrida.

Art. 115. Na revisão, ainda quando promovida pela parte interessada, podem ser emendados todos os erros, embora a emenda se faça não no interesse do recorrente, mas no da Fazenda Pública. Igual procedimento se terá no recurso interposto pelo representante do *Ministério Público*, quanto aos erros ou enganos prejudiciais ao responsável.

.....(omissis).....

Art. 118. A alienação administrativa da caução será requerida pelo representante do *Ministério Público* ao Tribunal e, concedida, ...

.....(omissis).....

§ 2º À vista desta comunicação, expedir-se-á quitação ao responsável, se a Fazenda Nacional houver sido integralmente indenizada; caso contrário, será feita a conta da importância a ser recolhida e enviar-se-á a conta ao representante do *Ministério Público*, com a cópia do acórdão, para o efeito do art. 122.

.....(omissis).....

Art. 120. Na hipótese de o responsável alcançado não ser afiançado e, em casos especiais, quando o interesse da Fazenda Nacional o justificar, poderá o Tribunal, a requerimento do órgão do *Ministério Público*, determinar à repartição competente que a importância do alcance seja descontada de uma só vez dos proventos da atividade ou inatividade do responsável.

.....(omissis).....

Art. 122. O representante do *Ministério Público*, recebidos os documentos a que se refere o art. 118, remetê-los-á ao Procurador da República competente para promover a cobrança da parte do alcance não indenizado; cabe-lhe, porém, fiscalizar o andamento dos respectivos feitos e apresentar sobre qualquer irregularidade

de verificada, devendo ter para isso, os necessários registros das sentenças em execução.

.....(omissis).....

Art. 127. Os Ministros, os Auditores, o Procurador, o Adjunto do Procurador têm o prazo de trinta (30) dias, contado da publicação do ato no órgão oficial, para assumir o cargo; não é, porém, permitida a posse sem o imediato exercício.

Parágrafo único. Este prazo poderá ser prorrogado até sessenta (60) dias, no máximo, por solicitação escrita do interessado.

.....(omissis).....

Art. 128. Compete ao Presidente:

I - a direção geral do Tribunal e dos seus serviços;

II - dar posse aos Ministros, ao Procurador, aos Auditores, ao Adjunto do Procurador

.....(omissis).....

Parágrafo único. As licenças até seis (6) meses, ao Presidente, ao Vice-Presidente, aos Ministros e ao Procurador Geral poderão ser concedidas mediante atestado médico.

.....(omissis)....." (sic)

Ainda no curso de vigência dessa Lei Orgânica nº 830/49, sobreveio a Lei nº 3.414, de 20-6-1958, que, ao fixar novos valores dos vencimentos para os magistrados e membros do MP, assim dispôs, no seu art. 11:

"Art. 11. Os vencimentos mensais do Procurador, dos Adjuntos do Procurador, em número de três, e dos Auditores junto ao Tribunal de Contas da União passam a ser de Cr\$ 51.000,00, os do primeiro, e de Cr\$ 38.000,00, os dos demais."

Com isso, o número de Adjuntos do Procurador, que era um só, passou para três (foram criados dois novos cargos), sendo para esses dois cargos novos nomeados os Drs. Afonso Henrique de Guimarães e Mário Guerra Paixão, que tomaram posse, respectivamente, dias 15-10-1958 e 9-12-1958.

Uma vez aposentado o Procurador-Geral Cunha Mello, em abril de 1956, sucedeu-lhe o então Adjunto Álvaro Werneck, a 25-4-1957, cujo cargo vago foi exercido pelo Dr. Luiz Octávio Pires e Albuquerque Gallotti, interinamente, entre 4-10-1956 e 25-1-1957, quando tomou posse como Adjunto efetivo após uma interinidade, exercida pelo Dr. Fernando Mário de Oliveira e Cruz (entre dezembro de 1954 e outubro de 1956), que era servidor extraordinário da Casa e filho de ex-Auditor aposentado, Dr. Ernesto Claudino de Oliveira e Cruz.

Para substituir o Adjunto Luiz Gallotti, nas suas férias, a partir de 3-2-1958, consta haver sido autorizado o afastamento do servidor Dr. Luiz Zaidman, para exercer esse cargo, interinamente, de cuja concreção não se tem notícia (Cf. BRASIL, 1958b).

Desde 21 de setembro de 1956 até outubro/1957, foi Procurador-Geral o Dr. Camilo Raul Pratas (Cf. BRASIL, 1956b), que faleceu em agosto de 1958 (Cf. BRASIL, 1958a), sendo sucedido pelo Dr. Christiano Martins, de 1-10-1957 a junho de 1966 (Cf. BRASIL, 1966a, 1966c). Ele faleceu em junho de 1981, com homenagem póstuma na Sessão de 16-6-1981 (Cf. BRASIL, 1981). Nas novas vagas de Adjunto, criadas pela Lei nº 3.414/58, foram nomeados os Doutores Mário Guerra Paixão, que exerceu a Procuradoria Geral em 1966, interinamente, e Affonso Henriques de Guimarães, cujo cargo veio a ser ocupado, após sua aposentadoria, pelo ex-Senador sergipano Heribaldo Dantas Vieira. Em 24-6-1966, o então Adjunto Luiz Gallotti assumiu a titularidade do MP, como seu Procurador-Geral (Cf. BRASIL, 1966b, 1966c), cargo exercido até 19-6-1973, quando passou a membro do TCU (REVISTA DO TCU, 1973, p. 333-336), vindo depois a ser Ministro do Supremo Tribunal Federal. A homenagem ao Dr. Afonso Guimarães, pela sua aposentadoria, ocorreu na Sessão de 10-10-1972 (Cf. BRASIL, 1972).

A *resenha biográfica* desses três Adjuntos e do então Procurador-Geral consta publicada na Revista O Controle das Finanças

Públicas, elaborada no TCU sob a supervisão do Ministro Pereira Lira, com a colaboração do então Diretor Sebastião Affonso, que coordenou sua execução, a qual foi mandada publicar em 1969, pelo Presidente Iberê Gilson.

5. O TCU e a Reforma Administrativa

Promulgada a Constituição, de 24-1-1967, que implantou nova sistemática de controle externo, criou o controle interno e aboliu o tradicional registro prévio, sobrevieram outra Lei Orgânica do TCU e a Reforma Administrativa, veiculadas pelos Decretos-Lei nºs 199 e 200, de 25-2-1967, tudo isso com vigência simultânea a partir de 15-3-1967.

No atinente ao Ministério Público junto ao *Tribunal de Contas*, o Decreto-Lei nº 199/67 assim dispõe:

“.....(*omissis*).....

Art. 2º O Tribunal de Contas compõe-se de nove Ministros.

Art. 3º Funcionam no Tribunal de Contas, como partes integrantes de sua organização:

I – O Ministério Público.

II – A Secretaria-Geral.

.....(*omissis*).....

Art. 18 O *Ministério Público* junto ao Tribunal de Contas, compõe-se de um Procurador e de 3 (três) Adjuntos de Procurador.

Art. 19. O Procurador e os Adjuntos de Procurador serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, bacharéis em Direito, devendo o primeiro satisfazer os requisitos exigidos para provimento do cargo de Ministro.

Art. 20. Compete ao Procurador, na forma do Regimento Interno:

I – Promover a defesa dos interesses da Administração e da Fazenda Pública.

II – Comparecer às sessões do Tribunal e intervir nos processos de to-

medidas de contas e de concessão inicial de aposentadorias, reformas e pensões, e outros referidos no Regimento.

III – Dizer de direito, verbalmente ou por escrito, por deliberação do Tribunal, a requisição de qualquer Ministro, a seu próprio requerimento, ou por distribuição do Presidente, em todos os assuntos sujeitos à decisão do Tribunal.

IV – Requerer, perante o Tribunal, as medidas referidas no art. 40 da presente lei.

Art. 21. Aos Adjuntos de Procurador compete auxiliar o Procurador em serviços do cargo e substituí-lo nas licenças, faltas e impedimentos.

.....(omissis).....

Art. 31. Compete ao Tribunal de Contas:

.....(omissis).....

V – Assinar prazo razoável para que o órgão da administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei se verificar, de ofício ou mediante provocação do *Ministério Público* ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares, a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões.

.....(omissis).....

Art. 37. No exercício da auditoria financeira e orçamentária, o Tribunal de Contas, de ofício ou mediante provocação do *Ministério Público* ou das Auditorias Financeiras e Orçamentárias e demais órgãos auxiliares se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, aposentadorias, reformas e pensões, deverá:

.....(omissis).....

Art. 45. Das decisões sobre a regularidade das contas dos responsáveis poderão recorrer, para o próprio Tri-

bunal e na forma do Regimento, os interessados ou o representante do *Ministério Público*, dentro de 30 (trinta) dias.

Parágrafo único. Quando o recurso fôr interposto pelo responsável, sobre o mesmo se manifestará o *Ministério Público*.

.....(omissis).....” (sic)

6. O MP do TCU na Constituição

Promulgada a Emenda Constitucional nº 1, de 17-10-1969, que modificou todo texto da Constituição de 1967, ao dar nova redação ao § 5º do seu art. 73 (renumerado para 72), inovadoramente, lembrou-se da existência do *Ministério Público* no *Tribunal de Contas*, que por seu turno passou a chamar-se *Tribunal de Contas da União* (art. 70 a 72), *verbis*:

“Art. 72. O Tribunal de Contas da União, com sede no Distrito Federal e quadro próprio de pessoal, tem jurisdição em todo o País.

.....(omissis).....

§ 5º O Tribunal, de ofício ou mediante provocação do *Ministério Público* ou das auditorias financeiras e orçamentárias e demais órgãos auxiliares, se verificar a ilegalidade de qualquer despesa, inclusive as decorrentes de contratos, deverá:

a) assinar prazo razoável para que o órgão da administração pública adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei;

b) sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, exceto em relação a contrato;

c) solicitar ao Congresso Nacional, em caso de contrato, que determine a medida prevista na alínea anterior ou outras necessárias ao resguardo dos objetivos legais.

.....(omissis).....”

Nesse contexto, como vagaram-se os cargos de Adjunto ocupados por Luiz Octávio

Gallotti e Heribaldo Vieira, falecido este e aquele nomeado Procurador-Geral, foi realizado o primeiro concurso público para esse lugar de membro do MP no TCU, sendo nomeados seus dois primeiros classificados, ambos funcionários da Casa, Doutores Francisco de Sales Mourão Branco, que vinha atuando como *ad hoc*, e Sebastião Baptista Affonso, que era titular da 5ª Inspeção de Controle Externo, especializada no exame das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, para julgamento de sua legalidade pelo TCU. A posse ocorreu na Sessão de 14-12-1972 (Cf. BRASIL, 1973). Empossado como Ministro do TCU o então Procurador-Geral Luiz Gallotti, em 19-6-1973, a chefia do MP veio sendo exercida, por seis meses, pelo Adjunto Guerra Paixão e, depois da sua aposentadoria, alternativamente, pelos Subprocuradores gerais Mourão Branco e Sebastião Affonso, até a investidura nesse cargo do Dr. Ivan Luz, que o assumiu em 24-9-1975 (Cf. BRASIL, 1975), cargo que exerceu até 27-3-1984, quando veio a ser empossado como Ministro do TCU. Entre 1975 e 1984, nos impedimentos do Procurador-Geral (férias etc.), prevaleceu aquela substituição alternativa pelos Subprocuradores-Gerais indicados. Na vaga decorrente da aposentadoria do Adjunto Guerra Paixão, em 1973, quando respondia pela Chefia do MP, tomou posse o Dr. Laerte José Marinho, a 15-12-1973, que também fora servidor da Casa, aprovado no concurso de 1971/72 (REVISTA DO TCU, 1974, p. 227-228). Os classificados em 3º e 4º lugares, nesse mesmo concurso, foram também aprovados em outros certames realizados, contemporaneamente, para a magistratura local e federal, tendo eles optado pelos cargos de Juiz, em que fizeram carreira e se aposentaram como Desembargadores. O cargo de Procurador-Geral do MP/TCU, a partir do Decreto-Lei nº 1.313, de 8-2-1974, passou a ser “em comissão”

Entrementes, vigoraram os Decretos-Lei nºs 1.525, de 28-2-1977, e 1.660, de 24-1-1979, cujos artigos 5º e 3º, respectivamente, altera-

ram a denominação do antigo cargo de Adjunto. O art. 5º do Decreto-Lei nº 1.525/77 estabeleceu que “os cargos de Adjunto de Procurador, do Tribunal de Contas da União, passam a denominar-se PROCURADOR ...”. O art. 3º do Decreto-Lei nº 1.660/79 assim dispôs:

“Art. 3º Os cargos de Procurador do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União ficam transformados em cargos de Subprocurador-Geral, com o vencimento e a representação mensal fixados no Anexo I deste Decreto-lei.

§ 1º Respeitada a situação de seus atuais ocupantes, os cargos transformados nos termos deste artigo serão providos em comissão quando vagarem.

§ 2º Enquanto não vigorarem os valores fixados no Anexo I deste Decreto-lei, o Subprocurador-Geral do Tribunal de Contas da União perceberá o vencimento e a representação mensal estabelecidos no art. 3º do Decreto-Lei nº 1.649, de 19 de dezembro de 1978.”

A partir de 1980, com a aposentadoria do Subprocurador-Geral Sebastião Baptista Affonso, veio a ocupar esse cargo vago, já agora em comissão, o Dr. Jatir Batista da Cunha, que fora antigo servidor da Casa e era Juiz Federal aposentado. Na vaga de Procurador-Geral, ocorrida em 1984, tomou posse no cargo, já de caráter comissionado, a 10-4-1984, o Subprocurador-Geral Mourão Branco, que o exerceu até aposentar-se em 2-12-1993 (Cf. REVISTA DO TCU, 1994a, p. 183-193), quando a Chefia do MP ficou sendo exercida em substituição pelo Subprocurador-Geral Jatir Batista, visto já se ter aposentado também o Dr. Laerte Marinho. Nessa interinidade, foi realizado o segundo concurso público para provimento das vagas existentes. O Tribunal prestou homenagem ao Subprocurador-Geral Sebastião Affonso, pela sua aposentadoria, na Sessão de 15-4-1980 (Cf. BRASIL, 1980).

7. Posição do MP no TCU

A Constituição cidadã, promulgada a 5 de outubro de 1988, não só prestigiou e ampliou as funções de controle externo exercidas pelo Tribunal de Contas da União, como também deu nova dimensão ao seu órgão do Ministério Público, assegurando aos seus membros integrantes o direito de acesso à composição da Corte, mediante lista tríplice (Const., arts. 70 a 75 e 130).

Daí a edição de nova Lei Orgânica do TCU, pela Lei nº 8.443, de 16-7-1992, que assim dispõe sobre o seu MP, *verbis*:

“ Art. 1º Ao Tribunal de Contas da União, órgão de controle externo, compete, nos termos da Constituição Federal e na forma estabelecida nesta lei:

.....(omissis).....

XII – conceder licença, férias e outros afastamentos aos ministros, auditores e membros do *Ministério Público* junto ao Tribunal, dependendo de inspeção por junta médica a licença para tratamento de saúde por prazo superior a seis meses;

.....(omissis).....

Art. 33. O recurso de reconsideração, que terá efeito suspensivo, será apreciado por quem houver proferido a decisão recorrida, na forma estabelecida no regimento interno, e poderá ser formulado por escrito uma só vez, pelo responsável ou interessado, ou pelo *Ministério Público* junto ao Tribunal, dentro do prazo de quinze dias, contados na forma prevista no art. 30 desta lei.

Art. 34. Cabem embargos de declaração para corrigir obscuridade, omissão ou contradição da decisão recorrida.

§ 1º Os embargos de declaração podem ser opostos por escrito pelo responsável ou interessado, ou pelo *Ministério Público* junto ao Tribunal, dentro do prazo de dez dias, contados na forma prevista no art. 30 desta lei.

.....(omissis).....

Art. 35. De decisão definitiva caberá recurso de revisão ao Plenário, sem efeito suspensivo, interposto por escrito, uma só vez, pelo responsável, seus sucessores, ou pelo *Ministério Público* junto ao Tribunal, dentro do prazo de cinco anos, contados na forma prevista no inciso III do art. 30 desta lei, e fundar-se-á:

.....(omissis).....

Art. 64. Funciona junto ao Tribunal de Contas da União o Ministério Público, na forma estabelecida nos arts. 80 a 84 desta lei.

.....(omissis).....

Art. 80. O *Ministério Público* junto ao Tribunal de Contas da União, ao qual se aplicam os princípios institucionais da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, compõe-se de um procurador-geral, três subprocuradores-gerais e quatro procuradores, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros, bacharéis em direito.

§ 1º (Vetado)

§ 2º A carreira do *Ministério Público* junto ao Tribunal de Contas da União é constituída pelos cargos de subprocurador-geral e procurador, este inicial e aquele representando o último nível da carreira, não excedendo a dez por cento a diferença de vencimentos de uma classe para outra, respeitada igual diferença entre os cargos de subprocurador-geral e procurador-geral.

§ 3º O ingresso na carreira far-se-á no cargo de procurador, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização e observada, nas nomeações, a ordem de classificação, enquanto a promoção ao cargo de subprocurador-geral far-se-á, alternadamente, por antigüidade e merecimento.

Art. 81. Competem ao procurador-geral junto ao Tribunal de Contas da União, em sua missão de guarda da lei e fiscal de sua execução, além de outras estabelecidas no regimento interno, as seguintes atribuições:

I – promover a defesa da ordem jurídica, requerendo, perante o Tribunal de Contas da União as medidas de interesse da justiça, da administração e do erário;

II – comparecer às sessões do Tribunal e dizer de direito, verbalmente ou por escrito, em todos os assuntos sujeitos à decisão do Tribunal, sendo obrigatória sua audiência nos processos de tomada ou prestação de contas e nos concernentes aos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões;

III – promover junto à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, perante os dirigentes das entidades jurisdicionadas do Tribunal de Contas da União, as medidas previstas no inciso II do art. 28 e no art. 61 desta lei, remetendo-lhes a documentação e instruções necessárias;

IV – interpor os recursos permitidos em lei.

Art. 82. Aos subprocuradores-gerais e procuradores compete, por delegação do procurador-geral, exercer as funções previstas no artigo anterior.

Parágrafo único. Em caso de vacância e em suas ausências e impedimentos por motivo de licença, férias ou outro afastamento legal, o procurador-geral será substituído pelos subprocuradores-gerais e, na ausência destes, pelos procuradores, observada, em ambos os casos, a ordem de antigüidade no cargo, ou a maior idade, no caso de idêntica antigüidade, fazendo jus, nessas substituições, aos vencimentos do cargo exercido.

Art. 83. O Ministério Público contará com o apoio administrativo e de

pessoal da secretaria do Tribunal, conforme organização estabelecida no regimento interno.

Art. 84. Aos membros do *Ministério Público* junto ao Tribunal de Contas da União aplicam-se, subsidiariamente, no que couber, as disposições da lei orgânica do Ministério Público da União, pertinentes a direitos, garantias, prerrogativas, vedações, regime disciplinar e forma de investidura no cargo inicial da carreira.

.....(*omissis*).....

Art. 105. O processo de escolha de ministro do Tribunal de Contas da União, em caso de vaga ocorrida ou que venha a ocorrer após a promulgação da Constituição de 1988, obedecerá ao seguinte critério:

I – na primeira, quarta e sétima vagas, a escolha caberá ao Presidente da República, devendo recair as duas últimas, respectivamente, em auditor e membro do Ministério Público junto ao Tribunal.

II – na segunda, terceira, quinta, sexta, oitava e nona vagas, a escolha será da competência do Congresso Nacional;

III – a partir da décima vaga, reinicia-se o processo previsto nos incisos anteriores, observada a alternância quanto à escolha de auditor e membro do Ministério Público junto ao Tribunal, nos termos do inciso I do § 2º do art. 73 da Constituição Federal.¹

.....(*omissis*).....

Art. 111. Os atuais cargos de subprocurador-geral junto ao Tribunal de Contas da União integrarão quadro em extinção, assegurados os direitos e observadas as vedações aplicáveis a seus titulares.

.....(*omissis*).....” (sic)

A posição do *Ministério Público* na estrutura organizacional do Tribunal de Contas da União foi contestada pela Procuradoria Geral da República, perante o Supremo Tri-

bunal Federal, mediante as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nºs 789-1/DF (I) e 2117-6 (II), que tiveram solução unânime, nos venerandos Acórdãos assim ementados (Cf. BRASIL, STF, 1994, 2003), *verbis*:

I - "EMENTA - ADIN - LEI Nº 8.443/92 - MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU - INSTITUIÇÃO QUE NÃO INTEGRA O MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO - TAXATIVIDADE DO ROL INSCRITO NO ART. 128, I, DA CONSTITUIÇÃO - VINCULAÇÃO ADMINISTRATIVA À CORTE DE CONTAS - COMPETÊNCIA DO TCU PARA FAZER INSTAURAR O PROCESSO LEGISLATIVO CONCERNENTE À ESTRUTURAÇÃO ORGÂNICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO QUE PERANTE ELE ATUA (CF, ART. 73, CAPUT, IN FINE) - MATÉRIA SUJEITA AO DOMÍNIO NORMATIVO DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - ENUMERAÇÃO EXAUSTIVA DAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE REGRAMENTO MEDIANTE LEI COMPLEMENTAR - INTELIGÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 130 DA CONSTITUIÇÃO - AÇÃO DIRETA IMPROCEDENTE.

- O Ministério Público que atua perante o TCU qualifica-se como órgão de extração constitucional, eis que a sua existência jurídica resulta de *expressa* previsão normativa constante da Carta Política (art. 73, § 2º, I, e art. 130), sendo indiferente, para efeito de sua configuração jurídico-institucional, a circunstância de não constar do rol taxativo inscrito no art. 128, I, da Constituição, que define a estrutura orgânica do Ministério Público da União.

- O Ministério Público junto ao TCU não dispõe de fisionomia institucional própria e, não obstante as expressivas garantias de ordem subjetiva concedidas aos seus Procurado-

res pela própria Constituição (art. 130), encontra-se consolidado na 'intimidade estrutural' dessa Corte de Contas, que se acha investida - até mesmo em função do poder de autogoverno que lhe confere a Carta Política (art. 73, *caput, in fine*) - da prerrogativa de fazer instaurar o processo legislativo concernente à sua organização, à sua estruturação interna, à definição do seu quadro de pessoal e à criação dos cargos respectivos.

- Só cabe lei complementar, no sistema de direito positivo brasileiro, quando formalmente reclamada a sua edição por norma constitucional explícita.

A especificidade do Ministério Público que atua perante o TCU, e cuja existência se projeta num domínio institucional absolutamente *diverso* daquele em que se insere o Ministério Público da União, faz com que a regulação de sua organização, a discriminação de suas atribuições e a definição de seu estatuto sejam passíveis de veiculação mediante simples lei ordinária, eis que a edição de lei complementar é reclamada, no que concerne ao *Parquet*, tão-somente para a disciplinação normativa do Ministério Público *comum* (CF, art. 128, § 5º).

- A cláusula de garantia inscrita no art. 130 da Constituição não se reveste de conteúdo orgânico-institucional. Acha-se vocacionada, no âmbito de sua destinação tutelar, a proteger *os membros* do Ministério Público especial no relevante desempenho de suas funções perante os Tribunais de Contas. Esse preceito da Lei Fundamental da República submete os integrantes do MP junto aos Tribunais de Contas ao *mesmo* estatuto jurídico que rege, *no que concerne a direitos, vedações e forma de investidura no cargo*, os membros do Ministério Público *comum*".

II - "EMENTA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPOSIÇÃO. VINCULAÇÃO DE VAGAS. INTELIGÊNCIA E APLICAÇÃO DO ARTIGO 73, § 2º, INCISOS I E II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DEFERIMENTO CAUTELAR. 1. O Tribunal de Contas da União é composto por 9 Ministros, sendo dois terços escolhidos pelo Congresso Nacional e um terço pelo Presidente da República (CF, artigo 73, § 2º, incisos I e II). 1.2. O preenchimento de suas vagas obedece ao critério de origem de cada um dos Ministros, vinculando-se cada uma delas à respectiva categoria a que pertencem. 2. A Constituição Federal ao estabelecer indicação mista para a composição do Tribunal de Contas da União não autoriza adoção de regra distinta da que instituiu. Inteligência e aplicação do artigo 73, § 2º, incisos I e II da Carta Federal. 3. Composição e escolha: inexistência de diferença conceitual entre os vocábulos, que traduzem, no contexto, o mesmo significado jurídico. 4. Suspensão da vigência do inciso III do artigo 105 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992, e do inciso III do artigo 280 do RITCU. Cautelar deferida."

8. *Recomposição do Ministério Público*

Ultimado o concurso público para os cargos do MP/TCU, foram nomeados os primeiros colocados, quais sejam os Doutores Walton Alencar Rodrigues, Lucas Rocha Furtado e Paulo Soares Bugarim. Aos poucos, foi-se completando o seu quadro com sua nova estrutura. Em síntese, com a aposentadoria do Procurador-Geral Mourão Branco, a 2-12-1993, quando já se havia aposentado o Subprocurador-Geral Laerte Marinho, ocorrida a 9-12-1991, ambos homenageados nas Sessões do TCU, respectivamente, de 8-6-1994 e 10-12-1991 (REVISTA DO TCU, 1994a, p. 183-193; 1991, p. 153-

160), o Dr. Jatir Batista ficou como único representante do MP até a posse dos três primeiros Procuradores aprovados no concurso público, a qual ocorreu a 16-11-1994 (REVISTA DO TCU, 1995a, p. 233-241), Drs. Walton Alencar Rodrigues, Lucas Rocha Furtado e Paulo Soares Bugarim. Esses três Procuradores foram logo promovidos a Subprocuradores-Gerais (24-2, 12-4 e 26-4-95, respectivamente), sendo em seguida nomeados Procuradores os quatro subsequentes classificados, Dra. Maria Alzira Ferreira, Dr. Marinus Eduardo Vries Marsico, Dr. Ubaldo Alves Costa e Dra. Cristina Machado da Costa e Silva, cujas posses ocorreram nas Sessões do TCU de 5-4, 17-5, 14-6 e 26-7-1995 (REVISTA DO TCU, 1995b, 1995e). Em fins de 1995, então, o MP já estava com sua composição plena, como assim permaneceu até meados de 1998 (Cf. REVISTA DO TCU, 1996, p. 7) a saber:

1) Procurador-Geral em substituição, o Dr. Jatir Batista da Cunha;

2) Subprocuradores-Gerais, os Doutores Walton Alencar Rodrigues, Lucas Rocha Furtado, Paulo Soares Bugarim; e

3) Procuradores, os Doutores Maria Alzira Ferreira, Marinus Eduardo de Vries Marsico, Ubaldo Alves Caldas e Cristina Machado Costa e Silva.

Em março de 1998, o Dr. Walton Alencar foi nomeado Procurador-Geral (Cf. REVISTA DO TCU, 1998, p. 273-280) e aí permaneceu até ser nomeado Ministro do TCU, cuja posse ocorreu a 13-4-1999, em vaga reservada pela Constituição a membro do MP (Cf. REVISTA DO TCU, 1999, p. 426-433). Para sua vaga de Subprocurador-Geral, foi promovido o Procurador Ubaldo Alves Caldas, a 13-5-1999, e sucedeu-o na chefia do órgão o Dr. Lucas Rocha Furtado, tendo aí tomado posse a 23-6-1999 (Cf. REVISTA DO TCU, 1999, p. 437-443). Tendo se aposentado o Dr. Ubaldo Alves, a 24-11-2003, para a vaga de Subprocurador-Geral foi promovida a Dra. Maria Alzira, a 1-12-2003. O Dr. Jatir Batista Cunha aposentou-se, como Subprocurador-Geral em comissão, dia 20-

7-2004, por ter completado 70 anos. O Dr. Lucas Furtado vem sendo reconduzido, sucessivamente, como Procurador-Geral (Cf. BRASIL, 2006a, 2006b). Havendo duas vagas de Procurador, foi desencadeado o 2º Concurso Público para Procurador, em fins de 2003 (BRASIL, 2003, p. 131-133), sendo nomeados os primeiros classificados, Doutores Júlio Marcelo de Oliveira e Sérgio Ricardo Costa Caribé (em vaga reservada a deficiente físico), cujas posses ocorreram nas Sessões Plenárias do TCU de 11-8-2004 e 21-10-2004, respectivamente.

9. Membros do MP em destaque

Como visto de início neste trabalho, os primeiros membros do

Ministério Público junto ao *Tribunal De Contas*, exerciam essa função, cumulativamente, na condição de Diretor do Tribunal (denominação antiga esta, que corresponde à dos atuais Ministros desde o Decreto nº 3.421, de 12-12-1917, que lhes deu essa denominação), por designação do Presidente.

Muitos dos membros desse MP, porém, depois de deixarem o *Parquet*, exerceram funções públicas relevantes. Alguns deles vieram a ser Ministros do TCU, como ocorreu com o ex-Representante Francisco Monteiro de Barros Lima, o ex-Adjunto Rogério de Freitas e os ex-Procuradores-Gerais Alfredo Valadão (1916), Leonel Rezende (1915), Octávio Tarquino (1932), Eduardo Lopes (1938), Luiz Octávio Gallotti (junho/1973), Ivan Luz (1984) e Walton Alencar Rodrigues (abril/1999), este último já escolhido pelo novo critério estabelecido na Constituição de 1988.

Entre esses, como ocorreu com o Ministro Castro Nunes (1916 a 1935), falecido em setembro de 1959, vieram mais tarde a integrar o Supremo Tribunal Federal os Ministros Viveiro de Castro (1915) e Octávio Gallotti (1990 a 2000). Este último, que também integrou e presidiu o Tribunal Superior Eleitoral, quando era Presidente do STF, chegou a exercer a Presidência da Repúbli-

ca durante alguns dias por duas vezes. O Minsitro Luiz Octávio Gallotti teve seu nome dado à Sala dos Advogados, instalada junto à Sala das Sessões do TCU, que tem o nome de Minsitro Luciano Brandão Alves de Sousa.

O Representante Aurelino Leal, que fora Deputado Federal, veio a ser interventor federal, no Estado do Rio de Janeiro, entre janeiro e dezembro de 1923, vindo a falecer em 1924 (tem uma cidade/ município baiano com seu nome Aurelino Leal, sua terra natal, assim como é nome de Rua no Bairro do Leme, cidade do Rio de Janeiro, constando ainda que, quando foi Chefe de Polícia do antigo Distrito Federal, entre 1914 e 1919, a sua atuação inspirou Donga a fazer seu samba carnavalesco, segundo o qual ele “pelo telefone” mandou avisar...). A sua completa biografia consta no Perfil de um Republicano, escrito por Maria Alves Pires (2002).

O Procurador Cunha Mello, depois de aposentado, veio a ser Senador da República, pelo Amazonas, sendo 1º Secretário do Senado, e o Subprocurador-Geral Sebastião Baptista Affonso, aposentado em março/1980, quando exercia a Procuradoria Geral do MP/TCU, veio depois a exercer o cargo comissionado de Consultor da República e, por algum tempo, o de Consultor-Geral da República, o qual tinha tratamento equivalente a Ministro de Estado (cf. Volume nº 101 de Pareceres da CGR, Edição DIN de 1989), vindo depois a ser Consultor Jurídico no TCDF por mais de dez anos.

Uma particular coincidência é que a primeira Ministra mulher do TCU foi a Doutora Elvira Lordello Castelo Branco (1987 a 1995), vinda de Procuradora-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal (de 11-8-61 a 29-9-87), de onde saiu, também, para o Supremo Tribunal Federal, o seu primeiro Procurador, Ministro Vitor Nunes Leal, assim como chegou ao Supremo Tribunal, recentemente, o Ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Brito, que foi Procurador do MP junto ao TC do Sergipe (de 1978 a 1990).

Nessa linha de coincidências dignificantes, merece destaque assinalar, também, que vários servidores do TCU, no seu crescimento funcional, emigraram para o MP do Tribunal de Contas do Distrito Federal, como os Doutores Luiz Zaidman (de 18-8-64 a 26-3-67), de saudosa memória, Lincoln Teixeira Mendes da Luz (13-1-70 a 31-5-82), Hermenegildo Fernandes Gonçalves (de 10-9-73 a 9-9-74) e, recentemente, Demóstenes Três Albuquerque (posse a 13-7-2003). O primeiro desses veio a ser Auditor do TCDF (Conselheiro substituto) em março de 1967, cargo no qual se aposentou, tendo o seu nome dado à Sala das becas, adjacente ao Plenário do TCDF. O segundo aposentou-se como Procurador-Geral do MP/TCDF. O terceiro passou para a Magistratura local, sendo hoje Desembargador do Tribunal de Justiça do DF. O Dr. Luiz Zaidman foi tido como “o maior especialista na área de controle externo da administração pública, em todo o Brasil” (FARIAS, 2004). O seu retrato consta da Galeria dos Membros do MP/TCDF, no 1º andar do Edifício Sede do Tribunal, à entrada da Sala de Reuniões do MP, denominada Ministra Elvia Lordelo Castelo Branco.

10. Conclusão

O acervo bibliográfico, de editoração do *Tribunal de Contas da União* é bastante rico, sob vários diversificados aspectos, mas carece de uma publicação específica sobre o seu *Ministério Público* e a biografia de seus integrantes ao longo dos tempos, como já existe com relação aos Ministros do TCU.

Só do Procurador Cunha Mello é que se tem notícia de haver mandado publicar em brochuras (6 volumes) os seus Pareceres selecionados, porque não era comum sua transcrição em ata.

A partir da década de 1960 é que se intensificou a publicação integral de Votos e Pareceres, em anexo às atas das Sessões respectivas.

Os Pareceres da Procuradoria, que passaram a ser publicados no Diário Oficial, em anexo às Atas, bem como nas Revistas do TCU, a partir da sua primeira edição, pela sua qualidade e quantidade, mostram o trabalho desenvolvido pelo *Ministério Público* do TCU sem necessidade de recorrer a estatísticas de processos despachados, cujo volume nunca foi pouco.

Aliás, no Conselho Editorial da Revista do TCU, sempre teve a participação do Ministério Público, a saber:

- 1) no nº 1, o Adjunto *ad hoc* Mourão Branco,
- 2) nos nºs 2 a 6, os Adjuntos Mourão Branco e Sebastião Affonso,
- 3) nos nºs 7 a 21, o Subprocurador-Geral Sebastião Affonso,
- 4) nos nºs 22 a 30, o Subprocurador-Geral Mourão Branco,
- 5) nos nºs 31 a 50, o Subprocurador-Geral Laerte Marinho,
- 6) nos nºs 51 a 73, o Subprocurador-Geral Jatir Batista,
- 7) nos nºs 74 a 79, o Procurador-Geral Walton Alencar e
- 8) nos nºs 80 em diante, o Procurador-Geral Lucas Furtado.

Sobre o tema versado neste trabalho, é digno de nota que o Procurador-Geral Mourão Branco, às vésperas de aposentar-se, teve oportunidade de discursar na abertura do Primeiro Encontro Nacional de Procuradores do Ministério Público Junto aos Tribunais de Contas, realizado em abril de 1993, comemorando o centenário dessa instituição, quando ressaltou aspectos e personagens desse *parquet* (REVISTA DO TCU, 1993, p. 275-283), tendo pouco depois, quando já aposentado, desenvolvido um breve e substancioso trabalho sobre o TCU e o seu MP, reprisando as origens dessa instituição e a importância de sua atuação (REVISTA DO TCU, 1994b, p. 132-134).

Um *breve histórico* sobre o *Ministério Público* nos TRIBUNAIS DE CONTAS encontra-se na memorável obra *Tribunais de Contas do Brasil*, de autoria do Conselheiro Jorge

Ulisses Jacoby Fernandes (2003, p. 610 et seq.), proveniente do MP junto ao Tribunal de Contas do Distrito Federal, onde foi seu Procurador-Geral. O autor assevera que, na literatura especializada, coube à Ministra do TCU Élvia Lordello Castelo Branco (1982, p. 37-48), quando era Procuradora-Geral do MP junto ao TCDF, a primazia de lançar o debate do tema, relativo à natureza e à distinção entre esse órgão e o MP comum.

Isso é o que foi possível apurar.

O presente trabalho, todavia, decorrente de aligeirada pesquisa, estimulada pelo emérito Ministro Luciano Brandão Alves De Souza, não supre a lacuna bibliográfica existente sobre o *Ministério Público* junto ao *Tribunal de Contas da União* (o que já existe com relação aos antigos e atuais Ministros, inclusive os que vieram da Procuradoria), mas por certo subsidiará, oportunamente, quem melhor puder fazer isso.

Faz-se, aqui, o que agora foi possível, na expectativa de que outros, certamente, melhor possam fazer, *ad perpetuam rei memoriam*.

Notas

¹ Item declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIn nº 2.117-6, in *Diário da Justiça* de 7.11.2003, p. 81, nº 1.903.

Referências

BRASIL. Ata do Tribunal de Contas da União, da Sessão de 17 de janeiro de 1893. *Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 1, p. 283-285, 1970.

BRASIL. Ata do Tribunal de Contas da União n. 9, da Sessão de 23 de janeiro de 1962. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 maio 1962.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 14, da Sessão de 31 de janeiro de 1958. *Diário Oficial da União*, Brasília, 23 jun. 1958a.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 22, [19-?]. *Diário Oficial da União*, Brasília, 7 abr. 1980.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 37, da Sessão de 5 de setembro de 2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 fev. 2006a.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 39, da Sessão de 8 de fevereiro de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 fev. 2006b.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 42. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, n. 25, p. 465-476, dez, 1981.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 51, da Sessão de 27 de abril de 1956. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 ago. 1956a.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 64, da Sessão de 27 de junho de 1966. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 jul. 1966a.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 65, da Sessão de 24 de junho de 1966. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 ago. 1966b.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 70, [19-?]. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 out. 1975.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 71, da Sessão de 27 de junho de 1966. *Diário Oficial da União*, Brasília, 5 ago. 1966c.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 73, [19-?]. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 nov. 1972.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 77, da Sessão de 28 de junho de 1949. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 ago. 1949.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 91, [19-?]. *Diário Oficial da União*, Brasília, 10 jan. 1973.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 103, da Sessão de 20 de agosto de 1958. *Diário Oficial da União*, Brasília, 30 dez. 1958b.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 128, da Sessão de 21 de setembro de 1956. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 dez. 1956b.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 148, da Sessão de 18 de novembro de 1959. *Diário Oficial da União*, Brasília, 20 jan. 1960a.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 155, [195-?]. *Diário Oficial da União*, Brasília, 8 fev. 1957.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União n. 168, da Sessão de 23 de dezembro 1959. *Diário Oficial da União*, Brasília, 3 mar. 1960b.

_____. Ata do Tribunal de Contas da União, da Sessão de 17 de janeiro de 1893. *Tribunal de Contas da União*, Brasília, n. 1, p. 283-285, 1970.

_____. Decreto n. 966-A, Brasil, 7 de novembro de 1890. Revista do Tribunal de Contas da União, Brasília, n. 62, p. 178-179, out./ dez. 1994a.

- _____. Edital. *Diário Oficial da União*, Brasília, p. 131-133, dez. 2003.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2117-6, Distrito Federal, [19-?]. *Diário da Justiça*, Brasília, 7 nov. 2003a.
- _____. Superior Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 789-1, Distrito Federal, [19-?]. *Diário da Justiça*, Brasília, 19 dez. 1994b.
- _____. _____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2.117-6, Distrito Federal, [19-?]. *Diário da Justiça*, Brasília, 7 nov. 2003b.
- CASTELO BRANCO, Èlvia Lordello. MP e Procuradorias nos Tribunais de Contas. *Revista TCDF*, Brasília, n. 12, p. 37-48, 1982.
- COLETÂNEA de preceitos sobre o TCU. [S. 1.]: TC/DIN, 1964. 3 v.
- FARIAS, Márcia. Trajetórias do Ministério Público. *Informe TCDF*, Brasília, n. 4, set. 2004.
- FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Tribunais de Contas do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.
- PIRES, Maria Alves. Perfil de um republicano. In: ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA, 10., 2002, Rio de Janeiro. Anais... Rio de Janeiro: Universidade Estadual do Rio de Janeiro, 2002.
- REVISTA DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 5, p. 333-336, 341-361. jul. 1973.
- _____. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 7, p. 227-228, abr. 1974.
- _____. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 50, p. 153-160, out./dez. 1991.
- _____. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 60, p. 183-193, abr./jun. 1994a.
- _____. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 63, p. 233-241, jan./mar. 1995a.
- _____. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 64, p. 230-240, abr./jun. 1995b.
- _____. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 65, p. 399-402, jul./set. 1995c.
- _____. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 68, p. 7, abr./jun. 1966.
- _____. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 76, p. 273-280, abr./jun. 1998.
- _____. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 80, p. 426-433, abr./jun. 1999.
- _____. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 56, p. 275-283, abr./jun. 1993.
- _____. Brasília: Tribunal de Contas da União, n. 62, p. 132-134, out./nov. 1994b.
- ROSA, Ruben. *As contas do Brasil*. [S. 1.]: TC/DIN, 1943.

O controle externo do Poder Judiciário

O Brasil e as experiências dos Conselhos de Justiça na Europa do Sul

Ernani Carvalho

Sumário

1. Introdução. 2. Itália: uma forte independência. 3. Portugal: um meio termo. 4. Espanha: uma forte politização. 5. A Experiência europeia. 6. Brasil: o forte peso da corporação. 7. Diferenças e convergência: entre Europa e Brasil.

“Nos países da Europa do Sul, a transição democrática transformou profundamente o poder judicial. Uma das mais importantes transformações foi a criação ou revitalização dos ‘conselhos judiciários’, órgãos de autogoverno da magistratura judicial e, alguns casos, da magistratura do Ministério Público”
(GUARNIERE; MAGALHÃES, 1999).

1. Introdução

Logo após tomar posse em 2003, o Presidente Luiz Inácio Lula da Silva afirmou que “o Judiciário é uma caixa preta”. A afirmação vale para todos os níveis da instituição. Apesar dos esforços do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Ministério da Justiça em agregar dados sobre a atuação desse poder, o que temos diz muito pouco sobre a realidade dessa instituição republicana.

A Reforma do Judiciário prevê a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), uma instituição que, a exemplo dos seus congêneres na Europa do sul, tem por função fiscalizar o processo administrativo e disciplinar dos tribunais brasileiros, uma instituição de autogoverno da magistratura.

Ernani Carvalho é Doutor em Ciência Política pela USP, Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da UFPE e Pesquisador do NIC-UFPE.

Este trabalho toma como escopo principal o resgate dos principais tópicos da implantação desse Conselho em três países da Europa: Itália, Portugal e Espanha. A nossa intenção é buscar, na experiência desses países, algumas das respostas para os nossos problemas. Por que esses países? Por dois simples motivos: 1) temos em comum a tradição jurídica romano-germânica; 2) assim como o Brasil, esses países reconstruíram as suas instituições políticas e judiciais após experiências de autoritarismo político.

Este trabalho está dividido em duas partes. A primeira trata da experiência europeia; nela faremos uma breve introdução do formato institucional, das competências e do ambiente político em que foram criados os conselhos europeus. A segunda trata da implantação do CNJ no Brasil e das convergências e divergências da experiência brasileira e europeia.

2. Itália: uma forte independência

A Itália é um dos países em que mais se discutiu a necessidade de um Conselho Superior de Magistratura (CSM). Desde 1907, ele já existia, fazia parte de um órgão consultivo do Ministério da Justiça, semelhante ao modelo que funcionava na França. A transição para um órgão independente do Executivo foi aos poucos ganhando corpo, não sem enfrentar uma forte oposição dentro e fora da estrutura judiciária. O processo de institucionalização do CSM italiano foi marcado por conflitos de poder entre o Tribunal Constitucional (TC) e demais tribunais superiores, afinal a criação do CSM implicava uma forte alteração da estrutura de poder no Judiciário, além das eventuais disputas partidárias.

A primeira grande discussão doutrinária italiana foi, durante um bom tempo, se o vértice do Poder Judicial deveria ser identificado com o CSM ou com o Tribunal Constitucional (TC). “Na verdade, o juiz está sujeito apenas à lei e a hierarquia dos meios

de impugnação não tem nada a ver com a hierarquia administrativa e, por consequência, os juízes da 2ª instância ou Supremo Tribunal não podem ser considerados como superiores hierárquicos dos juízes de 1ª instância”. Logo, “o poder judicial, enquanto exerce funções jurisdicionais, é um poder difuso e, portanto, destituído de vértices”. (PIZZORUSSO, 1995).

No entanto,

“um discurso diferente (ou seja, aqui se pode pensar em vértice) terá de utilizar-se para as funções administrativas que são instrumentais relativamente ao exercício das funções jurisdicionais (como são as funções inerentes à gestão da relação de emprego dos magistrados, à organização dos tribunais, à formação dos tribunais coletivos, à distribuição das causas entre os diversos órgãos), que eram funções administrativas quando eram exercidas pelo Ministro da Justiça (e pelos Presidentes dos Tribunais sob o seu controle) e que não deixam de o ser hoje que são exercidas pelo CSM (e pelos presidentes dos tribunais sobre o controle daquele)” (PIZZORUSSO, 1995).

Esse debate doutrinário serviu para justificar a necessidade e a superioridade do Conselho em matéria de administração da justiça. Do ponto de vista político, serviu para retirar a exclusividade dos juízes no processo administrativo da Justiça, ou seja, transfere o vértice da administração da justiça para um órgão eclético e mais democrático.

A Composição do Conselho italiano:

“O conselho é atualmente composto por 33 membros, 3 dos quais dele fazem parte por direito *ratione muneris* (Presidente da República, primeiro Presidente do Supremo Tribunal e o Procurador-Geral deste mesmo Tribunal), enquanto os outros são eleitos, 10 pelo parlamento em sessão conjunta entre professores de direito

e advogados com mais de 15 anos de exercício profissional, e 20 eleitos pelos magistrados entre eles próprios. Dois dos magistrados devem pertencer ao supremo tribunal, e os outros dezoito a outros órgãos judiciais” (PIZZORUSSO, 1995).

A forma de escolha dos membros do Conselho italiano merece uma atenção especial devido ao rico debate em torno das formas mais adequadas de se compor o Conselho.

“Há que notar como as exigências presentes no delinear da estrutura de um órgão como o Conselho são profundamente diferentes das que devem ser levadas em conta quando se trata de configurar assembleias como as câmaras do parlamento ou os conselhos das regiões e das autarquias. Enquanto com estes últimos é essencial favorecer a agregação de maiorias que permitam a formação de governos eficientes, nenhum problema deste tipo existe no caso do Conselho, no âmbito do qual é, pelo contrário, absolutamente prioritária a função de garantia realizada por meio de uma representatividade, a mais alargada possível, a fim de que a independência de cada magistrado, mesmo o mais isolado, possa encontrar tutela quando necessário” (PIZZORUSSO, 1995).

Em outras palavras, para Pizzorusso, o acentuado pluralismo do Conselho assegura ao magistrado uma maior probabilidade de encontrar apoio em caso de ofensa a sua independência, seja ela interna ou externa.

Nesse sentido, existem duas formas de eleição: a dos juizes, que obedece à base das listas propostas pelas associações de magistrados, e a dos membros “laicos” ou não juizes, que obedece à candidatura proposta por partidos políticos, ou seja, à lógica proporcional dos partidos.

Uma vez eleitos, os membros do Conselho permanecem no cargo por quatro anos e não são imediatamente elegíveis. Eles também gozam da garantia de imunidade pe-

las opiniões expressas no exercício de suas funções e respeitantes os objetos da discussão e outros privilégios (ou garantias) análogos aos previstos para os juizes do TC e aos membros do parlamento. Os trabalhos do Conselho são geralmente abertos (ou públicos), salvo decisão do Conselho em contrário.

Uma vez investido de seus poderes, quais são as funções do Conselho?

“O núcleo principal das funções do CSM é constituído – além da função disciplinar de que se falou – pelas competências administrativas inerentes à relação de emprego dos magistrados: conseqüentemente ele ocupa-se dos concursos de ingresso na magistratura, das promoções, das transferências, da nomeação para lugares de direção, das incompatibilidades”.

Existe também uma função de colaboração com o Ministério da Justiça em matéria de organização judiciária enviada ao parlamento mediante relatório anual. (PIZZORUSSO, 1995).

O Conselho italiano é considerado um modelo se comparado com seus pares na Europa do sul.

“O modelo do Conselho, à luz da experiência italiana, abriu legítimas expectativas de modificação da realidade pré-existente em vários campos: reforço da independência judicial, tanto no plano interno como no externo; desenvolvimento profissional e cultura da magistratura; forma de inserção e relacionamento desta com a sociedade (...) e, em geral e como consequência, aprofundamento da compreensão pelo cidadão do que significa o Estado de direito e a vigência da legalidade democrática e do regime de garantias daí resultantes”. (IBAÑEZ, 1999).

No entanto, em uma reflexão final sobre a atuação do Conselho na Itália, Pizzorusso teme que todos os benefícios que o Conselho ajudou a gerar, como, por exemplo, o

fortalecimento da independência e autonomia do Judiciário, sem o qual dificilmente teria vingado a operação Mãos Limpas, sejam destruídos por

“ataques movidos contra certos magistrados e os dirigidos contra toda a magistratura e consistentes em projetos de leis ou de revisão constitucional tendentes a reduzir-lhe as prerrogativas, ou em propostas de referendo tendentes a aproveitar demagogicamente erros judiciários ou outros episódios capazes de impressionar a opinião pública e muitas vezes habilmente construídos pelos meios de comunicação social” (PIZZORUSSO, 1995).

Pizzorusso (1995) lança um alerta:

“Nesta situação, o papel do CSM mostra-se extremamente difícil e a própria possibilidade de continuar a desempenhá-lo se apresenta incerta perante a contínua exigência de modificação de sua organização, quer por via de revisão constitucional, quer por via de referendo, quer por outras formas (...) Daí um fácil pretexto para invocar reformas que, em vez de destinadas a realizar uma maior eficiência, parecem mais destinadas a reconduzir a magistratura àquele papel subordinado que era tradicionalmente o seu antes da Constituição de 1947”.

Por outro lado, há quem entenda o protagonismo judicial italiano, do qual o CSM faz parte, como uma resultante do conjunto de alterações institucionais que foram efetuadas a partir da década de sessenta, entre elas o insulamento do Conselho de Justiça.

“O protagonismo político do poder judicial em Itália não pode ser compreendido se não se tomar em consideração as oportunidades institucionais proporcionadas por um alto nível de independência externa e pelos importantes poderes confiados aos magistrados em geral e ao Ministério Público em particular” (GUARNIERE; MAGALHÃES, 1999).

No entanto, o ativismo político da magistratura italiana, principalmente o do Ministério Público, levantou alguns problemas. O primeiro, de ordem mais geral, é o de sua crescente irresponsabilidade política. A extensa interpretação de suas atribuições o leva a invadir searas que antes estavam restritas ao mundo político. Os critérios dessa “invasão” são quase sempre arbitrários. O segundo, particular do caso italiano, é que:

“Na verdade, os vastos poderes gozados pelo Ministério Público e a sua ligação organizacional com a magistratura judicial, ambos pertencentes a um corpo judicial unificado, tendem a gerar um desequilíbrio entre as partes no Tribunal, abertamente desvantajosas em relação ao acusado” (GUARNIERE; MAGALHÃES, 1999).

3. Portugal: um meio-termo

Durante a vigência da Constituição de 1933, ou do período Salazar/Caetano, a independência do poder judicial português era formal (e até mesmo material), dada a inexistência de intervenção direta ao nível de decisão. Apesar de a Constituição garantir a vitaliciedade e a inamovibilidade dos juízes, a magistratura portuguesa era orgânica e economicamente dependente do poder Executivo¹. Aos poucos é perceptível uma evolução da legislação no sentido de estabelecer uma maior independência do poder judicial. O Conselho Superior de Magistratura português (CSM) é visto como parte dessa tendência.

“A independência dos tribunais judiciais é garantida pela existência de um órgão privativo de gestão e disciplina da magistratura judicial (...) Auto-governo ou governo da magistratura não foi, apenas, uma modificação semântica, correspondeu a uma alteração de composição constitucional do CSM, que deixou de contar com uma maioria de juízes para nele ter

assento uma maioria de membros designados pelo Presidente da República e pela Assembléia da República (Parlamento)” (AFONSO, 1996).

O Conselho Superior de Magistratura português é composto de dezessete membros: a) é presidido pelo presidente do Superior Tribunal de Justiça; b) dois vogais são indicados pelo Presidente da República, sendo que um tem de ser juiz togado; c) sete vogais são eleitos pelo Parlamento; d) sete juizes são eleitos pelos seus pares, respeitando o princípio da representação proporcional.

A composição do CSM em Portugal sofreu uma rápida evolução, conhecendo três fórmulas distintas até o seu formato final: 1) órgão composto exclusivamente por juizes, natos ou eleitos; 2) órgão de composição mista, de juizes e membros estranhos à magistratura; 3) e, finalmente, a atual solução, que reforçou a posição dos componentes que não pertencem aos quadros da magistratura.

Em suma, a atual composição do CSM se destaca por possuir a maioria de membros designados pelos poderes políticos, criando-se, por essa forma, mecanismos de legitimação democrática do poder judicial e evitando-se formas de autogestão corporativa da magistratura. Por outro lado, ocorreu a consagração de um mitigado autogoverno da magistratura, caracterizado pela eleição de sete vogais eleitos pelos pares e pela presidência do CSM ser de um juiz de carreira. (AFONSO, 1996).

As competências do CSM português não estão constitucionalmente previstas, cabendo ao legislador ordinário determiná-las por via parlamentar e maioria relativa. Isso, segundo Afonso, é uma fraqueza, pois deixa o CSM à mercê das maiorias simples. Entre as competências do CSM, podemos citar a capacidade de: nomear, colocar, transferir, exonerar, apreciar o mérito profissional, exercer a ação disciplinar e, em geral, praticar todos os atos de idêntica natureza respeitantes à magistratura judicial, sem pre-

juízo das disposições de cargos por via eletiva (AFONSO, 1996).

Para Afonso, de uma forma geral, “a experiência tem demonstrado que o CSM em Portugal, composto nos termos constitucionais hoje em vigor, tem colocado o governo da judicatura fora do controle do Executivo, por um lado, e evitando, por outro, auto-governo corporativo dos juizes mediante um certo grau de coordenação com a representação da soberania popular. Este modelo tem permitido aos juizes exercerem as suas competências constitucionais e legais independentemente da vontade política daqueles que, numa certa conjuntura, possam ter a maioria. O modelo constitucionalmente previsto tem funcionado com uma composição democrática que permite não somente a representação do corpo judicial mas ainda a vontade popular expressa pelo Parlamento e pelo Presidente da República sem que, contudo, haja qualquer concessão ao jogo das maiorias parlamentares” (AFONSO, 1996).

No entanto, da mesma forma que ocorreu na Itália, nos últimos anos o poder Executivo tem tentado reduzir a composição e os poderes do CSM. O enfraquecimento dos órgãos de controle administrativo da justiça parece ser uma tendência nos países do sul da Europa. Por que será? Nesse sentido, Afonso deixa um alerta:

“Qualquer debate sobre o redimensionamento da composição, do posicionamento e dos poderes do CSM pode conduzir à discussão da independência da magistratura, que muitas vezes se tenta reduzir, se não eliminar-se, não ao nível dos grandes princípios constitucionais (amplamente consagrados e apregoados), mas ao nível da criação de mecanismos legais que esvaziam o conceito de independência ou tornam o poder judicial inoperante” (AFONSO, 1996).

4. Espanha: uma forte politização

Da mesma forma que, na maior parte dos países europeus da época, a situação da administração da justiça na Espanha durante a ditadura franquista era caracterizada pela existência do “juiz napoleônico, funcionário do Executivo e governado por este, ferreamente integrado num complexo hierárquico, que projetava diretamente a sua influência, não só sobre o *status* administrativo do juiz senão também – por esta via – sobre sua atividade propriamente jurisdicional” (IBAÑEZ, 1999).

O período de abertura política não suscitou divergências profundas na formulação constitucional do título VI, “Do Poder Judicial”, e transcorreu dentro dos limites aceitáveis da conflitualidade política. A gratuidade do acesso à justiça e os perigos da politização implícitos na composição ideologizada do Conselho, bem como a possibilidade de partidarização ou sindicalização dos juízes e a participação popular na administração da justiça, foram os temas de maior polémica.

A Constituição democrática de 1978 buscou “desapropriar” o Executivo do Judiciário. Apesar de o êxito não ter sido total, “evoluiu-se de maneira significativa no que se refere à limitação da incidência daquele na atividade jurisdicional, através do reforço dos mecanismos de garantia da independência nas vertentes aludidas” (IBAÑEZ, 1999).

Como parte do processo de “despejo” do Executivo, a Constituição de 1978 previa a criação do Conselho General del Poder Judicial (CGPJ). Na Carta política espanhola, a composição do CGPJ obedeceu a uma lógica proporcional agregativa, impossibilitando a participação da diversidade de opiniões no seio da magistratura espanhola².

“O resultado prático foi um conselho formado em exclusivo, na sua componente judicial, pelo núcleo dirigente da Associação Profissional da Magistratura, apenas constituída precisamente com esta finalidade e dire-

ta beneficiária do tratamento discriminatório do direito à associação profissional a que se fez referência. E na componente não judicial, também de forma maioritária (5 sobre 8) por juristas procedentes do espectro jurídico da formação governante que pode impor esta proporção graças a sua maioria nas Câmaras” (IBAÑEZ, 1999).

O CGPJ é composto por um presidente, que é o presidente do Tribunal Supremo, escolhido pelo Rei. Um vice-presidente é nomeado pelo Rei mediante a indicação de um dos seus membros por 3/5 dos demais. A Câmara dos deputados e o Senado escolhem mais seis membros cada um, por maioria de 3/5, entre juízes de todas as categorias judiciais do serviço ativo. As duas casas legislativas também escolhem quatro membros cada uma, por maioria de 3/5, entre advogados ou juristas de reconhecida competência com mais de quinze anos no exercício de sua profissão.

A vitória dos socialistas nas urnas provocou uma reação à composição tendente à direita do CGPJ. Segundo o autor, as reformas propostas e aprovadas pelo PSOE em 1985 transformaram o CGPJ em uma instituição fortemente deslegitimada perante os seus governados por virtude da designação político-partidária de todos os seus componentes. Segundo Ibañez (1999), esse processo pode ser caracterizado por: 1) um antijudicialismo militante da esquerda; 2) uma concepção jacobina do poder que reduz a democracia ao Parlamento e 3) exigências conjunturais e políticas oportunistas que delinearão o complexo relacionamento entre os poderes representativos e o Judiciário. Para Ibañez (1999), o CGPJ se tornou mais uma caixa de ressonância das disputas no sistema político.

Dentro de um Estado de Direito, o Conselho deve funcionar como um órgão de administração da jurisdição. Isso justifica o fato de os responsáveis gozarem de um estatuto de superioridade no seu próprio âmbito, como, por exemplo, determinadas ga-

rantias orientadas a dar efetividade à independência judicial.

“O Conselho, enfim, não é um órgão de poder em sentido próprio, na medida em que não é um órgão de direção política, posto que carece de atribuições em relação à generalidade dos cidadãos e, no plano externo a sua função, como se viu é de projeção bem mais negativa: garantir, a independência do juiz frente a eventuais interferências (...) Este, por um lado, mediante o correto exercício do poder disciplinar, dispõe da possibilidade de propor, em negativo, à magistratura e à sociedade um modelo de juiz” (IBAÑEZ, 1999).

O autor aponta para um problema crucial na composição do Conselho espanhol, a forte vinculação entre a maioria conjuntural da Câmara e sua respectiva maioria no Conselho. Na visão de Ibañez (1999), isso limita o cenário participativo/representativo dos juízes e impõe a lógica agregativa das eleições proporcionais ao órgão disciplinar do Judiciário, desprezando a diversidade e um pluralismo institucional.

Apesar da forte vinculação política dos membros do CGPJ, o saldo parece ter sido positivo.

“Creio, para terminar, que ao sistema de conselho na sua versão original corresponde o mérito histórico de ter dado a independência judicial um suporte institucional de um grau de eficácia muito positiva nos resultados que não tem equivalência na experiência comparada. Foi possível, além do mais, uma prática de independência judicial de um rigor também sem precedentes que, por sua vez, produziu a melhor e mais rica teoria constitucional que hoje pode consultar-se” (IBAÑEZ, 1999).

5. A Experiência européia

Como foi possível observar, a criação dos Conselhos na Europa do sul se deu sob uma

forte influência política e corporativa. A Itália possui a experiência mais madura. Desde o início do século XX, os italianos vêm aprimorando a idéia do Conselho. Os frutos desse debate são o caráter difuso e autônomo da judicatura que deve obediência à lei e a hierarquia das decisões, não significando esta última uma hierarquia profissional entre os juízes de tribunais superiores, 2º e 1º graus. Por outro lado, a necessidade de se instituir um vértice administrativo é justificada por ser a administração uma atividade-meio e se restringir, no mais das vezes, a temas burocráticos e administrativos. Apesar de serem polêmicos, os resultados do debate italiano ecoaram e influenciaram a implantação dos Conselhos em Portugal e Espanha.

Portugal, assim como Espanha, vai pensar na instituição do Conselho após o fim dos regimes autoritários na Península Ibérica. Portugal se destaca pela adoção de uma composição do Conselho tendente à maioria laica (não juízes) e pelo fato de as competências do CSM português não estarem constitucionalmente previstas, cabendo ao legislador ordinário determiná-las. Em outras palavras, existe um forte controle do poder político sobre o Conselho, pois é facultado ao poder político modificar a legislação que regula a atuação do Conselho por meio de maioria simples no Parlamento.

No caso espanhol, o destaque fica para o forte processo de politização do Conselho. Tanto na via partidária (externa) como dentro do Judiciário (interna), houve uma corrida para garantir a supremacia no Conselho. Na escolha dos representantes laicos, valeu a maioria no Parlamento, e os representantes da magistratura foram encabeçados pela associação dos juízes, que também representam a maioria. Em ambas, a escolha privilegiada foi de caráter agregativo, em detrimento de uma composição mais diversificada.

Os pontos de maior unanimidade nos processos de implantação dos Conselhos na Europa foram sem dúvida:

1) uma forte resistência dos juízes ao Conselho;

2) o aumento da legitimidade judicial. Todos os analistas apontam para um acréscimo de credibilidade democrática, uma evolução no sistema de pesos e contrapesos;

3) a maior legitimidade gerou uma maior independência judicial. O crivo democrático na escolha dos conselheiros possibilita, em tese, um maior grau de responsabilização política;

4) as competências de: nomear, colocar, transferir, exonerar, apreciar o mérito profissional, exercer a ação disciplinar, enfim, exercerem efetivamente o controle administrativo e disciplinar do Judiciário;

5) em todos os países, após a implantação dos Conselhos, parece existir um realinhamento dos poderes oferecidos pelo poder político ao Judiciário. Esse realinhamento vem sendo interpretado por alguns como um perigo às garantias democráticas e ao próprio estado de direito, por outros, como um ajuste de responsabilidades ou competências, que estavam demasiadamente inclinadas ao Judiciário.

6. Brasil: o forte peso da corporação

“Dentre os temas em discussão na reforma do Judiciário, poucos têm mobilizado tanta paixão e celeuma quanto a criação de um órgão de controle externo deste poder e, na eventualidade de sua aprovação, sua composição” (SADEK, 2001).

Esse é sem dúvida um tema polêmico. Não apenas por se tratar de uma instituição que irá controlar administrativamente um Poder de Estado, como é o caso do Judiciário, mas, sobretudo, por se tratar de uma reforma que envolve uma série de interesses difusos dentro e fora do aparelho de Estado.

Um bom começo seria entender o que pensam os componentes da mais forte corporação do Poder Judiciário. Eles formam um bloco monolítico? Qual a opinião dos juízes sobre a criação do Conselho Nacional de Justiça?

Os dados da Tabela 1 demonstram que existe uma forte resistência perante a criação de um CNJ composto também por membros externos, 61% dos juízes ou não concordam ou acham irrelevante. Quando o

Tabela 1: Opinião sobre propostas de reforma do Judiciário (em %)³

Propostas	Favorável	Irrelevante	Contra	N.S/N.R
Criar o CNJ	39,0	21,0	25,5	14,5
CNJ: composto por membros do Judiciário	48,5	19,0	16,5	16,0
CNJ: incluindo membros externos ao Judiciário	20,0	14,0	47,0	19,0

Fonte: Sadek (2001).

CNJ é composto apenas por membros do Judiciário, a resistência cai para 35,5%. Portanto, o Conselho é passível de ser aceito desde que a intenção de torná-lo um controle externo ou estranho à corporação dos juízes seja sensivelmente diluída. A composição do CNJ passa a ser o ponto-chave na implementação dessa nova casa republicana.

“Sou a favor de um conselho, mas formado apenas por ministros de tribunais superiores e Tribunais de Jus-

tiça. Creio que um órgão desses composto por juízes e advogados teria corporativismo. No Brasil, decide-se as coisas no emocionalismo, e saímos do nada para o tudo. Isso eu sou contra”. Vantuil Abdala (FOLHA DE SÃO PAULO, 2004), presidente do Tribunal Superior do Trabalho.

Em outras palavras, apesar do forte discurso democrático expresso pelos presidentes dos mais diversos tribunais (de 2º grau e

superiores), apesar de existir uma retórica democrática nas diversas instituições judiciárias brasileiras, é muito baixo o apoio dos juízes a uma instituição de controle administrativo da justiça composta por membros estranhos à magistratura.

A argumentação contrária a uma composição eclética do Conselho é sustentada de forma controvertida. Em boa medida, as justificativas se resumem:

1) à falta de conhecimento específico sobre o funcionamento da justiça. Os membros “laicos” são procuradores, advogados e dois membros indicados pelo Congresso, portanto, no mínimo, a maioria conhece bem de perto o funcionamento da justiça brasileira;

2) à existência de um forte controle interno exercido pelos tribunais⁴. Mesmo assumindo uma certa eficiência do controle interno, este é exercido quase que exclusivamente na base. Portanto, os casos de corrupção que ocorrem no topo, ou seja, nos tribunais, ficam sem controle⁵;

3) ao flagrante perigo à independência judicial. As atribuições do CNJ se restringem às questões administrativas e disciplinares. Não existe a possibilidade ou previsão legal de interferência nas decisões dos juízes. Além de tudo, ficou prevista a faculdade de revisão das decisões do Conselho pelo STF.

Segundo o Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos (FOLHA DE SÃO PAULO,

2004), estão criadas as condições para que os juízes saibam que estão sendo fiscalizados, “o grande derrotado de hoje [ontem] foi o mau juiz, e os grandes vitoriosos foram o bom juiz, a magistratura e a cidadania”. Na mesma linha, o líder do governo no Senado, Aloizio Mercadante (FOLHA DE SÃO PAULO, 2004), afirmou: “O controle externo vai dar transparência ao Judiciário. O concurso público unificado para juízes e a quarentena são medidas moralizadoras, que contribuem para melhorar a imagem da Justiça”.

Existe uma clara discordância entre o governo e o topo da magistratura no que concerne à criação do CNJ. A discordância toma corpo no tocante à composição do Conselho. Os juízes dos tribunais superiores e estaduais preferiam um Conselho mais corporativo, composto em sua totalidade por juízes dos tribunais. O governo, por sua vez, apostou que um perfil eclético ou “laico” do Conselho traria maior credibilidade, mitigando a influência da corporação em suas decisões. Com a aprovação do CNJ no Congresso brasileiro, o governo levou a melhor nesse embate, apesar dos esforços dos juízes em reverter a composição⁶.

A Tabela 2 nos mostra que, apesar da forte oposição dos magistrados brasileiros, a reforma, no tocante à composição de membros externos, seguiu uma trajetória de maior controle externo. Pela Tabela 2 acima, é possível perceber que ocorreu um processo crescente a favor de uma maior exteriorida-

Tabela 2: Grau de exterioridade na composição do CNJ

Atores	Tribunais Superiores	2º Grau	1º Grau	Membros Externos	Total	Grau de Exterioridade
Relator Jairo Carneiro (PFL-BA)	6	5	2	2	15	13%
Relator Aloysio Ferreira (PSDB-SP)	5	1	3	3	9	33%
Relatora Zulaiê Cobra (PSDB-SP)	4	1	2	6	13	46%
Comissão Especial	3	2	3	6	14	42%
Câmara dos Deputados	3	3	3	6	15	40%
Senado Federal	4	3	2	6	15	40%

de do Conselho, estabilizando em seis membros externos, do total de quinze.

No tocante às competências do CNJ, a PEC aprovada no Senado estabelece que cabe ao Conselho o controle administrativo do Poder Judiciário e a fiscalização do cumprimento funcional dos juízes. Na verdade, só o efetivo funcionamento do CNJ vai possibilitar uma avaliação mais acurada.

No entanto, é possível afirmar, apesar da recente vitória do Conselho impondo o fim do nepotismo⁷, que o Conselho brasileiro não é dotado da capacidade de interferência administrativa de seus congêneres europeus. Ele nasce sob tutela do STF. Cabe ao STF suprir a ausência de indicações para o Conselho, presidir o Conselho por meio de um de seus membros, julgar as infrações penais contra os membros do Conselho e julgar as ações contra as decisões do Conselho. Em outras palavras, o STF no Brasil, além de ser o vértice hierárquico do sistema recursal e o guardião da constitucionalidade, acumula também a função de revisor da atividade administrativa e disciplinar do CNJ. Em palestra na Apamagis (Associação Paulista de Magistrados), em 18/03/2005, o então ministro Antônio de Pádua Ribeiro, do STJ (Superior Tribunal de Justiça), afirmou que: “Não existe no mundo, ao que se saiba, corte com tantos poderes”. Segundo ele, os poderes do Supremo são ainda mais amplos porque a Constituição teria se tornado uma “colcha de retalhos”: sempre é possível aflorar uma questão constitucional. Para ele, a Carta foi “desfigurada para atender às emergências de ordem econômica e tributária” e “engessada” por excessivas

cláusulas pétreas, muitas das quais “garantidoras não dos direitos dos cidadãos, mas da impunidade dos criminosos” (Folha de São Paulo, 19/03/2005).

7. Diferenças e convergência: entre Europa e Brasil

Ao contrário do discurso que as autoridades judiciárias brasileiras tem proferido, a implantação dos Conselhos em países da Europa do sul (Itália, Portugal e Espanha) não prejudicou a independência do Judiciário, mas, pelo contrário, foi um instrumento de consolidação da independência desse poder.

Os juízes europeus perceberam que a legitimidade democrática do Conselho e sua composição diversificada possibilitavam, aos olhos do público em geral, um maior grau de transparência e controle do Judiciário. Por outro lado, do ponto de vista institucional, o Conselho seria mais um órgão no sistema de pesos e contrapesos da balança republicana, ou seja, um anteparo político entre o Judiciário, os poderes representativos e a sociedade civil. Um órgão que absorveria as críticas dos vários segmentos sociais (externo e interno) e as “digeriria”, evitando um desgaste direto da Justiça.

No tocante à composição, o Brasil não se diferencia dos países europeus aqui estudados. Todos eles têm como presidente do Conselho um juiz de carreira, que geralmente ocupa um cargo de destaque em algum tribunal superior. A ponderação entre juízes e não juízes também foi contemplada em todos os países. Veja abaixo duas tabelas que comprovam essas assertivas.

Tabela 3: Composição dos Conselhos

Países	Juízes	Não Juízes*	Presidência
Itália**	20	12	Juiz de Carreira
Portugal	8	8	Juiz de Carreira
Espanha	12	8	Juiz de Carreira***
Brasil	9	6	Juiz de Carreira

* Advogados, Promotores, Professores e Operadores do Direito. ** Entre os não juízes estão o Presidente da República e o Procurador Geral. A Presidência é exercida pelo Presidente do Supremo Tribunal. *** Eventualmente, pode ser escolhido um advogado ou professor com mais de quinze anos de experiência para o cargo de Presidente.

Tabela 4: Grau de exterioridade na composição

Países	Grau de Exterioridade
Itália	36,4%
Portugal	47,0%
Espanha	38,1%
Brasil	40,0%

A Tabela 4 chama atenção para a importância da diversificação do Conselho em sua composição. É possível notar que a Itália é o país com menor grau de exterioridade no Conselho e Portugal é o país com o maior grau. Pelo que foi exposto anteriormente, a Itália se destacou por seu ativismo judicial, principalmente contra a corrupção política. Nesse sentido, a tabela 4 parece reforçar o argumento de Guarnieri e Magalhães (1999), que justificam o elevado grau de ativismo na Itália por força de uma confluência contingencial de fatores institucionais e políticos. Portanto, o grau de exterioridade não parece ser determinante como instrumento da independência judicial.

Para finalizar, é possível verificar um certo grau de diferenciação nas atribuições ou competências dos Conselhos aqui estudados. Nesse ponto, o destaque fica para o Brasil, que possui seu raio de atuação administrativa e disciplinar tutelado pelo Supremo Tribunal Federal. No entanto, a experiência européia corrobora com a opinião do Ministro da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, para quem a Reforma que se desenha no Congresso “não é o ponto de chegada, mas o de partida”.

Notas

¹ Um retrato dos primórdios da burocracia judiciária portuguesa temos em Schwartz (1979, p. 3-18).

² Ibañez (1999) discorda desta visão. Para ele, o CGPJ deveria dar guarida a uma ampla diversidade de posições, como forma de garantir uma maior

representatividade. Ele cita como exemplo o Conselho italiano.

³ Pesquisa de opinião realizada pelo IDESP no ano de 2000 a 738 juízes, de primeira e segunda instância, da justiça estadual, federal e do trabalho, em onze estados da federação, além do Distrito Federal.

⁴ Não existe nenhum trabalho, pelo menos que eu conheça, que prove a eficiência do controle interno exercido pelos tribunais brasileiros.

⁵ Para citar dois casos bem conhecidos de corrupção: o do juiz presidente do TRT-SP, Nicolau dos Santos Neto, e o do juiz do TRF-SP, Rocha Matos.

⁶ Em junho de 2003, a proposta no Senado previa uma composição de 13 membros, sendo que 11 eram juízes.

⁷ Recentemente o CNJ obteve uma vitória significativa, proibiu a contratação de parentes para cargos de confiança. No entanto, é salutar lembrar que essa vitória só foi possível devido à chancela do STF.

Referências

AFONSO, Orlando. Notas sobre o Conselho Superior da Magistratura. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 17, n. 66, 1996.

ARANTES, Rogério. *Consensos e dissensos na reforma constitucional do judiciário: textos para discussão*. São Paulo: IDESP, 2001.

ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo: [S. ed.], 1875- .

FOLHA DE SÃO PAULO. São Paulo: [S. ed.], 8 jul. 2004.

_____. São Paulo: [S. ed.], 19 mar. 2005.

GUARNIERE, Carlos; MAGALHÃES, Pedro. O ativismo judicial na Europa do sul: semelhanças e diferenças. *Revista Sub JUDGE: Justiça e Sociedade*, Lisboa, n. 14, 1999.

IBAÑEZ, Perfecto Andres. A experiência espanhola do conselho general del poder judicial (CGPJ). *Revista Sub JUDGE*, Lisboa, n. 14, 1999.

PIZZORUSSO, Alessandro. A experiência italiana do conselho superior da magistratura. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, a. 16, n. 62, 1995.

SADEK, M. Tereza. *Os juízes e a reforma do judiciário: textos para discussão*. São Paulo: IDESP, 2001.

SCHWARTZ, Stuart B. *Burocracia e sociedade no Brasil colonial*. São Paulo: Perspectiva, 1979.

Sentenças aditivas e o mito do legislador negativo

Edilson Pereira Nobre Júnior

Sumário

1. Exposição do problema. 2. Juiz constitucional e função criadora. 3. O princípio da igualdade. 4. Sentenças aditivas: um breve apanhado da questão no direito estrangeiro. 5. Sentenças aditivas: óbices, limites e eficácia. 6. Análise da posição do Supremo Tribunal Federal e alguns remates.

1. Exposição do problema

O presente trabalho tem como inspiração o deliberado, sem discrepância, pelo Supremo Tribunal Federal na Representação nº 1.417-7/DF (BRASIL, 1988). Naquela oportunidade, examinava-se representação formulada pelo Procurador-Geral da República, então titular exclusivo da prerrogativa de ativar a fiscalização abstrata da constitucionalidade, em detrimento do §3º do art. 65 da Lei Complementar 35/79, que disciplina o estatuto da magistratura nacional, cujo acréscimo decorreu da Lei Complementar 54/86.

O dispositivo impugnado atribuiu ao respectivo tribunal competência para, nos termos dos seus incisos I e II, conceder, em favor dos magistrados a ele vinculados, auxílio-transporte e auxílio-moradia nos percentuais de até 25% e 30%, respectivamente.

Entendeu-se, na ocasião, por rejeitar pedido alternativo do autor da demanda, no sentido de ser ao dispositivo ofertada interpretação conforme, a fim de que a competência conferida aos tribunais fosse exerci-

Edilson Pereira Nobre Júnior é Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte - UFRN. Mestre e doutor em Direito pela Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Colaborador do Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife - UFPE (mestrado e doutorado). Juiz Federal.

da nos termos da lei, expressão constante do *caput* do art. 65 da Lei Complementar 35/79.

Argumentou-se, para tanto, que o princípio da interpretação conforme à Constituição, situado no âmbito do controle de constitucionalidade, encontra óbice intransponível no fato de, *in casu*, contrariar o sentido inequívoco que o legislador pretendeu legar ao dispositivo impugnado. Caso assim se tivesse laborado, haveria atuação como legislador positivo, função interdita à Corte Constitucional.

Do longo voto do relator, Min. Moreira Alves, destaco uma breve passagem:

“O mesmo ocorre quando Corte dessa natureza, aplicando a *interpretação conforme à Constituição*, declara constitucional uma lei com a interpretação que a compatibiliza com a Carta Magna, pois, nessa hipótese, há uma modalidade de *inconstitucionalidade parcial (a inconstitucionalidade parcial sem redução do texto – Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung)*, o que implica dizer que o Tribunal Constitucional elimina – e atua, portanto, como *legislador negativo* – as interpretações por ela admitidas, mas inconciliáveis com a Constituição. Porém, a interpretação fixada, como única admissível, pelo Tribunal Constitucional, não pode contrariar o sentido da norma, inclusive decorrente de sua gênese legislativa inequívoca, porque não pode Corte dessa natureza atuar como *legislador positivo*, ou seja, o que cria uma norma nova.”

Outro precedente reforçou essa orientação, retratado pela ADIN 896-0/DF (Medida Liminar) (BRASIL, 1996), na qual se examinava a argüição de inconstitucionalidade do art. 270, §§1º e 2º, e da expressão “não alcançados pelo artigo anterior” do art. 271, ambos da Lei Complementar 75/93.

Restou considerado que, não havendo sido articulada também a invalidade do art. 269 do referido diploma, o qual se encontra indissolúvelmente ligado aos dispositi-

vos questionados, não poderia o Supremo Tribunal Federal

“declarar inconstitucionalidade parcial que mude o sentido e o alcance da norma impugnada (quando isso ocorre, a declaração de inconstitucionalidade tem de alcançar todo o dispositivo), porquanto, se assim não fosse, a Corte se transformaria em legislador positivo, uma vez que, com a supressão da expressão atacada, estaria modificando o sentido e o alcance da norma impugnada. E o controle de constitucionalidade dos atos normativos pelo Poder Judiciário só lhe permite agir como legislador negativo.”

No item seguinte da ementa, ressaltou-se que, não podendo a Corte apreciar a inconstitucionalidade sem se transformar em legislador positivo, outra alternativa não se remanesce senão o reconhecimento da eliminação da possibilidade jurídica da demanda.

Tributa-se a Kelsen (2003) a afirmação de que o Tribunal Constitucional, no desempenho de sua missão de garante do cumprimento da Lei Fundamental, não poderia ir além da invalidação da norma que a esta se contrapõe. De fato, ao tentar justificar a legitimidade da jurisdição constitucional perante a independência dos órgãos de produção normativa, o mestre austríaco alvitra distinção entre a elaboração e a anulação de leis, limitando-se a esta o alcance da competência do Tribunal Constitucional.

Procurando afastar a anulação das leis do campo da função legislativa, acentuara:

“É aqui que aparece a distinção entre a elaboração e a simples anulação das leis. A anulação das leis se produz essencialmente como aplicação da Constituição. A livre criação que caracteriza a legislação está aqui quase completamente ausente. Enquanto o legislador só está preso pela Constituição no que concerne ao seu procedimento – e, de forma totalmente excepcional, no que concerne ao

conteúdo das leis que deve editar, e mesmo assim, apenas por princípios ou diretivas gerais –, a atividade do legislador negativo, da jurisdição constitucional, é absolutamente determinada pela Constituição. E é precisamente nisso que sua função se parece com a de qualquer outro tribunal em geral: ela é principalmente aplicação e somente em pequena medida criação do direito.” (KELSEN, 2003, p. 153)

A partir dessa abalizada concepção, surge o questionamento a ser desenvolvido nestas linhas, qual seja o da admissibilidade, no sistema brasileiro de fiscalização da constitucionalidade, das chamadas sentenças aditivas, consagradas nalguns países da Europa, como a Itália e a Espanha.

Tais decisões, quando, a partir do reconhecimento de inconstitucionalidade parcial, ampliam o sentido da lei impugnada, não estariam criando direito novo, invadindo, assim, seara inconciliável com a atividade de julgar? Em caso afirmativo, o órgão jurisdicional incumbido de custodiar a vontade do Constituinte não estaria exercendo missão de legislador positivo, com franca intromissão em atividade reservada ao legislador? Reservamos a resposta para os tópicos seguintes.

2. Juiz constitucional e função criadora

A questão acerca da criação de normas jurídicas pelo magistrado ganhou especial relevo a partir da Revolução Francesa. Esta, entre outros aspectos, auferiu notoriedade pela profunda deferência ao conceito de soberania, de enorme prestígio à época do *Ancien Régime*, mas com uma diferença, consistente na substituição do príncipe pelo povo como seu substrato básico.

Em conseqüência, irrompe a lei, produto da vontade geral, como instrumento para reger as condutas sociais e demarcar o campo de intervenção do Estado na província de atuação dos particulares. Surgiram, com

a pretensão sistêmica de completude da regência das relações sociais, as codificações, cabendo o pioneirismo ao Código Civil dos franceses, de 21 de março de 1804, seguido pelos Códigos de Processo Civil (1807), Comercial (1807) e Penal (1810).

O papel do juiz, dada a aversão à sua figura pelos revolucionários, decorrente de sua forte vinculação com a nobreza, restou reduzido a de mero emissor da voz da lei.

Lastro teórico a esse pensar adveio da pena de Montesquieu (1982), para quem o magistrado apenas seria a boca que pronuncia as palavras da lei (*la bouche de la loi*), verdadeiro ser inanimado que não poderia moderar seus vocábulos ou seu rigor¹.

Amostra dessa tendência recaiu no Título III, Capítulo V, da Constituição de 3 de setembro de 1791, cujo art. 3º dispunha: “Os tribunais não podem, nem se imiscuir no exercício do Poder legislativo, ou suspender a execução das leis, nem empreender funções administrativas, ou convocar diante deles os administradores por razão das funções destes”².

Esse imoderado culto à lei (*règne de la loi*), que tão bem demarcou a escola da exegese, fez desembocar na instituição do *référé législatif* pelo Decreto que dispôs sobre a organização dos tribunais judiciários, de 16 a 24 de agosto de 1790, pelo qual toda vez que os juízes reputassem necessário interpretar uma lei por duvidar de seu sentido deveriam dirigir-se ao Poder Legislativo, juntamente com o Tribunal de Cassação, inicialmente órgão auxiliar do Parlamento, o qual foi instituído com a missão de corrigir os equívocos cometidos pelos tribunais sempre que configurassem contravenção do texto da lei³.

Movimento em direção contraposta surgiu ainda em plena ebulição do liberalismo político.

Marco disso recaiu no art. 4º do já referido Código Civil francês, ao dispor: “O juiz que se recusar de julgar sob pretexto do silêncio, da obscuridade ou da insuficiência da lei, poderá ser demandado como culpa-

do de denegar justiça”⁴. Não mais ficaria o magistrado reduzido à figura de *l’esclave de la loi*, passando ao lugar de *ministre d’équité*.

Essa transmutação, irrompida para fazer frente aos pregoeiros do rechaço radical da possibilidade de uma criação judicial do direito, deveu-se, como noticia Ross (1999, p. 92-93), a Portalis, que, em seu célebre Discurso Preliminar quando da elaboração do Código Civil, lançou respeitável consideração à teoria das fontes, não considerando a lei como a única fonte do direito. Concebeu também um lugar ao costume e ao juiz, reconhecendo necessariamente neste uma atividade independente e criadora do direito⁵.

Isso golpeou duplamente o *référé législatif*, seja pela sua derrogação pelo art. 4º do Código Civil, seja pela mutação funcional que sofrera o Tribunal de Cassação, a qual, limitada por Decreto de 27 de novembro a 1º de dezembro de 1790 à existência de contravenção expressa ao texto da lei, estendeu-se, por força da experiência, à condição de garante da unidade da jurisprudência.

Esse novo contorno ganhou seu lastro legal com a Lei de 1º de abril de 1837, cujo art. 2º estabelecia que, após uma segunda cassação fundada nos mesmos motivos da primeira, os tribunais subordinados estariam obrigados a respeitar a decisão da Corte de Cassação.

Ao lado da incapacidade do ordenamento jurídico em eliminar a criatividade do juiz, pode-se notar, no seio da doutrina, o reconhecimento da atividade judicial como a manifestação mais evidente da vida do direito.

Em memorável estudo, Jean Cruet (1956, p. 23-70) nos mostra que os diversos segmentos da evolução jurídica não prescindiram, para o seu salutar desenvolvimento, da prática judicial. Por isso, tanto em Roma, cujo direito recebera o seu impulso mais vigoroso através da figura do pretor, tendo em vista a lentidão do legislador em seguir, de forma ágil, a evolução dos costumes, como no contraposto direito mulçumano, a necessidade de conciliar o direito escrito com as

exigências cambiantes da vida social impeliram os juristas à interpretação criadora e extensiva dos textos.

Destaca ainda o autor a notável influência que teve o juiz inglês na formação *common law*, a qual, mesmo com a crescente ampliação do domínio legislativo, não perdeu sua basilar importância, bem como o paradoxo vivenciado pela França, que, não obstante conhecida como a pátria da lei clara e progressiva, sofreu a sólida marca da evolução do seu sistema jurídico com a da atuação do agir do magistrado, que, no tratamento de muitas relações sociais, sempre precedeu ao legislador⁶.

A impossibilidade de separação do magistrado da criatividade jurídica é bem ressaltada por Cruet (1956, p. 24) nesta passagem:

“O juiz, esse ‘ente inanimado’, de que falava Montesquieu, tem sido na realidade a alma do progresso jurídico, o artífice laborioso do direito novo contra as fórmulas caducas do direito tradicional. Esta participação do juiz na renovação do direito é, em certo grau, um fenômeno constante, podia dizer-se *uma lei natural da evolução jurídica*: nascido da jurisprudência, o direito vive pela jurisprudência, e é pela jurisprudência que vemos muitas vezes o direito de evoluir sob uma legislação imóvel.”

Mesmo com menor ênfase que Cruet, Henri Lévy-Bruhl (2000, p. 73-76) não exclui a função criadora da jurisprudência, afirmando que muitas vezes o juiz se encontra dividido entre a obrigação de aplicar a lei e aquela, não menos relevante, de ministrar uma justiça eqüitativa e adaptada às exigências atuais e, nessa ocasião, achasse forçado a legar ao texto legal um sentido novo, diverso do atribuído por seu autor. Nessas hipóteses é que teremos uma jurisprudência criadora, a ser incluída entre as fontes do direito.

Isso não respalda – adverte o autor – a excessiva evasão do juiz à lei, a fim de jul-

gar predominantemente por equidade, atribuindo-se àquele uma função que, teoricamente, não possui, qual seja a competência legislativa⁷.

No que concerne ao âmbito da fiscalização da constitucionalidade, o debate se apresenta revestido com não menos intensidade.

Para Carl Schmitt (1998, p. 78-79), feroz adversário do controle judicial de constitucionalidade das leis, embora defensor de que também ao juiz coubesse a outorga de uma certa liberdade, não seria possível transferir-lhe a decisão política, que é inerente ao legislador. Isso importaria alterar a posição constitucional do Judiciário.

Na concepção do professor germânico, o Estado de Direito segue pressupondo o axioma de que o Estado sem divisão entre legislação, execução e jurisdição, carece de Constituição, sem contar que, naquela forma de organização estatal, somente existe atividade judicial na forma de sentença elaborada com base numa lei.

Assim, a posição especial do juiz no Estado de Direito, sua objetividade, sua posição superior às partes, sua independência e inamovibilidade, descansa no fato de que sua decisão é de fundar-se na lei, derivando, portanto, de outra decisão, a qual é definida pelo legislador.

Referindo-se à fórmula *due process of law* do direito anglo-saxão, recomenda ser

“preciso distinguir entre lei e sentença e, por conseguinte, entre legislador e juiz. Por diversa que seja, na prática, a divisão de poderes nos diversos Estados, resulta sempre inerente à distinção constitucional dos poderes o fato de que à divisão das funções políticas em matéria de organização (pelo menos ao regular-se as competências normais), corresponde uma efetiva diversificação da atividade.” (SCHMITT, 1998, p. 79, tradução nossa)

Demais de considerar o controle judicial de constitucionalidade inadequado à fun-

ção judicial, sustinha Schmitt, como decorrência lógica de seu ponto de vista, a necessidade de uma limitação de uma possível atividade criativa do juiz, eliminando-a no que tange à seara política.

Procedendo a minuciosa análise das tendências favoráveis e opositoras, Lafuente Balle (2000, p. 71-94), autor mais moderno, posiciona-se no sentido de que a atividade da jurisdição constitucional é, indiscutivelmente, criativa, ainda quando atue como legislador negativo. Assim o impõe a especificidade da norma constitucional que, em virtude de seu contorno de incerteza, favorece a discricionariedade do juiz constitucional. A enunciação dos comandos constitucionais em forma de princípios, comportando certa vagueza, não exclui uma atividade criadora para que se torne possível sua concreção.

O pensamento é assim bem exposto:

“A norma constitucional apresenta a diferencial característica de sua não concreção e de seu sentido político. Estas circunstâncias favorecem um número crescente de interpretações, todas distintas e que qualquer observador informado e imparcial as consideraria corretas e lógicas. É neste labor de optar por uma destas interpretações onde o Tribunal Constitucional exerce sempre sua função criadora e normativa. Por isso, não existe nenhum caso fácil do qual conheça o Tribunal Constitucional. Em nenhum caso, o Tribunal se limita a aplicar a norma constitucional simplesmente e sem interpretá-la. Este labor interpretativo é, precisamente, o fator determinante da transcendental importância do precedente constitucional.” (LAFUENTE BELLE, 2000, p. 85, tradução nossa).

Essa característica indissociável do labor da Corte Constitucional, afirma o autor, não conduz a um risco de preponderância de critério antidemocrático, com a introdução de uma verdadeira terceira câmara par-

lamentar em detrimento dos legisladores eleitos. Isso se justifica porque o cometimento de tal tarefa não parte de uma decisão infundada, mas sim resulta da própria vontade do poder constituinte, originária, suprema, soberana e, portanto, necessariamente democrática.

Outro respaldo a uma mais ampla função interpretativa do juiz constitucional vem residindo em fator eminentemente prático, qual seja a opção, cada vez mais crescente dos tribunais constitucionais, pelas sentenças criativas (interpretativas, aditivas, manipulativas, apelativas etc.), cujo teor suaviza o enfrentamento com os órgãos parlamentares, porquanto, em vez de invalidar uma lei contrária à Constituição, incorpora-se, por meio de um novo sentido, uma nova norma ao ordenamento jurídico.

Assim, o autor, na sua conclusão, não olvida em destacar que, não obstante o tribunal constitucional seja um órgão político com capacidade de legislar, dada a obviedade de que, ao criar direito, usurpa a função legislativa, quebrantando a separação de poderes, o exercício de tal atribuição se tornou de grande utilidade à conservação da paz social, a qual consiste na principal função do Direito como instrumento de resolução de conflitos. Prova disso está em que nenhum órgão constitucional poderia haver legislado mais sobre temas como o aborto, o terrorismo, as liberdades públicas, a integração européia, a distribuição de competências nos estados federais, e com a singularidade de usufruir do respeito dos partidos e demais operadores políticos.

Após exposição das críticas sofridas pela jurisdição constitucional, seja tanto no seu berço norte-americano, como se pode notar dos dois Roosevelt (Theodore e Franklin), como na França, em razão do desenvolvimento vivenciado pelo Conselho Constitucional a partir de 1974, Enterría (1994, p. 167-196), demais de rebater os argumentos contrários à legitimidade daquela, sustenta a inevitável criatividade de sua atividade.

Segundo o autor, a partir da consideração da Constituição como autêntica norma jurídica, em vez mero compromisso ocasional de grupos políticos, não se pode negar a justiça constitucional como formidável instrumento de integração política e social da coletividade, atuando para que aquela constitua uma ordem a serviço da justiça e da dignidade dos homens.

Sustendo seus argumentos, afirma que foi justamente o labor criativo e adaptador, suficientemente expressivo nos Estados Unidos, o traço a afiançar a sobrevivência da Constituição de 1787 por mais de dois séculos (ou, como poderíamos agregar, para uma maior ênfase, da luz de vela à sociedade da informática)⁸, enquanto a hostilidade francesa à jurisdição constitucional acarretou o contraste da promulgação de quinze constituições no mesmo período de tempo.

Por isso, conclui que “a justiça constitucional é o instrumento através do qual o *fundamental law*, o pacto social constitucional retém e atualiza toda sua virtualidade e eficácia” (ENTERRÍA, 1994, p. 195-196, tradução nossa)⁹.

Interessante a referência à opinião de Cappelletti (1984, p. 614-620). Este, ao depois de asseverar que as declarações de direitos, nacionais ou transnacionais, deixaram de ser proclamações meramente filosóficas a partir do instante em que a sua aplicação efetiva fora confiada a tribunais constitucionais, ou a tribunais transnacionais, como é o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, afirma peremptoriamente que a interpretação e a proteção dos direitos sociais implicam nível bastante elevado da força criadora dos citados órgãos jurisdicionais, uma vez as constituições, bem assim as correspondentes declarações de direitos, demais de vazadas em termos vagos e sintéticos, expressam valores como liberdade, democracia, justiça, dignidade, igualdade, entre outros.

Esse pensar não passou despercebido na doutrina nacional. Francisco Campos (1956, p. 403), há muito, destacara irresponsável realidade:

“O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos tribunais incumbidos de aplicá-la; é o que demonstra a jurisprudência do nosso Supremo Tribunal, e, particularmente, a da Suprema Corte Americana. Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”.

Passadas algumas décadas, Inocêncio Mártires Coelho ([2002?]), atento tanto ao fato de a norma constitucional operar mediante fórmulas lapidares ou enunciados abertos, bem assim à localização das cortes constitucionais fora e acima da tripartição de poderes¹⁰, reconhece que os membros destas, na condição de intérpretes finais da Lei Fundamental, terminam positivando a sua concepção de justiça¹¹.

Depreende-se, pois, não mais ser contestável o apanágio do juiz em levar a cabo renovação do sistema jurídico, seja pela natural falibilidade do legislador em disciplinar todas as relações da cada vez mais complexa vida gregária, seja pela singularidade de que o texto legal deva ser interpretado em atenção às transformadoras reações ocorridas no meio social¹².

Além disso, a longa exposição de opiniões doutrinárias nos leva a considerar como irrecusável que, versando a Constituição uma disciplina não individualizada ou detalhada, mas que, ao contrário, caracteriza-se por cláusulas gerais e conceitos de valor, não se pode negar ao seu intérprete a imensa faculdade de tomar decisões com certa autonomia. Isso se dá principalmente no âmbito dos direitos fundamentais, no qual a menção a expressões como igualdade, dignidade da pessoa humana, construção de uma sociedade livre, justa e solidária fornece elementos que, durante o esforço exegético para sua concreção, permitem uma pluralidade de deliberações.

No que concerne ao presente trabalho, particular importância ganha a idéia, posi-

tivada nas constituições hodiernas, de isonomia, a qual será alvo de desenvolvimento no tópico seguinte.

3. O princípio da igualdade

Na atual fase de desenvolvimento da ciência jurídica ocidental, que para alguns se convencionou denominar pós-modernismo, é sabido que merecem destaque os princípios, cujo componente normativo serve de fundamento e de elemento decisivo para a interpretação das demais normas, denominadas, para fins de divisão didática, regras.

Daí ser imprescindível uma referência, embora breve, à igualdade, tema que, desde a antiguidade clássica, já era demasiado caro à filosofia.

A sua inserção no plano jurídico pode ser indicada como coincidente com o constitucionalismo, movimento que servira de estuque ao surgimento do Estado liberal de direito.

Com efeito, à Seção I da Declaração de Direitos da Virgínia, de 16 de junho de 1776, coube o pioneirismo na explicitação do princípio, ao ditar que todos “os homens são por natureza igualmente livres e independentes”¹³, sendo, com a Constituição norte-americana¹⁴, de 17 de setembro de 1787, inferido tacitamente do seu Artigo IV, Seção II, item 1, aportando no art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁵, de 26 de agosto de 1789, de onde se espalhou para outras constituições européias do século XIX¹⁶.

A exaltação da isonomia foi uma constante nas leis fundamentais promulgadas posteriormente às duas guerras mundiais. Basta ver, entre muitas, as Constituições do México de 1917 (art. 4º), da Alemanha de 1919 (art. 109) e de 1949 (art. 3º), da Áustria de 1920 (art. 7.1), do Japão de 1946 (art. 10º), da Itália de 1947 (art. 3º), da França de 1958 (art. 2º), da Grécia de 1975 (art. 4.1), de Portugal de 1933 (art. 5º) e 1976 (art. 13º, 1), da Espanha de 1933 (art. 2º) e de 1978 (art. 14), do Chile de 1980 (art. 1º), da Holanda

de 1983 (art. 4º), da Bulgária de 1991 (art. 6.1), da Romênia de 1991 (art. 4.2), da Rússia de 1993 (art. 6.2), do Uruguai de 1997 (art. 8º) e da Suíça de 1999 (art. 2º).

No Brasil, a preocupação com a garantia constitucional da igualdade foi uma constante, principiando-se com a Carta Imperial de 1824 (art. 179, §13), com reprodução nas posteriores de 1891 (art. 72, §2º), 1934 (art. 113, nº 1), 1937 (art. 112, nº 1), 1946 (art. 141, §1º), 1967 (art. 150, §1º), 1969 (art. 153, §1º), até culminar no texto promulgado em 1988 (art. 5º, I).

Particularidade da Constituição vigente, em prol duma maior afirmação do cânon, residiu na sua previsão específica com relação às diversas áreas de seu denso texto, sem que houvesse contentamento com sua explicitação genérica.

Daí se pode visualizar o ressaibo informador do vetor isonômico nas passagens, a saber: a) proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor, estado civil, ou deficiência (art. 7º, XXX e XXXI), o que é extensível ao setor público (art. 39, §3º); b) a impossibilidade do legislador em estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados (art. 12, §2º); c) vedação à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios de criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si (art. 19, III); d) a observância pela Administração Pública da impessoalidade (art. 37, *caput*); e) a livre acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, pelo regime de mérito (art. 37, I e II); f) à obrigatoriedade de licitação como indispensável pressuposto para as contratações administrativas (art. 37, XXI); g) proibição de instituir-se tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente (art. 150, II); h) a não possibilidade das empresas públicas e sociedades de economia mista, destinadas ao exercício de atividade econômica, de fruírem de privilégios não extensivos às do setor privado; i) a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às

populações urbanas e rurais (art. 194, parágrafo único, II); j) o acesso universal às ações e serviços de saúde (art. 196); l) a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (art. 206, II); m) a igualdade dos cônjuges na sociedade conjugal (art. 226, §5º) e da filiação (art. 227, §6º).

Exposto o desenvolvimento que alcançou o princípio na órbita constitucional, coube à doutrina lançar mão da determinação de seu conteúdo.

Sustém Larenz (1985, p. 139,142), procurando construir exegese do art. 3º da Constituição alemã em vigor, que a igualdade proíbe diferenciações arbitrárias, de sorte a encontrar causa objetiva que, no caso concreto, a justifique. E não é só. O postulado coexiste com o da proporcionalidade, sendo de notar que o tratamento igualitário somente é admissível à medida que guarde correspondência com a situação diferenciadora que a respalde.

Daí segue, sustenta o mestre, que a isonomia não apenas torna defesa a abstenção de diferenciações quando estas contradigam uma causa evidente que resulte da natureza das coisas, mas, por outro lado, ordena que se produzam diferenciações quando estas, orientadas por um critério de justiça, visem a desigualdades resultantes de aspectos significativos e evidentes.

Nestas plagas, Celso Antônio Bandeira de Mello (1994, p. 48), desvendando o ponto central da questão, alude à necessidade de investigar-se qual o critério diferenciador utilizado e, de outro lado, se este encontra, na situação vivenciada, justificativa racional para respaldar o tratamento desigual.

Diz o autor, em tom conclusivo: “é agredida a igualdade quando o fator diferencial adotado para qualificar os atingidos pela regra não guarda relação de pertinência lógica com a inclusão ou exclusão no benefício deferido ou com a inserção ou arredamento do gravame imposto” (MELLO, 1994, p. 49).

Não distinta se mostra Carmem Lúcia Antunes Rocha (1990, p. 39-40). Para esta, a

necessidade de respeito à igualdade pretende a: a) não permissão ou manutenção de desigualdades não fundadas em critérios de fato ou legítimos de direito; b) não instituição de desigualdades entre pessoas em situações em que se permite igualação; c) não sedimentação de preconceitos ou discriminações; d) eliminação, por procedimento desigualado, de desigualdades socioeconômicas e políticas encontradas na realidade assumida pelo Estado¹⁷; e) legitimação das desigualdades quando estas forem mais relevantes para o interesse humano a ser protegido.

Em suma, a autora remata para que deva “prevaler, como critério justo para a montagem e aplicação do princípio da igualdade, ... que o elemento determinante do tratamento igual ou desigual seja o que se afasta do arbítrio e realize o ideal de Justiça prevalente na sociedade e que se justifique pela razão humana” (ROCHA, 1990, p. 40).

Interessante saber, no âmbito do Estado, qual o destinatário do vetor isonômico¹⁸. Isso porque as constituições pátrias, como é o caso da atual, optaram pela utilização da expressão “perante a lei”, o que poderia supor a restrição da força vinculativa do princípio ao seu aplicador, ou seja, aos órgãos incumbidos da função administrativa.

Ledo engano. Mesmo que assim possa parecer sob o prisma puramente gramatical, forçoso salientar que tal não exclui, antes impõe, que a obrigação de respeito à igualdade esteja presente quando da elaboração da própria norma, ou, como se convencionou atribuir no jargão jurídico, haveria que se cogitar também de “igualdade na lei”.

Esse pensar tem granjeado integral adesão dos nossos doutrinadores, seja daqueles que escreveram sob a égide de constituições pretéritas, como é o caso de João Barbalho (2002, p. 3), San Tiago Dantas (1948, p. 21), Pontes de Miranda (1967, p. 702,711) e Pinto Ferreira (1977, p. 161), seja pelos comentadores da Lei Fundamental de 1988. Entre estes, destaque-se José Afonso da Silva (1992, p. 197), ao explicitar que o

princípio tem como destinatários, indistintamente, tanto o legislador como os aplicadores da lei.

Ponto sensível condiz com a configuração que a igualdade assume na sua vinculação do legislador.

Necessário saber se a sua influência sobre a atividade legislativa se faz apenas no sentido de impor interdições àquela, quando enverede pela senda das discriminações arbitrárias, ou se possui uma eficácia de maior densidade, traduzindo obrigação de extensão dos mandamentos legais a determinadas situações não colimadas por estes.

Atento a essa singularidade, Jorge de Miranda (2000, p. 238-242) expôs duas significações para o princípio. De logo, vem o sentido primário e original deste, que é o seu caráter negativo, consistindo na vedação de privilégios e de discriminações. Em segundo lugar, mais fecundo vem a ser o sentido positivo, a reclamar: a) tratamento igual ou semelhante de situações iguais ou semelhantes; b) tratamento desigual de situações substancialmente desiguais; c) tratamento em moldes de proporcionalidade de situações relativamente iguais ou desiguais; d) tratamento das situações não somente como existem, mas como devem existir¹⁹.

Nesse último ponto, acresce o autor um competente ativo, fazendo com que a lei acarrete, por seu intermédio, o advento de situações de isonomia.

Diante disso, enumera o autor, em linhas posteriores, com o propósito de verificar o enquadramento do legislador nas balizas igualitárias, algumas situações, merecendo realce a inerente à omissão legislativa parcial - *v.g.*, quando uma norma confere determinado direito a certas pessoas, silenciando em estendê-los a outras pessoas em posições assemelhadas -, em que se mostra que a recomposição do tratamento igualitário não está em se impedir a concretização jurídica já obtida, mas, ao revés, em procurar obter, por meio da fiscalização da inconstitucionalidade por omissão, o suprimento desta.

A lacuna não se resolveria com o reconhecimento da inconstitucionalidade, em face da discriminação entre os destinatários da norma, resultando na sua expulsão do ordenamento jurídico. Absolutamente. A atuação da jurisdição supriria, assim, a parte omitida pelo legislador e sem a qual a norma por este editada seria inconstitucional.

O entendimento, que poderia chocar a noção tradicional construída acerca do princípio da igualdade, vem atender a uma característica inseparável dos princípios, qual seja o seu perfil positivo.

Realmente, constitui forte tendência, conforme muito bem se observa de Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 27), que os princípios constitucionais têm funções positiva e negativa. Enquanto por via desta se rejeita a introdução no sistema normativo daquilo que se contraponha ou se incompatibilize com o quanto naqueles está assentado, pela primeira se afirma “a diretriz e o conteúdo dos subprincípios e do regramento jurídico que se põe à observância dos membros da sociedade estatal”.

À vista de mais essa possibilidade, a ser extraída do culto constitucional à isonomia, é que se origina a sentença aditiva, cujo delineamento, a partir dos sistemas que a perfilharam, será objeto de melhor desenvoltura no tópico subsequente.

4. Sentenças aditivas: um breve apanhado da questão no direito estrangeiro

Para que se possa chegar à delimitação do que vem a ser sentença aditiva, bem como o seu prestígio em alguns sistemas de fiscalização da constitucionalidade, há de se ter por ponto de partida o método da interpretação conforme a Constituição.

Referida técnica se apóia em três fundamentos. O primeiro deles decorre do papel que a Constituição exerce no ordenamento, ou, mais precisamente, do seu caráter de supremacia e de fonte central, do qual se subordina a validade das demais normas.

Disso resulta a obrigação, dirigida aos aplicadores das demais normas, sejam órgãos estatais, sejam particulares, de amoldar o sentido destas aos princípios e regras constitucionais.

Noutro plano, a interpretação conforme, tendo como ambiência a fiscalização da constitucionalidade dos atos normativos, resulta de imperativo imposto ao juiz e que diz respeito à eficiência da atividade estatal.

A declaração de inconstitucionalidade de regra jurídica, por parte dos tribunais, constitui, quando cotejada com o desate dos litígios ordinários, uma atividade que assume especial gravidade, ora pela insegurança jurídica que possa criar, ora por o legislador não possuir, na sua faina cotidiana, a presteza suficiente para preencher a lacuna porventura gerada pela decisão.

Imprescindível se faz que o juiz constitucional tenha consciência da enorme – e quase sempre dispendiosa – atividade legislativa empreendida para que pudesse vir a lume a norma impugnada. Portanto, surge àquele o encargo de verificar se esta contém, nos vários sentidos que o seu texto permite interpretá-la, um que possa se harmonizar com a Lei Fundamental.

Corresponde, assim, a interpretação conforme a Constituição a um reclamo do princípio da conservação dos atos jurídicos. A idéia é bem sublinhada por Inocêncio Mártires Coelho (2003, p. 137-138):

“Com efeito, ao recomendar – nisso se resume o princípio – que os aplicadores da constituição, em face de normas infraconstitucionais de múltiplos significados, escolham o sentido que as torne constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade, esse cânone interpretativo ao mesmo tempo em que valoriza o trabalho legislativo, aproveitando ou conservando as leis, previne o surgimento de conflitos, que se tornariam crescentemente perigosos caso os juízes, sem o devido cui-

dado, se pusessem a invalidar os atos legislativos”.

Ademais, impossível obscurecer a influência da máxima, de formulação americana, da presunção de constitucionalidade das leis. Há, em favor do legislador, a outorga de forte confiança no sentido de que a sua obra se guie pela interpretação correta da Constituição.

Dessa maneira, toda lei, *grosso modo*, apresenta-se compatível com a Norma Ápice, salvo quando, sem sombra de qualquer dúvida razoável, não se possa conciliar ambos os textos. Quer-se dizer que a inconstitucionalidade não se presume, cabendo ser demonstrada de modo cristalino.

Por conseguinte, mesmo que uma norma, diante da abstração de seu texto, permita vislumbrar contrariedade com a Lei Maior, mas que, igualmente, consinta, sob um determinado aspecto, uma compreensão de conformidade com esta, deve o intérprete preferir a solução que milite pela manutenção daquela no sistema jurídico.

Da interpretação conforme advêm conseqüências das mais variadas, entre as quais, observa, com a acuidade que lhe é peculiar, García de Enterría (1994, p. 167-196)²⁰, está algo além da mera exegese declarativa, importando naquela de colorido integrativo, destinada a colmatar insuficiências dos textos legais validados.

Desse efeito integrativo é que surge, exatamente, a sentença aditiva. Essas são consideradas as decisões que, num questionamento sobre a constitucionalidade de ato normativo, acolhe a impugnação, sem invalidá-lo.

Em vez de aportar-se na drástica eliminação da norma jurídica, esta é mantida com o adicionamento ao seu conteúdo de uma regulação que faltava para lastrear a concordância daquela à Constituição.

Nessas decisões, a estrutura literal da norma combatida se mantém inalterada, mas o órgão de jurisdição constitucional, criativamente, acrescenta àquela componente normativo, vital para que seja preservada sua conciliação com a Lei Fundamental.

A sua ocorrência coincide com as hipóteses em que o tribunal reconhece a existência de omissão parcial, justamente porque permitem o acréscimo do necessário para tornar a norma impugnada concordante com os mandamentos constitucionais.

O foco da fiscalização da inconstitucionalidade recai não naquilo que a norma prescreve, mas, contrariamente, no fato de esta não prever aquilo que deveria tratar para satisfazer ao reclamado pela Lei Máxima²¹.

Entre os vários autores, esclarecedora a definição de Zagrebelsky (1977, p. 157, tradução nossa), ao ensinar que as sentenças aditivas, ou adjuntivas, são as

“utilizadas quando uma disposição tem uma carga normativa inferior àquela que, constitucionalmente, deveria possuir. A corte constitucional intervém nestes casos declarando inconstitucional a disposição *na parte na qual não prevê algo*, pretendendo que este conteúdo normativo ulterior seja introduzido no ordenamento, não obstante em presença de um texto que – mesmo depois da sentença da corte – não é de per si idôneo a exprimi-lo”.

Por essa técnica, o juiz constitucional pode suprir omissões levadas a cabo pelo legislador, louvando-se, para tanto, no cumprimento dos princípios constitucionais, com relação aos quais é freqüente a necessidade de observar-se a igualdade, o que justifica a atenção a esta dedicada no tópico passado, muito embora outros valores sejam levados em consideração²².

Desde logo, tenho por oportuno distinguir as decisões aditivas, a que se detém este escrito, daquelas denominadas substitutivas ou manipuladoras. Nestas a corte constitucional não se restringe a preencher uma omissão, mas sim modifica, de maneira explícita, o preceito impugnado, patrocinando, desde logo, a inserção na norma invalidada da única norma reputada constitucionalmente legítima, a qual, no entanto, não tinha nenhuma existência no sistema jurídico antes do pronunciamento jurisdicional.

A menção aos estudiosos do tema torna fácil a compreensão da dessemelhança. Augusto Cerri (2001, p. 241, tradução nossa), com clareza, enfoca a distinção:

“Ao lado da *decisão* aditiva, está a *substitutiva*: neste caso, a Corte não se limita a censurar uma omissão e, portanto, a estender (ou, se é preferido, sugere a extensão de) uma norma (ou de um princípio) que pré-existe, mas, antes disto, cria essa mesma o ‘vácuo’ legislativo com uma decisão de acolhimento”.

Acentuando a sua pouca frequência perante as aditivas, as sentenças substitutivas, no dizer de Roberto Bin e Giovanni Pitruzzella (2002, p. 425, tradução nossa), “são as decisões com as quais a Corte declara a ilegitimidade de uma disposição legislativa *na parte em que prevê X ao invés de Y*. Com aquelas a Corte ‘substitui’ uma locução da disposição, incompatível com a Constituição, com outra, constitucionalmente correta”²³.

A não admissibilidade de tal prática, no solo pátrio, parece sinalizada na ADIN 1.822-4/DF (BRASIL, 1999), destinada ao ataque da expressão “um terço” dos incisos I e II do §2º a 4º do art. 47 da Lei 9.504/97.

O Supremo Tribunal Federal reputou incabível a via eleita, anotando na respectiva ementa, quanto à inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 9.504/97, que

“a declaração de inconstitucionalidade, se acolhida como foi requerida, modificará o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle de constitucionalidade dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo.”

Efetuada tal digressão, retorna-se ao exame das decisões aditivas.

Interessante, neste ponto, a referência à acolhida que essa prática vem recebendo nalguns tribunais constitucionais.

Principia-se pelo notável desenvolvimento encontrado na Itália. Num compul-

sar dos anais da Corte Constitucional, pode-se vislumbrar o contido na *Sentenza* 190, de 16 de dezembro de 1970²⁴, a qual solucionou questionamento relacionado com o art. 304 bis do Código de Processo Penal de 1930, que, não obstante assegurar o direito do defensor a assistir perícias e exames domiciliares, manteve-se omisso em reconhecer tal direito quanto ao interrogatório do acusado na fase de instrução, prevendo, ao invés, a presença do Ministério Público em tal ato.

A Corte, louvada no art. 24.2 da Constituição de 1947, assecuratório da inviolabilidade do direito de defesa em cada fase e grau dos processos judiciais, acolheu a ilegitimidade ativa do referido dispositivo legal no que concerne ao silêncio quanto à presença do defensor no interrogatório do réu, justamente porque este ato se refere à formação das provas na instrução.

Não esquecer que, muito embora parcela ponderável da motivação tenha gravitado em torno do direito de defesa, para demarcação da exata dimensão deste, a Corte se utilizou do princípio da igualdade, a informar reclamo de equilíbrio entre acusação e defesa na formação da prova durante a instrução²⁵.

Já recentemente se tem a *Sentenza* 78, de 11 de março de 1993, em que foi resolvida questão de inconstitucionalidade acerca do art. 9º da *Legge* 389/63, que, com vistas a regular a faculdade das mulheres, seguras domésticas, em aderir a regime voluntário de contribuição previdenciária, não previu mecanismo de adequação dos valores das contribuições diante da inflação e do índice do custo de vida.

Com base nos arts. 3º e 38.2, ambos da Lei Fundamental italiana, os quais, respectivamente, consagram a igualdade e o direito à previdência social, entendeu-se pela inconstitucionalidade, tendo em vista a falta de meio que preservasse o *quantum* nominal das contribuições efetuadas por tais seguradas²⁶.

Na *Sentenza* 220, de 8 de junho de 1994, agitou-se discussão sobre o art. 34.2 do De-

creto Legislativo 511/46, relativo às garantias da magistratura e que, no particular do procedimento disciplinar ante o Conselho Superior da Magistratura, previa a possibilidade da defesa ser apresentada pelo indiciado ou por outro magistrado.

Compreendeu-se que, na hipótese de o indiciado optar por ser defendido por outro magistrado, a norma fora omissa em nada estabelecer quando nenhum juiz aceitasse o encargo. Por isso, a eficácia do art. 24 da Constituição fez com que a Corte, declarando inconstitucional referido dispositivo, tivesse como resultado a designação, pelo Conselho Superior da Magistratura, de um magistrado para atuar como defensor de ofício.

Na Espanha, o fenômeno também está presente, observando-se a *Sentencia* 103, de 22 de novembro de 1983, decorrente de questão de inconstitucionalidade suscitada pela Magistratura do Trabalho de Madri, relacionada ao direito de pensão postulado por pessoa do sexo masculino em virtude do falecimento de sua esposa.

A lide decorrera da circunstância de o art. 160.2 da Lei Geral de Seguridade Social acrescentar, para a percepção do benefício pelo viúvo, que este se encontrasse, à época do falecimento, incapacitado para o trabalho, requisito não exigível para a viúva.

O Tribunal Constitucional reputou a existência de discriminação injustificada e, portanto, ofensiva ao princípio da igualdade que o direito dos viúvos à pensão sofra maiores limitações do que o das viúvas, assegurando àqueles o gozo de tal prestação nas mesmas condições.

A igualdade, prescrita pelo art. 14 da Constituição de 1978, serviu de estuque também à *Sentencia* 116, de 9 de julho de 1987, oriunda de questão de inconstitucionalidade suscitada pelo Contencioso-Administrativo da Audiência Territorial de Madri em face da *Ley* 37/1984.

Os fatos foram protagonizados por dezenove militares republicanos que deduziram, perante o Ministério da Economia e Fazenda, pleito, a fim de serem reformados,

vindo a lume denegação, porquanto, pela *Ley* 37/1987, tal somente era cabível para os militares que tivessem ingressado nas Forças Armadas ao serviço da República, com a obtenção da graduação de suboficial, até 18 de julho de 1936, o que não cumpriam os requerentes, posto terem sido incorporados posteriormente.

O Tribunal, vislumbrando discriminação contrária ao princípio da igualdade, em virtude de o critério meramente cronológico não ser suficiente para justificar o tratamento não paritário, adicionou aqueles que ingressaram depois de 18 de julho de 1936 como sujeitos do direito a obter a situação de reformados²⁷.

Mais uma vez a igualdade de trato jurídico ensejou decisão aditiva na *Sentencia* 222, de 11 de dezembro de 1992. Versava acerca de questão de inconstitucionalidade, oposta por juízo de primeiro grau diante do art. 58 da Lei de Arrendamentos Urbanos, que, ao prever a sub-rogação em favor do cônjuge, não contemplava as uniões concubinárias, mas tão-só as matrimoniais.

Em conseqüência, reconheceu-se a inconstitucionalidade, com a adição da sub-rogação em prol do sobrevivente que resultasse de união diversa do matrimônio civil²⁸.

Com o propósito de encerrar o levantamento, note-se que ao fenômeno também não restou estranho o Tribunal Constitucional português, conforme se pode notar, no conjunto de diversas manifestações, do Acórdão nº 545/99, proferido pela sua 2ª Seção²⁹.

O litígio decorreu de recurso interposto de decisão do Supremo Tribunal Administrativo, ao ratificar a improcedência de pleito individual que considerou, para fins da subvenção mensal devida aos titulares de cargos políticos, apenas o período de exercício do recorrente de 11 anos, desconsiderando, assim, o tempo em que este desempenhara o múnus de Secretário Adjunto do Governo de Macau.

O motivo para tanto estava em que tal cargo não fora objeto de menção pelo art. 24º, nº 1º, da Lei 4/85.

Com estuque na igualdade na lei, o Tribunal julgou inconstitucional referido preceito enquanto não considerara, para contagem do respectivo tempo de serviço, o exercício das funções de Secretário Adjunto do Governo de Macau, reformulando-se a decisão recorrida, com o deferimento do pedido³⁰.

Quanto ao experimento alemão, cuja descrição com maior detença fica omitida, é possível verificar-se sinalização afirmativa.

De fato, reporta-se Ignacio Villaverde Menédez (1997, p. 54-55) a que o Tribunal Constitucional, revendo o sustentado em anterior queixa constitucional (E 1, 97), deliberou em feito (E 6, 257) em que o recorrente impugnava Lei de 1951 que, para os fins de regulamentar o benefício previsto no art. 131 (situação jurídica dos antigos funcionários do serviço público), não incluíra no conceito de serviço público a instituição onde prestara serviços até 1944 (Cruz Vermelha), sendo possível o controle de tal omissão legislativa, com o deferimento da vantagem aos destinatários excluídos.

No caso concreto, o pedido não fora concedido à luz de que referida instituição não pode ser considerada corporação de direito público, não havendo, assim, atentado ao art. 3º da Constituição, relativo à garantia de igualdade jurídica.

5. Sentenças aditivas: *óbices, limites e eficácia*

Feita a exemplificação dessa modalidade de deliberações na praxe de algumas cortes constitucionais, impossível desprezar o exame dos óbices que lhe são apontados pela doutrina, juntamente com a preocupação em torno dos seus limites e efeitos.

No que concerne aos empecilhos apostos às decisões aditivas, ressalte-se que o principal deles pode ser sintetizado por meio duma inadmissível invasão do campo destinado ao atuar do legislador.

Secundando tal estorvo, mas acrescentando outro, inerente à intromissão na esfe-

ra reservada aos juízes ordinários, Zagrebelsky (1977, p. 161, tradução nossa) remata:

“Em suma, não parece possível sair deste dilema: se a norma está presente no sistema, compete aos juízes (todos os juízes) extraí-la; caso não exista, compete ao legislador (somente ao legislador) estabelecê-la. Intervindo, ao invés, a corte constitucional, no primeiro caso, viola a esfera de competência dos juízes; no segundo caso, a do legislador”.³¹

Quanto à possível usurpação da função legislativa – que, diga-se de passagem, até bem pouco não vem encontrando maiores resistências do Parlamento³² –, a doutrina engendrou dualidade de argumentos que tornam tal alegação com viabilidade apenas aparente.

Na esteira de Crisafulli (1990, p. 802), em obra elaborada conjuntamente com Livio Paladin, a Corte Constitucional, mediante as sentenças aditivas, não cria livremente norma jurídica, como o faz o legislador, limitando-se a individuar aquela que, presente no ordenamento, ou suscetível de extração dos princípios constitucionais, é capaz de preencher o vazio que deriva da omissão reconhecida pela decisão.

A essa percepção se apresentam favoráveis Franco Modugno & Paolo Carnevale (1990, p. 522) e Leopoldo Elia (1985, p. 303).

Por isso, não há que se equiparar tal atividade à legislação. O complemento introduzido pelas decisões em exame, além de efeito indireto da declaração de inconstitucionalidade, não deriva de pura imaginação da Corte Constitucional, mas de integração analógica resultante de outras normas ou princípios constitucionais, cuja descoberta advém do engenho daquela.

Perfilha o juiz constitucional, apenas e tão-só, solução constitucionalmente obrigatória, ou, para utilizar expressão cunhada para tanto, decide-se *a rime obbligate*.

Noutro passo, viceja raciocínio, com prestígio doutrinário (cf. PUGIOTTO, 1992, p. 3674-3679)³³, segundo o qual o objeto prin-

cial da sentença aditiva apenas ilusoriamente seria uma omissão legislativa parcial. Diversamente, constitui uma norma vivente a patrocinar exclusão não consentida constitucionalmente.

Daí que o perfil supressivo, assimilável ao legislador negativo, teria a serventia de contribuir para afastar a censura de apoderação da função legislativa.

A crítica também se ampara na imputação de que aos juízes faltaria indispensável lastro democrático, para o fim de promover alterações, pela via da interpretação, aos ditames originais do legislador.

O obstáculo, que reconduz ao dilema da legitimidade da jurisdição constitucional, não mais convence.

Cappelletti (1984, p. 622-633), com base em cinco sólidas razões, demonstra a necessária legitimidade que usufrui, na atualidade, a jurisdição constitucional, acompanhada da capacidade criadora dos seus integrantes. Isso porque: a) se acha dissipada a ilusão ocidental relativa à capacidade dos ramos políticos (Executivo e Legislativo) em materializar o consentimento dos governados; b) não se pode negar o esforço dos tribunais em modelar suas decisões, não com arrimo nas idiosincrasias e predileções subjetivas de seus membros, mas com o escopo de permanecerem fiéis ao sentido de justiça e de equidade da comunidade; c) a justiça constitucional configura mecanismo de aumento da representatividade global do sistema através da proteção dos grupos que não têm acesso aos ramos políticos do Estado (Legislativo e Executivo); d) seja pela possibilidade de seleção dos juízes entre as diversas camadas da população, seja pelas facilidades para que todos os interessados possam aceder aos tribunais, a jurisdição constitui, no Estado democrático, um forte sentimento de participação diante duma legislação e máquina burocrática distantes; e) considerando-se que uma democracia não poderá subsistir numa conjuntura em que os direitos e liberdades dos cidadãos careçam de proteção eficaz, apresenta-se como essencial da-

quela o controle judicial dos ramos políticos, porquanto a idéia democrática não se resume a simples maiorias, significando também participação, liberdade e tolerância.

Esses argumentos, cuja dissecação se dispensa, por não se comportar nos lindes deste trabalho, espancam qualquer dúvida quanto a ser legítimo ao juiz constitucional, tanto no sistema difuso quanto no concentrado, assumir, no exame de eventuais contrastes entre a Constituição e os atos estatais, uma postura ativa, dinâmica e criadora, objetivando, assim, garantir um adequado controle do poder diante do arbítrio.

À derradeira, impende acrescentar, em face da ainda constante invocação do juiz constitucional como mero legislador negativo, duas observações. A primeira delas reside em que Kelsen (2003), ao moldar sua teorização acerca do tribunal constitucional na década de 1920, não previu – nem poderia fazê-lo – todas as nuances do desenvolvimento a ser alcançado pela atividade daquele, de sorte a não ser de todo indevido afirmar que, nalgumas de suas manifestações, haveriam que emergir também decisões de caráter normativo.

Em segundo lugar, calha advertir a forte hostilidade existente na Europa, durante o interregno entre as duas grandes conflagrações mundiais, à implantação da jurisdição constitucional, mesmo com funções eminentemente de legislador negativo.

Lastreando a forte tendência dum autoritarismo de direita, que iria embevecer a Europa Ocidental nessa época, a instituição dos tribunais constitucionais encontrava, sob o plano teórico, forte resistência em Carl Schmitt (1998). Com arrimo em que a essência da Constituição residiria em contrato firmado entre o Governo e a representação nacional, aquele chegara a propor que a defesa daquela caberia ao Presidente do Reich, o qual reunia os atributos de neutralidade e independência perante os partidos políticos. Revivia a teoria do *pouvoir neutre* de Constant e que inspirara a Constituição francesa de 1814.

E não é só. Para Schmitt (1998, p. 250), tal alcançava amparo junto ao princípio democrático³⁴.

Uma convincente amostra do clima não propício ao triunfo da jurisdição constitucional pode ser exemplificada pelos trabalhos preparatórios da Constituição espanhola de 1931 que, para orgulho dos juristas ibéricos, teve como ponto de relevo a criação do Tribunal de Garantias Constitucionais, malgrado a sua efêmera vigência.

Da retrospectiva exposta por Juan Manuel López Ulla (1999, p. 64-73), é possível notar, entre os constituintes, várias posições contrastantes com a do mestre austríaco, a saber: a) a repulsa do modelo concentrado da constitucionalidade das leis, caracterizado pela expulsão da norma do sistema, o qual significava pôr o tribunal constitucional acima do Parlamento, sendo admissível apenas a inaplicação, pelos organismos judiciais, das leis que não se adaptassem à Constituição (Royo Villanova); b) o perigo, em detrimento do funcionamento das instituições democráticas, a ser derivado duma excessiva atividade controladora dos juízes (Elola); c) a oposição ao controle difuso da constitucionalidade, nos moldes dos Estados Unidos da América, em virtude da desconfiança na pessoa dos juízes, seja pelo seu conservadorismo ideológico, seja pela sua atitude complacente durante a ditadura de Primo Rivera (Salazar Alonso, Fernández Clérigo, Quintana Leon e Barriobero e Madariaga Rojo); d) a instituição, em vez do Tribunal de Garantias Constitucionais, de um controle prévio da constitucionalidade, a cargo de um órgão político, a ser denominado Conselho da República (Xirau e Franco).

Num ambiente de certa maneira adverso como esse, não poderia Kelsen nem cogitar de qualquer atividade criativa pelo tribunal constitucional, apresentando-se compulsório o encerro deste nos confins do que se denominou legislador negativo, postura que, naquele instante, já se afigurava um tanto herética. Fazia-se prioritária, na ocasião, a afirmação da jurisdição constitu-

cional como controle do poder estatal, sem contar que uma investida precipitada numa maior elasticidade das funções daquela poria em risco o meritório intento.

Isso, todavia, não teve o condão de impedir um maior desenvolvimento da missão das cortes constitucionais, levado a cabo com o propósito de contribuir para a concretização dos direitos fundamentais.

Visto não se mostrarem suficientes os estorvos às decisões aditivas, oriundos de uma visível intromissão na função legislativa, também não calha falar-se que, em assim agindo, estaria a Corte Constitucional penetrando em terreno exclusivo aos juízes ordinários.

O argumento, lembrado há pouco com o escólio de Zagrebelsky (2005), e que possuiria sentido apenas quanto aos sistemas jurídicos que distinguem com nitidez Tribunal Constitucional e Judiciário, nem mesmo assim seduz.

Quando se diz, nesses sistemas, que aos juízes e tribunais ordinários tocam, na sua atividade de composição de litígios, envolver pela técnica da interpretação conforme a Constituição³⁵, apenas se almeja dizer que aqueles não carecem, mesmo diante da existência de um tribunal constitucional, de qualquer competência nessa matéria. Isso deriva da incontestável realidade de a Lei Fundamental, na sua superioridade, ser tida como elemento de coordenação e integração de todo o ordenamento jurídico.

Mas daí não constitui o mais correto rematar que o Tribunal Constitucional esteja interdito em fazer uso da técnica da interpretação conforme. Absolutamente. Àquela, na qualidade de juiz constitucional em sentido estrito, em contraposição aos juízes constitucionais em sentido amplo, não está excluído de conservar um determinado ato normativo unicamente numa exegese em que se amolda com o prescrito pela Lei Maior.

Essa distinção entre as categorias de juízes constitucionais, cuja formulação é encontrada em Pablo Pérez Tremps (1985, p. 190-192), mostra, como este chega a afirmar,

que a criação de uma jurisdição constitucional *ad hoc* não supõe uma dualidade impermeável do ordenamento. Daí não ser possível afastar o juiz constitucional em sentido estrito, na condição de guardião-mor da Constituição, de interpretar, de acordo com as diretrizes traçadas por esta, os atos estatais que lhe estão em patamar inferior.

Discutidos esses pontos de crítica, mister notar que a admissibilidade das sentenças aditivas encontra imprescindíveis limites.

Emergem, de logo, as situações em que se apresenta a exigibilidade de monopólio de atuação do Legislativo, como se tem em matéria penal quando haja possibilidade de agravamento da posição do imputado, em virtude da influência do princípio da legalidade na definição de crimes e cominação de penas.

Também em atenção à reserva legal, é de estender-se a restrição à seara tributária, em face de, *grosso modo*, a criação e majoração de tributos somente poder resultar de lei que expresse o consentimento dos governados quanto à sua imposição.

Outro limite reside nas decisões que, estendendo benefícios antes restritos a determinados administrados, implica criação de despesas a serem cobertas com respaldo orçamentário.

Na Itália, tal gerou acerbo debate, *ex vi* do art. 81 da Constituição de 1947³⁶ e principalmente porque a Corte Constitucional não chegara a descartar, de modo absoluto, tais decisões, consoante Augusto Cerri (2001), surgindo, ainda nas trilhas das informações deste, variadas tendências na doutrina³⁷.

A resolução do impasse adveio com a formulação das decisões aditivas de princípio, consistente na circunstância de que a declaração de parcial ilegitimidade das normas impugnadas vem acompanhada da imposição de novas medidas, tidas como constitucionalmente imprescindíveis, e confiadas à intervenção do legislador, o qual deve atuar para legar concreção às indicações da Corte Constitucional³⁸.

Outro ponto a ser observado condiz com os efeitos a serem legados às adições construídas pelo juiz constitucional. Não há uma regra absoluta, antes sofrendo a questão as oscilações inerentes aos diversos sistemas jurídicos que adotam a praxe.

Investigando-se a realidade italiana, pode-se observar uma fuga em atenção ao rigorismo do art. 136.1 da Constituição de 1947³⁹, ao prescrever, nas decisões de acolhimento, a cessação da eficácia da norma a contar do dia seguinte à correspondente publicação.

Como bem delineia Andréa Pugiotto (1992, p. 3680-3681), forte na teoria do *diritto vivente*, necessário distinguir-se entre a parte em que se reconhece uma inconstitucionalidade, em face duma exclusão incompatível com o princípio da igualdade ou outro postulado magno, e aquela aditiva propriamente dita. Somente no primeiro caso, no qual se tem o reconhecimento duma violação à Constituição, é que há que se falar de efeitos *erga omnes*, enquanto, no concernente ao acréscimo proposto pela Corte Constitucional, a sua validade se dá apenas como proposta hermenêutica, de caráter persuasivo, a ser submetida à apreciação dos juízes e tribunais ordinários. Trata-se, nesta hipótese, de algo igual a decisão de rejeição da arguição de inconstitucionalidade (*sentenza di rigetto*).

A despeito de dissonância com o prevalente nestas plagas, como se anotará adiante, o entendimento – frise-se – mereceu o beneplácito da própria Corte Constitucional⁴⁰.

Na Espanha, prepondera o regramento do art. 164 da Constituição de 1978. Desse modo, não se limitando à estimação de um direito subjetivo, a decisão terá efeitos contra todos, o que, como sinaliza Ignacio Torres Muro [200-?], não é diverso às situações de inconstitucionalidade sem nulidade, nas quais se enquadram as sentenças aditivas.

No sistema jurídico lusitano, há que se observar se a decisão foi proferida no âmbito da fiscalização abstrata ou concreta. Tendo sido nesta, a eficácia é *inter partes*, po-

dendo ser atribuída força obrigatória geral caso a matéria venha a ser objeto de idêntica decisão, pelo Tribunal Constitucional, em três julgamentos, nos moldes do art. 281º, nº 3º, da Constituição de 1976.

6. Análise da posição do Supremo Tribunal Federal e alguns remates

O dilema da omissão parcial em cotejo com o princípio da isonomia não passou despercebido entre nós, havendo freqüentado os anais do Supremo Tribunal Federal.

Com a advertência de que os arestos citados no tópico 1 deste não tratam de questão idêntica, ficando seus préstimos restritos ao reconhecimento da concepção de que o Judiciário, na fiscalização da constitucionalidade, não deve ir além do papel do legislador negativo, é de citar-se que o tema foi inicialmente enfrentado quando da Súmula 339 do Pretório Excelso, ao assentar o não cabimento, por ato judicial, da elevação de vencimentos de servidores públicos, mesmo sob o pretexto de afronta à isonomia.

Como indicado em seus precedentes⁴¹, exarados sob a égide da Constituição de 1946, razão para tanto recaiu na preponderância do pensar de que ao Judiciário é indevido o exercício de função legislativa e, portanto, não poderia retificar eventual injustiça do legislador.

Extrato de pronunciamento do Min. Nelson Hungria, no RE 42.186 – MA, exprime o posicionamento sobre a questão:

“Conforme deflui do nosso sistema constitucional e tem sido reiteradamente acentuado pela jurisprudência, inclusive a desta Suprema Corte, o Poder Judiciário não pode, a pretexto algum, usurpar a função legislativa de aumentar vencimentos. Se há injustiça na desigualdade de vencimentos em tal ou qual quadro de funcionários, somente a lei pode corrigi-la. O §1º do art. 141 da Constituição Federal não tem o sentido ou extensão que lhe atribui o acórdão recorrido.”

Tornando à baila o tema, já agora por ocasião da Lei Maior vigente, o Supremo Tribunal Federal insistiu na manutenção da orientação outrora perfilhada. Para tanto, observe-se a ADIN 529-4/DF (BRASIL, 1993a), instaurada com o propósito de sanar omissão constante da MP 296, de 29-5-91, que instituíra, ao promover a alteração da remuneração dos servidores públicos, tratamento diferenciado entre os servidores civis do Poder Executivo e entre estes e os servidores públicos militares. A peculiaridade do pedido esteve em que, em vez de postular-se que o tribunal suprisse a omissão, proferindo decisão extensiva aos excluídos, houvesse determinação ao Presidente da República para que, em prazo assinado, editasse outra medida provisória conforme com a Constituição.

Como se percebe do voto do relator, Min. Sepúlveda Pertence, restou mantido o entendimento já tradicional da Corte, não obstante ressaltar-se que a questão deveria ser solucionada sob o ângulo da inconstitucionalidade por omissão⁴², principalmente porque, diante dos termos do art. 103, §2º, da Lei Máxima, aquela se resolve mediante comunicação ao Poder competente para as providências necessárias.

Pareceu mudança de orientação o deliberado no RMS 22.307-DF (BRASIL, 1997). Dando provimento à irrisignação dos impetrantes, deferiu-se parcialmente a segurança, reconhecendo-se parcialmente àqueles o direito ao reajuste de 28,86%. Raciocinou-se no sentido de que da interpretação conjugada das Leis 8.622/93 e 8.627/93 adveio revisão geral de vencimentos em prol dos servidores militares e, por isso, extensível aos civis, como já aplicado, administrativamente, pelo Legislativo, Judiciário, Tribunal de Contas e Ministério Público da União.

Muito embora tenha o pronunciamento se louvado na isonomia, penso que tal não autoriza o remate de que a orientação, já tradicional em sede de omissão legislativa parcial, tenha sido afastada, uma vez pres-

cindir-se, para tanto, da necessidade de lei específica.

É que, na hipótese, havia dispositivo da Constituição originária (art. 37, XV) que, esmiuçando a consagração da isonomia, possuía colorido específico, ao prescrever que a revisão geral de remuneração dos servidores públicos, sem distinção entre civis e militares, deveria ser efetuada sempre na mesma data.

Portanto, a extensão da disciplina em prol da categoria não abrangida emanou diretamente da Constituição, por meio de norma própria, sem que fosse decisiva a invocação do princípio geral da igualdade.

Em assentada subsequente, o Supremo Tribunal Federal deixou escapar conveniente oportunidade para a formulação da admissibilidade das decisões aditivas. Estava-se diante da ADIN 2.251-DF (BRASIL, [200-]), na qual eram atacados vários dispositivos da MP 1.984/2000, entre os quais o que, acrescentando o art. 4^a-A à Lei 8.437/92, estatuiu que, nas ações rescisórias propostas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias e fundações, poderia o tribunal, a qualquer tempo, deferir medida cautelar para sustar os efeitos da decisão rescindenda, desde que caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão.

O Augusto Pretório, visualizando, de logo, ofensa ao princípio da isonomia, porquanto a previsão apenas beneficiava o Poder Público, deferiu a cautelar, alijando o dispositivo do sistema jurídico⁴³.

Talvez tivesse sido a oportunidade de, tanto no propósito de prestigiar a tão decantada isonomia, vista agora pelo seu perfil positivo, quanto para satisfazer o imperativo de conservação dos atos estatais, que se mantivesse o dispositivo, legando-lhe interpretação conforme, no intento de abranger, pela couraça da proteção cautelar, tanto as rescisórias ajuizadas pelo Poder Público como pelos particulares.

Ter-se-ia, assim, legítima decisão aditiva com conseqüências mais profícuas e sem

o quebrantamento das pilastras do ordenamento pátrio.

Adesão embrionária à praxe das decisões aditivas, malgrado desprovida de maior e específico aprofundamento teórico, pode ser imputada à ADIN 2.652-6/DF (BRASIL, 2003).

Discutia-se a legitimidade de parágrafo único, acrescido pela Lei 10.358/2001, ao art. 14 do Código de Processo Civil, que, a despeito de inovar o sistema jurídico brasileiro com a previsão de multa em face do descumprimento de provimentos judiciais, inseria exceção em seu pórtico, com a dição “ressalvados os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”.

Argumentava a argüinte, *in casu* a Associação Nacional dos Procuradores de Estado – ANAPE, que o preceito, na forma como redigido, afastava de dita ressalva, em flagrante agressão à isonomia, os advogados cuja vinculação ao Poder Público decorresse de lei, posto que não sujeitos exclusivamente à observância dos estatutos da OAB.

Malgrado a aligeirada referência na fundamentação do voto do relator à isonomia, já que o defeito legislativo fora tributado a equívoco gramatical, mais especificadamente de pontuação, a leitura da ementa⁴⁴ nos mostra a utilidade do princípio isonômico como capaz de atingir a parcela de destinatários alvo da exclusão normativa.

Diferentemente da ADIN 2.251-DF, vislumbra-se nítido o aspecto aditivo da decisão, porquanto, reconhecido maltrato à exigência magna de tratamento igualitário, não se invalidou a norma impugnada. Antes se optou pela sua conservação, ampliando o seu conteúdo normativo, para o fim de ser abrangida, sob sua regência, a parcela dos destinatários excluídos.

A menção a tais julgados só vem demonstrar a tímida acolhida que as sentenças aditivas vêm merecendo de nossa jurisprudência.

Isso, contudo, não impede a sua aceitação em nosso sistema jurídico, a qual apresenta vários pontos que a justificam.

Em primeiro lugar, o princípio da igualdade sempre despertou as maiores atenções do nosso ordenamento constitucional, nada impedindo, antes recomendando, que, nas situações submetidas à jurisdição, a mais consentânea medida de justiça implique justamente a manutenção da norma, com sua interpretação ampliada, do que sua eliminação.

A necessidade de eficiência, reclamada indistintamente da atuação dos órgãos públicos, orienta-se pela tônica da conservação dos atos estatais, sem contar que, para esse fim, os pretórios, à frente o Supremo Tribunal Federal, vêm, nas suas decisões, incorporando, cada vez com maior assiduidade, a técnica da interpretação conforme.

O óbice, assaz repisado, de que tal postura constitui indevida apropriação, por parte do Judiciário, da função legislativa não mais convence.

Com efeito, entre a atividade legislativa e a adição, oriunda do manuseio da exegese em harmonia com a Constituição, há um límpido e inegável ponto de distanciamento: é que, ao contrário do que acontece com o legislador, não se tem a elaboração de uma norma jurídica, com a discricionariedade peculiar, mas tão-só o complemento da existente, a partir de solução constante do sistema jurídico, cuja descoberta se deve ao labor do intérprete. Há, sem margem de dúvida, atividade de criação jurídica, sem embargo de inexistir típica ação legislativa⁴⁵.

Ademais, não se pode deixar de agregar que a separação de poderes, na realidade estatal hodierna, não mais se apresenta sob as rígidas vestimentas preponderantes à época do movimento constitucionalista dos séculos XVII e XVIII.

Nesse particular, carradas de razão possui Francisco Cavalcanti (2001, p. 155) – que, salvo engano, pode aqui ser apontado como o precursor doutrinário do tema, ao frisar a superação do lastro informador da Súmula 339 – STF.

Constata o autor que a ausência de correção, pela jurisdição constitucional brasi-

leira, das inconstitucionalidades por omissão relativas se deve ao

“equivoco em confundir ato de criação de norma inexistente (hipótese de omissão absoluta), com a distinta questão de determinar a aplicação de norma existente a todos aqueles, ou a todas aquelas situações a exigirem tratamento isonômico, por força de norma constitucional. Nesse caso, o Judiciário não fixa o parâmetro, não é o legislador positivo, apenas determina a observância do parâmetro fixado pelo legislador a todos aqueles que estão em idêntica situação, ou em situação a exigir o mesmo tratamento, por força de imposição constitucional..., resta ao Tribunal tão-somente declarar da constitucionalidade da lei, desde que entendida com a correção, com o aditamento interpretativo no sentido de adequar a norma à observância do princípio da isonomia” (CAVALCANTI, 2001, p. 86).

O afastamento do estorvo, a meu sentir, poderia ser alcançado com a limitação das sentenças aditivas às hipóteses em que não se verificassem reservas absolutas do legislador.

É sabido – e o evoluir dos direitos fundamentais é testemunho eloqüente – que há determinadas situações, seja com vistas à proteção do cidadão, seja no resguardo do interesse público, com relação às quais as Constituições submetem o tratamento de seus elementos essenciais exclusivamente ao legislador. A nossa Lei Maior não constitui exceção, conforme se esteja a tratar da definição de infrações e penas (art. 5º, XX-XIX), da instituição e majoração de tributo (art. 150, I) e da fixação da remuneração dos servidores públicos (art. 61, §1º, II, b)⁴⁶.

Em casos como esses, afigurar-se-ia inadmissível a prática aqui examinada.

Da mesma forma, inviável a adição judicial quando demonstrado haver sido o discrimen legítimo, em face da diferença subs-

tancial entre a situação regulada e a omitida, por não se visualizar ofensa à igualdade.

À guisa de exemplo, *fattispecie* suscetível de solução aditiva – já por nós utilizada no exercício da judicatura de primeiro e segundo graus de jurisdição⁴⁷ – relaciona-se ao tema da garantia da instância administrativa para a interposição de recurso administrativo.

O art. 33 do Decreto 70.235/72, que se ocupa do procedimento administrativo de determinação dos créditos tributários da União, teve incluído pela MP 1.973-63/2000, posteriormente convertida na Lei 10.522/2002, §2º, condicionando o direito à interposição de recurso voluntário à garantia de instância, mencionando, para esse fim, o arrolamento de bens e direitos equivalente a 30% da exigência fiscal. No que toca às contribuições previdenciárias arrecadadas pelo INSS, o art. 126, §1º, da Lei 8.213/91 exige que tal se faça no mesmo montante, mas unicamente em dinheiro.

Daí que, no âmbito do controle difuso, discute-se a possibilidade de, quanto às contribuições previdenciárias, a garantia de a instância administrativa ser realizada mediante arrolamento de bens, modalidade menos onerosa ao contribuinte.

Tal se nos parece afirmativo. Ora, considerando-se que as contribuições previdenciárias, na atualidade, integram o gênero tributo, pertencendo a competência para sua instituição à União, muito embora o legislador tenha transferido o mister de sua arrecadação ao INSS, e ainda o fato de a finalidade da garantia de instância, numa e noutra hipótese, ser idêntica (desestimular a interposição de recursos meramente protelatórios), não se justifica, à luz da isonomia, que o devedor do fisco federal não possa, somente porque deve contribuição para a seguridade arrecadada pelo INSS, valer-se do arrolamento de bens. Se, por exemplo, o débito se referisse às contribuições para a seguridade social, arrecadadas pela Secretaria da Receita Federal, como a COFINS, ou a CSLL, tal seria plenamente admissível.

Discriminação injustificada não poder fazê-lo quanto à folha de salários, ou as parcelas descontadas dos respectivos empregados.

A via aditiva resolveria o impasse, fazendo preponderar o reclamo de tratamento igualitário, sem que fosse necessário invalidar o disposto no art. 126, §1º, da Lei 8.212/91, antes o mantendo com a necessária correção do seu alcance.

Sem deixar o plano exemplificativo, outra hipótese recairia no art. 20, parágrafo único, do vigente Código Civil, ao legitimar a proteção de direitos da personalidade de pessoas falecidas ao cônjuge supérstite, ascendentes e descendentes, olvidando o companheiro. Essa conclusão muito se aproxima daquela na qual aportou a *Sentencia* 222/92 do Tribunal Constitucional hispânico.

Desse modo, a similitude da união estável ao casamento, proporcionada pelo art. 226, §3º, da CF, respaldaria, por força do princípio da igualdade, a admissão da legitimidade do companheiro, mantendo-se a norma com seu significado acrescido.

Quanto aos efeitos da deliberação, tenho que deve prevalecer, *ex vi* dos termos do art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99, a eficácia contra todos e vinculativa, o que é reforçado por meio do art. 102, §2º, da CF, com a redação da EC 45/2004.

Antes de ultimar, importante assinalar que a utilização das sentenças aditivas não pertence apenas ao Supremo Tribunal Federal, podendo aqui ser manuseada pelos demais juízes e tribunais, ao homenagearem a feição positiva do princípio da igualdade durante a solução dos litígios que lhes são submetidos.

Demais de abalizado escólio doutrinário⁴⁸, manifesta-se, em prol dessa assertiva, o fato de a interpretação conforme a Constituição ser acessível indistintamente aos órgãos do Judiciário, mesmo naqueles sistemas em que o legislador usufrui do privilégio de ter os seus atos fiscalizados, com foros de monopólio, pelo Tribunal Constitucional.

Igualmente, recorde-se o exemplo lusitano, porquanto admitida a convivência dos

controles concentrado e difuso, denominada fiscalização abstrata e concreta, em que se pode verificar nesta última a existência de decisões aditivas nos Acórdãos 545/99 e 272/99.

Notas

¹ Útil conferir, no Livro Sexto, Capítulo III, do Espírito das Leis, a seguinte passagem: “Nos Estados despóticos, não existe lei; a regra é o próprio juiz. Nos Estados monárquicos, existe uma lei e, onde esta é exata, o juiz a observa; onde não existe, ele procura-lhe o espírito. Nos governos republicanos é da natureza da constituição que os juizes observem literalmente a lei. Não existe um cidadão contra o qual se possa interpretar uma lei, quando se trata de seus bens, de sua honra ou de sua vida” (MONTESQUIEU, 1982, p. 110).

² “Les tribunaux ne peuvent, ni s’immiscer dans l’exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l’exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions” (Disponível em: www.constitution.rediris.es/principal. Acesso em 15-7-03). Imbuída dos eflúvios liberais, a Constituição brasileira de 25 de março de 1824, contrariamente às ordenações do reino, que conferiam à Casa de Suplicação a prerrogativa de tomar assentos, unificando a jurisprudência do império português, conferiu à Assembléia Geral o atributo de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las” (art. 15, nº 8ª). O grave na subtração ao Judiciário da interpretação dos textos legais foi, como assinala Octaviano Nogueira (2001, p. 39), que, durante os 65 anos de vigência de dita Constituição, o Legislativo não exerceu referida prerrogativa, a qual terminou sendo absorvida pelo Executivo. Sensato o entendimento extraído de Pimenta Bueno (2002, p. 130-131.), ao frisar que o art. 15, nº 8ª, da Constituição Imperial, apenas reserva ao corpo legislativo a atribuição para declarar, por via de autoridade ou por via de disposição geral obrigatória, o sentido da lei, porque tal atividade é a mesma de estabelecer o direito. Isso, contudo, não obsta, afirmava o autor, a existência da interpretação judicial ou doutrinária propriamente dita, da alçada dos juizes e tribunais superiores, “órgãos constitucionais e privativos, únicos autorizados para declarar o que segundo as leis do Direito Comum é conseqüente, lícito ou proibido, punível ou não, válido ou nulo” (PIMENTA BUENO, 2001, p. 140), competência que “não só é consagrada pela lei fundamental, pela instituição e independência do poder Judiciário, mas é de alta importância, e ampla

garantia para a sociedade e para os direitos individuais” (PIMENTA BUENO, 2001, p. 140). Este ponto de vista, como logo mais se observará, teve sua defesa por Portalis (1997).

³ O encerro dos juizes e tribunais à simples execução das leis preponderou na Espanha até o princípio do último quartel do século XIX. A Constituição gaditana de 1812, após prever, no seu art. 131, competir às cortes legislativas propor, decretar, interpretar e revogar as leis, circunscreveu a ação dos tribunais à aplicação das leis nas causas civis e criminais, vedando-lhes outras funções além de julgar e executar seus julgamentos (arts. 242 e 245). Verificando-se dúvida sobre a inteligência a ser conferida a um dispositivo legal, caberia sua suscitação, por parte dos tribunais, ao Tribunal Supremo, que, por sua vez, elaboraria, com os respectivos fundamentos, consulta ao Rei, a quem competia solicitar o pronunciamento dos órgãos parlamentares (art. 261. 10). O mesmo diapasão, com irrelevantes diferenças de texto, encontrou-se presente nas Constituições de 1837 (art. 63), 1845 (art. 66), 1856 (art. 67), 1869 (art. 91). Somente com a Constituição de 1873 (art. 77) adveio traço de mudança, atribuindo-se a um órgão diverso do Parlamento, no caso o Tribunal Supremo, a prerrogativa de suspender os efeitos duma lei tida como contrária à Constituição. A transcrição dos preceitos constitucionais citados é encontrada em Juan Manuel López Ulla (1999, p. 55-56).

⁴ “Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l’obscurité ou de l’insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice” (Disponível em: www.legifrance.gouv.fr. Acesso em: 9-1-2006).

⁵ Conforme Portalis (1997, p. 41-42), diversamente da lei penal, em matéria civil se faz necessária a ação da jurisprudência, dado ser impossível regular-se todos os seus objetos mediante lei, enfatizando a existência de duas classes de interpretação, quais sejam: a por via de doutrina e a por via de autoridade. Apenas esta, que consistiria em resolver dúvidas por via de regulamentos ou disposições gerais, é que estava vedada aos juizes, de maneira que “forçar o magistrado a recorrer ao legislador seria admitir o mais funesto dos princípios; seria renovar, entre nós, a desastrosa legislação dos rescritos” (PORTALIS, 1997, p. 43, tradução nossa).

⁶ Aponta o autor a iniciativa desbravadora da jurisprudência na disciplina das seguintes matérias: a) indenização por motivo de resolução imotivada de contrato de trabalho e acidentes do trabalho; b) impenhorabilidade dos pequenos salários; c) liberdade de associação; d) a disciplina dos valores mobiliários; e) o desaparecimento como hipótese de extinção da personalidade; f) a legitimação dos filhos havidos de relacionamento entre pessoas

que ostentassem grau de parentesco; g) a teoria do herdeiro aparente; h) a elaboração das regras jurídicas administrativas, para a qual foi essencial a intervenção do Conselho de Estado (CRUET, 1956, p. 55-70).

⁷ Releva ao caráter necessariamente criativo da função judicial consta de Antônio Menezes Cordeiro (2000, p.117), Adele Anzon (1995, p. 8), Juvêncio Gomes Garcia (1996) e Mônica Sette Lopes (1993, p. 206-208). O primeiro deles indigita à jurisprudência, enquanto solução de casos concretos, o atributo de dado fundamental à realização da ordem jurídica. O segundo, por sua vez, observa o contínuo crescimento, a partir do século XX, do papel criativo dos juízes, presente tanto nos países do *civil law* como do *common law*.

⁸ Formidável amostra dessa afirmação consta de Christopher Wolf (1991), em que se analisa, com pormenor, a evolução do significado da Constituição norte-americana pelo labor judicial em adaptá-la à passagem de mais de duzentos anos de sua vigência, percorrendo-se as fases que denomina tradicional (1798 a 1890), a do *laissez-faire* e capitalista (1890 a 1937) e a da era moderna (posterior a 1937).

⁹ Essa conclusão, ainda no que concerne à doutrina hispânica, resulta da pena de Enrique Alonso Garcia, ao reputar, na Introdução da sua *La Interpretación de la Constitución* (1984, p. 4), como fato indiscutível, em todos os sistemas de jurisdição constitucional, o de que o intérprete judicial cria ou formula normas derivadas da Constituição, seja expressa, seja tacitamente.

¹⁰ A característica inerente à localização das cortes constitucionais no interior do aparato estatal, como órgão que está fora e acima dos chamados três poderes, vem ressaltada pelo art. 1.1 da Lei Orgânica do Tribunal Constitucional espanhol (LOTC), de 3 de outubro de 1979, ao enfatizar: “O Tribunal Constitucional, como intérprete supremo da Constituição, é independente dos demais órgãos constitucionais, e está submetido somente à Constituição e à presente Lei Orgânica” (El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo da Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido solo a la Constitución y a la presente Lei Orgánica”. Disponível em www.bdd.unizar.es. Acesso em 27-6-2003).

¹¹ Em suas conclusões, o autor deixa claro que se as cortes constitucionais, na qualidade de últimas instâncias de aplicação da Lei Maior, profere julgamentos insuscetíveis de revisão, equivalentes a erratas e adendas daquela, significa rematar que a “questão da constitucionalidade/inconstitucionalidade fica sujeita a juízos políticos sobre a validade das leis, assim entendidas a sua conveniência, oportunidade e razoabilidade, conceitos abertos e indeterminados cuja densificação depende da pré-compreensão e da ideologia dos magis-

trados que exercem a jurisdição constitucional” (COELHO, [2002?], p. 14).

¹² Não é à toa que o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil recomenda ao juiz, na aplicação da lei, considerar os fins sociais a que aquela se dirige e as exigências do bem comum.

¹³ O caráter precursor desse documento foi ressaltado por Carmen Lúcia Antunes Rocha (1990, p. 31), referenciando ainda a Constituição da Pensilvânia de 12 de novembro de 1776.

¹⁴ O dispositivo contém a mensagem de que os cidadãos de cada Estado gozarão, nos demais Estados, de todas as prerrogativas e garantias que gozarem os cidadãos destes. A consagração do princípio adveio reforçada com a Emenda XIV (item 01), de 9 de julho de 1868.

¹⁵ Dito artigo se encontrava assim redigido: “Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundar-se na utilidade comum”.

¹⁶ A título exemplificativo, consultar o Preâmbulo da Constituição francesa de 3 de setembro de 1791, o art. 2º da Constituição do Ano I (1793), a Constituição portuguesa de 23 de setembro de 1822 (art.9º), a Constituição da Bélgica de 7 de fevereiro de 1831 (art. 6º), a Carta Constitucional francesa de 14 de agosto de 1830 (art. 1º) e o Preâmbulo da Constituição francesa de 4 de novembro de 1848 (IV).

¹⁷ Nesse ponto, conferir que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é, justamente, a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III).

¹⁸ Não se quer dizer que a isonomia sujeite apenas os poderes públicos. Malgrado o assunto ostente certa complexidade, decorrente da autonomia da vontade, necessário reconhecer a ingerência da isonomia nas relações entre particulares quando atingida a dignidade da pessoa humana.

¹⁹ Num rápido cotejo, pode-se verificar que o sentido positivo alvitrado por Jorge de Miranda (2000) é bem mais amplo do que o indicado por Larenz (1985), e aqui mencionado em instante anterior, uma vez este apenas compreender um mandamento de desigualdade para hipóteses diferentes.

²⁰ Louva-se o autor, que aponta mais quatro resultados da interpretação conforme, no art. 1.4 do Título Preliminar do Código Civil espanhol, ao dispor que os princípios gerais do direito aplicar-se-ão na ausência de lei ou costume, sem prejuízo de seu caráter informador do ordenamento jurídico.

²¹ Essa a percepção que se pode haurir de abalizada doutrina (MIRANDA, 2001, p. 79-80). Não obstante, na Itália, onde se pode indigitar o berço das decisões adjuntivas, há quem proclame que o seu objeto seria uma norma existente (norma vi-

vente), como é o caso de Andrea Pugiotto (1992, p. 3675), invocando como reforço, em nota de rodapé 11, opinião de G. Branca quando Presidente da Corte Constitucional. Voltaremos a essa particularidade doravante.

²² Volta a anotar Jorge de Miranda (2001, p. 83) a relevância aqui assumida pelo princípio da isonomia que compreende dever ser visto não mais tanto pela sua feição negativa, mas, por influxo da atualidade, pela sua vertente positiva, demandando algo além da supressão de diferenças, a importar a atribuição de benefícios por igual, nem que, em determinadas circunstâncias, tal se faça paulatinamente. Semelhante comentário se vê de Ignacio Villaverde Menéndez (1997, p. 52), que, ao empregar o termo “omissões inconstitucionais relativas”, quer apontar aquelas situações em que o enunciado de uma lei vulnera o princípio da igualdade, ao excluir, sem qualquer razão justificável, um grupo determinado de pessoas do gozo de um benefício. Idem José Manuel Cardoso da Costa (1987, p. 50). Na mesma direção, pode-se aqui consultar Gilmar Mendes (1990, p. 133) e Francisco Cavalcanti (2001, p. 152-153).

²³ Alguns exemplos podem ser constatados em pronunciamentos da Corte Constitucional italiana, mais precisamente na: a) *Sentenza* 15, de 17 de fevereiro de 1969, em que se analisava o art. 313.3 do Código Penal, que, ao tipificar o delito de desacato contra a Corte Constitucional, condicionava a persecução à prévia autorização do Ministro da Justiça, havendo-se entendido, sob pretexto de violação ao art. 134 da Constituição, a consagrar a independência e autonomia da Corte Constitucional, que a esta caberia a legitimidade para tal fim; b) *Sentenza* 110/1974, ao censurar norma atributiva de competência para o Ministro da Justiça revogar medida de segurança, pondo em seu lugar o juiz de vigilância, tendo em vista estar reservada à jurisdição, nos termos do art. 13 da Constituição, todas as competências em matéria de liberdade pessoal; c) *Sentenza* 353, de 27 de julho de 1994, na qual se entendeu que o art. 600.3 do Código de Processo Penal italiano, ao facultar ao Tribunal de apelação suspender a execução provisória de uma condenação ao pagamento de pena pecuniária “quando puderem derivar-se danos graves e irreparáveis”, por ofensa à razoabilidade, constante no art. 3º da Lei Maior, em face de conferir ao juiz do recurso um amplo espaço decisório, substituindo-se a dicção legal pela expressão “quando concorram motivos graves”. O mesmo foi objeto de atenção pelo Conselho Constitucional francês na DC 86, de 26 de junho de 1986, mediante a qual o art. 4º da Lei de Habilitação ao Governo para acordar privatizações, por maltrato ao art. 38 da Constituição de 1958, que cuida da legislação delegada ao Governo, tendo-se alterado a norma que atribuía ao Governo competência para

privatizar sem prazo pela atribuição de idêntica competência até 11 de março de 1991.

²⁴ Consoante Augusto Cerri (2001, p. 236), há precedentes mais remotos, sendo possível indicar como *leading case* a *Sentenza* 24/1957, seguida pelas *Sentenze* 168/1963 e 9/1964.

²⁵ Extrato dos argumentos da Corte, lançados pelo relator, Juiz Bonifácio, bem exemplificam a importância do cânon da igualdade: “Uma vez ao Ministério Público ser admitido assistir a todos os atos da instrução (art. 303, c.p.p.), em consideração à função pública que exerce no processo penal, esta função seria menosprezada e àquela regra se poria uma irracional exceção caso se excluísse o seu poder de assistir ao interrogatório. De outra parte, a particular importância do interrogatório e as consequências que derivam da proibição de assisti-lo, feita ao defensor, convencem que, para a remoção desta proibição, é a solução mais idônea a de restabelecer, em relação ao interrogatório, o equilíbrio do contraditório entre Ministério Público e imputado, enquanto vai também considerado que, no particular, as mais recentes inovações legislativas concorrerem para demonstrar uma tendência evolutiva mediante a qual a presença do defensor no interrogatório melhor se harmoniza do que a exclusão do Ministério Público. Portanto, segundo os critérios já enunciados pela Corte na ordenança nº 100 de 1970, e coerentemente com os princípios gerais quanto aos quais resultou inspirado o vigente Código Processual, e ainda com o princípio da inviolabilidade do direito de defesa, garantido pelo art. 24, segundo inciso, da Constituição, deve-se concluir que a paridade entre acusação e defesa vem assegurada, no quadro da legislação vigente, através da declaração de parcial ilegitimidade não do art. 303, inciso primeiro, mas do art. 304 bis, primeiro inciso, do c.p.p.”. (“Poiché il pubblico ministero è ammesso ad assistere a tutti gli atti di istruzione (art. 303 c.p.p.) in considerazione della funzione pubblica da esso esplicata nel processo penale, questa funzione sarebbe menomata ed a quella regola si porrebbe una irrazionale eccezione se si escludesse il suo potere di assistere all’interrogatorio. D’altronde la particolare importanza dell’interrogatorio e le conseguenze che derivano dal divieto di assistervi fatto al difensore convincono che proprio la rimozione di questo divieto è la soluzione più idonea a ristabilire, in relazione all’interrogatorio stesso, l’equilibrio del contraddittorio tra pubblico ministero e imputado, mentre va anche considerato che proprio le più recenti innovazioni legislative concorrono a dimostrare una tendenza evolutiva con la qual ela presenza del difensore nell’interrogatorio meglio si armonizza che non l’esclusione del pubblico ministero. Pertanto, secondo i criteri già enunciati dalla Corte nell’ordinanza n. 100 del 1970, e in coerenza con i principi generali

a cui risulta ispirato il vigente código processuale e con il principio della inviolabilità del diritto di difesa garantito dall'art. 24 secondo comma, Cost., se ne deve concludere che la parità tra accusa e difesa va assicurata, nel quadro della legislazione vigente, attraverso la dichiarazione di parziale illegittimità non dell'art. 303, comma primo, ma dell'art. 304 bis, primo comma, c.p.p." Disponível em: www.cortecostituzionale.it. Acesso: 12-12-2005).

²⁶ Interessante a transcrição da conclusão a que aportou a Corte Constitucional: "A ausência de um mecanismo de revalorização das contribuições, vertidas para a "mutualidade pensões", em favor das seguradas domésticas, não somente discrimina, injusticadamente, tal forma assegurativa, relativa ao seguro facultativo para invalidez e a velhice - que tem idêntica estrutura técnica dos seguros assimiláveis ao setor privado -, mas comporta, irracionalmente, que as seguradas domésticas que passaram do seguro facultativo à "mutualidade pensões" estejam privadas do benefício da revalorização das contribuições, da qual teriam fruído conservando a inscrição na primeira. Portanto, é ilegítimo constitucionalmente - por contraste com o art. 3º da Constituição (independentemente do também invocado art. 38 da Constituição) - o art. 9º da Lei n. 389, de 05 de março de 1963 (instituição da "mutualidade pensões" em favor das seguradas domésticas), na parte na qual não prevê um mecanismo de adequação do importe nominal das contribuições versadas". (L'assenza di un meccanismo di rivalutazione monetária dei contributi versati nella "mutualità pensioni" a favore delle casalinghe, non solo discrimina ingiustificatamente tale forma assicurativa rispetto all'assicurazione facoltativa per l'invalità e la vecchiaia - avente idêntica struttura técnica e, al pari dell'altra, assimilabile alle assicurazioni del settore privato - ma comporta altresì, irrazionalmente, che le casalinghe passate dall'assicurazione facoltativa allà "mutualità pensioni" siano private del beneficio della rivalutazione dei contributi, del quale avrebbero fruito conservando l'iscrizione nella prima. Pertanto, è illegittimo costituzionalmente - per contrasto con l'art. 3 Cost. (independentemente dal pur anche invocato art. 38 Cost.) - l'art. 9, l. 5 marzo 1963, n. 389 (Istituzione della "mutualità pensioni" a favore delle casalinghe), nella parte in cui non prevede un meccanismo di adeguamento dell'importo nominale dei contributi versati". Rel. Juiz Mengoni. Disponível em: www.cortecostituzionale.it. Acesso: 12-12-2005).

²⁷ A referência à isonomia como bússola, decorrente do fato de que, quanto aos civis anistiados, a legislação dispensou qualquer menção a tempo, é bem esgrimida na ementa do julgado: "1. Como regra geral, os valores superiores do ordenamento e os princípios constitucionais podem bastar para

promover recursos ou propor questões de inconstitucionalidade. 2. A legislação de anistia, ainda que responda, em seu conjunto, a um valor superior de justiça, acha-se submetida ao princípio da igualdade (SSTC 28/1982 e 63/1983). 3. Uma vez que o legislador aplicara o critério do profissionalismo aos funcionários civis da República, para torná-los credores na plenitude dos direitos reconhecidos pela legislação de anistia, sem atender ao momento de sua incorporação à Administração, ou, o que é igual, sem referência alguma a se dita incorporação se produziu antes ou depois do começo da guerra civil, o princípio da igualdade obriga à aplicação de idêntico critério aos funcionários militares profissionais, qualquer que tenha sido a data - anterior ou posterior a 18 de julho de 1936 - de suas nomeações ou da consolidação de seus empregos com caráter definitivo". ("1. Como regla general, los valores superiores del ordenamiento y los principios constitucionales pueden bastar para promover recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad. 2. Una vez que el legislador ha aplicado el criterio de la profesionalidad a los funcionarios civiles de la República, para hacerlos acreedores a la plenitud de los derechos reconocidos por la legislación de amnistía, sin atender al momento de su incorporación a la Administración, o, lo que es igual, sin referencia alguna a si dicha incorporación se produjo antes o después del comienzo de la guerra civil, el principio de igualdad obliga a la aplicación de idêntico criterio a los funcionarios militares profesionales, cualquiera que haya sido la fecha - anterior o posterior al 18 de julio de 1936 - de sus nombramientos o de la consolidación de sus empleos con carácter definitivo". Pleno, Questão de Inconstitucionalidade, rel. D. Jesús Leguina Villa, publicação no BOE, edição de 29-7-87. Disponível em: www.boe.es. Acesso: 1-12-2005).

²⁸ A ementa do julgado foi bastante extensa. Para uma clara visão do aspecto decisivo com que se houve a igualdade, de conferir-se os seus itens 12 e 13: "12. Os condicionamentos e limites que, em virtude do princípio da igualdade, pesam sobre o legislador, resumem-se numa tríplice exigência, pois as diferenças normativas terão de mostrar, em primeiro lugar, um fim discernível e legítimo, terão que se articular, ademais, em termos não inconsistentes com tal finalidade e deverão, por último, não incorrer em desproporções manifestas à hora de atribuir aos diferentes grupos e categorias direitos, obrigações, ou quaisquer outras situações jurídicas subjetivas (F.J. 6). 13. A união de caráter matrimonial proporciona a terceiros uma certeza jurídica nada irrelevante quando se trata do exercício de direitos frente a particulares, certeza, no caso da união 'more uxório', carente, por definição, de toda formalidade jurídica, mas esta consideração não dá razão bastante para a diferenciação que julga-

mos. A mera procura de uma maior certeza jurídica não pode levar a contrariar os imperativos da igualdade (art. 14 C.E.) e já se disse que a família é, para a Constituição, objeto de proteção em si mesma, e que a norma que assim quer não pode ser, por isso, reduzida a um mero expediente para a indireta proteção do matrimônio. Tampouco cabe olvidar, enfim, que a sub-rogação arrendatícia que consideramos é uma das possíveis modalidades de realização do princípio rector, segundo o qual ‘todos os espanhóis têm direito a desfrutar de uma morada digna e adequada’ (art. 47 C.E.) (F.J. 6)”. (12. Los condicionamientos y limites que, en virtud del principio de igualdad, pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigência, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporcionaciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas (F.J. 6). La unión de carácter matrimonial proporciona a terceros una certeza jurídica nada irrelevante cuando del ejercicio de derechos frente a particulares se trata, certeza en el caso de la unión ‘more uxório’, carente, por definición, de toda formalidad jurídica, pero esta consideración no da razón bastante para la diferenciación que enjuiciamos. La mera procuración de una mayor certeza jurídica no puede llevar a contrariar los imperativos de la igualdad (art. 14 C.E.) y ya se ha dicho que la familia es, para la Constitución, objeto de protección en si misma y que la norma que así lo quiere no puede ser, por ello, reducida a un mero expediente para la indirecta protección del matrimonio. Tampouco cabe olvidar, en fin, que la subrogación arrendatícia que consideramos es una de las posibles modalidades de realización del principio rector según el cual ‘todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada’ (art. 47 C.E.) (F.J. 6)”. Pleno, Questão de Inconstitucionalidade, rel. D. Vicente Gimeno Sendra, publicação no BOE, edição de 19-1-93. Disponível em: www.boe.es. Acesso: 1-12-2005).

²⁹ A experiência vivenciada pelos irmãos lusitanos é bem mais antiga. O primeiro precedente, a bem da verdade, recua ao Acórdão nº 95/78, proferido pela Comissão Constitucional, ao reputar inconstitucional o estabelecimento da idade para o matrimônio para o sexo feminino inferior ao daquela do sexo masculino.

³⁰ Na ocasião, asseverou a relatora, Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza: “Já se decidiu, porém, neste Tribunal que violava o princípio da igualdade a não inclusão no nº 1 do artigo 24º da Lei nº 4/85 do cargo de Governador de Macau, no acórdão nº 457/99 atrás citado. As razões aí enunciadas

valem plenamente para o cargo de Secretário Adjunto do Governo de Macau. Transpondo a solução ali adoptada, o princípio da igualdade impõe que o tempo de exercício do cargo de Secretário Adjunto do Governo de Macau seja tido em conta, quer para a aquisição do direito ao pagamento da subvenção, quer para a determinação do respectivo montante, em termos idênticos aos do cargo a que se encontra equiparado. Com efeito, e para além das razões indicadas naquele acórdão, que aqui se adotam, a verdade é que as razões substanciais que justificam a atribuição da subvenção mensal vitalícia se verificam da mesma forma, quer para os cargos expressamente previstos no artigo 24º, quer para o exercício de funções no Governo de Macau. A identidade material das funções exercidas entre os membros do Governo de Macau e os do Governo da República; o interesse público em, por um lado, compensar o esforço dedicado ao exercício dessas funções com eventual prejuízo da actividade anteriormente desenvolvida e necessariamente interrompida e, por outro, afastar a consideração desse eventual prejuízo dos motivos que podem levar a aceitar ou não desempenhá-las; e, acima de tudo, a independência que se pretende no seu exercício são objectivamente as mesmas”. Disponível em: www.tribunalconstitucional.pt. Acesso em: 1-12-2005. Como a própria decisão deixa entrever, há precedente no Acórdão 220/94, relativo a idêntico pleito formulado por ex-Governador de Macau. Outros exemplos no Acórdão nº 272/99 (3ª Secção, rel. Cons. Maria dos Prazeres Pizarro Beleza) e também no Acórdão nº 231/94 (Plenário, rel. Cons. António Vitorino), este último proferido em sede de fiscalização abstrata.

³¹ Em obra escrita quinze anos depois, no ano de 1992 (ZAGRE BELSKI, 2005, p. 152-153), o autor reafirmou seu pensamento, admoestando que num risco de exercício alternativo do direito incorre a Corte Constitucional quando pretende decidir as questões de inconstitucionalidade sem limitar-se à eliminação da norma impugnada, mas, diferentemente, estabelecendo, a partir da Constituição, a regra correta, o que debilita as atribuições do legislador e o caráter político da função deste, reduzindo suas leis a tímidas propostas facultativas.

³² Essa informação nos é fornecida por Leopoldo Elia (1985, p. 314-318), ao fazer referência ao funcionamento dos comités de estudo para o exame dos problemas institucionais, constituídos na Câmara e no Senado, em 1982. Enfocando a atividade de ditos órgãos no período de 1982 a 1984, rico em deliberações parlamentares, não se notou, na Câmara, crítica a propósito das sentenças criativas, salvo as posições dos Deputados Pazzaglia (MSI) e Bozzi (PLI), que não receberam adesão dos expoentes dos demais partidos. Pelo contrário, a presi-

dência do comitê, ocupada pelo Deputado Roland Riz, em seu relatório, realçava o posto de singular relevo da Corte Constitucional, com o reconhecimento favorável à sua atuação na centralização do controle da constitucionalidade das leis, atribuindo a evolução de sua atividade, relacionada à tipologia das sentenças interpretativas, a uma lentidão da resposta dos órgãos legislativos em reparar os atos que editam. No comitê senatorial, raros foram os acenos em desfavor da Corte Constitucional. Não obstante, adveio documento apresentado pela Senadora Branca, da esquerda independente, propondo reformas à instituição, acompanhado de forte libelo à função aditiva por aquela assumida. Interessante se faz a leitura de passagem de dita manifestação: “Dever-se-iam proibir as sentenças aditivas: elas criam normas novas e, por isto, são expressão de um poder normativo que à Corte não compete, porque nem a Constituição nem outro lho deu. Então, se, por ex., a lei atribui uma vantagem a uma categoria de pessoas, negando-a a outra categoria, a Corte constitucional, quando se convence que isto contrasta com o princípio da igualdade, deverá, nem mais nem menos, anular a lei: com a consequência de tolher a vantagem àquela categoria, sem danos para o Estado, ao invés de estendê-la, com uma sentença aditiva, às outras categorias”. (ELIA, p. 316, tradução nossa). Em sua conclusão, a parlamentar reputa inacreditável a postura tolerante do Parlamento perante a tal desvio de poder.

³³ À página 3.675, mais precisamente no rodapé 11, tem-se que, à época da Sentença 190/1970, dessa compreensão partilhou a então Presidente, Juíza Branca, ao sustentar: “Quanto, afinal, à norma que tínhamos anulado, a qual não estava materialmente escrita no código, mas existia (tanto é verdadeiro que o advogado não tinha direito de ingresso no interrogatório); por isto, tínhamos podido suprimi-la, não diversamente caso a lei tivesse dito igualmente ‘ao interrogatório não pode assistir o advogado’. (“Quanto, poi, allà norma che abbiamo annullato, essa non era materialmente scritta nel código, ma esisteva (tanto è vero che l’avvocato non aveva diritto di ingresso nell’interrogatório); perciò abbiamo potuto sopprimerla non diversamente che se la legge avesse detto pari pari “all’interrogatório non può assistere l’avvocato”).

³⁴ Para fins ilustrativos, revela-se com interesse a transcrição de aporte conclusivo do autor: “Que o Presidente do Reich seja o protetor da Constituição também corresponde, entretanto, ao princípio democrático sobre o qual descansa a Constituição de Weimar. O Presidente do Reich é eleito por todo o povo alemão, e suas faculdades políticas diante dos organismos legislativos (particularmente a de dissolver o Reichstag e a de promover um plebiscito

to) são, por natureza, uma ‘apelação ao povo’. Formando o Presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e atribuições tanto plebiscitárias como neutralizadoras em face da política de partidos, a vigente Constituição do Reich trata de criar, partindo de princípios precisamente democráticos, um contrapeso ao pluralismo dos grupos sociais e econômicos do poder e garantir a unidade do povo como conjunto político”. (“Que el Presidente del Reich sea el protector de la Constitución corresponde también, empero, al principio democrático sobre el cual descansa la Constitución de Weimar. El Presidente del Reich es elegido por el pueblo alemán entero, y sus facultades políticas frente a los organismos legislativos (particularmente la de disolver el Reichstag y la de promover un plebiscito) son, por naturaleza, una ‘apelación al pueblo’. Haciendo al Presidente del Reich centro de un sistema de instituciones y atribuciones tanto plebiscitarias como neutralizadoras en orden a la política de partidos, la vigente Constitución del Reich trata de crear, partiendo de principios precisamente democráticos, un contrapeso al pluralismo de los grupos sociales y económicos del poder, y de garantizar la unidad del pueblo como conjunto político”).

³⁵ Na Espanha, essa atribuição dos juízes e tribunais ordinários consta do art. 5º da Lei Orgânica do Poder Judicial.

³⁶ Tal preceito disciplina a aprovação, a cargo das Câmaras, do orçamento, a qual se dá mediante lei.

³⁷ Às páginas 239-240 do seu *Corso di giustizia costituzionale*, agrupam-se as orientações seguintes: a) favorável à sua definitiva exclusão, por não respeitar o princípio da cobertura financeira (Caianeillo); b) não se atribuir o surgimento de novas despesas ao pronunciamento da Corte Constitucional, mas aos vícios do sistema legislativo (Donati); c) criação de um item do orçamento destinado ao custeio das despesas advindas com as decisões aditivas (Crisafulli); d) cobertura automática dessas decisões através da repartição entre os velhos e novos beneficiários dos fundos para tanto destinados (Grosso); e) prolação de sentença de incompatibilidade sem efeitos imediatos (Zagrebelky). Provocadora de ácida polêmica foi a Sentença 219/1975 que estendeu, em favor dos professores universitários, o tratamento econômico dispensado aos funcionários da carreira diretiva, de maneira que a Comissão de Negócios Constitucionais da Câmara dos Deputados, através do Boletim de 15 de outubro de 1975, sugerira ao Governo o repúdio à sua condição vinculativa, com base no agravo dos ônus orçamentários que a Corte Constitucional, com sua condição vinculativa, com base no agravo dos ônus orçamentários que a Corte Constitucional, com sua intervenção quase-legislativa, não poderia determinar.

³⁸ Uma abordagem densa das sentenças aditivas de princípio foi ultimada por Gian Paolo Dolso (1999, p. 4109-4165). Neste escrito são referenciados muitos exemplos. Um dos precedentes inaugurais consistiu na *Sentenza* 497/1988, pela qual se declarou ilegítima previsão de indenização, relacionada com desocupação forçada, na parte em que não se previa um mecanismo de atualização monetária. A particularidade da deliberação estava no seguinte: não podendo mais a parte tida como inconstitucional encontrar aplicação, a individualização da norma a reger o caso concreto restava confiada, até posterior atuação do legislador, ao juiz. O mesmo praticamente veio a suceder-se com a *Sentenza* 307/1990, em que atacada regra que, em sede de campanha de vacinação anti-poliomielite, não previa uma indenização equitativa fora das hipóteses do art. 2.043 do Código Civil de 1942. Assegurou-se compensação equitativa mesmo fora das hipóteses legais, atribuindo-se ao juiz sua quantificação em concreto até que intervisse o Legislativo. O trato da matéria veio a sofrer sensível mudança a partir da *Sentenza* 243/1993, responsável pela declaração de inconstitucionalidade da norma que não previa o cômputo da indenização integrativa especial para os servidores públicos, para fins do cálculo do T.F.R., a exemplo do praticado com os empregados da iniciativa privada. Apesar do reconhecimento da necessidade do acolhimento do pedido, a Corte entendeu competir necessariamente ao legislador a predisposição do mecanismo idôneo a realizar o equilíbrio reclamado constitucionalmente. Posteriormente, chamou a atenção a *Sentenza* 309/1999, originada de questão de inconstitucionalidade, submetida pelo Pretor de Veneza, em que se discutia sobre a aplicação da *Legge* 833/1978, que limita a assistência à saúde aos cidadãos italianos que se achem no exterior por motivos de estudo ou trabalho, em prol de italiana que fora forçada, nos Estados Unidos, a arcar com vultoso custo terapêutico de urgência. A Corte, embora afirmando que o princípio insculpido no art. 32 da Constituição garante a cura gratuita do cidadão carente de recursos econômicos no exterior, susteve ser da alçada do legislador a identificação dos tipos de patologias em razão das quais o indigente, que se encontre no exterior, faça *jus* a tal direito. Essa sistemática – advirta-se – na forma que vem sendo ultimamente posta em prática, é capaz de inserir a Corte numa situação assaz difícil quanto à efetividade de suas decisões caso se venha a ocorrer uma contínua e demorada inércia legislativa. Postura semelhante à versão inicial das aditivas de princípio teve lugar aqui quanto ao mandado de injunção, conforme se pode ver do MI 283-5/400-DF (Pleno, mv, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 14-11-91), relativo à compensação pecuniária prevista no art. 8º, §3º, do ADCT, tendo se delibe-

rado pela notificação ao Congresso Nacional da mora legislativa, com a assinatura de prazo para saná-la, consistente no processo legislativo de urgência, acrescido de 15 dias úteis, destinados à sanção presidencial. Expirado *in albis* tal lapso, poderiam os impetrantes ajuizar, no juízo competente, a ação destinada ao gozo do direito. Sobrevindo lei sobre o assunto, esta poderia ser aplicada retroativamente caso estipulasse condições mais favoráveis.

³⁹ O dispositivo tem a seguinte redação: “Art. 136. Quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional duma norma de lei, ou de ato que tenha força de lei, a norma cessa de ter eficácia desde o dia seguinte à publicação da decisão”. (“Art. 136. Quando la Corte dichiara l’illegitimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, a norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo allà pubblicazione della decisione”). Disponível em: www.constitution.org. Acesso em 31-1-2002).

⁴⁰ Essa idéia resulta clara da *Sentenza* 295/1991, em cujo texto se infere: “A declaração de ilegitimidade constitucional duma omissão legislativa – como é aquela reconhecida na hipótese de falta de previsão, por parte da norma de lei reguladora de um direito constitucionalmente garantido, de um mecanismo idôneo a assegurar-lhe a efetividade –, enquanto deixa ao legislador sua inegável competência de introduzir e disciplinar, inclusive retroativamente, tal mecanismo em sede de normatividade abstrata, fornece aquela um princípio com o qual o juiz comum está habilitado a fazer referência para pôr remédio à omissão em direção à individualização da regra do caso concreto”. (“La dichiarazione di illegittimità costituzionale di una omissione legislativa – com’è quella ravvisata nell’ipotesi di mancata previsione, da parte della norma di legge regolatrice di un diritto costituzionalmente garantito, di un meccanismo idôneo ad assicurarne la effettività – mentre lascia al legislatore, nella sua innegabile competenza, di introdurre e disciplinare anche retroattivamente tale meccanismo in via di normazione astratta, somministra essa stessa un principio cui il giudice comune è abilitato a far riferimento per porre frattanto rimedio all’omissione in via di individuazione della regola del caso concreto”). Juízo de Ilegitimidade Constitucional em Via Incidental. Rel. Juiz Corosanti. Disponível em www.cortecostituzionale.it. Acesso em 19-12-2005). Em feito da mesma natureza, a orientação se repetiu com a *Sentenza* 421/1991, rel. Juiz Mengoni.

⁴¹ Deram ensejo ao excerto sumular os Recursos Extraordinários 40.914 – DF (1ª T., mv, rel. Min. Cândido Mota, Aud. de Publ. de 6-4-60), 42.186 – MA (1ª T., ac. un., rel. Min. Nelson Hungria, Aud. de Publ. de 21-9-60), 46.948 – PR (2ª T., ac. un., rel. Min. Victor Nunes, Aud. de Publ. de 2-5-62) e ROMS

9.611 – RS (Pleno, ac. un., rel. Min. Victor Nunes, Aud. De Publ. de 24-7-63).

⁴² Disse S. Exa., reportando-se ao voto que proferira na ADIN 525: “A solução oposta – a da omissão parcial – seria satisfatória, se resultasse na extensão do aumento – alegadamente, simples reajuste monetário – a todos quantos sofrem com a mesma intensidade a depreciação inflacionária dos vencimentos. A essa extensão da lei, contudo, faltam poderes ao Tribunal, que, à luz do art. 103, § 2º, CF, declarando a inconstitucionalidade por omissão da lei – seja ela absoluta ou relativa –, há de cingir-se a comunicá-la ao órgão legislativo competente, para que a supra”. Secundando tais argumentos, o Min. Carlos Velloso aduziu. “Ora, o constituinte quando introduziu a inconstitucionalidade por omissão, na jurisdição constitucional brasileira, teve esta como um *plus*, vale dizer, como forma de ampliar a garantia, quer sob o ponto de vista objetivo, quer sob o prisma subjetivo. Na inconstitucionalidade por omissão, obtém-se, na verdade, muito menos do que se estivéssemos a considerar a inconstitucionalidade por ação. Obtém-se menos, tendo em vista o que dispõe o §2º do art. 103 da Constituição”.

⁴³ Essa opção, acoiada de radical na matéria, é, como noticiou José Manuel Cardoso da Costa, em abril de 1987 (*VII Conferência dos Tribunais Constitucionais Europeus*. Lisboa, Relatório Geral. Separata do suplemento do Boletim do Ministério da Justiça – documentação e direito comparado, p. 51), a perfilhada pelo Tribunal Constitucional austríaco, ao sancionar de inconstitucionalidade o correspondente preceito.

⁴⁴ Ei-la: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. IMPUGNAÇÃO AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 14 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, NA REDAÇÃO DADA PELA LEI 10358/2001. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Impugnação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, na parte em que ressalva “os advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB” da imposição de multa por obstrução à Justiça. Discriminação em relação aos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade. Violação ao princípio da isonomia e ao da inviolabilidade no exercício da profissão. Interpretação adequada, para afastar o injustificado discrimen. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para, sem redução de texto, dar interpretação ao parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil conforme a Constituição Federal e declarar que a ressalva contida na parte inicial desse artigo alcança todos os advogados, com esse título atuando em juízo, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos”.

⁴⁵ Cristina M.M. Queiroz (2002, p. 238) consigna que os tribunais constitucionais vêm assumindo, de forma cada vez mais significativa, por meio das sentenças interpretativas (aditivas, substitutivas, constitutivas, etc.), funções de legislador positivo, derivadas de razões estruturais, em virtude de mudanças produzidas no conjunto das instituições por força do Estado Democrático e Social.

⁴⁶ Num ponto manifestamos discordância com Francisco Cavalcanti, qual seja o de que a superação da Súmula 339 – STF somente se dá no sentido de que o princípio da isonomia poderá justificar a ampliação do conteúdo de dispositivo legal, sem que tal configure usurpação de função legislativa, mas cumprimento à Constituição. No entanto, a aplicação de dito enunciado continua válida no que concerne à província estipendiária, por alterada a redação do art. 37, XV, da CF, e pelos termos categóricos do art. 61, §1º, II, *b*, desta.

⁴⁷ Sentença no MS 2004.84.00.003511 – 3 (Diário Oficial do Estado de 4-9-2004) e AMS 90.595 – PE (TRF – 5ª Reg., 4ª T., AMS 90.597 – PE, mv, rel. Edilson Nobre (Convocado), DJU – II de 8-11-2005).

⁴⁸ Ver Francisco Cavalcanti (2001, p. 155). Cristina M.M. Queiroz (2002, p. 238) sublinha que tal atributo deriva, de forma implícita, da atividade de controle dos tribunais constitucionais, não se pronunciando expressamente sobre vedação atribuível aos órgãos de jurisdição constitucional difusa.

Referências

ALONSO GARCIA, Enrique. *La interpretación de la constitución*. Madri: Centro de estudios constitucionales, 1984.

ANZON, Adele. *Il valore del precedente nel giudizio sulle leggi: l'esperienza italiana alla luce di un'analisi comparata sul regime del richterrecht*. Milão: Dott A. Giuffrè Editore, 1995.

BARBALHO, João Barbalho. *Constituição federal brasileira (1891): comentada*. Brasília: Senado Federal, 2002. (História Constitucional Brasileira).

BIN, Roberto; PITRUZZELA, Giovanni. *Diritto costituzionale*. 3. ed. Turim: G. Giappichelli, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 529-4, Distrito Federal, [199-?]. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 5 mar. 1993.

_____. _____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 896-0, Distrito Federal, [199-?]. Relator: Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 16 fev. 1996.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 1822, Distrito Federal, [199-?]. Relator: Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 10 dez. 1999.

_____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2251, Distrito Federal, 24 ago. 2000. Relator: Min. Sidney Sanches. *Informativo do STF*, Brasília, [2000?].

_____. Ação direta de inconstitucionalidade n. 2652, Distrito Federal, [200-?]. Relator: Min. Maurício Corrêa. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 14 nov. 2003.

_____. Recurso ordinário em mandato de segurança n. 22307, Distrito Federal, [199-?]. Relator: Min. Marco Aurélio. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 13 jun. 1997.

_____. Representação n. 1417-7, Distrito Federal, [198-?]. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 15 abr. 1988.

CAMPOS, Francisco. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Livraria F. Bastos, 1956. 2 v.

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

CAVALCANTI, Francisco. A inconstitucionalidade por omissão parcial e a revogação da súmula n. 339 do STF. In: BELLO FILHO, Ney de Barros (Coord.). *Estudos em homenagem a Dionísio Rodrigues Nunes*. São Luís: Seção Judiciária do Maranhão, 2001.

CERRI, Augusto. *Corso di giustizia costituzionale*. 3. ed. Milão: Giuffrè, 2001.

COELHO, Inocêncio Mártires. Constitucionalidade/inconstitucionalidade: uma questão política?. *Revista Jurídica Virtual*, [S. 1.], v. 13, [200-?]. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 8 abr. 2002.

_____. *Interpretação constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2003.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português: parte geral*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. I, t. I.

COSTA, José Manuel Cardoso da. Documentação e direito comparado. In: CONFERÊNCIA DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS EUROPEUS, 7., 1987, Lisboa. *Relatório geral*: Separata do suplemento do boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, p. 50, abr. 1987.

CRISAFULLI, V. *Comentario breve alla Costituzione*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1990.

CRUET, Jean. *A vida do direito e a inutilidade das leis*. Salvador: Livraria Progresso, 1956.

DANTAS, San Tiago. *Igualdade perante a lei e "due process of law"*: contribuição ao estudo da limitação constitucional do poder legislativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, p. 21, abr. 1948.

ELIA, Leopoldo. Le sentenze additive e la più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale. In: _____. *Scritti sul a giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli*. Pádua: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1985.

FERREIRA, Pinto. Igualdade (direito constitucional). In: FRANÇA, Limongi (Coord.). *Enciclopédia Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977. 42 v.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madri: Civitas, 1994.

GARCIA, Juvêncio Gomes. *Função criadora do juiz*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da constituição. _____. *Jurisdição constitucional*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: M. Fontes, 2003.

LAFUENTE BALLE, José María. *La judicialización de la interpretación constitucional*. Madri: COLEX, 2000.

LARENZ, K. *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*. Tradução e apresentação de Luiz Díez-Pacazo. Madri: Civitas, 1985.

LÉVY-BRUHL, Henri *Sociologia do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2000.

LOPES, Mônica Sette. *A equidade e os poderes do juiz*. Del Rey: Belo Horizonte, 1993.

LÓPEZ ULLA, Juan Manuel. *Orígenes constitucionales del control judicial de las leyes*. Madri: Tecnos, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

MENDES, Gilmar Mendes. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRANDA, Jorge de. *Manual de direito constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. 4 t.

_____. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 2001. 4 t.

- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à constituição de 1967*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967. 4 t.
- MODUGNO, Franco; CARNEVALE, Paolo. Sentenze additive, soluzione costituzionalmente obbligata e declaratória di inammissibilità per mancata-indicazione del verso della richiesta addizione. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, ano XXXV, p. 522. 1990.
- MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues Brasília: Universidade de Brasília, 1982.
- NOGUEIRA, Octaviano. *Constituições brasileiras*. 2. ed. Brasília: Senado Federal, 2001. t. I.
- PAOLO DOLSO, Gian. Le sentenze additive di principio: profili ricostruttivi e prospettive. *Giurisprudenza Costituzionale*, Milão, ano XLIV, p. 4109-4165, nov./dez. 1999.
- PÉREZ TREMPES, Pablo. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.
- PIMENTA BUENO, José Antônio. Direito público brasileiro e análise da constituição do império. In: KUGELMAS, Eduardo (Org.). *Coleção formadores do Brasil*: Marquês de São Vicente. São Paulo: Editora 34, 2002.
- PORTALIS, Jean Étienne Marie. *Discurso preliminar al código civil francés*. Madri: Civitas, 1997.
- PUGIOTTO, Andréa. Dottrina del diritto vivente e ridefinizione delle sentenze additive. *Giurisprudenza costituzionale*, Milão, ano XXXVII, p. 3675, set./out. 1992.
- QUEIROZ, Cristina M.M. *Direitos fundamentais: teoria geral*. Coimbra: Coimbra, 2002.
- ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- _____. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- ROSS, Alf. *Teoría de las fuentes del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1999.
- SCHMITT, Carl. *La defensa de la constitución*. 2. ed. Tradução de Manuel Sanchez Sarto. Madri: Tecnos, 1998.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TORRES MURO, Ignacio. La constitución española de 1978: sinopsis: comentário ao art. 164. *Saludo de bienvenida*, Madri, [200-?]. Disponível em: www.congreso.es//constitución. Acesso em: 28-03-2005.
- VILLAVARDE MENÉDEZ, Ignacio. *La inconstitucionalidad por omisión*. Madri: McGraw-Hill, 1997.
- WOLF, Christopher. *La transformación de la interpretación constitucional*. Madri: Civitas, 1991.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 6. ed. Madri: Trotta, 2005.
- _____. *La giustizia costituzionale*. Bolonha: Società editrice il Mulino, 1977.

Identidade, territorialidade e futuro das comunidades rurais negras no Brasil

René Marc da C. Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Os negros de Rio das Rãs: a construção da territorialidade negra, uma outra história. 3. O conflito fundiário e a construção da identidade. 4. Territorialidade e legislação. 5. A ideologia colonial de dominação. 6. Legislação e inviabilidade da territorialização negra. 7. Para além do artigo 68. 8. O quilombo e a diversidade da experiência negra.

1. Introdução

Em 1988, em decorrência da ação de setores organizados da sociedade, principalmente do movimento negro, a Constituição brasileira incluiu em seu texto o importante artigo nº 68¹, que diz: “aos remanescentes das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhes os títulos respectivos”. Esse dispositivo legal chamou a atenção do país para um problema até então pouco percebido: a existência de uma questão fundiária relacionada à trajetória dos grupos negros que se formaram ao longo da história do Brasil, muitos deles remanescentes de antigos quilombos que, no interior do país, inventaram sociedades alternativas à escravidão. Vários desses grupos, principalmente os situados no interior, mantiveram seus modos tradicionais de vida, cultivando – alguns, durante séculos – costumes, práticas, crenças e idiomas próprios da cultura negra. Não eram os proprietários das terras

René Marc da C. Silva, doutor, é Professor Efetivo do Mestrado em Direito no Centro Universitário de Brasília – UniCeUB, em Brasília.

onde viviam (nem se importavam em sê-lo), mas eram seres livres, que se sentiam senhores dos lugares onde residiam – ou, melhor dizendo, dos lugares onde se escondiam, já que muitas dessas comunidades, isoladas no interior de estados como Bahia, Goiás, Minas Gerais, Mato Grosso, Maranhão, etc. eram de muito difícil acesso.

Contudo, quando essas comunidades começaram a ser alcançadas pela chamada “civilização” – isto é, quando lá chegaram estradas, meios de transporte, empresas, órgãos governamentais, etc. –, as terras dos negros, valorizadas, passaram a ser alvo de cobiça por parte de vários setores sociais. Entre esses, destacaram-se os grileiros, falsos proprietários que, à custa de ações armadas, tentaram (e muitas vezes conseguiram) expulsar os antigos habitantes, destruindo-lhes os meios de vida e a cultura. Essa situação desesperadora principiou a apresentar perspectivas de mudança a partir de 1988/89, quando, com base no artigo 68 da Constituição, vários grupos rurais negros, começando pelos do norte do país, deram início aos procedimentos para obter os títulos legais das terras que ocupavam e, assim, ficar a salvo da ação de grileiros e congêneres, defendendo suas terras e sua cultura. Para tanto, as comunidades precisam provar, entre outras coisas, que seus habitantes são descendentes de antigos quilombolas estabelecidos na região.

Aqui, entretanto, começam os problemas. O artigo 68, ao mesmo tempo em que se constituiu em um avanço sem precedentes, não apenas no campo jurídico do direito à terra, mas inclusive no campo político e das relações sociais, privilegia, no entanto, apenas uma trajetória – a de remanescente de quilombos –, entre os múltiplos caminhos históricos das comunidades negras no Brasil. Ora, isso tem criado uma poderosa ambigüidade na consciência dos grupos rurais negros, muitos dos quais sabem que não descendem de quilombos, mas compreendem também que tal descendência é, no momento, quase a única alternativa eficaz,

à disposição deles, para tentar legalizar a propriedade sobre suas terras ancestrais.

Este ensaio estuda uma comunidade negra específica – o grupo rural de Rio das Rãs, instalado há séculos no extremo oeste da Bahia –, desvenda-lhe a história, a memória, os anseios, as lutas pela terra, assim como seu enorme esforço para reconstruir a identidade do próprio grupo, a fim de atender ao disposto no artigo 68 e obter a propriedade jurídica sobre as terras onde moram. A partir desse estudo de caso, tentamos problematizar a construção histórica da territorialidade negra; a maneira como ela vem sendo pensada juridicamente no país; e seus limites. Nosso objetivo é levar adiante os esforços feitos até aqui, apontando a necessidade de criar ações e dispositivos jurídicos amplos, capazes de reduzir o impacto uniformizador que os mecanismos legais atuais, principalmente o citado artigo 68, produzem no conjunto da diversidade histórico-cultural das comunidades negras do interior do Brasil.

2. Os negros de Rio das Rãs: a construção da territorialidade negra, uma outra história

Desde os fins do século XVIII e ao longo de todo o século XIX, regiões do país em processo de franca decadência ou em clara estagnação econômica, como é o caso da região agropastoril do sertão baiano de Rio das Rãs², foram palco da ocupação de um significativo contingente populacional de negros livres ou libertos, que se constituíam em pequenos produtores, posseiros, sitiantes, foreiros e agregados e se estabeleciam em terras devolutas ou em áreas não aproveitadas no interior das próprias fazendas.

Esse é precisamente o caso dos “negros de Rio das Rãs”. A região de Rio das Rãs, situada no sudoeste da Bahia, está localizada no interior do perímetro formado pelas cidades de Bom Jesus da Lapa, Caetitê e Guanambi. A chegada dos negros à região

remonta aos finais do século XVIII, inícios do século XIX.

O estabelecimento dessas populações num contexto de prosperidade econômica e valorização das terras ensejaria naturalmente graves conflitos, disputas e tensões; todavia, nas circunstâncias em que ocorreu, isto é, num momento de retração econômica, pauperismo, fome e epidemias que assolavam o sertão desde os fins do século XVIII, pouco se verificou nesse sentido.

No caso específico do sertão de Rio das Rãs, a crise das grandes fazendas de criação de gado – crise de largo espectro, posto que incidia sobre a atividade econômica hegemônica da região – foi de certa forma contida, pelo menos durante as primeiras décadas do século XIX, em seus efeitos mais devastadores, justamente pela valorização da exploração de novas culturas, como as de algodão, o desenvolvimento dos engenhos e o impulso do cultivo em torno da cana-de-açúcar. Além disso, o longo período de decadência do latifúndio pecuarista do sertão propiciou também o engrossamento e o crescimento, em importância econômica, de uma camada social de posseiros, sitiantes, camponeses e arrendatários (em sua maioria negros) dedicados à lavoura produtora de gêneros alimentícios de subsistência e pequenos excedentes para o comércio com as regiões periféricas.

Os primeiros antepassados dos negros atualmente moradores de Rio das Rãs puderam ser identificados na região já para os fins do século XVIII e nas primeiras décadas do século XIX. Inseridos no cenário acima delineado, esses primeiros antepassados foram lentamente construindo a comunidade negra, inclusive, e sobretudo, por um regime intenso de casamentos em torno de alguns poucos troncos originais. A comunidade negra de Rio das Rãs formou-se, ao longo de sua história, fortemente endogâmica. A própria ocupação do território até hoje identificado por eles como sendo o seu território é, em parte, fruto de articulações entre casamentos no interior da comunidade

e o desenvolvimento dos grupos domésticos, sobre as terras definidas pelas parentelas.

O processo de constituição da comunidade foi detonado também por fatores e acontecimentos históricos bem determinados. Por conta da extensa crise econômica e da forte retração das principais atividades produtivas na região, os primeiros negros chegados à área puderam ali se estabelecer com relativa tranqüilidade, desenvolvendo sua lavoura (uma pequena produção de alimentos que, com o passar dos anos, forneceria a subsistência do núcleo familiar negro camponês e das próprias fazendas da localidade) como posseiros e camponeses livres. Todavia, a primeira turbulência não demoraria a ocorrer. Em 1808, o português Antônio Pereira Pinto adquiriu ao Conde da Ponte a fazenda Rio das Rãs, estabelecendo a nova sede da fazenda próxima ao local onde se aglutinava o conjunto das famílias negras camponesas. Desalojados pelas atividades pecuaristas do fazendeiro português, os negros dispersaram-se para mais longe, no interior ainda da própria fazenda, contudo mais para perto do rio São Francisco, bem longe da sede.

Em 1813, a fazenda Rio das Rãs foi novamente vendida; dessa vez, para o Capitão Anacleto Teixeira de Araújo. Entretanto, com a morte do Capitão, a fazenda tornou a mudar de mãos, transferida em herança para seu irmão, o Coronel Francisco Teixeira de Araújo. Essa transmissão de propriedade traria nova mudança da sede da fazenda, agora para o Bom Retiro, local dentro dos limites da própria fazenda, nas proximidades do lugar para onde os camponeses negros já haviam anteriormente sido obrigados a mudar. O novo deslocamento da sede da fazenda desorganizou, mais uma vez, o modo de vida negro-camponês.

A partir desse momento, como forma de resistir às ações desagregadoras, o lento processo de interpenetração dessas famílias negras, que vinha ocorrendo desde o século XVIII, acelerou-se. Era uma forma de aumentar a coesão grupal, para fazer frente às

ameaças dos novos donos, e, por outro lado, de enfrentar a restrição cada vez maior à área disponível ou desocupada, própria às atividades de lavoura dos negros livres. Em uma área mais restrita, o trabalho na terra e o sustento da família ficava naturalmente mais difícil. As práticas tradicionais de mudança constante da área plantada, o repouso e a troca dos campos, a solta da criação, a própria disponibilidade de madeira viram-se, com certeza, bastante prejudicadas. Tais fatores, evidentemente, contribuíram para aproximar, unir e desenvolver famílias extensas na região. Como o acesso à terra condicionava os modos de organização do trabalho (isso se verifica na comunidade até hoje), os quais, por sua vez, são, em última análise, definidos por critérios e posições específicas na rede de relações sociais (principalmente as familiares), o desenvolvimento de extensas parentelas constituiu-se na alternativa encontrada para fazer frente e se reacomodar às dificuldades encontradas para o estabelecimento em terras desocupadas e à própria distribuição das áreas de cultivo e exploração.

Após essas turbulências – todas circunscritas à primeira metade do século XIX –, como a crise econômica regional se tornava cada vez mais aguda, ao longo de todo o século, nenhum outro empreendimento ou atividade econômica de monta foi tentado na região das Rãs, por parte de qualquer fazendeiro branco. Pelo contrário, a persistência da situação de crise e decadência econômica não apenas deprimiu o desempenho do carro-chefe da economia local, a pecuária, como também aviltou o valor de mercado das terras dos grandes latifúndios daquele sertão. O que se viu, a partir daí, foi um processo de queda demográfica acentuada na região, e de abandono das terras pelos grandes proprietários, que se mudavam para as cidades, deixando as terras geralmente por conta de um capataz ou gerente. Crise, abandono, depreciação do preço das terras foram ingredientes que, articulados, promoveram uma intensa fragmen-

tação daquelas imensas propriedades do sertão baiano de Rio das Rãs.

Essa fragmentação do latifúndio no sertão não teve como contrapartida a aquisição jurídica formal da terra pelo grupo negro que vivia no local. Nesse sentido, a Lei de Terras nenhum papel desempenhou para a permanência sobre a terra dos grupos de pequenos produtores, posseiros e sítiantes negros. Se o contexto de crise reduziu o preço nominal das terras, elas continuavam, ainda assim, dado o contexto de miséria no qual estava mergulhada a região, fora do alcance real daquelas pessoas.

De outra maneira, a posse informal, a vivência continuada do grupo rural negro sobre as terras praticamente abandonadas das fazendas da região, é que foi a tônica. Tais terras passaram, assim, ao largo de todas as inovações jurídicas de adequação e de modernização da estrutura agrária nacional ao contexto do capitalismo internacional. O conjunto de leis que, a partir de meados do século, passou a regular o acesso à terra e o trabalho sobre ela, por sua vez, fazia o possível para ignorar esses grupos rurais negros. A legislação, como vimos, orientava-se menos e menos, nesse momento, no sentido de contemplar a realidade específica das terras ocupadas por tais grupos; fazia muito mais sentido e voltava-se, de outro modo, para as terras crescentemente valorizadas do sudeste cafeeiro do que exatamente para as terras desvalorizadas do sertão nordestino.

O grupo negro pôde então desenvolver, em relativa tranquilidade, um modo de vida, hábitos, costumes, tradições e uma história própria de camponeses negros sobre a terra – melhor dizendo, uma territorialidade –, em quase tudo isolados da sociedade branca envolvente.

3. O conflito fundiário e a construção da identidade

Durante toda a segunda metade do século XIX, e até pelo menos a segunda meta-

de da década de 70, os negros moradores de Rio das Rãs viveram praticamente sem os sobressaltos ou as ameaças significativas aos seus tradicionais modos de vida, seus costumes, seu regime de trabalho ou seu cotidiano de pequenos posseiros, pequenos produtores e agregados que, há um século e meio, seus antepassados já experimentavam na região.

Todavia, já nos inícios da década de 1970, por conta de uma certa revitalização econômica da região e da cobiça especulativa em torno daquelas terras, as pequenas intranqüilidades e ansiedades próprias de toda pessoa ou família que vive diretamente da terra – a inconstância das chuvas, as boas ou más colheitas etc. – transformar-se-iam num pesadelo de outra ordem e magnitude para as numerosas famílias de pequenos produtores rurais negros. Tratava-se da ameaça de expropriação, expulsão e perda de suas terras, as mesmas onde gerações de antepassados haviam produzido e reproduzido suas vidas, seus costumes e tradições.

As primeiras ações concretas de grilagem e ocupação do território negro começaram em 1972, por parte dos fazendeiros que se diziam *proprietários* da fazenda (a família Teixeira) e restringiram as áreas onde os negros podiam cuidar e plantar suas roças. No ano de 1974, o conflito se radicalizaria. Nesse ano, a mando dos Teixeiras, jagunços derrubaram cercas de um grande número de roças, colocaram o gado da propriedade para pisar e comer as plantações, impediram a pesca e limitaram o acesso do grupo negro aos mananciais de água. Não satisfeitos, derrubaram casas e destruíram uma capela, local de culto e oração dos membros evangélicos da comunidade.

Em 1982, porém, o conflito eclodiu dramaticamente. Como o impasse entre os negros e os Teixeiras permanecia insolúvel, Fernando Teixeira decidiu abrir sociedade com o Sr. Carlos Nilton Vasconcelos Bonfim, empresário agroindustrial e morador da cidade de Guanambi. Nessa negociação,

parte das terras da fazenda Rio das Rãs foi transferida para a nova empresa recém-instituída, o grupo Bial-Bonfim Indústria Algodoeira Ltda.

O avanço da destruição e da desorganização provocada pelos fazendeiros brancos no interior da comunidade negra era bastante visível já em 1985. Nesse ano, em duas das localidades da comunidade negra, Joá e Rio das Rãs, haviam sido destruídas 127 residências, e a proliferação das cercas de arame farpado, colocadas pelos fazendeiros (que avançavam pelas terras de cultivo da comunidade), era responsável pela transformação das antigas roças em terras de pastagem, gerando, conseqüentemente, fome e diversas necessidades que passaram a assolar o grupo negro.

As famílias, sem condição de acesso às áreas de cultivo, passaram a ser mantidas por instituições que defendiam os direitos dos trabalhadores no campo, como o Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Bom Jesus da Lapa, a Igreja Católica, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) e algumas famílias da comunidade negra de Rio das Rãs que ainda conseguiam, mediante liminares e ações na justiça, o direito de acesso às terras de plantio nas áreas de vazante do rio São Francisco. Em 1988, ocorreu o desapossamento de 60 famílias originárias das localidades de Rio das Rãs, Aribá, Enchú e Retiro, que se agregaram àquelas que já se amontovam na Brasileira. Nesse ínterim, Carlos Bonfim construiu a sede da fazenda no interior da parcela de terras que passou efetivamente a ocupar.

Em 1989, a comunidade, inicialmente representada por 70 famílias, iniciou um processo na área jurídica, o qual resultou na primeira ordem de reintegração de posse, possibilitando que as famílias de moradores voltassem a ocupar as localidades de onde haviam sido compulsoriamente retiradas.

A presença da CPT (Comissão Pastoral da Terra), inicialmente esporádica, a partir de 1991 passou a ser mais efetiva. O Movi-

mento Negro Unificado – seção Brasília – se associou à luta em 1991 e, em 1992, já possuía um dossiê completo sobre a questão, inclusive com documentos e fotos. Ainda em 1991, o grupo negro passou a contar com o apoio integral de um deputado federal, Alcides Modesto, do Partido dos Trabalhadores (PT) da Bahia.

Com a radicalização do conflito com os fazendeiros, a partir da década de 80, a comunidade de sítiantes negros e camponeses da região das Rãs, que, nos primórdios da contenda, orientou e encaminhou a luta especificamente no campo do conflito fundiário – apoiada, nesses primeiros tempos, unicamente no Sindicato dos Trabalhadores Rurais de Bom Jesus da Lapa e no Bispo da cidade –, foi lentamente percebendo a necessidade de redirecioná-la. A morosidade e ineficiência da justiça local no campo das questões fundiárias e a limitação das ações impostas pelo poder que os fazendeiros tinham sobre as autoridades na região, além da ausência completa de legislação ordinária sobre qualquer tipo de ocupação étnica e coletiva da terra, obrigaram os negros e seus aliados, passo a passo incorporados ao conflito, à redefinição dos rumos da luta. A partir de 1991, com a entrada, para o campo aliado, dos negros do movimento negro e do deputado federal Alcides Modesto, as ações foram deslocadas para o âmbito da Justiça federal. Por essas vias, provocaram a interferência da Procuradoria Geral da República, sugerindo o possível enquadramento da comunidade negra em uma situação prevista pela Constituição de 1988 (o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias): o de remanescentes de quilombos.

A Procuradoria imediatamente organizou uma equipe de antropólogos e historiadores, com o objetivo de levantar elementos sobre o grupo negro, sua história, suas tradições e práticas culturais e definir, por meio de um laudo pericial, seu perfil sócio-histórico, até mesmo para instrumentalizar possíveis futuros procedimentos legais.

Em fins de 1993, o laudo concluía por ser remanescente de quilombo o grupo negro de Rio das Rãs. A partir daí, a luta no campo judicial foi completamente remanejada, no sentido de inserir o caso particular da comunidade negra de Rio das Rãs nas medidas previstas pelo artigo 68.

Todas essas transformações, juntamente com as dificuldades encontradas no caminho da luta estritamente fundiária, acabaram por exigir também dos próprios negros intensos esforços para a construção de uma identidade para o grupo; ou, melhor dizendo, para uma readaptação de sua identidade camponesa, que contivesse as características próprias de uma identidade de combate pela terra, mas que também, por outro lado, fosse de descendentes de quilombolas, para trazer maiores chances de sucesso nas ações jurídicas.

Foram enormes as dificuldades que os negros de Rio das Rãs e seus aliados dos primeiros momentos encontraram para encaminhar a luta como um conflito fundiário. Espremidos entre as dificuldades impostas pelo INCRA e a morosidade em definir as terras da fazenda Rio das Rãs como terras disponíveis para fins de reforma agrária, e, por outro lado, sem conseguir titular a terra pela via do usucapião, a alternativa quilombola só poderia aparecer como muito bem-vinda, para substituir a até então pouco eficiente luta camponesa pela terra. Até porque as duas primeiras alternativas implicavam uma titulação parcelar da terra, inconveniente à comunidade negra, em função do potencial nela embutido de desagregação de um modo de vida secular próprio do grupo e da territorialidade negra construída.

Entretanto, maiores dificuldades se somavam em outra dimensão. As mudanças de eixo e direcionamento de uma luta definida originalmente como sendo de camponeses negros para uma outra que os reivindicava agora como remanescentes de quilombolas exigiram também amplas iniciativas (de cada um e de todos os membros da

comunidade) concretas, práticas, de adaptação e reelaboração da história e da identidade do grupo. Esse desafio, centrado no trabalho sobre a memória coletiva, foi absolutamente fundamental para a reelaboração da identidade passada – de camponeses, sitiantes e roceiros, nos discursos dos negros sobre sua história, suas origens e sua longa permanência nas terras de Rio das Rãs – e sua transformação, no presente, para a de remanescentes de quilombolas.

4. Territorialidade e legislação

A história de Rio das Rãs não foi isolada, nem constituiu exceção no Brasil. Ao contrário, está imbricada aos principais momentos de constituição de um tipo de modelo fundiário no Brasil, bem como à forma como a questão étnica foi – ou deixou de ser – relacionada à questão fundiária no país. Para entender tais relações e melhor embasar nossas conclusões, a partir deste momento nosso texto se afastará, durante alguns parágrafos, de Rio das Rãs, para apresentar algumas questões de fundo histórico e teórico mais amplo.

A preocupação jurídica com a territorialidade negra é muito recente. Desde a promulgação da Lei de Terras, em meados do século passado, atravessando as várias constituições do país, terra e etnia foram tratadas separadamente, isto é: a tônica foi a desetnização da terra, ou seja, a desterritorialização do grupo social negro, notavelmente refletida no âmbito dos mecanismos e dispositivos jurídicos, até a Constituição de 1988 pôr fim parcial a essa tradição. Tais constituições, incluso também o conjunto de leis ordinárias específicas, simplesmente silenciaram a respeito do assunto; mesmo as leis elaboradas depois da Abolição – que poderiam ter tentado reduzir, por meio de mecanismos legais privilegiados de acesso e regularização da terra, o descompasso socioeconômico causado por séculos de escravidão sobre o conjunto populacional negro – nada estipularam sobre o assunto, respal-

dando, ao contrário, um tipo de inserção do negro na sociedade de classes sem maiores cuidados e proteção.

O que nos parece interessante é que esse esquecimento, essa omissão, o silêncio da lei sobre as condições particulares de inserção do negro na sociedade de classes também têm história. A história desse silêncio, por sua vez, sempre esteve em conformidade com a ideologia de dominação instituída na colônia, com ela traçando uma nítida linha de continuidade. Por diversas maneiras, a legislação construiu, reconstruiu ou adaptou os velhos mecanismos de desetnização, de desistoricização e desterritorialização sistemática do contingente não-branco. Dessa maneira, transformou-se o negro progressivamente em um igual genérico, ao mesmo tempo em que a este só era permitido diferenciar-se pela *raça* e por sua condição social; isto é, como negro e pobre, como expropriado.

5. A ideologia colonial de dominação

A orientação básica da ocupação do território brasileiro inseriu-se, desde os primeiros passos da história do país, nos quadros e horizontes do antigo sistema colonial português. Este implementou um modelo de apropriação e distribuição da terra que operava também a partir de uma ideologia de superioridade e estratificação étnica, representada quase sempre pela oposição genérica: *crístãos/civilizados* (portugueses) X *selvagens, pagãos, primitivos ou bárbaros* (negros e índios).

Dado que, para o colonizador português, a superioridade era intrínseca à sua etnia, todas as etnias que não fossem originalmente européias eram evidentemente inferiores e, portanto, sujeitas à escravidão e à expropriação. A dominação branca e a subordinação dos não-brancos³ se constituíam, então, não só na própria lógica da expansão colonial, mas se desdobravam também na lógica da produção de um espaço social branco pelo país e na negação ra-

dical da possibilidade efetiva de constituição de um espaço social negro. No interior dessa lógica, se a expansão territorial era a ponta de lança da expansão da etnia dominante, e se todos os considerados inferiores estavam virtualmente sob o seu domínio, também o território e o espaço social do “outro”, da alteridade radical do português, eram considerados virtualmente adstritos à etnia hegemônica, eram embranquecidos, eram etnicizados.

A contrapartida dessa etnização do território era a fragmentação da identidade original dos não-europeus e a impossibilidade de sua territorialização⁴. Isto é, o que se afirmava era a impossibilidade radical desses grupos de se constituírem em sociedades autônomas ou semi-autônomas, ou mesmo a inviabilidade delas de se autode-terminarem.

No sistema escravista colonial, mesmo os não-brancos livres ou alforriados (pardos, mulatos, etc.), prestadores de serviços vários, tinham, no máximo, um pouco mais de possibilidades – pela posição um pouco melhor que ocupavam na hierarquia social – de se constituírem em pequenos posseiros ou pequenos produtores de alimentos; mesmo assim, e até mesmo por causa disso, mais possibilidades de serem absorvidos individualmente pela sociedade escravista. No caso específico dos negros escravos, estes eram vistos em função das determinantes econômicas do sistema colonial, fundamentalmente como mão-de-obra e não como cidadãos; estavam legalmente impedidos, por isso, de terem a terra como propriedade particular sua (MALHEIRO, 1976, p. 35). Nesse sentido, pode-se dizer que a ideologia de dominação colonial se apresentava ao conjunto da população negra e não-branca, considerada em conjunto, como etnicamente expropriadora. Dessa maneira, a escravidão, no período colonial, predeterminou e contextualizou diretamente, durante séculos, as relações interétnicas da sociedade brasileira e breçou, em termos formais, as possibilidades da territorialização negra.

Enquanto sistema de trabalho, mas também como instrumento de um projeto social amplo, a escravidão foi o campo em que se desenvolveram numerosas estratégias de objetivação dessa dominação, com o intuito de esvaziar o explosivo potencial de subversão e rebelião da massa de escravos. As principais estratégias, nesse sentido, talvez tenham sido o afastamento dos escravos africanos de uma mesma etnia do convívio próximo e cotidiano ou mesmo aquela que obrigava ao aprendizado e uso do português como língua do trato comum.

Além da óbvia intenção de disciplinarização da massa de escravos subordinada, todas essas estratégias tinham também o claro objetivo de manipular e fragmentar a identidade social original dos africanos dos diversos grupos ou nações trazidos para o país e de estrangular, na raiz, as possibilidades de interação e coesão sob padrões étnicos do contingente escravo. Mais do que isso, tais medidas, ao esvaziarem o conteúdo étnico distintivo de cada grupo social específico de escravos, preparavam as condições de vigência de representações que identificavam as práticas culturais, a história e a memória negra como parte subordinada e complementar da etnia dominante. Em oposição ao branco, todos eram negros, todos eram subalternos e cumpriam todos seu papel determinado na objetivação do projeto social e colonial português. Então, ao mesmo tempo em que se desetnicizava o espaço social do negro, estabelecia-se um sistema de complexa hierarquia étnica e social que destinava a esse um lugar máximo de subordinação e desprestígio diametralmente oposto, mas também complementar ao do branco.

Ainda, e principalmente por esses mecanismos, ao se sufocar, por um lado, os elementos culturais contrastivos e distintivos mais radicais dos grupos negros subordinados e propiciar um enfraquecimento de sua resistência, tornando a assimilação e hegemonia sobre alguns elementos de cultura menos problemática, inviabilizava-se,

por outro, o seu enraizamento, isto é, a capacidade desses grupos de transferirem para a terra sobre a qual viviam elementos simbólicos próprios de uma história coletiva particular e práticas culturais diferenciadas.

6. Legislação e inviabilidade da territorialização negra

Essa ideologia, desde o período colonial, fundamentou-se no esvaziamento das possibilidades de agrupamento e coesão étnica dos escravos, visto serem elas percebidas como elemento potencial de subversão e inconformismos. Em lugar de tolerar a continuidade cultural de origem dos diversos grupos ou nações de negros trazidos como escravos, o projeto social escravista esforçou-se, como forma de defender-se e de preservar sua condição, em promover e estimular “a produção recorrente do dessemelhante, do estrangeiro” entre a escravaria. Essa prática foi tão radical que até mesmo “o *status* comum de escravos não era suficiente para aparar as arestas entre uns e outros. Ao contrário, é provável até que o cativo contribuiu para exasperar as diferenças que os constituíam, em mais de um sentido” (FLORENTINO; GÓES, 1997, p. 35).

Ao mesmo tempo em que se fomentava a pulverização étnica da massa escrava em indivíduos desenraizados, inviabilizava-se, por outro lado, a constituição e o reconhecimento de grupos ou coletividades a partir de padrões étnicos e culturais. A desetnização da massa escrava (o esvaziamento das possibilidades de coesão e agrupamento baseado em padrões étnicos) permitiu ao sistema construir representações que deslocavam o reconhecimento das diferenças, entre os grupos sociais, da dimensão étnica para a dimensão racial, isto é, ao se esvaziar o caráter étnico identitário particular do escravo e transformá-lo em elemento racial genérico – um simples negro –, eliminava-se a contrastividade radical entre os elementos culturais distintivos dos grupos de es-

cravos mais incompatíveis com as práticas culturais e os valores étnicos dominantes, podendo-se, a partir daí, assumi-los como complementares e subordinados.

O plano das relações étnicas concebido, a partir disso, como blocos raciais desetnizados (brancos genéricos de um lado, negros genéricos de outro), ao impedir a emergência da diferença contrastiva e distintiva radical própria de um contexto étnico múltiplo e variado, transformava aquilo que era dissonância em complementaridade⁵. Mesmo no caso dos não-brancos livres, somente a apropriação pura e simples da terra era factível, não o sendo, todavia, a territorialização. Como dissemos antes, não são desconhecidos da historiografia casos de mulatos ou pardos livres à frente de uma pequena posse ou gleba de terra. Um dos fatores responsáveis por isso era, é evidente, a condição essencial da liberdade, mas também a condição fundamental da descaracterização completa de uma apropriação coletiva da terra, etnicamente matizada.

A Lei de Terras de 1850 continuou cumprindo à risca o que traçava o período colonial, mas por outros mecanismos. Com a terra transformada em mercadoria, o acesso a ela se fazia, a partir de então, por meio da compra e venda. No caso das terras ainda sem proprietário definido, permitia-se sua apropriação pelo apossamento puro e simples, com o compromisso do posterior resgate, ou elas eram incorporadas automaticamente ao patrimônio da União, sob a rubrica de terras devolutas. A idéia genérica subjacente à Lei de Terras era de que a todos (os livres) era permitido o acesso à terra, desde que tal apropriação se desse a partir dos critérios definidos pela lógica *igualitária* do mercado.

Todavia, para além da desigualdade óbvia entre brancos e negros, no que tange à capacidade de geração e posse de recursos para a compra de terras – legado da escravidão –, a prática social, a estrutura e as formas de domínio político e jurídico da sociedade branca ainda tornavam praticamente

inviável à população negra a luta coletiva pela terra. Basta dizer que a escravidão, como instituição social e jurídica, subsistiria ainda por quase quatro décadas à Lei de Terras.

Com relação aos não-brancos livres, se, a partir da Lei de Terras, a ideologia racial referida passava a ser cada vez menos explícita na estrutura jurídico-formal do país, as novas formas de desterritorialização que criava eram, todavia, da mesma forma eficientes. A Lei de Terras foi, talvez, o primeiro passo concreto no sentido de progressivamente abolir as regulamentações e regimentos sociais hierárquicos tradicionais que se interpunham entre os agentes sociais e o acesso à terra, e de adequar o país, mesmo que num sentido subordinado, à expansão dos mercados e ao desenvolvimento do capitalismo internacional (COSTA, 1994, p. 139).

Segundo Polanyi (1980, p. 69,167), a emancipação do mercado em relação às formas de controle social, a partir do século XIX, produziu um aniquilamento de

“todas as formas orgânicas de existência e [as substituiu] por um tipo diferente de organização atomista e individualista. Tal esquema de destruição foi ainda mais eficiente com a aplicação do princípio da liberdade de contrato. Na prática, isso significava que as organizações não-contratuais de parentesco, vizinhança, profissão e credo teriam que ser aniquiladas pois elas exigiam a aniquilação do indivíduo e restringiam, portanto, sua liberdade”.

Da mesma forma, nas sociedades modernas, diz Dumont (1982, p. 16,17),

“as relações entre homens estão subordinadas às relações entre os homens e as coisas (...) [e] estreitamente ligada a esta inversão de primazia, encontramos na sociedade moderna uma nova concepção da riqueza (...) rompido o laço entre a riqueza imobiliária e o poder sobre os homens, a riqueza mobiliária adquire plena autonomia”.

Vale dizer, autonomia das estruturas econômicas em relação às estruturas e valores sociais. Nessas condições, evidentemente que a apropriação da terra seria inviável como *territorialização*.

É precisamente nesse sentido que a Lei de Terras pode ser encarada como parte dos primeiros movimentos da modernização social e econômica no Brasil. Isto é, como parte de um processo de modernização que exigia o desenvolvimento de um mercado que transformava formalmente todos os *indivíduos* em agentes potencialmente iguais, distinguidos unicamente por suas condições econômicas. Evidentemente que, no âmbito de um tal processo, a legislação não podia contemplar a diferença étnica e o acesso coletivo à terra como capital privilegiado.

Ao longo de toda a segunda metade do século XIX, o conjunto de leis que instrumentalizaram a abolição lenta e gradual do escravismo, dada a perspectiva incontornável da abolição do trabalho compulsório, obrigou a se pensar seriamente a adaptação da hierarquia social do velho mundo escravista a um contexto de relações de trabalho livres. A Lei de 1879, que regulava o trabalho sob contrato na agricultura, ainda implicava, contudo, diferenças de obrigações contratuais para estrangeiros, brasileiros e libertos (LAMOUNIER, 1988). Para esses últimos, a Lei de 1879 deixava entrever a “indefinição da cidadania do liberto. Ele não era nem estrangeiro, nem brasileiro” (BANDEIRA, 1990, p. 16).

Tal lei deixava claro, ainda, em suas entrelinhas, portanto, o mesmo eixo delineado no período colonial: o negro nem era brasileiro nem possuía a identidade de seu grupo étnico de origem, era apenas um negro; vale dizer, a ele, no fim das contas, só era permitida, no máximo, uma identidade fragmentada. A fragmentação da identidade básica de uma pessoa ou grupo social é talvez a forma mais radical de desterritorialização ou desenraizamento, posto que se apresenta como a supressão, o ofuscamento ou a distorção do passado, da memória e

da história desse grupo. Gusmão assegura que “a memória é o caminho pelo qual [os grupos] percorrem os espaços da vida e constroem a imagem de si e da terra particular, no tempo. Um tempo que unifica a origem e destino de cada um e de todos com relação ao território” (GUSMÃO, 1995, p. 71).

No que tange às possibilidades de apropriação étnica coletiva da terra pelos grupos não-brancos, a consequência mais direta dessa negação foi, evidentemente, o aprofundamento do desenraizamento negro. Em uma das passagens mais bonitas de sua obra, também Weil (apud BOSI, 1979, p. 347) afirmava que

“o enraizamento é talvez a necessidade mais importante e mais desconhecida da alma humana. É uma das mais difíceis de definir. O ser humano tem uma raiz por sua participação real, ativa e natural na existência de uma coletividade que conserva vivos certos tesouros do passado e certos sentimentos do futuro. Participação natural, isto é, que vem automaticamente do lugar, do nascimento, da profissão, do ambiente. Cada ser humano precisa ter múltiplas raízes. Precisa receber quase que a totalidade de sua vida moral, intelectual, espiritual, por intermédio dos meios de que faz parte naturalmente”.

É evidente, portanto, que essa legislação não estava preparada para contemplar o acesso à terra de grupos sociais específicos com territórios caracterizados etnicamente.

Somente com a Abolição se colocaria um fim a essa indefinição da cidadania negra. A Lei da Abolição proclamava a igualdade jurídica plena entre negros e brancos, porém no momento em que a fragmentação da identidade negra parecia irremediavelmente consolidada. Talvez por isso, e exatamente nessa medida, é que silencie sobre como integrar o negro no quadro e na plenitude de seus direitos, diante dos problemas legados por séculos de escravidão. O negro passou de negro e escravo para negro e trabalhador

livre, todavia continuou sendo o negro genérico, sem história específica, sem tradições que não fossem complementares e subordinadas à história do branco no país. Ora, se não se constituíam em um grupo, nesse sentido específico e particular, não mereceriam, naturalmente, nenhuma atenção específica da lei. No âmbito dessa concepção, a Lei da Abolição eximia-se da obrigação de prever qualquer dever ou responsabilidade da sociedade ou do Estado em relação ao enorme déficit promovido por séculos de escravidão.

Por conta disso, tudo se passa como se a outorga da liberdade pura e simples fosse capaz de integrar, sem maiores problemas, o conjunto populacional negro na sociedade de classes. No pensamento dominante, negros e brancos continuariam ocupando os mesmos lugares sociais que o destino legou a eles, apenas em um contexto novo de liberdade. A idéia que se tinha era de que

“a nação brasileira ao fazer escravos, os africanos aqui trazidos, devia-lhes a liberdade, não mais. Não sendo um povo desta terra e nem uma outra cultura, posto a dissolução dos diferentes grupos que aqui chegaram, só a abolição lhes cabe como pagamento da dívida social, que finda aí. Não há entre negros e brancos dívidas a serem ressarcidas ou cobradas” (GUSMÃO, 1995, p. 63).

Na esteira dessa concepção, as constituições seguintes não estipularam, para o conjunto populacional negro, qualquer atenção especial ou proteção jurídica particular. Esse traço, presente no conjunto legislativo do país, permaneceu intocado por mais de um século. O silêncio sobre o problema da desterritorialização negra na história do Brasil só foi enfrentado, desde então, pelos constituintes de 1988.

7. Para além do Artigo 68

Toda a estrutura formal de dominação descrita, todavia, não foi capaz de impedir que, nas brechas do sistema, o grupo social

negro recusasse coletivamente a complementaridade racial e a subordinação imposta pelo poder colonial português; não foi capaz de impedir, sobretudo, que os negros se reapropriassem dos conteúdos de sua diversidade étnica e construíssem ou reconstruíssem identidades, estabelecendo a partir delas vínculos diretos com a terra – o exemplo talvez mais clássico disso seja, no período colonial, os quilombos.

Contudo, ainda sob a escravidão, diversas outras formas e espaços de interação e sociabilidade sobre a terra foram desenvolvidos coletivamente pelos negros, de forma a esvaziar o impacto dissolvente e fragmentador do poder escravista e de sua ideologia étnica de dominação. Os negros de Rio das Rãs constituem um exemplo ainda vivo de uma outra modalidade histórica de resistência negra.

Por isso, o exemplo que, ao nosso ver, é dado pelo processo de construção ou reconstrução da identidade do grupo negro de Rio das Rãs coloca e reforça as atuais limitações do artigo 68 – a despeito dos seus inegáveis avanços na legislação – no que tange à contemplação jurídica da riqueza e variedade das realidades históricas construídas pelos grupos rurais negros no Brasil.

Com uma história e uma tradição sobre a terra bastante diferenciada de uma comunidade remanescente de quilombolas, com uma história e tradição marcada desde os inícios do século XIX por uma característica própria de um grupo de sitiantes, roceiros, agregados e camponeses negros livres, o grupo negro de Rio das Rãs, para poder ter maiores chances de ser contemplado com a posse definitiva das terras onde viveu secularmente, foi obrigado a recriar, a reelaborar o conteúdo étnico de sua vivência histórica como grupo negro inserido no sistema escravista brasileiro.

Por meio do já mencionado artigo 68, a Constituição de 1988 rompeu, é verdade, com séculos de silêncio jurídico e desetnicização da terra, ou do acesso a ela, no Brasil; isso é um fato. A configuração como terra

eticamente marcada dos territórios ocupados pelos grupos remanescentes de quilombos é uma prova incontestante desse avanço. Todavia é preciso, quer na interpretação do dispositivo constitucional ou, talvez, no seu aperfeiçoamento e alargamento, perceber outras formas de territorialização, resistência e existência negra pouco visíveis até hoje, porque ainda desetnicizadas, isto é, desconsideradas como parte do quadro estrito das tradicionais modalidades de resistência ou existência negra, cultural ou etnicamente marcadas. Nesse campo, vários grupos negros étnica e culturalmente marcados, uma multiplicidade contida nas numerosas formas constituídas da territorialidade negra – as terras de preto –, estariam ainda demasiadamente *invisíveis* para serem contemplados pelo artigo 68.

8. O quilombo e a diversidade da experiência negra

A política sistemática de desetnicização do escravo se constituiu em uma lógica de dominação com um alcance formidável, que ultrapassou em muito as próprias fronteiras da escravidão. Dificultou sobretudo, no limite, a apropriação e fixação sobre a terra de uma população negra livre a partir de padrões étnicos, culturais e históricos. Entretanto, não foi capaz de inviabilizar por completo a territorialização negra. Vários outros modos encontrou a população negra livre ou escrava para enraizar-se ou se reenraizar (FLORENTINO; GÓES, 1977, p. 36). Grupos rurais de sitiantes e camponeses negros constituíram-se por todo o interior do país, compreendidos a partir das várias formas do que se convencionou chamar *terras de preto*, comunidades que, na sua relação com a terra e sobre a terra, imprimiram uma singularidade e especificidade nas formas de organizar a vida a partir de uma tradição histórica e cultural partilhada por grupos de descendência comum, articuladas pelo parentesco, por hábitos, costumes e crenças.

O quilombo, como uma modalidade específica de territorialização negra, partilhou, portanto, com essas outras formas de historicidade negra um contexto de rica diversidade, que infelizmente nunca foi e ainda não é contemplado suficientemente pela legislação.

Talvez disso advenha o fato, quase sempre presente com muita força no senso comum (e também no campo jurídico), de se entender o quilombo como a modalidade histórica de organização da resistência étnica mais original ou pura. A política de esquecimento e esvaziamento da história do negro tornou o quilombo, aos olhos da lei, representante por excelência da resistência negra, peça de resistência às tentativas de desetnicização, desistoricização e desterritorialização do modelo colonial português e, por conseqüência, estandarte da contrastividade e distintividade étnica entre negros e brancos. Popularizado como praticamente o único modelo histórico de territorialização negra, o quilombo (isto é, provar que se é remanescente de quilombo) tornou-se, no âmbito legal, praticamente a única forma de acesso da população negra, como coletividade, à terra.

Desse ponto de vista, discutir tal artigo seria, antes de mais nada, tentar ampliar, jamais negar ou menosprezar, as enormes conquistas que ele trouxe. Mas seria, por outro lado, reconhecer também a insuficiência conceitual, prática, histórica e política do termo “quilombo”, tal como definido, para dar conta da diversidade das formas tradicionais de acesso à terra e das formas de existir das comunidades negras no campo. Como muito bem assinala Neusa Gusmão (1992, p. 121),

“tal insuficiência constitui um dos limites na possibilidade de superar a invisibilidade das terras comunais ocupadas por negros. O conceito, ainda que viável no discurso político da resistência negra organizada e principalmente urbana, apresenta-se como unificador e generalizante daquilo que é historicamente diverso e particular”.

Não nos parece desejável, o que querem alguns, fazer passar, a qualquer custo, pelo gargalo estreito do artigo 68, a variedade da história do negro ou do não-branco como uma história exclusivamente quilombola. O pressuposto metodológico que isso acaba enfatizando, muitas vezes, é a procura ou recuperação de traços culturais entendidos como “primordiais”, mais “puros” ou “originais”, do ponto de vista étnico e histórico, sempre com o intuito de visualizar os grupos negros como espécies de “pequenas Áfricas rebeldes”. Isso pode criar, como contrapartida, uma cristalização da história negra, uma simplificação da idéia de resistência social e étnica ancorada na perspectiva da conservação ou de um retorno mítico a um passado idealizado.

O exemplo apresentado pelo povo de Rio das Rãs, nesse sentido, é interessante sob alguns pontos de vista: primeiramente, na medida em que mostrou a dinâmica da história do negro ou a história do grupo negro em processo. Toda a rearticulação de sua etnicidade e sua memória, seus antigos costumes e formas de relacionamento social com as novas regras a que foram submetidos no presente mostrou uma construção da dinâmica da identidade da comunidade negra, recuperando e manipulando seu passado e seus valores em função de uma exigência de auto-organização em termos políticos no presente.

Mostrou também como a mobilização desses elementos de identidade, a reapropriação de antigos elementos de cultura, conduziu-os a uma nova relação com o passado e com suas reminiscências, e como, finalmente, os orientou para novos fins. Nesse processo, o passado histórico serviu como repositório de símbolos, repertório de rituais, orientados e manipulados para recriar ou reinventar o passado, em tudo adaptado às exigências do presente.

Por outro lado, com conformações históricas muito diversas, inseridos em contextos políticos e sociais muito particulares, mas sempre com o objetivo precípua de al-

cançarem a posse definitiva de suas terras, tais grupos, ao submeterem-se às exigências e aos critérios de inclusão desse dispositivo legal – critérios esses que, por sua vez, são todos referentes a uma realidade sócio-histórica muito particular, o *quilombo* –, correm muitas vezes o risco de ver esvaziarem-se os conteúdos próprios de suas práticas culturais tradicionais específicas e o sentido original de suas trajetórias históricas.

Se os negros de Rio das Rãs deram, enfim, um exemplo de como se inserir a história do negro no presente, tendo-se um pé no passado e outro no futuro, por outro lado, deixaram claras as limitações, insuficiências e, sobretudo, lacunas ainda presentes na legislação no sentido de contemplar a multiplicidade e variedade dos modos de vida, da história e da territorialidade negra no Brasil.

Assim, é a dimensão que tem a comunidade acadêmica – responsável pelo estudo, perícia e pareceres técnicos a respeito dessas comunidades que freqüentemente instruem os procedimentos legais – do conceito de territorialidade étnica e a conseqüente interpretação e instrumentalização jurídica possível desse conceito que, me parece, precisam ser rediscutidas.

Notas

¹ Trata-se do artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Ver BRASIL, 1988, p. 20.

² As informações sobre Rio das Rãs foram retiradas de minha tese de doutorado; ver SILVA, 1998.

³ A uniformização de uma multiplicidade de etnias, em tudo diferenciadas, sob uma designação racial genérica de “negros” ou de “índios”, ou extensivamente a todos os não-brancos, de “negros da terra” ou simplesmente “negros”, foi uma estratégia de dominação largamente utilizada pelos portugueses no processo de dominação colonial. A respeito, ver MONTEIRO, 1994, p. 155, 165.

⁴ Para Bandeira (1990, p. 8), territorialidade se define na medida em que “o controle sobre a terra se faz grupalmente, sendo exercido pela coletividade, que define sua territorialidade com base em limites étnicos fundados na afiliação por parentes, co-participação de valores, de práticas cultu-

rais e principalmente da circunstância específica de solidariedade e reciprocidade desenvolvidas no enfrentamento da situação de alteridade proposta pelos brancos. A territorialidade das comunidades negras é referida na identidade étnica de cada grupo que as constitui. A posse da terra, independentemente das suas origens patrimoniais, se efetiva pelas comunidades negras *enquanto sujeito coletivo* configurado como grupo étnico. A apropriação coletiva é feita por negros organizados etnicamente como sujeito social. Não se trata, portanto, de posse de negros enquanto pessoas físicas”. Para Gusmão (1995, p. 66), de forma semelhante, “as Terras de Preto se constituem com base em fatores étnicos, lógica endogâmica, casamento preferencial, regras de sucessão e outras disposições que fazem da terra em comum um patrimônio. É assim uma terra particularizada por fornecer ao grupo que dela usufrui mecanismos próprios de identificação. É também espaço de atuação individual, familiar e coletivo. Supõe uma tradição histórica e cultural partilhada por grupos de descendência comum, centrada no parentesco”.

⁵ Bandeira (1990, p. 10) capta esse processo com extrema clareza ao afirmar que “o projeto social da escravidão passava pela exclusividade étnica, encobrindo-se a diversidade cultural dos escravos na sua categorização genérica como negro. Deslocando-se o foco de reconhecimento da diferença do plano da identidade étnica para o plano da raça, eliminava-se das relações cotidianas uma padronagem étnica de práticas sócio-culturais adstritas a brancos e negros. Cuidou-se logo para que o repertório cultural da sociedade incluísse as práticas culturais dos negros como complementares, obliterando-se sua qualidade contrastiva. (...) A inclusão das práticas culturais dos negros como complementares afirma a diferença como parte da totalidade social, como a ela inerente e somente nela podendo ser referida” (SILVA, 1998).

Referências

BANDEIRA, Maria de Lourdes. Terras negras: invisibilidade expropriadora. *Textos e Debates*, Santa Catarina, a. 1, n. 2, p. 7-23, 1990.

BOSI, Ecléa (Org.). *Simone Weil: a Condição operária e outros estudos sobre a opressão*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1979.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil* (1988). São Paulo: Centro de Estudos Superiores, 1988.

COSTA, Emília Viotti. *Da monarquia à república: momentos decisivos*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DUMONT, Louis. *Homo Aequalis*: gênese y apogeo de la ideología económica. Madrid: Taurus Ediciones, 1982.

FLORENTINO, Manolo; GÓES, José Roberto. *A paz das senzalas*: famílias escravas e tráfico atlântico, c. 1790-c.1850. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

GUSMÃO, Neusa M. M. A questão política das chamadas 'terras de preto'. *Textos e Debates*, Santa Catarina, a. 1, n. 2, p.25-37, 1990.

_____. Caminhos transversos: território e cidadania negra. In: _____. *Terra de Quilombos*. Rio de Janeiro: [s. n.], 1995.

_____. Negro e camponês: política e identidade no meio rural brasileiro. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, n. 6, v. 3, p. 116-122, 1992.

LAMOUNIER, Maria Lúcia. *Da escravidão ao trabalho livre*: a lei de locação de serviços de 1879. Campinas: Papirus, 1988.

MALHEIRO, Perdigão. *A escravidão no Brasil*: ensaio histórico, jurídico, social. Petrópolis: Vozes, 1976.

MONTEIRO, John Manuel. *Negros da terra*: índios e bandeirantes na origem de São Paulo. São Paulo: Companhia da Letras, 1994.

POLANYI, Karl. *A grande transformação*: as origens da nossa época. Rio de Janeiro: Campus, 1980.

SILVA, René Marc da Costa. *Por onde o povo anda...: a construção da identidade quilombola dos negros de Rio das Rãs*. 1998. 225 f. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Brasília, 1998.

Direito, Economia e relações patrimoniais privadas

Eduardo Goulart Pimenta

Sumário

Introdução. 1. A Economia como estudo da geração e distribuição da riqueza. 2. Avaliação de condutas e da legislação a partir de critérios econômicos de eficiência. 3. O Direito como forma de regulação e ordenamento da realidade econômica. 4. Princípios fundamentais da análise econômica do Direito. 5. A Economia aplicada à elaboração, interpretação e aplicação de normas jurídicas. 5.1. Elaboração ou reforma de institutos para torná-los economicamente mais eficientes. 5.2. Interpretação e aplicação dos institutos positivados sob a ótica da eficiência. 5.3. Seleção, entre duas ou mais opções juridicamente admissíveis, daquela economicamente mais eficiente. Conclusão.

Introdução

Este texto procura analisar os aspectos que consideramos mais relevantes de um tema cada vez mais presente em discussões e estudos sobre a legislação: a influência e a importância da Economia para o Direito e vice-versa.

Começamos com uma breve mas importante explanação sobre alguns dos métodos e critérios de valoração da realidade adotados pela ciência econômica, de um lado, e pela ciência jurídica, de outro.

Para essa finalidade, optamos por fixar algumas premissas na exposição das características, objetivos e métodos tanto da Economia quanto do Direito. Temos a convicção de que tais premissas permitem-nos validar nossas conclusões, embora, dada a

Eduardo Goulart Pimenta é Mestre e Doutor em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Professor Adjunto de Direito Empresarial nos cursos de graduação, especialização, mestrado e doutorado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Professor nos cursos de Economia e Administração do IBMEC-MG, Professor do Curso de Mestrado em Direito Empresarial da Universidade de Itaúna - MG, Procurador do Estado de Minas Gerais e Advogado.

complexidade do assunto, não sintetizem todas as diferentes correntes sobre o tema.

A seguir, dedicamo-nos à chamada análise econômica do Direito como escola de pensamento que se propõe ao estudo da legislação conforme critérios e métodos característicos da Ciência Econômica para demonstrar sua especial adequação ao processo de elaboração e interpretação de normas e institutos reguladores de relações patrimoniais.

1. A Economia como estudo da geração e distribuição da riqueza

A Economia pode, em essência, ser tomada como o ramo das ciências sociais aplicadas destinado à análise da forma pela qual a população gera, organiza e usufrui de seus limitados recursos materiais com o objetivo de atender às suas necessidades e vontades.

“O gerenciamento dos recursos da sociedade é importante porque estes são escassos. Escassez significa que a sociedade tem recursos limitados e, portanto, não pode produzir todos os bens e serviços que as pessoas desejam ter. Assim como uma família não pode dar a seus membros tudo o que eles desejam, uma sociedade não pode dar a cada membro um padrão de vida alto ao qual eles aspirem.

Economia é o estudo de como a sociedade administra seus recursos escassos” (MANKIWI, 2005, p. 4; no mesmo sentido Cf. STANLAKE, 1993, p. 11 et seq.).

Em outras palavras, é o estudo de como a sociedade escolhe entre suas necessidades e desejos de forma a adequá-los aos recursos materiais de que dispõe e de como a sociedade procura aperfeiçoar a utilização desses mesmos recursos materiais.

É possível afirmar que o objetivo primordial daqueles que se dedicam ao estudo da Economia é conhecer e proporcionar a máxima utilização dos recursos materiais dis-

poníveis. É, desse modo, um ramo do conhecimento voltado, antes de mais nada, à maximização na geração e distribuição da riqueza. “A economia é o estudo da forma como as sociedades utilizam recursos escassos para produzir bens com valor e de como os distribuem entre os vários indivíduos” (SAMUELSON; NORDHAUS, 2001, p. 4).

O principal referencial adotado pela ciência econômica é a eficiência. Produção eficiente de bens e serviços; eficiência na utilização dos fatores de produção com o objetivo de maximizar suas potencialidades; eficiência na distribuição da riqueza entre as diferentes camadas da população.

Em um raciocínio estritamente econômico, diremos que a conduta de determinado agente – seja ele uma pessoa, família, empresa ou Estado – é analisada sob o binômio eficiência/ineficiência, o que significa dizer que a ação em análise é estudada conforme tenha ou não contribuído para a maximização dos recursos materiais disponíveis ou para sua ótima utilização ou distribuição.

Essa avaliação da eficiência ou ineficiência de conduta adotada por um agente econômico se faz a partir da comparação entre seus custos (aquilo de que se teve de abrir mão para a realização da conduta em questão) e os seus benefícios (aquilo que foi obtido como efeito da ação levada a cabo).

Em sua busca pela geração, utilização e distribuição eficiente dos recursos materiais disponíveis, a Economia emprega uma série de ferramentas metodológicas que visam permitir ou facilitar a análise de determinada circunstância ou conduta e seus efeitos sobre a riqueza disponível. Algumas dessas ferramentas metodológicas são especialmente caras à análise econômica do Direito.

Partindo da observação da realidade social ligada à produção e gestão dos recursos materiais pela sociedade, o economista elabora uma hipótese que procura entender e explicar tal realidade, bem como seus efeitos, reduzindo-a ao que correntemente se chama de modelo econômico.

O primeiro e talvez mais característico – entre as ciências sociais aplicadas – método de análise da realidade empregado pela Economia está na concepção de modelos econômicos. Trata-se de simplificações da realidade social com o objetivo de compreender quais circunstâncias (chamadas variáveis) são responsáveis pela ocorrência de uma alteração – benéfica ou não – sobre a produção ou distribuição da riqueza disponível.

“Os economistas também usam modelos para aprender sobre o mundo, mas em vez de serem feitos de plástico, os modelos dos economistas são geralmente compostos de diagramas e equações. Como o modelo de plástico dos professores de biologia, os modelos econômicos omitem muitos detalhes para permitir que vejamos o que realmente importa. Assim como o modelo do professor de biologia não mostra todos os músculos e vasos capilares do corpo, os modelos dos economistas não incluem todas as características da economia.(...) Da mesma maneira que um físico inicia a análise de uma bolinha de gude em queda supondo que não haja atrito, os economistas adotam hipóteses para muitos dos detalhes da economia que são irrelevantes para o estudo da questão analisada. Todos os modelos – em física, biologia ou economia – simplificam a realidade para que possamos compreendê-la melhor” (MANKIW, 2005, p. 23).

Os modelos econômicos decorrem da aplicação dos princípios fundamentais do método científico, aqui usados não para o estudo dos fenômenos naturais, como se vê na Química, Física ou Biologia, mas para a compreensão dos fenômenos sociais ligados à produção e distribuição dos bens e serviços na sociedade.

Ao conceber um modelo econômico, o que se faz é estudar um determinado aspecto da realidade social. Analisa-se tal aspecto

buscando extrair os fatores (variáveis) que efetivamente influem sobre ele e procurando estudá-los de modo a entender como interagem uns com os outros.

“Do mesmo modo que os engenheiros constroem diferentes modelos para estudar aspectos específicos de um automóvel, os economistas elaboram diferentes modelos da economia – com palavras ou com equações – para representar aspectos específicos da economia. Um modelo econômico pode descrever uma relação geral (‘Quando a renda aumenta, se eleva o número de carros comprados’), uma relação quantitativa (‘Quando a renda aumenta 10%, o número de carros aumenta, em média, 12%’) ou fazer uma previsão geral (‘Um aumento no imposto sobre a gasolina diminuirá a demanda de automóveis’)” (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 15).

Vê-se que um modelo econômico recorta a realidade social, procurando focar-se em uma determinada ocorrência (no exemplo representada pelo aumento no consumo de carros) e procurando entender e explicar quais as circunstâncias (ou variáveis econômicas) que a provocaram.

A partir da constatação da ocorrência por ele abordada (o aumento no consumo de carros), cabe ao economista também propor uma hipótese que a explique. Entre as possíveis variáveis econômicas aptas a causar um aumento no consumo de carros, temos, no exemplo, o crescimento da renda da população ou a alteração no preço dos combustíveis.

Constatado que efetivamente a ocorrência analisada (o aumento no consumo de carros) deve-se a alterações na renda da população ou no preço dos combustíveis, pode-se afirmar como válido o modelo econômico que, simplificando a realidade social, afirma que um aumento na renda da população ou uma diminuição no preço da gasolina faz subir a procura por automóveis.

É perfeitamente possível que analisemos as ações dos agentes econômicos e sobre elas construamos modelos em que tais condutas sejam explicadas em função de alterações na legislação que as discipline.

Uma das razões do sucesso da análise econômica do Direito como método de estudo da legislação está na constatação de que, em um determinado modelo econômico, a legislação é uma importantíssima variável a ser considerada. Sua capacidade de influência sobre a ocorrência econômica estudada é potencialmente muito elevada e, por isso mesmo, não pode ser deixada de lado.

Assim, voltando ao exemplo acima citado, poderíamos considerar eventuais alterações na legislação como variável apta a explicar a ocorrência econômica estudada (o aumento no consumo de carros). Se uma alteração legislativa determinar radical diminuição na alíquota do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, haverá um aumento no consumo de carros? Em caso de resposta afirmativa, estaremos diante de um modelo econômico que analisa os efeitos de uma mudança legislativa sobre a geração e distribuição da riqueza.

Se esses efeitos são ou não desejáveis pela sociedade, é questão a ser resolvida a partir dos princípios valorativos predominantes nessa mesma sociedade. O que a análise econômica do Direito fez foi demonstrar que a legislação sobre o Imposto de Veículos Automotores pode influenciar no número de carros consumidos. Porém, cabe ao legislador, a partir dessa informação, decidir se essa influência é ou não adequada aos valores prevalentes na sociedade.

Outra ferramenta metodológica usada pela Economia e especialmente cara à análise econômica do Direito é o emprego de avaliações quantitativas da realidade social. Tais instrumentos são particularmente úteis à Economia dada sua essencial ligação a objetos e interesses monetariamente mensuráveis.

“Esta característica costuma ser apontada como uma diferença mar-

cante entre a economia e outros ramos do conhecimento social. Em economia é possível:

- quantificar resultados
- construir identidades quantitativas
- estabelecer relações quantitativas entre diferentes categorias de transações
- desenvolver modelos explicativos da realidade, baseados em sistemas de equações simultâneas
- proceder a análises fundamentadas em parâmetros quantificados
- desenvolver sistemas quantitativos para diagnósticos e prognósticos” (ROSSETTI, 2003, p. 35).

A essencial relação entre Economia, interesses e objetos monetariamente mensuráveis e métodos quantitativos de análise da realidade é tida como o grande fator de precisão em suas conclusões. É o que salienta, por exemplo, Ronald H. Coase ao dizer que: “Economics, it must be admitted, does appear to be more developed than the other social sciences. But the great advantage which economics has possessed is that economists are able to use the ‘measuring rod of money’. This has given a precision to the analysis, and since what are measured by money are important determinants of human behaviour in the economic system, the analysis has considerable explanatory power” (COASE, 1995, p. 44).

Uma análise econômica pressupõe a apreensão das opções entre diferentes condutas, bem como dos custos, riscos e benefícios envolvidos em cada uma dessas escolhas. A compreensão do número de opções de conduta disponíveis aos agentes econômicos e dos incentivos que encontram em cada uma delas para a maximização de seus interesses (medidos pela relação entre seus custos e seus benefícios) somente se revela digna de credibilidade se efetuada por meio de avaliações numericamente mensuráveis.

Ao atentar para a relação quantitativa entre diferentes variáveis, a Economia, em

decorrência, trata seu objeto de estudo a partir de noções como custos, riscos e ganhos (modalidades de incentivos), todas suscetíveis de serem expressas por meio de gráficos e equações que espelham a relação entre elas.

Estudar o Direito sob uma perspectiva econômica exige que a legislação seja analisada à luz dos custos que acarreta para os agentes, dos benefícios que traz para cada um deles e também do número de opções que podem ser legalmente oferecidas a esses sujeitos. Tal estudo só se valida se amparado por análises eminentemente quantitativas marcadas pela precisão matemática.

Por outro lado, se o Direito é talvez a mais poderosa forma de ordenamento da conduta humana, é necessário dispor de instrumentos que nos permitam saber se as normas elaboradas para reger a conduta humana estão realmente surtindo o efeito social que delas se espera. Somente com o uso de estatísticas e outras ferramentas matemáticas é possível avaliar com precisão se a legislação de fato conseguiu amoldar a conduta social segundo os valores que se pretende implementar.

Vejamos um exemplo: a legislação falimentar brasileira foi alterada com o objetivo primordial de se preservar a empresa, auxiliando-a em situações de crise econômico-financeira sazonais. Diante de uma ocorrência economicamente relevante e constatada (o número de falências em nosso país), a legislação foi alterada com o objetivo de alcançar um determinado valor socialmente importante (a preservação da empresa, amparada em sua função social).

Porém, como saber se a alteração legislativa implementada foi bem sucedida no seu intento? Como constatar se, em nosso modelo, a hipótese levantada foi válida? A alteração na legislação falimentar conseguiu sua meta de minimizar a possibilidade de fechamento das empresas? Não há outro modo de efetuar com precisão tal avaliação senão utilizando-se de ferramentas matemáticas que nos permitam, entre outros dados

relevantes, conhecer, ao longo do tempo e da vigência da nova legislação, a variação no número de falências ocorridas em nosso país.

Assim, não apenas é relevante estabelecer, por exemplo, uma relação entre o interesse de investidores estrangeiros no país e o grau de recuperação dos empréstimos feitos a empresários falidos – análise eminentemente econômica –, mas também é essencial estipular-se, a partir da relação quantitativa entre essas duas variáveis, qual deve ser a forma de intervenção da legislação sobre essa realidade, de modo a orientar a conduta dos envolvidos no sentido mais condizente com os valores predominantes.¹

2. Avaliação de condutas e da legislação a partir de critérios econômicos de eficiência

Ao tratar de eficiência, galgando-a, como apontamos, ao nível de parâmetro de avaliação de uma conduta, é preciso atribuir-lhe um significado. É necessário dar conteúdo àquilo que compreendemos por eficiência econômica, até porque, com o emprego de métodos característicos da Economia ao Direito, a legislação e os institutos jurídicos são avaliados em termos de sua eficiência/ineficiência na geração ou distribuição da riqueza produzida.

O padrão de eficiência normalmente invocado em análises econômicas – e mesmo jurídicas – é o concebido pelo economista italiano Vilfredo Pareto e por isso denominado Ótimo de Pareto. Tal concepção se refere tanto à produção de bens ou serviços quanto – e principalmente – ao modo pelo qual são eles alocados:

“O bem-estar máximo, disse Pareto, ocorre quando já não há mudanças capazes de deixar uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior. Isso implica que a sociedade não pode reorganizar a alocação de recursos ou a distribuição de bens e serviços de modo a

ajudar uma pessoa sem prejudicar outra. Assim, o estado ótimo de Pareto implica (1) uma distribuição ideal de bens entre os consumidores, (2) uma alocação técnica ideal de recursos e (3) quantidades ideais de produção” (BRUE, 2005, p. 391; no mesmo sentido Cf. KREPS, 1990, p. 153 et seq.).

É comum os economistas ilustrarem com exemplos e situações hipotéticas tal condição.

Tomemos a hipótese de um bem qualquer como o sorvete, mais especificamente nos sabores de baunilha e chocolate². Em uma sociedade, há pessoas que preferem o sorvete de baunilha ao de chocolate e vice-versa. A alocação desse recurso encontrar-se-á dentro do padrão ótimo de Pareto se todo o sorvete de baunilha disponível estiver na propriedade daquelas pessoas que o preferem e se, por outro lado, todo o sorvete de chocolate existente no mercado for direcionado àqueles consumidores que mais o desejam. O padrão ótimo de Pareto pressupõe, como se vê, um sistema de trocas ou alocação de recursos que permita aos agentes econômicos o acesso ao bem que mais valorizam.

Voltando ao exemplo, é preciso, além disso, que haja no mercado uma quantidade de tal dos sorvetes de baunilha e de chocolate que atendam a todos aqueles que desejem consumir um ou outro, conforme suas preferências.

Vê-se, desse modo, que o padrão ótimo de Pareto tem também como requisito a eficiência na quantidade produzida do bem em questão, de forma a que se atenda perfeitamente às preferências dos consumidores e de modo que não seja possível produzir mais de algum dos bens sem comprometer a quantidade necessária do outro.

Se, entretanto, houver consumidores que preferem sorvete de baunilha mas recebem o de chocolate e vice-versa – ou ainda consumidores sem o sorvete que desejam –, a alocação desse recurso material (sorvete) não se mostrará eficiente segundo Pareto.

Do mesmo modo, se houver no mercado pessoas interessadas em adquirir um dos sabores de sorvete sem, entretanto, encontrar quem deseje oferecê-lo ou, por outro lado, existir uma quantidade de sorvete de baunilha ou de chocolate maior do que o número de pessoas que o preferam, haverá também uma situação de ineficiência.

O Direito é eficiente, segundo o padrão ótimo de Pareto, quando molda a conduta dos indivíduos de forma a incentivá-los a alocar os recursos materiais disponíveis na propriedade daqueles que mais os desejem. Cumpre à legislação, como variável economicamente relevante, incentivar a que os agentes econômicos se movam a produzir a quantidade ideal de sorvetes e a trocá-los entre si até que se seja atingido o nível em que qualquer alteração superveniente seja prejudicial aos interesses envolvidos.

Outra concepção de eficiência econômica modernamente adotada é a desenvolvida a partir de idéias de Barone, Kaldor, Hicks e Scitovsky (Cf. BLAUG, 1996, p. 574). Segundo essa concepção, haverá um ganho real no bem-estar – e riqueza – da sociedade quando uma determinada conduta ou ato economicamente relevante redistribuir os bens e serviços disponíveis de forma que os agentes econômicos afetados pelos efeitos dessa medida econômica não estejam dispostos a retornar à posição original ainda que recebam, em dinheiro, o valor correspondente ao acréscimo em seus bens e serviços que a medida ou conduta em análise os atribuiu.

Em sua essência, trata-se de um padrão de eficiência econômica que também parte do princípio de que os bens e serviços devem ser atribuídos àqueles que mais os valorizam, ou seja, aos agentes econômicos que se recusem a trocar tais bens ou serviços pelo valor monetário dos mesmos. “Scitovsky thus attempts to separate efficiency from equity by defining an improvement in welfare as one that, for every possible distribution of income before the change, makes everyone better off after the change even if

compensation payments are actually paid” (BLAUG, 1996, p. 575).

Assim, uma conduta é economicamente eficiente se os que dela se beneficiam ganham mais do que aquilo que perderam os agentes que por ela foram prejudicados. A eficiência econômica da conduta em análise está na constatação de que o benefício que ela trouxe para determinado(s) agente(s) foi quantitativamente maior do que o prejuízo que ela tenha acarretado a outro(s) agente(s) econômicos, contribuindo, dessa forma, para o aumento geral na riqueza da população.

“Thus, the modern-day formulation of the compensation principle is as follows: A change may be judged to improve society well-being if and only if both the gainers from the change could compensate the losers for their losses and remain better off themselves, and the losers could not have compensated the gainers to forgo their gains without being themselves worse off than in their original position” (MERCURO; MEDEMA, 1999, p. 50).

O Direito, como variável economicamente relevante, deve procurar moldar a conduta dos agentes econômicos de forma que os bens e serviços fiquem na propriedade daqueles que não estariam dispostos a cedê-los nem pela compensação financeira que receberiam por isso. A legislação é economicamente eficiente se aloca os bens e serviços para aqueles indivíduos que os valorizam a ponto de não estarem dispostos a abrir mão deles se lhes for oferecido o seu valor em dinheiro.

Visto de outro ângulo, esse padrão de eficiência da legislação se verifica quando esta, diante de um eventual conflito de interesses, soluciona-o de forma que os ganhos para o vencedor do conflito sejam maiores do que as perdas para o sucumbente.

Embora o critério de Pareto seja muito invocado, é sobre essa última noção de efi-

ciência econômica que costumam se debruçar, como veremos abaixo, os atuais operadores da análise econômica do Direito.

3. O Direito como forma de regulação e ordenamento da realidade econômica

Há inúmeros sentidos para termos como Direito, Valor, Justiça e Norma. Adentrarmos a discussão sobre o tema certamente levaria a searas que nos fariam perder de nosso objetivo original e principal sem que nada de significativo pudéssemos acrescentar ao que já foi produzido por outros mais habilitados para a função. Optamos por reduzir nossa abordagem, tomando os vocábulos em questão por apenas um de seus possíveis significados³.

Assim, referimo-nos ao Direito em seu sentido estritamente positivo, como o conjunto de regras fixadas pela autoridade estatal com o intuito de orientar a conduta da sociedade e cujo cumprimento pode ser imposto pelo Poder Público inclusive com o uso da força.

Vistas, em uma primeira e recorrente aproximação, como expressões da idéia de Justiça em uma determinada comunidade, essas regras de conduta humana – as normas jurídicas – são elaboradas e aplicadas à sociedade, que deve agir conforme os preceitos normativos sob pena de sofrer a consequência cominada (sanção) para o caso de descumprimento da conduta exigida ou realização da ação proibida.

As normas jurídicas são, então, vistas como instrumentos de que dispõe o Estado para conformar a conduta da sociedade à idéia de Justiça que prevalece naquele determinado contexto de espaço e tempo. “A idéia do direito não pode ser outra senão a justiça” (RADBRUCH, 2003, p. 7).

É válido afirmar que, ao elaborar tais regras – a que chamamos normas jurídicas – destinadas a regular a conduta de um grupo social, o legislador tem, como fim de sua atividade, a efetivação de um conjunto de valores que, naquele dado momento histó-

rico, lhe são especialmente caros como expressão da idéia de Justiça.

“Os comandos e proibições do Direito têm as suas raízes nas chamadas normas de valoração, elas fundamentam-se – dito de forma mais simples – em valorações, em aprovações e desaprovações. Tem inteira razão o moralista FR. JODL quando afirma que todo o imperativo já pressupõe necessariamente o juízo de que aquilo que se exige tem um valor particular, um valor próprio, e é por isso mesmo que é exigido” (ENGISCH, 2004, p. 46).

Sejam esses valores, por exemplo, a Ordem, a Paz, a Liberdade ou a Igualdade entre as pessoas independentemente da raça, cor, sexo ou credo, é certo que as normas jurídicas são instrumentos (talvez o principal) destinados à efetiva realização deles em uma dada sociedade.

É nesse ponto que passamos a suscitar a seguinte questão: a maximização da riqueza, corporificada pela noção econômica de eficiência, é um valor suscetível e merecedor de ser implementado pelo Direito, entendido, repetimos mais uma vez, como um conjunto sistemático de normas postas pelo Estado?

É a partir da resposta que dermos a essa questão que admitiremos ou não como válida a possibilidade de uma análise econômica do Direito: a busca pela eficiência econômica, corporificada pela maximização na geração e distribuição da riqueza disponível em uma dada sociedade, é um valor a ser perseguido pelo sistema normativo?

Há quem entenda que a maximização da riqueza não pode ser compreendida como um valor. É o caso de Ronald Dworkin, severo crítico dessa forma de abordar o Direito em dois artigos intitulados “A riqueza é um valor?” e “Por que a eficiência?” (DWORKIN, 2005, p. 351-398). Não compartilhamos dessa idéia.

Não é de agora que se reconhece a importância dos recursos patrimoniais como forma de plena consecução da existência

digna do Homem. Ao contrário, a forma pela qual a sociedade produz e distribui a sua riqueza foi galgada à condição de parte importante dos chamados Direitos Fundamentais:

“Os direitos econômicos e sociais foram acrescidos às liberdades públicas, afirmando alguns autores tratar-se da segunda geração de direitos fundamentais. A idéia central deste novo elenco de direitos fundamentais é propiciar condições materiais mínimas de existência que permitam ao indivíduo usufruir das demais liberdades” (JAYME, 2005, p. 20).

Não mais é suficiente que o Direito garanta ao Homem o rol tradicional de Direitos Fundamentais consagrado a partir da Revolução Francesa e que, vistos hoje, se mostram insuficientes na função de permitir ao indivíduo o alcance da plenitude de sua dignidade.

A igualdade formal de todos perante a lei – limitada apenas à submissão de todos às mesmas regras de conduta – e a liberdade – restrita ao arbítrio de locomoção e pensamento – são nitidamente insuficientes à realização humana se não forem acompanhadas por um conjunto de bens e serviços que, colocados à sua disposição, permitam uma existência digna no sentido mais amplo e correto do termo.

O Direito tem, hoje, outro elemento com que se preocupar ao disciplinar juridicamente as relações sociais: permitir aos indivíduos o acesso aos bens materiais necessários ao seu pleno desenvolvimento físico, cultural e espiritual. Assim, a geração e a distribuição da riqueza entre os integrantes de uma sociedade não é – e nem pode ser – estranha ao Direito.

A preocupação com o modo pelo qual a sociedade gera e distribui sua riqueza não se limita à Economia, que ao tema se dedica com tanto afinco. É um dos valores a serem perseguidos pelo Direito e, como demonstrado, não é, ao contrário do que a princípio possa eventualmente parecer, um valor menor.

É sim um valor instrumental – com a ressalva pela eventual impropriedade terminológica que só se faz em atenção à clareza da exposição – na medida em que consiste em um meio pelo qual se permite ao indivíduo a plenitude de alcance de outros valores como a Liberdade e a Dignidade. “Efficiency is always relevant to policymaking, because it is always better to achieve any given policy at lower cost than at higher cost. Public officials never advocate wasting money” (COOTER; ULEN, 2005, p. 4).

O Direito é, então, um importante elemento na conformação da sociedade e sua orientação à maximização da riqueza e otimização de sua distribuição.

Analisar o Direito conforme critérios e métodos econômicos nada mais é do que procurar elaborá-lo, interpretá-lo e aplicá-lo de modo a alcançar a eficiência econômica, entendida esta como a maximização na geração e distribuição dos recursos materiais disponíveis em uma dada comunidade.

Como se não bastassem tais observações, a abordagem ganha contornos de Direito Positivo, se analisada sob o prisma constitucional.

O art. 3º da Constituição Federal de 1988 elenca o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalidade e a redução das desigualdades sociais e regionais como objetivos da República Federativa do Brasil.

Não há como se alcançar tais metas sem que se preocupe com a eficiência na geração e distribuição da riqueza.

Se a erradicação da pobreza é um objetivo da República Federativa do Brasil, obviamente então a maximização dos escassos recursos materiais (ou seja, a maximização da riqueza disponível) é também e necessariamente um valor a ser alcançado.

Assim, a análise e aplicação do Direito de forma economicamente eficiente (ou seja, com o objetivo de maximização da riqueza) é não apenas possível, mas é também uma exigência da Constituição Federal de 1988,

que a elevou, com se vê, ao nível de um dos objetivos fundamentais da República.

A relação entre Economia e Direito é bilateral. Assim como os critérios e métodos econômicos são capazes de influenciar a elaboração, a interpretação e a aplicação do Direito aos casos concretos, o contrário também se verifica.

Há intensas conseqüências para a realidade econômica de um determinado ordenamento jurídico quando se verifica alguma mudança nas normas positivadas ali ou mesmo em sua interpretação ou aplicação.

A legislação que, por exemplo, discipline questões como a recuperação e falência de sociedades empresárias, os preços, os tributos e a concorrência tem o poder de modificar – muitas vezes de forma radical e imediata – os indicadores econômicos empregados pela ciência em questão.

É consagrada a distinção entre Economia positiva e Economia normativa. “Esta diferenciação é atribuída a John Neville Keynes, filósofo e renomado economista político do final do século XIX, pai de John Maynard Keynes, um dos mais influentes economistas da primeira metade do século XX. (...) A economia positiva trata a realidade como ela é. A economia normativa considera mudanças nessa mesma realidade, propondo como ela deve ser” (ROSSETTI, 2003, p. 65).

Stiglitz e Walsh desdobram tais considerações ao afirmarem que: “Quando eles [os economistas] descrevem a economia e constroem modelos que prevêm como a economia mudará ou os impactos de diferentes políticas, eles fazem o que chamamos de economia positiva. Quando avaliam políticas alternativas, pensando seus benefícios e custos, estão se dedicando à economia normativa. A economia positiva se preocupa com o que ‘é’, com a descrição do funcionamento da economia. A economia normativa trata do que ‘deveria ser’, com a avaliação da desejabilidade de vários cursos de ação” (STIGLITZ; WALSH, 2003, p. 16).

Vemos portanto que a Economia, calçada sobre seus métodos peculiares de análise

se da realidade social relacionada à produção, distribuição e consumo da riqueza, não se limita a descrever, por meio de modelos econômicos, como funcionam e interagem os diferentes elementos que, de uma forma ou de outra, interferem sobre tal sistema.

A partir do momento em que se entende e consegue explicar como interagem os diferentes fatores influenciadores da realidade econômica, pode-se também fazer assertivas no sentido de como tais fatores poderiam ser direcionados de forma a consagrar determinados valores ou objetivos socialmente desejados.

O Direito, tomado aqui em seu sentido positivo, é o principal instrumento pelo qual se pode pensar em conduzir a Economia, em um ponto espacial e temporal determinado, de sua situação positiva para a normativa. Do “ser” para o “dever-ser”:

“A Lei da natureza estabelece que, se A é, B é (ou será). A regra de Direito diz: se A é, B deve ser. A regra de Direito é uma norma (no sentido descritivo do termo). O significado da conexão estabelecida pela lei da natureza entre dois elementos é o ‘é’, ao passo que o significado da conexão estabelecida entre dois elementos pela regra do Direito é o ‘deve ser’. O princípio segundo o qual a ciência natural descreve seus objetos é o da causalidade, o princípio segundo o qual a ciência jurídica descreve seu objeto é o da normatividade” (KELSEN, 1991, p. 64).

O Direito influencia a Economia no que tem de mais característico: a busca por estabelecer o que “deve ser”. Procura modificar a realidade econômica como ela é – a economia descritiva salientada por Keynes – para contribuir para sua transformação na realidade econômica como “deve ser” (a economia normativa).

Assim, é possível compreender porque um ramo do conhecimento cujas elaboração e aplicação tradicionalmente se baseiam na análise do justo/injusto, ético/aético, moral/imoral pode ser analisado à luz de ou-

tro centrado sobre a distinção eficiente/ineficiente e submetido a um método empírico de análises quantitativas e modelos simplificados da realidade estudada.

4. Princípios fundamentais da análise econômica do Direito

Apercebendo-se da insuficiência dos tradicionais instrumentos de análise da legislação, os juristas passaram a recorrer à Economia como método de estudo e aferição da eficiência da legislação.

Tal movimento, intitulado Direito e Economia (do original inglês *Law & Economics*), ou análise econômica do Direito, tem sua origem atribuída aos estudos de Ronald Coase⁴ que, não à toa, foi agraciado com o prêmio Nobel pelas fundamentais diretrizes que lançou.

Fato é que a aplicação do instrumental da Economia à análise do Direito é considerada, entre os juristas norte-americanos, o maior avanço da ciência jurídica no século XX, tendo se tornado a mais robusta e moderna corrente de estudo do Direito nos Estados Unidos da América, além de mostrar-se em franca expansão em outros relevantes ordenamentos⁵.

A legislação é, desse modo, vista como um instrumento de maximização e distribuição da riqueza. Assim, sua adequação a tais objetivos deve ser analisada segundo métodos característicos do ramo das ciências sociais destinado a tal finalidade.

“Generalizing, we can say that economics provides a behavioral theory to predict how people respond to changes in laws. This theory surpasses intuition, just as science surpasses common sense. (...) In addition to a scientific theory of behavior, economics provides a useful normative standard for evaluating law and policy. Laws are not just arcane, technical arguments; they are instruments for achieving important social goal. In order to know the effects of laws on

these goals, judges and other law-makers must have a method of evaluating laws' effects on important social values" (COOTER; ULEN, 2004, p. 4).

Entenda-se por análise econômica do Direito a tentativa de contribuir para o avanço na elaboração, interpretação e aplicação das normas jurídicas mediante sua avaliação por meio de critérios e métodos particulares à ciência econômica.

Tanto o aplicador quanto aquele que está sujeito a um determinado conjunto de normas jurídicas orienta seu raciocínio a partir do binômio legalidade/ilegalidade. Se a conduta analisada ou praticada se adequar ao que é exigido pela norma ou se omitir a ação proibida por ela, o indivíduo encontra-se sob a égide da legalidade. Caso contrário, em face da inadequação de sua conduta ou omissão ao estabelecido pela norma (ilegalidade), este sujeito deve se submeter à consequência prevista para o caso dessa inobservância (sanção).

O que pressupõe a análise econômica do Direito é que a conduta legal ou ilegal de uma pessoa é decidida a partir de seus interesses e dos incentivos que encontra para efetuar-la ou não. Parte-se da premissa que os agentes – sujeitos de direito – irão conduzir-se diante da legislação de forma a fazer a escolha que incorra em uma melhor relação quantitativa entre os custos e riscos envolvidos e os possíveis benefícios (escolha baseada no critério eficiência).

Como já salientamos, a Economia estuda as escolhas, os custos, riscos e benefícios que os agentes econômicos (sujeitos de direito) encontram na busca pela maximização de seus próprios interesses. Se tais escolhas têm por referência a legislação (entre obedecê-la ou não, entre agir segundo essa ou aquela opção legal, entre essa ou aquela interpretação das normas jurídicas), estamos diante da aplicação de uma noção econômica (a escolha entre diferentes condutas possíveis como forma de maximização da riqueza) ao Direito.

Assim, a legislação deve ser elaborada, interpretada e aplicada de forma a que os ganhos dos ganhadores sejam maiores que as perdas dos perdedores (eficiência de Kardor-Hicks).

5. A Economia aplicada à elaboração, interpretação e aplicação de normas jurídicas

5.1. Elaboração ou reforma de institutos para torná-los economicamente mais eficientes

Ao disciplinar juridicamente uma determinada realidade social ou alterar as normas que a regem, o legislador não pode se descuidar da preocupação com os efeitos que as alterações legislativas podem provocar sobre a geração ou distribuição da riqueza. Deve considerar ainda que o Direito tem o poder de provocar drásticas e rápidas alterações na realidade econômica em que se aplica.

Ilustra essa forma de análise econômica do Direito o trabalho de Douglas G. Baird, Robert H. Gertner e Randal C. Picker (Cf. BAIRD; GETNER; PICKER, 2003). Valendo-se de modelos econômicos ligados à Teoria dos Jogos, os autores estudam diferentes situações juridicamente relevantes com o objetivo de apontar qual seria a forma de legislar sobre a questão de modo a conseguir-se o resultado mais eficiente e socialmente desejável.

Partindo, por exemplo, do estudo das normas jurídicas sobre responsabilidade civil por atropelamento, os autores procuram, entre as diferentes opções da legislação, encontrar aquela que permita fazer com que os agentes envolvidos (pedestre e motorista) tenham, em face do incentivo econômico que lhes seja normativamente oferecido, a conduta social mais condizente com os valores predominantes.

O instituto da recuperação judicial da empresa é outro exemplo do que estamos procurando apresentar. Trata-se de uma reestruturação do direito positivo com um

objetivo eminentemente econômico: a manutenção das unidades empresariais que passem por dificuldades econômicas temporárias.

Tomemos ainda a Lei das Sociedades Anônimas, expressamente calcada sobre a premissa da defesa aos interesses dos acionistas minoritários.

A elaboração desse texto normativo levou em conta fortemente esse quesito, dada a sua repercussão para a atividade empresarial, já que propicia a aglutinação de investidores de pequeno porte em torno das companhias e canaliza recursos de outros investimentos para as empresas.

Nos três casos aqui aventados, temos, então, hipóteses em que o ordenamento jurídico foi elaborado ou modificado com vistas ao alcance de valores socialmente desejados sem descuidar da eficiência na geração ou distribuição da riqueza, fosse esta seu principal intento (como no caso da legislação falimentar) ou não (como na hipótese sobre a responsabilidade por atropelamentos).

5.2. Interpretação e aplicação dos institutos positivados sob a ótica da eficiência

Interpretar uma norma jurídica é, em essência, extrair o significado de seus termos para aplicá-los à situação concreta apresentada. É sabido, porém, que as palavras de um texto legal – ao contrário dos números – não comportam apenas um único sentido. “Sendo assim, a interpretação de uma lei não deve necessariamente conduzir a uma única solução como sendo a única correta, mas possivelmente a várias soluções que – na medida em que apenas sejam aferidas pela lei a aplicar – têm igual valor, se bem que apenas uma dessas se torne Direito positivo no ato do órgão aplicador do Direito – no ato do tribunal, especialmente. Dizer que uma sentença judicial é fundada na lei não significa, na verdade, senão que ela está contida na moldura ou quadro que a lei representa – não significa que ela é A norma individual, mas apenas que é UMA das nor-

mas individuais que podem ser produzidas dentro da moldura da norma geral” (KELSEN, 1991, p. 366).

Entre as duas ou mais interpretações possíveis sobre uma mesma norma jurídica, devemos, se pretendemos uma análise econômica do Direito, optar por aquela que melhor se adéque ao padrão de eficiência econômica.

Cabe ao intérprete, diante da moldura que a norma jurídica lhe oferece, escolher aquela interpretação que permita alocar os direitos em discussão na titularidade daqueles que não estariam dispostos a trocá-los pelo seu equivalente financeiro ou, visto de outro modo: a norma jurídica deve ser interpretada de maneira que sua aplicação ao caso concreto torne os ganhos dos beneficiados por ela maiores que as perdas de quem tenha sido vencido em suas pretensões.

Mitchell Polinsky e Steven Shavell abordam o tema em face da interpretação dos contratos: “Given a method of interpretation, parties will choose contracts in a constrained-efficient way. Notably, if the parties are concerned that an aspect of their contract would not be interpreted as they want, they could either bear the cost of writing a more explicit term that would be respected by the tribunal, or they could simply accept the expected loss from having a less-than-efficient term” (POLINSKY; SHAVELL, 2005, p. 17; no mesmo sentido Cf. SCHWARTZ; SCOTT, 2003).

Outro bom exemplo de como a interpretação do direito positivo pode influir na sua repercussão econômica pode ser dado pelo antigo art. 335, V, do Código Comercial brasileiro.

Ali estava disposto que o sócio poderia requerer a dissolução da sociedade a que estivesse vinculado por prazo indeterminado sempre que assim o desejasse.

Em uma primeira aproximação, interpretou-se o termo dissolução em seu sentido mais reto: rompimento total do contrato social e extinção da pessoa jurídica dele decorrente.

Entretanto, atenta às danosas repercussões econômicas dessa interpretação, a jurisprudência caminhou – valendo-se de institutos como o contrato plurilateral – para atribuir ao termo dissolução citado no dispositivo legal uma feição apenas parcial (Cf. PIMENTA, 2004, p. 60).

Rompe-se apenas parcialmente o contrato de sociedade, permitindo-se a saída do sócio descontente mas mantendo-se a unidade produtiva em funcionamento, com notórios ganhos para a atividade produtiva.

Parece-nos este um exemplo acabado em que não a legislação mas sua interpretação foram modificadas de uma modalidade economicamente ineficiente para outra mais adequada à maximização da riqueza disponível e menos danosa aos sucumbentes.

5.3. Seleção, entre duas ou mais opções juridicamente admissíveis, daquela economicamente mais eficiente

Não se trata aqui de duas diferentes interpretações sobre uma mesma norma, uma delas economicamente mais eficiente que a outra.

Trata-se de analisar as duas ou mais normas jurídicas aplicáveis a uma determinada situação concreta optando-se, entre as opções licitamente admissíveis, por aquela economicamente mais eficiente.

Relevante exemplo é dado por Richard Posner: “Contrast two methods of organizing the production of (say) mobile homes. In one, the entrepreneur contracts with one person to supply the component parts, with another to assemble them, and a third to sell the finished product. In the second method, he hires them to perform these tasks as his employees under his direction. The first method of organizing production is the traditional domain of contract law, the second of master-servant law. The essence of the first method is that the entrepreneur negotiates with each of the three contractors an agreement specifying the price, quantity, quality, due date, credit terms, etc., of contractor’s performance. The essence of the second me-

thod is that the entrepreneur pays them wages, not for a specific performance, but the right to direct their performance” (POSNER, 1972, p. 174).

Analisemos também as sociedades limitadas e as sociedades por ações: tanto uma quanto a outra são tipos societários previstos e disciplinados pela legislação brasileira. Salvo algumas exceções expressas (como o caso de instituições financeiras), duas ou mais pessoas que pretendam unir seus esforços pessoais e patrimônio para a realização de uma mesma atividade podem livremente optar por uma ou outra modalidade.

São, desse modo, dois institutos distintos destinados a disciplinar uma realidade que, a princípio, é a mesma: a união de esforços e patrimônio para a realização de uma mesma atividade econômica com a consequente repartição dos resultados (contrato de sociedade).

É aí que entra a análise da questão sob o ponto de vista de sua eficiência. Consideremos as seguintes situações:

1ª - Os sócios são pessoas de uma mesma família, em grupo pouco numeroso e pretendem ter direta ingerência sobre a gestão do empreendimento.

2ª - Os sócios são pessoas de uma mesma família mas em grupo bastante numeroso e com direta ingerência sobre a empresa, não havendo, por outro lado, grande harmonia de pensamento entre eles.

3ª - Os sócios são integrantes de uma mesma família mas têm o objetivo de abrigar no quadro de membros da sociedade outras pessoas estranhas ao núcleo familiar e, além disso, já estudam a possibilidade de negociar ações no mercado de valores mobiliários.

A modalidade de sociedade a ser adequadamente escolhida pelos interessados, em cada uma dessas hipóteses, varia não segundo critérios de licitude/ilicitude, tendo em vista que qualquer uma das opções dadas (sociedade limitada ou anônima) é plenamente aplicável, sob esse critério, à situação posta.

Em cada uma das três hipóteses cumpre optar, entre as diferentes modalidades de sociedades legalmente admitidas, por aquela que permita aos sócios, em face das peculiaridades de relações e interesses de cada um, a solução economicamente mais eficiente.

Conclusão

O principal objetivo deste estudo foi chamar a atenção para a necessidade de se elaborar, interpretar e aplicar o Direito conciliando valores socialmente almejados e eficiência econômica.

Isso não significa que a eficiência deva ser sempre respeitada como critério de análise da legislação. Ao contrário, há oportunidades em que deverá ela ser deixada de lado em prol de outros valores socialmente mais relevantes.

Essa constatação, porém, ao invés de desacreditar a análise econômica do Direito, vem em seu reforço, na medida em que, para abdicarmos da eficiência em prol de outros valores socialmente mais relevantes diante da situação concreta, precisamos saber qual seria a opção mais eficiente.

Por outro lado, é indispensável que os valores socialmente almejados e que se pretende refletidos na legislação sejam alcançados com o mínimo de dispêndio material possível, tornando, também sob esse ponto de vista, o Direito inseparável da Economia.

Notas

¹Todd J. Zywicki (2005, p. 20), ao analisar a legislação e jurisprudência norte-americanas, chama a atenção para estes elementos: "In the modern world, however, capital is not tied to any particular country. Thus, it is far easier to escape the 'tax' imposed by a nation's inefficient bankruptcy laws. It also is doubtful that international investors will be willing to allow American bankruptcy judges to redistribute their wealth to subsidize American workers and lawyers through chapter 11. To the extent that chapter 11 raises the costs and risks of investing in America, international investors will direct their capital to more efficient markets. In short, the pressures on the United States to adopt more

efficient bankruptcy laws is much greater than in the past."

² Esse exemplo foi retirado de Stiglitz & Walsh (2003, p. 172-174).

³ Em apoio a nossa opção, invocamos a seguinte assertiva de Hans Kelsen: "Podemos definir como quisermos os termos que desejamos usar como ferreamentas em nosso trabalho intelectual. A única questão é saber se eles servirão ao propósito teórico ao qual os destinamos" (KELSEN, 2000, p. 7).

⁴ As principais contribuições de Ronald Coase para a análise econômica do Direito encontram-se em dois de seus trabalhos: COASE, Ronald. The nature of firm, In: *The firm, the market and the law*. Chicago: Chicago University Press, 1988. COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, The University of I, N. 3, 1960. Chicago Press.

⁵ Sobre a atual importância da análise econômica do Direito para a pesquisa jurídica, veja-se, a título de exemplo: POSNER, 2004; COOTER; ULEN, 2005; MERCURO; MEDEMA, 2003; WILLIAMSON, 2000.

Referências

BAIRD, Douglas G.; GERTNER, Robert H.; PICKER, Randal C. *Game theory and Law*. Chicago: Harvard University Press, 2003.

BLAUG, Mark. *Economic theory in retrospect*. 5. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

BRUE, Stanley L. *História do pensamento econômico*. 6. ed. São Paulo: Thomson Learning, 2005.

COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 1, n. 3, 1960.

_____. *The nature of the firm: the firm, the market and the law*. Chicago: University Press, 1988.

COASE, Ronald H. *Essays on economics and economists*. Chicago; London: University of Chicago Press, 1995.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law & economics*. 4. ed. [S. l.]: A. Wesley, Longman, 2005.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: M. Fontes, 2005.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

JAYME, Fernando Gonzaga. *Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 1991.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- KREPS, David M. *A course in microeconomic theory*. New Jersey: Princeton University Press, 1990.
- MANKIW, Gregory. *Introdução à economia*. 3. ed. São Paulo: T. Learning, 2005.
- MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. *Economics and the law: from Posner to post-modernism*. New Jersey: Princeton University press, 1999.
- PIMENTA, Eduardo Goulart. *Exclusão e retirada de sócio: conflitos societários e apuração de haveres no código civil e na lei das sociedades anônimas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- POLINSKY, Mitchell A.; SHAVELL, Steven. Economic analysis of law. *John M. Olin Center for Law, Economics, and Business*, [S. l.], n. 536, nov. 2005.
- POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. Boston: Little, Brown and Company, 1972.
- _____. Law and economics in common-law, civil-law, and developing nations. *Ratio Juris*, Bologna, v. 17, n. 1, mar. 2004.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. São Paulo: M. Fontes, 2003.
- ROSSETTI, José Paschoal. *Introdução à economia*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. *Economia*. 16. ed. São Paulo: Mc Graw Hill, 2001.
- STANLAKE, George Frederik. *Introdução à economia*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.
- STIGLITZ, Joseph E.; WALSH, Carl E. *Introdução à microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003.
- SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert E. Contract theory and the limits of contract law. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 113, 2003.
- WILLIAMSON, Oliver E. Why law, economics, and organization? *Law and Economics working paper series*, Berkeley, n. 37, 2000.
- ZYWICKI, Todd. The past, present, and future of bankruptcy law in America. *Law and Economics working paper series*, Berkeley, [200-?]. Disponível em: <<http://www.ssrn.com.br>>. Acesso em: 21 jul. 2005.

Efeitos jurídicos da presença brasileira na Antártica

Jorge Fontoura

*Sempre enfim para o Austro a aguda proa[...]
Camões, Luisíadas, Canto V, 12*

O *Sexto Continente*, como se designa a imensidão antártica, não é mera força de expressão. Ao abranger as terras ao sul do paralelo 60° S, conforma território contínuo de 14 milhões de quilômetros quadrados e, vale dizer, é maior que a Europa, maior que a América do Sul, equivale a mais que um Brasil e meio e a quase metade da África.

Vital para o equilíbrio ecológico, nela se concentram 65% da água doce do planeta, incidindo fortemente no regime de marés, ventos, correntes marítimas e no controle do aquecimento global, ademais de seus relevantes recursos minerais e marinhos. Por tudo isso, a região constitui macrosantuário ambiental, para a qual convergem justificadas atenções da humanidade.¹

Objeto de compreensível cobiça territorial de inúmeros Estados, a história da conquista do Pólo Sul é prenúncio da disputa a qual o mundo antártico estaria fadado. Quando o explorador inglês Robert Scott atinge o Pólo Austral, em 17 de janeiro de 1912, após imensos sacrifícios, lá encontra a bandeira norueguesa deixada por Roald Amundsen, trinta e quatro dias antes; desiludido, perece com o que restara de sua expedição no caminho da volta: um dos pólos da terra, inviolado por milhares de anos, nunca contemplado pelo olho humano, fora

Jorge Fontoura é Doutor em Direito Internacional, professor dos Cursos de Pós-Graduação da UNILEGIS (Senado Federal) e do UniCEUB e Vice-Presidente do CEDI, Centro de Estudos de Direito Internacional.

descoberto duas vezes em pouco mais de um mês.

No segundo pós-guerra do século XX, como decorrência de repetidas reivindicações de soberania na região austral, foco potencial de tensões e de comprometimento da segurança coletiva e da estabilidade regional, com desastrosas conseqüências de militarização e nuclearização, verificam-se seguidas tentativas de regulamentação jurídica do espaço antártico. Por iniciativa de países não-hegemônicos, como a Índia e a Nova Zelândia, ocorrem as primeiras propostas de internacionalização da região, em plena época da Guerra Fria.

Durante a celebração do Ano Geofísico Internacional, em verdade biênio, pois se desenrolou de junho de 1957 a dezembro de 1958, muitas atividades científicas foram iniciadas na Antártica. Por inusitada cooperação russo-americana no auge da Guerra Fria, para evitar mais confrontações entre as tantas existentes, celebrou-se o Tratado de Washington de 1º de dezembro de 1959, em vigor em 23 de junho de 1961, de natureza multilateral e sob os auspícios das Nações Unidas. A congregar países que possuíam programas de pesquisas científicas polares, o acordo não resolvia potenciais conflitos existentes, mas congregava Estados em compromisso possível, muitos dos quais com inelutáveis propósitos de ocupação territorial e de exercício soberano na Antártica.

Versado em apenas quatorze artigos, o tratado era, no entanto, inovador e pacifista, fundamentado nas idéias de liberdade de pesquisa científica, cooperação internacional, utilização pacífica e banimento da militarização e nuclearização da região polar, inclusive como depósito de material e de resíduos radiativos.

Ainda, de forma criativa, o tratado esvaiziava conflitos derivados de pretensões territoriais conflitantes, ao estabelecer em seu art. 4º que os Estados aderentes eximiam-se, temporariamente, de exercer reivindicações soberanas sem perder eventuais direitos pré-

existentes, passíveis de postulação em momento oportuno.²

Tratou-se da técnica *ice-box*, ou de congelamento de pretensões soberanas, *bien à propôs*, utilizada em relação a um dos mais gélidos confins do planeta. Os doze países originalmente signatários – EUA, URSS, Inglaterra, Nova Zelândia, Bélgica, Chile, Argentina, Noruega, França, Austrália, Japão e União Sul-Africana, por serem os países que tinham presença na Antártica, davam efetividade ao Tratado de Washington, constituindo seu Conselho Consultivo. Mais tarde, por desenvolverem *in loco* projetos de substância e de reconhecimento pela comunidade científica, outros países foram incorporados à *aristocracia do tratado*, como parte consultiva, de natureza aderente, por não terem sido membros originários. Com base no art. 134, § 1º, do tratado, foram admitidos outros países, conforme ocorreu com a Polônia, com a Alemanha e com a Índia, e, a interessar em especial ao presente estudo, com o Brasil, em 12 de setembro de 1983 (CRHISTOPHER; SUDHIR, 1988).

A par do tratado originário, instituíram-se múltiplos instrumentos multilaterais disciplinadores de atividades específicas na região austral, que, com as Recomendações adotadas durante as Reuniões das Partes Consultivas, passaram a constituir o *sistema do tratado antártico* (Cf. COLACRAI, 1984). Vale mencionar os seguintes documentos: o Protocolo ao Tratado da Antártica sobre Proteção ao Meio Ambiente, o Protocolo de Madrid, a Convenção para Regulamentação das Atividades sobre Recursos Minerais e a Convenção para a Conservação das Focas Antárticas. Ainda há que referir as seguintes instituições: o Comitê Científico para Pesquisas Antárticas, o Conselho de Gerentes de Programas Nacionais e a Comissão para a Conservação dos Recursos Vivos Marinhos Antárticos³.

A presença brasileira na região austral, que legitima e permite o país aderir ao arcabouço jurídico antártico como Membro Consultivo, a participar da *aristocracia do Trata-*

do de Washington, dispendo de voto e voz em todas as reuniões das altas partes consultivas, iniciou-se com a instituição do PROANTAR, Projeto Antártico Brasileiro, a partir da Operação Antártica I, no verão austral de 1982/83, com a utilização de dois navios especialmente equipados para missões científicas polares, o *Barão de Teffé*, da Marinha do Brasil, e *Professor W. Besnard*, da Universidade de São Paulo.

Hoje, o PROANTAR encontra-se sob a égide da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar, coordenada pelo Comandante da Marinha, dotada de uma Secretaria Administrativa, SECRIM, provedora das atividades de gerência e programação de todas as atividades antárticas mantidas pelo Brasil. Tais atividades são, mormente, desenvolvidas na Estação Comandante Ferraz, também mantida pela Marinha, a par de refúgios situados em pontos estratégicos, como as Ilhas Elefante e do Rei George, com o apoio do navio oceanográfico *Comandante Ari Rongel*. Adquirido em 1994, opera com helicópteros de pequeno porte e é dotado de laboratórios para a pesquisa nas áreas de meteorologia, oceanografia, física e biologia.

A Estação Comandante Ferraz foi instalada em 1964 e abriga cerca de cinquenta pessoas, entre pessoal científico e de segurança e manutenção da Marinha. A Estação de Apoio Antártico, ESANTAR, localizada na Universidade Federal do Rio Grande, no extremo meridional do Brasil, atua na retaguarda das operações de campo, proporcionando logística e infra-estrutura material. Também a Petrobras e a Força Aérea Brasileira prestam ingente auxílio à missão brasileira, que mantém convênios acadêmicos com a Universidade Federal do Espírito Santo e com a Universidade de São Paulo, a exemplo de outras instituições públicas e privadas do país.

A consolidação do estatuto antártico como *res communis humanitatem*, o regime condominial vigente, que tem proporcionado meio século de formidável cooperação e interação, seria, como bem assinala Benedetto Conforti

(apud SCOVAZZI; FRANCIONE, 1987)⁴, a forma ideal para a fruição civilizada do pólo austral. É imponderável que se considere, no entanto, a possibilidade de futuras mudanças no atual *status quo*. Em fria análise de realismo político, não se pode mesmo descartar o retorno às reivindicações territorialistas⁵, com a visualização de alguns possíveis cenários, conforme os que seguem:

1ª) a prevalência das teses territorialistas e de setorização, a exemplo da Região Ártica;

2ª) a perenização do atual regime provisório condominial;

3ª) a internacionalização da região sob a égide da ONU, com a adoção do *status* de patrimônio comum da humanidade;

4ª) a prevalência de tendência conciliatória entre reivindicações territorialistas de alguns Estados e a forma condominial em vigor;

5ª) a prevalência de tese mista, mesclando idéias de condomínio, como nos moldes atuais, com a posterior implantação de paulatinos mecanismos distributivos.

Desses cenários hipotéticos, os que implicam reivindicações de soberania e gozo de privilégios territoriais trazem insuperáveis dificuldades intrínsecas, com pretensões conflitantes a reavivar tensões internacionais. Apesar de apresentar-se como opção politicamente desastrosa, o *territorialismo* está sub-repticiamente consagrado no Tratado de Washington, presente na regra que estabelece não renunciarem os Estados ou terem diminuídos seus direitos pré-existentes.⁶

Outra grande dificuldade das posturas territorialistas se refere à natureza juridicamente controversa e, mesmo, imprecisa dos títulos invocados. O paralelismo e o relativismo das justificativas de ocupação soberana estão aptos a criar impasses e tensões, em região não isenta de rivalidades históricas e conflitos territoriais lamentáveis.

As alegações jurídicas empregadas em demandas quietais fundamentam-se, também em relação à Antártica, no princípio da descoberta, com base no brocardo clássico

prior in tempore potior in jure, no princípio da ocupação efetiva, *uti possidetis de jure*, no argumento da continuidade geológica e no princípio da defrontação, ou princípio dos cones ou fatias polares. No que concerne àquele do descobrimento, como modo de incorporação territorial, trata-se de forma aquisitiva convalidada em direito internacional público, porém salvaguardada pela concomitante ocupação efetiva. Tem-se tal convicção formulada positivamente na Ata da Conferência de Berlim de 1883/84 (FONTOURA, 1986). Há que se verificar, contudo, ser o conceito de efetividade mais flexível em relação às regras polares, tomando-se em conta peculiaridades climáticas e geográficas existentes, o que já se tem elaborado em jurisprudência internacional, como no caso da Groenlândia Oriental, julgado em 1933, na Corte Permanente de Justiça Internacional, CPJI, na Haia, e na clássica arbitragem de Max Huber, sobre o território da Ilha de Las Palmas, no Oceano Atlântico (ORREGO VICUNÃ, 1983).

Quanto ao princípio de defrontação, derivado da setorização polar, existem objeções em sua aplicação com relação ao Pólo Sul. O engenhoso sistema concebido pelo Senador canadense Pascal Poirrer, em 1907, prevê que Estados contíguos ao Círculo Polar Ártico exerçam soberania em terras e ilhas que lhe estejam ao norte, dentro de um setor triangular cujos vértices são o Pólo Norte e os dois pontos em que os meridianos toquem as partes extremas do território estatal. A maior crítica que se faz a sua eventual aplicação no *Continente Branco* deriva da imensa distância que o isola: nenhum território adjacente alcança o Círculo Polar Ártico e a Terra do Fogo, a Nova Zelândia e o Cabo da Boa Esperança, que são os pontos de referência mais próximos, ou menos distantes, encontram-se, respectivamente, a 3.600, 4.500 e 7.000 quilômetros.

No que diz respeito ao regime em vigor, há precedente crítica ao condomínio restrito que de fato ocorre ao privilegiar alguns Estados em detrimento da comunidade in-

ternacional. O comprometimento do postulado da igualdade entre as Nações, clara convicção da moderna sociedade internacional, a desconsiderar o imperativo jurídico da equidade, contra interesses nacionais privilegiados, compromete o bom direito, alijando da fruição antártica a grande maioria dos países.

Vale considerar, ao contemplar-se o regime de internacionalização nos moldes de *patrimônio comum da humanidade*, aplicado pelo novo direito do mar aos fundos marinhos, estar também a generosa e criativa fórmula passível de críticas procedentes. Posição propugnada pelos países em desenvolvimento, na defesa de regime internacionalizado e não-discriminatório, tal hipótese encontra fundadas objeções por ser a Antártica, ao contrário do que acontece com os fundos marinhos (a "área", na terminologia direito do mar), região já conhecida, a caminho de total exploração e sobre a qual remanescem fundadas invocações de títulos jurídicos.

O desenvolvimento progressivo do direito internacional público tem ultrapassado a dimensão da simples codificação de regras já cristalizadas pela prática dos Estados. Emerge, no cenário mundial, um *direito das gentes* de cooperação, a substituir o clássico *direito de coexistência*. O regime de cooperação que se tem verificado na Antártica constitui exemplo eloqüente *per se* de tal dinâmica, com o conceito de humanidade sendo objetivamente mensurável, nas ações conjuntas dos pesquisadores, na solidariedade cosmopolita que de fato se verifica nas lides antárticas, com respeito mútuo e cooperação *à outrance*. Nesse sentido, empregase a idéia de *humanidade* não como acepção difusa de *soft law*, mas como expressão tecnojurídica de efetividade e eficácia, afastada da quimera *jusnaturalista* ou do mero discurso.

Para o Brasil, qualquer que seja o cenário a concretizar-se, é de lembrar que a instauração de novo regime levará em conta o querer das Partes Consultivas do Tratado Antártico, não de forma obrigatória, confor-

mes ao querer mais amplo da comunidade internacional. Nesse sentido, a presença do Brasil na Antártica é *sine qua non* ao exercício das faculdades jurídicas concedidas aos poucos Estados que souberam construir suas histórias na inóspita região, não com pouco engenho e arte, ademais de investimentos e recursos públicos consideráveis.

O Brasil, que poderia respaldar pretensões territoriais antárticas por amplo e variado rol de direitos inenargüíveis, não deve negligenciar sua presença no Sexto Continente. É, ademais, imperioso manter atuação acentuada nas fainas antárticas, sem renunciar direitos, e, se necessário, mesmo sem renunciar aos direitos territoriais que poderia com legitimidade postular. A tradição de nossa política externa, consoante o comprometimento constitucional brasileiro, compromete-nos *ex vi* com o pacifismo e com o respeito ao direito internacional público. À retórica inflamada dos anos 70 é razoável ter-se sobreposta visão pragmática da realidade contemporânea, em prol da consecução de desejável entendimento multilateral.

O aumento no nível dos mares em cerca de setenta metros, caso a massa polar antártica venha desastrosamente a misturar-se aos oceanos, demonstra, com a força dos exemplos mais singelos, a urgência e a abrangência das demandas austrais.

Notas

¹ Do editorial do jornal Folha de São Paulo, A Antártica derrete, de 6 de março de 2006: *A notícia de que a Antártica está perdendo grande quantidade de sua camada de gelo é mais um indício preocupante de que o efeito estufa está em escala global.* Também alude à atualidade do tema The Economist, Volume 337, Number 8456, December 2005, em matéria de capa, *Global Warming.*

² "Artigo I V

1. Nada que se contenha no presente Tratado poderá ser interpelado como:

a) renúncia, por quaisquer das Partes Contratantes, a direitos previamente invocados ou a pretensões de soberania territorial na Antártica;

b) renúncia ou diminuição, por quaisquer das Partes Contratantes, a qualquer base de reivindicação de soberania territorial na Antártica que possa ter, quer com o resultado de suas atividades, ou de seus nacionais, na Antártica, quer por qualquer outra forma;

c) prejudgamento da posição de qualquer das Partes Contratantes quanto ao reconhecimento dos direitos ou reivindicações ou bases de reivindicação de algum outro Estado quanto à soberania territorial na Antártica.

2. Nenhum ato ou atividade que tenha lugar, enquanto vigorar o presente Tratado, constituirá base para proclamar, apoiar ou contestar reivindicação sobre a soberania territorial na Antártica, ou para criar direitos de soberania Antártica. Nenhuma nova reivindicação, ou ampliação de reivindicação existente, relativa à soberania territorial na Antártica será apresentada enquanto o presente Tratado estiver em vigor."

³ The growing complexity of the procedures, practices and instruments adopted accordingly on various matters has been reflected in the common vocabulary of Antarctic policy-makers; gradually, the term system has become an adjunct to the name of the Antarctic Treaty. The term was thereupon codified by the consultative parties in 1979, in a international instrument, Recommendation X-1 of the Washington Consultative Meeting (DAVOR, 1996).

⁴ [...] *la solution vers laquelle on doit s'orienter dans la Antartique, ainsi que dans les autres espaces internationaux, est celle de considerer l'espace et ses ressources comme patrimoine commun de l'humanité, de soutenir que cet espace et ses reccources doivent être adminstrés dans l'intérêt de l'humanité toute entière, mais on confi-ant l'administration aux Etats qui ont l'expérience et la capacité nécessaire pour l'exercer.*

⁵ *The problem of adjusting the functioning of the law to the perpetual antinomy of change and stability, is not one peculiar to international law. It is a general legal phenomenon common to every political society. Experience teaches that in this struggle the element of change is not always victorious, for the simple reason that stability and security are in themselves a powerful constituent element of justice.*[...] LAUTERPACHT, 1933.

⁶ O Tratado só foi possível com o congelamento dos direitos e das pretensões. Porém, não houve renúncia. Nenhum dos países desistiu de suas teses e de seus direitos[...] (RANGEL, 1985).

Referências

COLACRAI, Myriam. El sistema político-jurídico antártico. *Revista de Ciência Política*, Rio de Janeiro, v. 27, dez. 1984.

CRHISTOPHER, Joyner; SUDHIR, Chopra. *The Antarctic legal regime*. Dordrecht: M. Nijhoff, 1988.

DAVOR, Vidas. The Antarctic treaty system in the international community: an overview. In: _____ . SCHRAM, Olav (Ed.). *Governing the Antarctic*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

FONTOURA, Jorge. Régimen jurídico de la Antártica. In: CONFERENCIA DA INTER-AMERICAN BAR ASSOCIATION, 26., 1986, Buenos Aires. *Anais...*, Buenos Aires, 1986.

LAUTERPACHT, H. *The function of the law in the international community*. Oxford: Clarendon Press, 1933.

ORREGO VICUÑA, Francisco. *La Antartica y sus recursos, problemas políticos, científicos y jurídicos*. Chile: Universitária, 1983. (Colección Estudios Internacionales).

RANGEL, Vicente Marota. Regulamentação jurídica da Antártica. *Anais do simpósio: o Brasil na Antártica*, Brasília, Câmara dos Deputados, Comissão de Relações Exteriores, 1985.

SCOVAZZI, Tullio; FRANCIONE, Francesco (Ed.). *International law for Antarctica*. Milano: Giuffrè, 1987.

Os confins da responsabilidade objetiva nos horizontes da sociologia do risco

Almejando a permanente certeza na contingência das improbabilidades

Alexandre Pimenta Batista Pereira

Sumário

1. Introdução. 2. Entre o risco e o perigo: a fórmula luhmanniana de se comportar perante as incertezas. 3. De volta para o futuro: notas da imprevisibilidade no tempo presente. 4. Da culpa ao risco. 5. Em busca da restauração da igualdade. 6. A assim chamada *socialização dos riscos*. 7. A caminho da causalidade suposta? 8. Do risco como um processo comunicativo.

“Viver é muito perigoso... Querer o bem com demais força, de incerto jeito, pode já estar sendo se querendo o mal, por principiar. Esses homens! Todos puxavam o mundo para si, para o concertar concertado. Mas cada um só vê e entende as coisas dum seu modo”. (ROSA, 2001, p. 32-33)

1. Introdução

Definir a contemporaneidade como a *sociedade do risco* é tecer comentário acerca do fenômeno sociológico que se localiza em um alicerce topográfico não mais que superficial¹. Com efeito, o tema tornou-se conceito central de reflexão da sociedade moderna, demandando a crítica dos precisos deslindes da descrição, de modo tal que se possa oferecer meios, como quer que seja, necessários ou não, para se enfrentar o risco.

Nesse sentido, cresce no Direito Civil os mecanismos da responsabilidade civil pelo risco da atividade desenvolvida. É razoável estimular seu incremento? A responsabilidade civil caminha para a vertente desvin-

Alexandre Pimenta Batista Pereira é Professor na Universidade Federal de Viçosa. Mestre e Doutorando em Direito na Universidade Federal de Minas Gerais.

culada da causa? Como enfrentar o problema da socialização dos riscos?

O presente ensaio almeja, se não responder às indagações, oferecer exame das principais vertentes da sociologia do risco, sob a ótica civilística.

2. Entre o risco e o perigo: a fórmula luhmanniana de se comportar perante as incertezas

Superando manifestações de cunho religioso, ou mesmo dotadas de certo viés de espiritualidade, a sociedade contemporânea incrementa formas de enfrentar as incertezas, destacando assim o risco e seus conceitos interligados, como a desordem, catástrofe, caos (Cf. LUHMANN, 1996b, p. 2).

Como atingir o consenso quando se contempla, no horizonte futurístico, dimensões diversas do provável/improvável? A esse propósito, o risco e o perigo surgem como diferentes manifestações a enfrentar os confins da improbabilidade.

Sabe-se que a comunicação representa o processo pelo qual se faz possível a observação do sistema, segundo o qual a sociedade “se produz e reproduz autopoieticamente” (Cf. LUHMANN, 1996b, p. 7).

À luz de uma vertente quantitativa, sempre se enfrentou a problemática do risco. Indicado como verdadeiro *início de uma catástrofe*, Luhmann (1996b, p. 11) adverte que o risco vem orientado a uma expectativa subjetiva de utilidade, sendo necessário, por isso, superar tal ponto de vista, ainda que, em situações específicas, se torne difícil acordar a real soma do cálculo.

Deve-se romper, com efeito, o natural simplismo de considerar o risco como uma forma de se lidar com a incerteza².

Fala-se de risco quando se pode tomar uma decisão: “O conceito, em outras palavras, refere-se a uma disposição de contingência de grau elevado” (Cf. LUHMANN, 1996b, p. 28), merecendo reconhecido destaque o modo com que os danos possam ser evitados. Mas, decerto, o homem se compor-

ta diversamente perante as incertezas. Pode haver incerteza “pelo simples fato de que o futuro seja desconhecido”, no caso, p. ex., da ocorrência de um terremoto; ou, ao contrário, a incerteza advém da decorrência de decisões tomadas, como os prejuízos de um investimento (Cf. CORSI, 1998, p. 53).

O fenômeno da positivação do direito importa riscos. Se a eficácia jurídica depende de certo grau de abstração de suas estruturas, o processo de estabilização do direito positivo requer a interferência de mecanismos políticos e econômicos (Cf. LUHMANN, 1990, p. 140). O direito estrutura a sociedade por meio das expectativas vinculantes, de maneira tal que se possa confiar em um subsistema de decisão institucionalizado. Recorrendo à positivação do direito, a sociedade enfrenta a complexidade (Cf. LUHMANN, 1990, p. 140-146): “Ao invés de procurar formas de segurança, procuramos modalidades diferentes de conceber, perceber e enfrentar a incerteza do futuro” (Cf. CORSI; DE GIORGI, 1998, p. 54).

Com efeito, é difusa a tendência de se contrapor o risco à segurança. Buscando auferir nível de probabilidade, o risco é calculado por meio de procedimentos matemáticos.

Em dimensão diversa, o perigo refere-se a danos que têm como causa fatores externos. As pessoas estariam, de um lado, expostas ao perigo, inseridas em eventos alheios à vontade; e, de outro, sujeitas ao risco, à proporção que enfrentam a contingência do decidir (Cf. LUHMANN, 1996b, p. 32-33).

Problema bastante importante na presente distinção é o da prevenção:

“Com a prevenção se entende o modo muito geral de preparação de danos incertos, direcionada à redução tanto da probabilidade que se verifique um dano, quanto do seu calcular. A prevenção pode portanto ser praticada seja no caso do perigo, seja no caso do risco. Pode-se armar também dos perigos que não se atribuem às próprias decisões; exercita-se no uso das armas, coloca-se pela parte de se-

mas em dinheiro, ou confia-se em amigos, aos quais pede-se eventualmente ajuda. Semelhantes estratégias de segurança são colaterais e são motivadas geralmente pelas inseguranças próprias da conduta da vida neste modo” (LUHMANN, 1996b, p. 40).

Na feliz expressão de Luhmann (1996b, p. 41), “o risco de se evitar o risco acaba sempre por ser um risco”.

3. De volta para o futuro: notas da imprevisibilidade no tempo presente

A diferença entre o passado e o futuro assume o guia da semântica temporal. “No presente se pode olhar para o futuro e do futuro direto ao presente que depois se tornará passado e já agora se pode saber que o presente recordado não será igual ao passado” (LUHMANN, 1996b, p. 51-52).

A avaliação dos riscos torna-se dependente do presente e de como ele se comportará na distinção entre passado e futuro. “Projetando um passado e um futuro, o presente é constituído como determinação temporal e precisamente como uma *limitação*, necessária para conectar passado e futuro” (LUHMANN, 1996b, p. 54).

Por isso, o modo segundo o qual o presente trata o futuro, que é desconhecido, converte-se em tema da comunicação social. O futuro é considerado a partir de seus requisitos de preocupação e de medo e, se é verdade que os problemas ecológicos “são classificados como *riscos*, isto significa que é necessário refletir sobre o *significado que o futuro tem para com o presente*” (Cf. DE GIORGI, 1998a, p. 217).

A relevância aos problemas futuros é constituída mediante decisões. Deveras, por meio dos mecanismos decisórios, o homem se porta perante o futuro, transformando os perigos em riscos. Mesmo no caso de ausência de decisão, decide-se. “Resulta tendência em perceber o futuro como [...] mais ou menos provável ou mais ou menos improvável” (LUHMANN, 1996b, p. 60).

Buscando a consolidação de uma estrutura contingente, que depende de processos de decisão, o sistema do direito tende à estabilização (Cf. DE GIORGI, 1998b, p. 251).

Nessa seara, a confiança ganha merecido destaque, já que representa efetiva fórmula de redução da complexidade. Confiar é fundamentalmente antecipar-se ao futuro; é comportar-se como se o futuro fosse certo. A confiança pressupõe compreensão do tempo, noção sobre cujo entendimento vislumbra-se a relação do sistema com o ambiente. O tempo, por sua vez, implica idéia de movimento, fazendo que o presente seja um contínuo intacto de alternâncias (Cf. LUHMANN, 1996a, p. 14).

A confiança designa expectativas suficientemente estáveis, cuja concretização os participantes projetam a relação com o futuro, reduzindo a complexidade social (Cf. CORSI, 1998, p. 56-57).

A passagem da sociedade industrial à sociedade do risco domina o cenário da contemporaneidade.

Nesse sentido, a modernização reflexiva representa o estágio em que o progresso pode transformar-se em autodestruição (Cf. BECK, 1997a, p. 12). A transição de uma época social contradiz o auto-entendimento democrático.

“As constelações da sociedade do risco são produzidas porque as certezas da sociedade industrial (o consenso para o progresso ou a abstração dos efeitos e dos riscos ecológicos) dominam o pensamento e a ação das pessoas e das instituições na sociedade industrial. A sociedade do risco não é uma opção que se pode escolher ou rejeitar no decorrer de disputas políticas. Ela surge na continuidade dos processos de modernização autônoma, que são cegos e surdos a seus próprios efeitos e ameaças” (BECK, 1997a, p. 16).

Por outro lado, De Giorgi (1998a, p. 194-195) atenta para a questão de que “a análise do risco na sociedade contemporânea pode ter a função de racionalizar o medo”. O ris-

co pode ser assim tratado sob um questionado e duvidoso aspecto ontológico, ligado a uma condição existencial, que resulta de uma condenação à liberdade.

Mas, convém, a esse respeito, salientar que:

“O risco não é nem uma condição existencial do homem, muito menos uma categoria ontológica da sociedade moderna, e tampouco o resultado perverso do trabalho da característica das decisões, uma modalidade da construção de estruturas através do necessário tratamento das contingências. É uma modalidade da relação com o futuro: é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade” (DE GIORGI, 1998a, p. 197).

No âmbito do Direito Civil, o problema do risco reenvia a discussão aos intensos mecanismos de controle, dados por meios indenizatórios. À luz do reconhecimento da chamada *crise ecológica*, a incerteza retorna com diferente matiz, à medida que os conceitos da sociedade industrial são contrapostos a novas vertentes da modernização reflexiva. Assim, o risco, a um só tempo, pressupõe e libera decisões (Cf. BECK, 1997a, p. 21).

De mais a mais, torna-se necessário compreender e legitimar o retorno da incerteza e da falta de controle. “A sociedade de risco é tendencialmente também uma sociedade autocrítica” (Cf. BECK, 1997a, p. 22) já que “quanto mais tentamos colonizar o futuro, maior a probabilidade de ele nos causar surpresas” (GIDDENS, 1997, p. 76).

4. Da culpa ao risco

O fundamento da responsabilidade civil tem ganhado diversas explicações ao longo dos tempos.

Na sua origem, a responsabilidade era coletiva, atingindo fundamentalmente “os membros do grupo, clã, família, tribo, etc., independentemente da determinação ou não do autor material do dano” (DÍAZ, 1998,

p. 19). Enfática é a discussão acerca da exigência da culpa no Direito Romano, cujo brocardo – *in lege Aquilia et levissima culpa venit* – expressa a necessidade da culpa leve.

Como quer que seja, o Código Napoleônico evidenciou o viés da responsabilidade voltado para a culpa. Produto do século XVII, a culpa designava a idéia de censura moral do dano, enfatizada na reprovação da consciência; alicerçava, ainda, o dever de justiça, consubstanciando os adágios *suum cuique tribuere* e *neminem laedere*.

Como bem propõe Trimarchi (1961, p. 23), “a teoria da responsabilidade pela causalidade pura e a teoria da responsabilidade pela culpa constituem os dois pólos entre os quais e em torno dos quais se desenvolvem numerosos outros”.

Com as exigências estanques da localização do autor do dano e, por conseqüência, da sua necessária imputabilidade, com o correr dos tempos, sobrevieram eventos que, em decorrência do acaso, faziam-se irreparáveis. Em razão da própria atividade danosa, clamava-se pela necessidade de reparação para as vítimas. E, por conseqüência, “o princípio da responsabilidade pela culpa se revela [...] insuficiente a resolver o problema dos danos causados no exercício das indústrias” (TRIMARCHI, 1961, p. 13).

Decerto, a Revolução Industrial no século XIX fez que se mudasse o centro de referência da responsabilidade civil. Com a expansão do maquinismo, multiplicavam-se os acidentes causados aos operários. Com efeito, fazia-se necessário justificar meios para que houvesse a reparação, já que a culpa era um fundamento por demais restrito (PEREIRA, 1991, p. 21-22).

Integrada por dois elementos distintos – o subjetivo, imputabilidade do agente, e o objetivo, a violação da lei –, a culpa se revelava um conceito insuficiente, de modo tal que surgiram processos técnicos de sua ampliação. O problema se centrava nos conflitos extracontratuais, porquanto não se estivessem presentes preceitos anteriormente definidos.

Cresceram, destarte, mecanismos por meio dos quais a responsabilidade civil passou a ser justificada pela idéia do risco, além de situações de presunção de culpa, tais como as chamadas *culpa in vigilando*, *culpa in contrahendo*, *culpa in eligendo*...

É importante salientar que a responsabilidade objetiva tem a função de buscar, recorrendo a certo grau de intimidação, a redução do risco, revelando-se mecanismo mais eficaz em relação a outros procedimentos, como, p. ex., a responsabilidade subjetiva (TRIMARCHI, 1961, p. 36).

“Materializou-se a função da responsabilidade em face do dano, rebuscando somente o nexo de causalidade e o risco criado, para não se deixar a vítima inocente sem a reparação do mal sofrido” (LIMA, 1938, p. 221).

Os civilistas criaram, por assim dizer, um sistema misto de responsabilidade: no caso do contrato, por critério de justiça, necessário se fazia indagar sobre a culpa; no caso da situação extracontratual, aquiliana, despiendo seria inquirir a culpa, uma vez que a prova da atividade danosa bastava para se conferir a indenização (LIMA, 1938, p. 223).

Com fina argúcia, Lima (1938, p. 226) explica a evolução da responsabilidade civil:

“Esta evolução, porém, na teoria da responsabilidade extra-contratual, não é um fenômeno singular, mas simples consequência, em um dos institutos jurídicos, das correntes que disputam a primazia de orientar as instituições jurídicas: – uma, encarando o direito como categoria moral, dando maior ou menor influência ao elemento subjetivo como fator primacial nas soluções jurídicas. Outra, em sentido contrário, sem perscrutar as intenções subjetivas, pretende atender à necessidade de estabelecer o equilíbrio dos patrimônios”.

Fosse como fosse, a ampliação demasiada da responsabilidade fundada no risco coíbe o incentivo às atividades produtivas. O direito deve não só se preocupar com a

reparação às vítimas, mas também fomentar a segurança aos produtores.

5. Em busca da restauração da igualdade

Qual a explicação para se buscar a reparação? Ou, em outros termos, qual é a *ratio* da responsabilidade civil?

Responde Villela (1997, p. 53) que, na responsabilidade civil, o que se procura obter “é a restauração de uma igualdade rompida”. Independentemente do fundamento que se dê – culpa ou risco –, perpassa a lógica do responsável pela idéia de se procurar reconstituir o infortúnio. No mesmo sentido, o adágio *ubi emolumentum, ibi onus*.

O direito tem como fundamento axiológico a justiça, que é, em essência, construção da igualdade: “Se, então, o injusto é iníquo (ou seja, desigual) o justo é igual [...]. E já que o igual é o meio-termo, o justo será um meio-termo” (ARISTÓTELES, 1996, p. 197).

Resumindo: “Quem quer os benefícios, deve arcar com os custos inerentes; a quem, reversamente, os custos são impostos, não se pode negar o gozo dos benefícios. (...) Se alguém se entrega a prática que lhe pode trazer proveito, deve assumir os resultados perversos que dela decorrem” (VILLELA, 1997, p. 54).

A reparação seria simples se houvesse a perfeita correspondência na equação lucros e danos. O beneficiado na atividade deveria responder pelos prejuízos. Mas, deixando-se de lado lucros e danos, como explicar os resultados indiretamente benéficos, criados a partir do risco? Como equacionar a responsabilidade nessa situação? A socialização dos riscos e a responsabilidade pela causalidade suposta procuram oferecer respostas a tais indagações.

6. A assim chamada socialização dos riscos

A busca pela constante reparação faz que os critérios da responsabilidade civil

transcendam a mera individualidade. Com suas modalidades ampliativas, tais como o risco-proveito e o risco-criado, a objetivação da responsabilidade tenta fomentar a constante busca pela reparação.

Por meio das apólices, procura-se a cobertura para os mais diversos imprevidos.

O seguro representa hoje a mutualização dos riscos, como meio de lidar com os danos, evitando, assim, a paralisação das atividades (Cf. SILVA, 1962, p. 300). Não apenas em moldes individuais, senão ainda em coletivos, os seguros alicerçam a certeza para o ressarcimento. O Estado, em última instância, poderia ser visto como segurador universal das atividades (Cf. SILVA, 1962, p. 302-304).

Sucedem destacar, nesse sentido, as várias modalidades reparatórias em âmbito público que designam a vertente da socialização do risco, como, p. ex., a previdência social e o seguro obrigatório em automóveis. Ainda, a despeito da incidência particular, os institutos de previdência e os planos de saúde tentam definir a certeza da reparação diante do acaso.

A assim chamada *socialização dos riscos* colocaria, por antecipação, o direito à indenização pelos desassossegos temidos (Cf. SILVA, 1962, p. 339).

Importa a tal controle social a justeza de lidar-se com o imprevidido? Será que a imprevidição e a desordem fabricadas sofrerão oposição em relação ao padrão de controle racional (Cf. BECK, 1997a, p. 23)?

Quando a sociedade coloniza o futuro, há maior possibilidade de ela se surpreender. “O risco representa uma parte estatística das operações das companhias de seguro; a própria precisão desses cálculos de risco parece assinalar o sucesso em se manter o futuro sob controle” (Cf. GIDDENS, 1997, p. 76). Emergem, com efeito, novos tipos de incalculabilidade no momento em que a natureza, entendida como um dado social, faz-se destruída. Conseqüentemente criam-se maiores incertezas.

7. A *caminho da causalidade suposta?*

O nexo causalidade, elemento indispensável na responsabilidade civil, vem sofrendo relativizações. O problema surge a partir do momento em que não se determina peremptoriamente a exata correspondência dos causadores do dano.

Um caso paradigmático foi submetido a julgamento na Holanda. Pesquisadores descobriram vínculo estatístico entre a utilização da substância *diethylstilbestrol*, assim denominada DES, em mulheres grávidas – indicado para evitar nascimento prematuro – e a formação de câncer urogenital em meninas, filhas de mulheres que ingeriram a droga durante a gravidez (Cf. BERGKAMP, 1994, p. 35). A despeito de os autores não individualizarem as empresas farmacêuticas que efetivamente comercializaram o produto na época de formação da doença, eles provaram que havia um conjunto de possíveis companhias que fabricaram o remédio.

A Suprema Corte holandesa condenou à responsabilidade solidária as companhias farmacêuticas que comercializaram o produto na época, de tal forma que, na condenação, não se mantivesse um viés individual. Uma vez que as companhias puseram, em determinado período, o produto no mercado, e, considerando-se que o produto causou efetivamente dano, as empresas deveriam arcar com a reparação (Cf. BERGKAMP, 1994, p. 39).

O incremento da responsabilidade sem-causa – *no causation liability* – exprime a reparação por danos que as empresas efetivamente não causaram, mas que, em potência, poderiam ter dado causa (Cf. BERGKAMP, 1994, p. 40).

Bergkamp (1994, p. 47) considera que a responsabilidade sem-causa pode fazer que as empresas diminuam as potencialidades para investimento; assevera, ainda, que tal reparação representa a diminuição do bem-estar ao consumidor, onerando expressivamente a taxa do seguro. A responsabilidade ideal, para o referido A., deveria ser desig-

nada pelo mercado compartilhado – *market share liability* – em relação ao qual cada réu se julga responsável pela porção que representa no mercado, podendo-se eximir da condenação em caso de prova de não comercialização do produto no referido tempo.

São elucidativas as suas palavras de conclusão:

“A Suprema Corte fracassou em reconhecer os vícios da responsabilidade sem-causa e as virtudes da responsabilidade pelo mercado compartilhado. Como o artigo mostrou, a escolha inoportuna da Corte deterá a atividade de desejável economicamente e frustrará o seguro. Contudo, a responsabilidade sem-causa está na Holanda para ficar. As companhias farmacêuticas deveriam lidar com os significantes riscos colocados pelo novo regime de responsabilidade. Questões de seguro requerem atenção imediata” (BERGKAMP, 1994, p. 48-49).

A possibilidade de um dano anônimo também reenvia a discussão do nexos de causalidade a um viés de suposição. Nesse caso, há a existência efetiva de um círculo restrito de pessoas em que o autor se faz indeterminado. Pensa-se na causalidade probabilística, em cuja caracterização necessita-se da presença do concurso de pessoas, comum, em âmbito penal, para a situação do crime de rixa³.

De mais a mais, a vítima, tendo, diante de si, um conjunto reduzido de pessoas que intervieram no dano, poderá valer-se da responsabilização coletiva. “Perante o dilema de valor criado pelo anonimato opta-se pela não exoneração dos membros componentes do grupo identificado” (DÍAZ, 1998, p. 211).

É mister considerar, nesse tipo de responsabilidade, a característica do dano anônimo. Se os sujeitos resultam identificados, é possível que os demais participantes sejam liberados da obrigação de responder. Por isso, não é solidária a responsabilidade. À medida que o infrator seja determinado, ocorre a liberação dos demais prováveis.

Díaz (1998, p. 121) acrescenta que “a responsabilidade não pode se basear em um mero *estar* no lugar dos acontecimentos. Essa presença deve revelar um certo compromisso eficiente com o perigo que surge da fonte comunitária”. Com efeito, os obrigados pela reparação devem estar vinculados por circunstâncias de tempo, ou de lugar, relevantes, de sorte que arquem conjuntamente com a situação de risco.

Sucedo salientar que a procura desmesurada por responsáveis pode acarretar a paralisação das atividades econômicas, porquanto o risco possa acarretar benefícios à coletividade.

A esse propósito, Villela (1997, p. 55) noticia que, apesar das tenebrosas consequências, a talidomida trouxe benefícios à comunidade, como o recuo de lesões leprosas e o tratamento de lesões graves da mucosa bucal em pacientes com AIDS. Poder-se-ia alcançar tais benefícios sem os “devastadores efeitos da droga sobre a prole de mulheres que a consumiram” (VILLELA, 1997, p. 55)?

A incerteza gerada pelo risco traz portanto não só malefícios, senão inúmeros benefícios. O acaso, longe apenas de prejudicar, pode também acarretar situações vantajosas.

E não é só: os confins da responsabilidade civil ultrapassam questionamentos ligados aos limites do risco às empresas. No que concerne à responsabilidade civil pelos danos causados com o uso do tabaco, não só os fabricantes podem ser responsáveis. A obrigação indenizatória do próprio Estado, que tolera irrestritamente o uso do cigarro, cujos danos podem lesar inclusive os fumantes passivos, é também possível.

O Estado tem o dever de zelar pelo bem-estar público (Cf. VILLELA, 2004, p. 12). E o que não dizer da segurança? O ente público cuida da segurança nas ruas, lares, praças; enfim em todos os domínios da sociedade. “É inexplicável e escandaloso o silêncio em que o estamento jurídico brasileiro se man-

têm quanto à responsabilidade civil do Estado por falha na repressão da criminalidade” (VILLELA, 2004, p. 13).

8. Do risco como um processo comunicativo

Os possíveis caminhos da responsabilidade civil são confrontados com as explicações da sociologia do risco. Ao clamar pelo incremento dos mecanismos reparatórios, o futuro da responsabilidade civil faz-se questionado. Sugere a análise econômica do direito a concretização da paralisação das atividades no mercado, à medida que se aumentem os canais da reparação.

O risco concretiza a estratégia de absorção da incerteza, enraizando vínculos com o futuro, a partir da dicotomia probabilidade/improbabilidade. Ao passo que as decisões são tomadas, novos riscos surgem. A ânsia pela estabilidade, controlando as indeterminações, sempre preocupou as sociedades “que, de maneiras diversas, procuram soluções adequadas em seus respectivos níveis evolutivos” (DE GIORGI, 1998a, p. 190). Com base em decisões, os sistemas do direito e da economia buscam afirmar a segurança, de modo a proteger as expectativas.

A análise do risco na sociedade contemporânea pode ter a função de racionalização do medo, em que ganham destaque as ameaças ecológicas das tecnologias que produzem danos incontrolláveis (DE GIORGI, 1998a, p. 194).

Com efeito, as decisões são tomadas com o intuito de evitar o dano. Afinal, o enunciado *efeito preventivo* da responsabilidade civil avulta sobremaneira as indenizações.

As medidas ulteriores de segurança não são capazes de controlar as indeterminações, o que resulta na ocorrência de novas incertezas.

Evitar os danos futuros delinea um dos maiores objetivos do homem, à procura de paz. Todavia, ao passo que a tomada de decisão alcança novas decisões, a busca pelo controle gera também o descontrole.

Converte-se em tema da comunicação social “o modo no qual o presente consegue tratar um futuro que é desconhecido e permanece desconhecido” (DE GIORGI, 1998a, p. 219). Assim, o futuro é continuamente desenhado pela comunicação. O futuro, longe de apresentar qualquer conotação ontológica, resulta de um processo comunicativo que é produzido e reproduzido (Cf. CORSI; DE GIORGI, 1998, p. 55).

Os riscos podem, desse modo, ser calculados e, a partir de tal processo, a responsabilidade civil objetiva ganha consolidação. Mas, o homem deve também aceitar as improbabilidades, a fim de que se fomente o incremento das atividades produtivas, cujo cerne demarca os benefícios que, muitas vezes, advém do improvável. Nesse sentido, “enquanto implicam incerteza no verificar-se de futuros eventos danosos, determinados riscos podem ser evitados somente na condição de que se esteja disposto a correr outros” (DE GIORGI, 1998a, p. 212).

Dada a complexidade social, qualquer processo que almeje a segurança não estará livre do risco. Como elemento da responsabilidade civil, o dano encontra sua reparação justificada em nome da restauração da igualdade. Neutralizar sua ocorrência absoluta é de todo improvável, uma vez que está fora do controle do homem a paralisação dos acidentes.

Caracterizado como evento comunicativo, situado no âmago das incertezas, almeja-se alcançar os alicerces da problemática do risco nos dilemas do *medium* provável/improvável, já que se tem por certa a ocorrência do futuro. Conquanto possa ser monetarizado pelo sistema da economia, o risco não pode jamais ser transformado em direito (DE GIORGI, 1998a, p. 198).

Ao utilizar os mecanismos da responsabilidade civil, o direito torna-se portanto fálvel, pelo modo com que indica as situações nas quais o homem se deve comportar. Com fina argúcia, De Giorgi (1998a, p. 199) sugere a necessidade de se apontar o

nonsense na sociedade “para descrever a outra face da distinção que não ficou transparente”. Conhecer os perigos das teorias sobre a segurança e certeza é de todo necessário.

À luz da sociologia do risco, urge, desatarte, à civilística repensar os novos dilemas da responsabilidade civil, com vistas a oferecer, a um só tempo, obstáculos e incentivos às novas tecnologias, e estabilizando estruturas de expectativas.

Notas

¹ Com o comentário, não se quer criticar a terminologia de Beck (1997a, p. 15) – *sociedade do risco* – que, segundo o A., expressaria o momento posterior da chamada *sociedade industrial*. Almeja-se, com o presente estudo, oferecer um emaranhado crítico ao tempo presente, analisando o instituto da responsabilidade civil.

² Cf. Corsi (1998, p. 53). Quanto ao problema da elevação dos riscos, ligado às conseqüências da positividade, Cf. Luhmann (1985, p. 52-61).

³ Veja, a esse propósito, o art. 137 do Código Penal.

Referências

- ARISTÓTELES. *Ética a nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. (Os Pensadores: Aristóteles).
- BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: _____.; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997a.
- _____.; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997b.
- BERGKAMP, Lucas. Compensating personal injuries caused by DES: “no causation liability” in the Netherlands”. *European Journal of Health Law*, Netherlands, v. 1, p. 31-51, 1994.
- CORSI, Giancarlo; DE GIORGI, Raffaele. *Ridescrivere la questione meridionale*. Lecce: Pensa, 1998.
- DE GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*: Porto Alegre: S. A. Fabris, 1998a.
- _____. *Scienza del diritto e legittimazione: critica dell’ epistemologia giuridica tedesca da Kelsen a Luhmann*. Lecce: Pensa Multimedia, 1998b.
- DÍAZ, Julio Alberto. *Responsabilidade coletiva*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- GIDDENS, Anthony. A vida em uma sociedade pós-industrial. In: _____.; BECK, Ulrich; LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. São Paulo: UNESP, 1997.
- LIMA, Alvinio. *Da culpa ao risco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1938.
- LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996a.
- _____. *La differenziazione del diritto: contributi alla sociologia e alla teoria del diritto*. [S. l.]: Il Mulino, 1990.
- _____. *Sociologia del rischio*. Milano: B. Mondadori, 1996b.
- _____. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- PEREIRA, Caio Mário Silva. *Responsabilidade Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa e socialização do risco*. Belo Horizonte: B. Álvares, 1962.
- ROSA, João Guimarães. *Grande sertão: veredas*. 19. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.
- TRIMARCHI, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano: Giuffrè, 1961.
- VILLELA, João Baptista. Para além do lucro e do dano: efeitos sociais benéficos do risco. In: BERTI, Silma Mendes. *Responsabilidade civil*. Belo Horizonte: Movimento Editorial da Faculdade de Direito da UFMG, 1997.
- _____. Por uma responsabilidade civil eminente do Estado. *Quorum: Informativo da Livraria e Editora Del Rey*, Belo Horizonte, n. 1, p. 12-13, abr. 2004.

O regime jurídico da responsabilidade das organizações internacionais

A concepção do ato internacionalmente ilícito

Ranieri Lima Resende

Sumário

1. A responsabilidade em seu prisma jurídico-internacional. 2. A diversidade de sujeitos extra-estatais no sistema internacional contemporâneo. 2.1. O indivíduo. 2.2. As organizações internacionais. 3. Os trabalhos de codificação e a delimitação da matéria. 4. O conceito de organização internacional no Projeto da Comissão (CDI/NU). 5. Os elementos constitutivos do ato internacionalmente ilícito. 5.1. A vinculação da culpa à obrigação primária violada. 5.2. A prescindibilidade da ocorrência de dano. 5.3. O ato atribuível à organização internacional. 6. Responsabilidade da organização internacional em decorrência do ato de um Estado ou de outra organização internacional. 6.1. O critério da efetividade do controle. 6.2. Reconhecimento e adoção de um comportamento alheio como próprio. 7. A organização internacional na condição de administradora de territórios. 8. Conclusão.

1. A Responsabilidade em seu prisma jurídico-internacional

É possível estabelecer um marco para a análise do fenômeno da responsabilidade, em seu sentido lato, a partir da verificação da autoridade ou poder de um sujeito. Considerando a máxima segundo a qual “poder acarreta responsabilidade”, imperioso concluir-se pela subsequente existência de uma obrigação de responder pelo exercício desse poder (ILA, 2004, p. 5).

De acordo com Dupuy (1986, p. 21), a responsabilidade constitui o epicentro de

Ranieri Lima Resende é Advogado em Brasília, Professor Universitário no UniCEUB (2001-2004), Especialista Docente em Direito Processual Civil pela UniDF.

um sistema jurídico. Nessa linha, a responsabilidade dos sujeitos de direito pelos comportamentos danosos a direitos e interesses de outrem afigura-se característica inerente à própria concepção de ordem jurídica (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 776), em razão do que a eficácia de um ordenamento repousa, em grande medida, sobre o grau de concretização do conjunto de regras que regulam a definição das condutas lesivas a direitos subjetivos e suas conseqüências (COTTEREAU, 1991, p. 3).

Como em outras relações sociais, a invasão da esfera jurídica de um sujeito por outra pessoa também gera responsabilidade no âmbito das relações internacionais (BROWNLIE, 1997, p. 457). A negação de tal princípio implicaria a destruição do próprio direito internacional, posto que não admitir a responsabilidade conseqüente a uma violação seria suprimir o dever dos Estados de comportarem-se em conformidade com suas disposições normativas (VERDROSS, 1982, p. 353).

Nesse sentido, pode-se concluir, primordialmente, que a responsabilidade pressupõe a existência de dois ou mais sujeitos reconhecidos pelo sistema jurídico em espécie, com relação aos quais uma obrigação juridicamente vinculada encontra-se ofendida.

2. *A diversidade de sujeitos extra-estatais no sistema internacional contemporâneo*

No âmbito do direito internacional contemporâneo, tem sido admitida, a par dos Estados, a personalidade jurídica das organizações internacionais e dos indivíduos e, conseqüentemente, a existência da responsabilidade internacional desses entes (SALCEDO, 1991, p. 197).

2.1. *O indivíduo*

Atesta-se a capacidade de os indivíduos figurarem como titulares de direitos, perante a ordem jurídica internacional, em diver-

sos instrumentos normativos de proteção da pessoa humana (v.g.: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos/1966; Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais/1966; Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais/1950; e Convenção Americana sobre Direitos Humanos/1969).

A par da atividade legiferante internacional de amplitude universal e regional, a profícua jurisprudência dos órgãos judiciais protetivos demonstra o progressivo e constante reconhecimento jurídico da pessoa individual, especialmente no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos (TRINDADE, 1991, p. 7).

Sob o outro ponto de vista da relação obrigacional, os indivíduos também se encontram comprometidos a determinadas condutas (comissivas ou omissivas), segundo o sistema jurídico internacional.

A partir da instituição dos Tribunais sobre Crimes de Guerra de Nuremberg¹ e Tóquio², logo após a Segunda Grande Guerra, a responsabilidade penal do indivíduo passou a desenvolver-se significativamente no campo internacional (CRAWFORD; OLLESON, 2003, p. 447).

Referida responsabilidade individual foi sendo firmada de modo progressivo em relação a práticas de genocídio; graves violações a direitos de natureza humanitária previstos nas Convenções de Genebra de 1949 e nos Protocolos Adicionais de 1977; e apartheid (JENNINGS; WATTS, 1992, p. 506-507).

Findo o período da Guerra Fria, porém, emergiram conflitos de um novo tipo. A ocorrência reiterada de crimes de genocídio, de crimes contra a humanidade e de crimes de guerra impulsionou a criação dos Tribunais Penais *ad hoc* para ex-Yugoslávia³ e Ruanda⁴ pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, cuja atuação jurisdicional configurou um avanço sem precedentes no âmbito da experiência normativa penal internacional (KIRSCH, 2004, p. 25-26).

Entretanto, foi com a adoção do Estatuto da Corte Penal Internacional em 1998, entidade judicante global cujo funcionamento principiou-se em 1º de julho de 2002 (ICC, 2005a), contando com atuais 99 (noventa e nove) Estados Partes (ICC, 2005b)⁵, que o fenômeno da institucionalização judiciária do direito penal internacional firmou-se com definitiva universalidade.

Especialmente em sede de conflitos armados, sejam eles internos ou internacionais, os princípios e regras de direito humanitário refletem as considerações mais elementares de humanidade, razão pela qual o caráter mandamental de tais obrigações imputa aos indivíduos violadores uma responsabilidade internacional criminal direta, consoante decidido no caso *Tadic* pela Câmara de Apelação do Tribunal Penal Internacional para ex-Yugoslávia (ICTY, 2005).

Do exposto, verifica-se que o indivíduo, como sujeito de direito internacional, possui capacidade jurídica para a responsabilização decorrente dos atos contrários às suas obrigações internacionalmente reconhecidas.

2.2. As organizações internacionais

A responsabilidade das organizações internacionais pressupõe o reconhecimento de uma personalidade jurídica internacional, separada e distinta da de seus membros. A capacidade de os órgãos da entidade adotarem decisões de caráter autônomo constitui a presunção de uma *volonté distincte*, crucial para estabelecer o subsequente liame jurídico da responsabilidade (ILA, 2004, p. 26).

Uma organização internacional possui personalidade jurídica no campo do direito internacional se o ato constitutivo da entidade confere a seus órgãos competência para o exercício de certas funções em relação aos respectivos membros e, especialmente, o poder de firmar compromissos internacionais que estabeleçam obrigações e direitos perante a Comunidade (KELSEN, 1967, p. 282).

Às organizações internacionais é permitida a participação no sistema jurídico internacional sob vários aspectos, conforme reconhecido pela Corte Internacional de Justiça – CIJ na opinião consultiva acerca da *Reparação por Danos Sofridos a Serviço das Nações Unidas* (ICJ, 1949, p. 174).

Não se quer com isso dizer que o organismo internacional seja um Estado, ou que sua personalidade legal e seus direitos e deveres sejam idênticos aos de uma entidade estatal, mas que, efetivamente, é um sujeito de direito internacional capaz de assumir direitos e obrigações perante essa mesma ordem jurídica (ICJ, 1949, p. 179).

Entre suas características gerais básicas, defende-se que a organização internacional seja: 1) formada por uma associação voluntária de sujeitos de direito internacional; 2) instituída por ato internacional; 3) regulada por ordenamento jurídico próprio; 4) constituída por órgãos funcionais próprios; 5) incorporada de poderes específicos; e 6) possuidora de sede própria (SILVA, 2002, p. 296-297).

De acordo com a corrente doutrinária mais difundida, qualificam-se como organizações internacionais as entidades de estrutura formal e permanentemente estabelecida mediante acordo entre seus membros, sejam eles representantes governamentais ou não, formadas por, no mínimo, dois Estados soberanos e com a finalidade de perseguir o interesse comum de seus componentes (ARCHER, 2001, p. 35).

Haja vista ser fruto de um ato jurídico originário, o qual se operacionaliza por intermédio da síntese de vontades dos diversos entes pactuantes no correspondente instrumento constitutivo (COMBACAU; SUR, 1995, p. 714), a organização internacional passa, a partir de seu nascedouro, a atuar como sujeito de direitos e obrigações dentro da sua estrita esfera institucional (HIGGINS, 1998, p. 46).

Essencial registrar que a abrangência da esfera institucional das organizações internacionais resta delimitada pelo princípio da

especialidade, em virtude de serem dotadas, pelos Estados que as criam, de competências e atribuições limitadas pelos interesses comuns cuja promoção esses mesmos membros lhes tenham investido, segundo explicitado pela CIJ na opinião consultiva referente à *Licitude da Utilização de Armas Nucleares por um Estado em um Conflito Armado* (ICJ, 1996, p. 78).

É a hipótese conjugada de aplicação do princípio da constitucionalidade, o qual acarreta a obrigação jurídica, para toda organização internacional, de executar suas funções e exercer seus poderes em consonância com as regras do organismo, em face do pressuposto de que a sua atuação baseia-se na estrita subsunção à ordem legal e decorre direta ou indiretamente de seu próprio ato constitutivo (ILA, 2004, p. 13).

A capacidade de firmar tratados com Estados e/ou outras organizações internacionais, como clássica evidência da personalidade internacional (BOWETT, 1975, p. 305), resta explicitamente reconhecida na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986⁶.

Conclui-se, portanto, que as organizações internacionais afiguram-se aptas a atuar perante a ordem internacional. Diante dessa capacidade jurídica de ação, podem tais entidades perpetrar ofensas a suas obrigações internacionais, devendo responder juridicamente em função disso.

3. Os trabalhos de codificação e a delimitação da matéria

Apesar de o sistema internacional contemporâneo admitir a personalidade jurídica das organizações internacionais e dos indivíduos, sob o prisma do desenvolvimento histórico do direito internacional seu sujeito originário é o Estado (CARREAU, 1994, p. 28), em vista do que a questão relativa à responsabilidade internacional das entidades soberanas encontra-se na pauta da Co-

missão de Direito Internacional das Nações Unidas – CDI/NU, para fins de codificação, desde 1949 (CDI, 2001, p. 10).

A partir da requisição da Assembléia Geral das Nações Unidas para que a CDI procedesse ao trabalho codificador dos princípios de direito internacional que regem a responsabilidade dos Estados⁷, a primeira providência adotada foi a delimitação do respectivo objeto de estudo.

A análise do estudo dirigiu-se, na concepção da Comissão de Direito Internacional, às condições gerais que devem ser satisfeitas para que o Estado seja considerado responsável pelas ações e omissões ilícitas e às conseqüências jurídicas que nascem de tais atos, sem se fixar o conteúdo específico da violação das obrigações internacionais que dão azo à responsabilidade (CDI, 2001, p. 38).

A distinção entre as normas de direito dos tratados e as que regem o direito da responsabilidade internacional, inclusive, foi objeto de pronunciamento da Corte de Haia no caso concernente ao *Projeto Gabčíkovo-Nagymaros*, no qual restou claro o entendimento de que a violação de obrigações convencionais pode dar ensejo tanto a medidas suspensivas ou revogatórias do tratado internacional, com fulcro na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969⁸, quanto a conseqüências de caráter reparatório, sob o prisma do regime jurídico da responsabilidade (ICJ, 1997, p. 38-39).

Em sua versão conclusiva, a Comissão de Direito Internacional apresentou o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos, com seus judiciosos comentários, conforme publicado no relatório referente a seu 53º período de sessões⁹.

Próximo ao término do trabalho de codificação referente à responsabilidade dos Estados, a CDI incluiu o tema da responsabilidade das organizações internacionais em seu programa de trabalho a longo prazo (CDI, 2003, p. 13), o que foi logo reiterado por uma solicitação formal da Assembléia Geral¹⁰.

Em seus três relatórios apresentados até o momento sob os auspícios do Relator Especial Giorgio Gaja¹¹, a Comissão formulou um conjunto de 16 (dezesseis) artigos comentados acerca da responsabilidade das organizações internacionais por atos internacionalmente ilícitos, nos quais se estruturam a delimitação do tema e seus princípios gerais (arts. 1º a 3); as regras de atribuição de comportamento a uma organização internacional (arts. 4 a 7); o conceito da violação de uma obrigação internacional (arts. 8 a 11); e, por fim, a responsabilidade de uma organização internacional por ato de um Estado ou de outro organismo (arts. 12 a 16).

Diante da importância da matéria para o direito internacional e sua escassa literatura técnico-jurídica, centra-se a presente explanação em um breve intróito à temática da responsabilidade das organizações internacionais, destacadamente focada na concepção do ato internacionalmente ilícito.

No que se configurar em subsidiário aplicável, o trabalho será complementado pelos princípios e normas aplicáveis à responsabilidade internacional dos Estados, em especial, com base no já finalizado Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Atos Internacionalmente Ilícitos – PAREAIL, na doutrina e na jurisprudência especializada.

4. O conceito de organização internacional no Projeto da Comissão (CDI/NU)

Consoante definição inserta no art. 2º do Projeto de Artigos sobre Responsabilidade das Organizações Internacionais por Atos Internacionalmente Ilícitos – PAROIAII, entende-se por “organização internacional” a entidade instituída por um tratado ou outro instrumento regido pelo direito internacional e dotada de personalidade jurídica internacional própria.

As organizações internacionais podem contar, entre seus membros, além de Estados, outras entidades. Deve-se considerar,

no entanto, que a Comissão rejeita a inclusão nessa categoria das chamadas organizações não-governamentais puras, razão pela qual somente são qualificadas de organizações internacionais, para fins de aplicação do Projeto, instituições basilarmente formadas por Estados, ainda que a inserção de outros entes evidencie sua natureza mista (CDI, 2003, p. 22-23).

Não obstante a grande maioria de organismos haver sido criada por tratado internacional, em alguns casos são instituídos mediante acordos tácitos, resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas ou conferências internacionais, motivo pelo qual se fez expressa referência ao fato de poderem ser estabelecidos por “outro instrumento regido pelo direito internacional” que não seja formalmente um tratado (PAROIAII, art. 2º). São exemplos de instituições assim criadas o Instituto Panamericano de Geografia e História – IPGH, a Organização de Países Exportadores de Petróleo – OPEP e a Organização para a Segurança e a Cooperação na Europa – OSCE (CDI, 2003, p. 23-24).

Por fim, a definição proposta no PAROIAII não abrange os organismos criados por intermédio de instrumentos regidos pelo direito estatal interno, salvo na hipótese em que, posteriormente, seja adotado um ato constitutivo regido pelo direito internacional. Nesse sentido, não são consideradas para fins de tutela pelo Projeto organizações tais quais o *Institut du Monde Arabe*, criado por 20 (vinte) Estados soberanos na condição jurídica de fundação de direito francês (CDI, 2003, p. 25).

Nos termos da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1986, em conjunto, a organização internacional qualifica-se pelo seu caráter essencialmente intergovernamental¹².

5. Os elementos constitutivos do ato internacionalmente ilícito

Consoante lição de Dupuy (1986, p. 26-27), qualifica-se de gerador todo fato imputá-

vel a um sujeito de direito internacional e susceptível de engendrar a sua responsabilidade internacional. Nessa concepção, a relação jurídica secundária pode originar-se tanto de fatos lícitos quanto de ilícitos.

Com vistas a restringir o objeto da presente explanação, necessário destacar que a responsabilidade sob análise vincula-se à existência de um ato internacionalmente ilícito, diante do que não será apreciado o fato lícito na condição de gerador de responsabilidade internacional¹³.

A Comissão de Direito Internacional, no art. 3.1 do PAROIAII, estabeleceu a pedra angular da responsabilidade das organizações internacionais ao considerar que “todo ato internacionalmente ilícito de uma organização gera sua responsabilidade internacional”.

A expressão responsabilidade internacional comporta, nesse tocante, as novas relações jurídicas que nascem do ato internacionalmente ilícito perpetrado por tais instituições, em conformidade com a sistemática anteriormente traçada no Projeto de Artigos sobre Responsabilidade dos Estados – PAREAII (CDI, 2001, p. 44).

Verifica-se a ocorrência de um ato internacionalmente ilícito, fundamento suficiente para a geração de responsabilidade, a partir do momento em que presentes seus elementos constitutivos essenciais, ou seja, quando (PAROIAII, art. 3.2):

1) o comportamento consistente em uma ação ou omissão é atribuível à organização internacional, em consonância com o direito internacional;

2) essa conduta constitui violação de uma obrigação internacional do organismo.

5.1. A vinculação da culpa à obrigação primária violada

Em regra geral, o problema da culpa na condição de elemento fundamental da ilicitude acarreta a classificação tradicional nos três tipos básicos de responsabilidade jurídica (CONFORTI, 1991, p. 173-174):

1) subjetiva (*par faute*): exige a presença da culpa na formação da vontade do agente violador da obrigação;

2) objetiva relativa (*strict liability*): prescinde do fator culpa, mas admite a ocorrência de causas de justificação de conduta (legítima defesa, força maior, estado de necessidade etc.); e

3) objetiva absoluta: desconsidera o elemento subjetivo para sua verificação, mas, diferentemente daquela relativa, não admite causas justificadoras do comportamento do agente ofensor, a fim de salvaguardar a prevalência dos interesses da vítima (*v.g.*: danos decorrentes do exercício regular de atividades nucleares).

Seguindo a corrente grociana, alguns autores defendem que o *dolus malus* e a *culpa* constituem a base geral da responsabilidade, ou seja, que se afigura indispensável a presença do elemento intencional (*dolo*) ou da negligência manifesta (*culpa strictu sensu*) para a caracterização da ilicitude (VERDROSS, 1982, p. 356-357). Nesses termos, a inserção do fator subjetivo na formação da vontade do agente configura-se essencial para o surgimento do próprio ato ilícito.

Entretanto, a maioria da doutrina internacionalista adota a teoria objetiva da responsabilidade (SHAW, 1991, p. 486), por intermédio da qual a desvinculação do fator culpa (*lato sensu*) converte o pressuposto básico do ato internacionalmente ilícito em uma relação eminentemente causal (BROTÓNS et al, 1997, p. 411). A instituição internacional afigura-se, de uma maneira geral, responsável pela violação de qualquer de suas obrigações sem que seja necessário identificar uma falha psicológica em seus agentes (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1980, p. 319-320).

Determinados preceitos convencionais aplicáveis a organizações internacionais, como o artigo 3º da Convenção sobre Responsabilidade Internacional por Danos Causados por Objetos Espaciais (1972), impõem a responsabilidade sobre a base da culpa do operador individual¹⁴. De outro

lado, o mesmo diploma normativo considera absoluta a responsabilidade da entidade lançadora por danos causados por seus objetos espaciais na superfície da Terra ou a aeronaves em voo (art. 2º).

Em vista do exposto, verifica-se que a imputabilidade não se enquadra no âmbito da definição dos elementos que compõem a responsabilidade, mas, anteriormente a ela, na formulação da própria obrigação primária (JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, 1980, p. 321).

Outro exemplo centra-se na denominada Cláusula *Hold-harmless*, normalmente inserida nos contratos em que as organizações do sistema das Nações Unidas firmam obrigações referentes a assistência técnica prestada por seus agentes ou expertos. Em tais casos, é estabelecido que somente poderá ser imputada ao organismo a responsabilidade decorrente de uma reclamação, quando o comportamento encontrar-se fundado em grave negligência ou falta voluntária por parte dos respectivos agentes institucionais (ZACKLIN, 1991, p. 95).

Com relação à responsabilidade internacional do organismo, verifica-se que a falta de exigência do elemento mental, que em verdade se vincula à obrigação originária, torna o ato de seus órgãos ou agentes o centro irradiante do interesse sobre a temática da responsabilidade independentemente de qualquer elemento intencional, consoante os mesmos princípios aplicáveis aos “atos de Estado” (CDI, 2001, p. 55).

5.2. A prescindibilidade da ocorrência de dano

Destaque-se que o evento “dano” não configura elemento constitutivo do fato gerador da responsabilidade internacional, diversamente da lição de alguns doutrinadores (REUTER, 1962, p. 145; MIRANDA, 2002, p. 308), na medida em que a exigência de fatores dessa natureza também se vincula ao conteúdo da obrigação primária, ou melhor, aos efeitos materiais e/ou morais decorrentes da ofensa ao bem jurídico originariamente tutelado (CRAWFORD; OLLESON, 2003, p. 460).

Nas denominadas obrigações de mero comportamento, é suficiente constatar que seu destinatário não tenha adotado a conduta esperada para se deduzir a materialidade da respectiva violação, diversamente das obrigações de resultado, cujo foco situa-se no efeito material esperado (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 787)¹⁵.

Um caso típico, nesse sentido, refere-se ao mero descumprimento de tratado concluído com um Estado ou outro organismo (VELASCO VALLEJO, 1993, p. 669), independentemente de que dessa conduta advinha qualquer prejuízo à(s) outra(s) parte(s) pactuante(s).

Não obstante o dever de indenizar em razão do dano ocorrido *in concreto* ser uma consequência normal da responsabilidade, não é a única, diante do que o puro e simples descumprimento obrigacional destituído do fator “dano” não deixará de ensejar a responsabilidade internacional da entidade ofensora (BROWNLIE, 1997, p. 460).

Da mesma forma em que aplicável aos Estados, o dano não se apresenta como elemento necessário para a ocorrência da responsabilidade da organização internacional (CDI, 2003, p. 31).

5.3. O ato atribuível à organização internacional

5.3.1. Aspectos positivo e negativo do ato: ação e omissão

Ao firmar-se, no art. 2º do PAROIAII, que o ato internacionalmente ilícito está vinculado a determinada conduta ofensiva à obrigação jurídica atribuída a uma organização internacional, resta evidenciada a premissa segundo a qual a concepção de “comportamento” está destinada a abranger tanto ações quanto omissões a cargo do organismo, abrangidos os aspectos positivo e negativo do ato (CDI, 2003, p. 30-31).

Apesar de a violação de uma obrigação internacional, em decorrência da conduta ativa adotada por uma organização, ser viabilizada nos planos abstrato e concreto

sem grandes dificuldades, com referência às omissões ilícitas, algumas observações merecem especial atenção.

Em sendo o comportamento omissivo qualificado pela ilicitude quando uma organização internacional encontra-se obrigada a adotar um ação positiva e não o faz, pode resultar difícil o cumprimento desse tipo de obrigação, se para tanto afigura-se necessário alcançar uma determinada maioria perante o respectivo órgão político da entidade (GAJA, 2005, p. 3).

Entretanto, as dificuldades de cumprimento em razão do processo político decisório não são exclusivas das organizações internacionais (GAJA, 2005, p. 4), em face do que os Estados também poderiam utilizar-se dessa mesma escusa para não efetivarem suas obrigações positivas, sem que tais omissões fossem tidas por ilícitas.

Pode-se citar, a título exemplificativo, a conclusão a que chegou a Comissão Independente de Inquérito acerca das Atividades das Nações Unidas durante o Genocídio de 1994 em Ruanda, no sentido de reconhecer que a falha da ONU em prevenir e fazer cessar o genocídio em Ruanda gerou a subsequente responsabilidade internacional da entidade, em face da conduta predominantemente omissiva das diversas instâncias organizacionais, especialmente do Secretário-Geral, do Secretariado, da Missão de Assistência das Nações Unidas para Ruanda (UNAMIR) e do Conselho de Segurança (INDEPENDENT INQUIRY ..., 1999, p. 30).

A dupla vertente da atividade organizacional ilícita, nesses termos, deve viabilizar a responsabilidade em razão das condutas comissivas e omissivas, sem qualquer exclusão.

5.3.2. *Conduta dos agentes e órgãos da organização internacional*

O Estado, consoante se extrai da prática universalmente reconhecida pela jurisprudência internacional, somente pode atuar por intermédio da conduta concreta de seus agentes e representantes (PCIJ, 1923, p. 22).

Da mesma forma, as organizações internacionais agem no campo institucional mediante seus órgãos e agentes.

Órgãos e agentes não são necessariamente pessoas naturais (físicas), visto que podem ser pessoas jurídicas ou outras entidades por intermédio das quais o organismo realiza suas atividades (CDI, 2004, p. 118).

A responsabilidade da organização, pelo exposto, poderá decorrer de atos de seus órgãos executivos, judiciários ou “legislativos”, visto que, como no caso dos Estados, o direito internacional adota o princípio da unidade da organização (KLEIN, 1998, p. 383).

O comportamento de um órgão ou agente da instituição internacional no exercício de suas funções, perante o direito internacional, será considerado ato dessa organização, qualquer que seja a sua posição no âmbito interno da entidade (PAROIAII, art. 4.1).

Nos termos do disposto no art. 4.2 do PAROIAII, o vocábulo “agente” compreende os funcionários e as outras pessoas ou entidades por meio das quais a organização atua.

Conforme entendimento externado pela Corte de Haia na consulta relativa à Reparação por Danos Sofridos a Serviço das Nações Unidas, é agente internacional em sentido lato aquele que, remunerado ou não, a título permanente ou não, tenha sido encarregado por um órgão da organização internacional de exercer ou ajudar a exercer uma das suas funções, em suma, toda pessoa mediante a qual a entidade age (ICJ, 1949, p. 177).

E entre os agentes internacionais, só são considerados funcionários internacionais aqueles que estão a serviço do organismo a título contínuo e com exclusividade (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 646). Por conseguinte, no desempenho de suas funções, esses funcionários somente devem lealdade à organização e obedecem a suas instruções com total independência em relação aos interesses ou vontade de seus Estados nacionais (BARBOZA, 1999, p. 539).

A existência de órgãos preestabelecidos, com regras de procedimento igualmente pre-

fixadas, é característica fundamental das organizações internacionais (CARRILLO SALCEDO, 1991, p. 66).

O termo técnico “órgão” designa a coletividade ou o indivíduo que, no exercício de uma função, exprime a vontade ou prática a ação que é juridicamente atribuída a uma organização internacional (BASDEVANT 1960 apud KLEIN, 1998, p. 376-377).

Fundamentalmente, o Estado é organizado de acordo com o princípio da legitimidade, ou, em termos jurídicos, da soberania, o qual domina a estrutura e a hierarquia dos poderes a partir de uma lógica de representação. O mesmo, entretanto, não ocorre com as organizações internacionais (COMBACAU; SUR, 1995, p. 744).

O organismo internacional possui uma natureza muito diferente da entidade estatal e isso se reflete em sua estrutura organizativa. Se, na teoria do Estado, o conceito de função é secundário ao elemento potestativo (poder), essa assertiva se inverte no caso da organização internacional, na medida em que o exercício de suas funções institucionais, por intermédio de órgãos especificamente criados para esse fim, vai ao encontro da sua própria justificação teleológica (VIRALLY, 1998, p. 312-313, 315).

E com o fito de determinar suas funções, são aplicáveis as “regras da organização”, o que significa dizer, especialmente, os instrumentos constitutivos, as decisões, resoluções e outros atos da organização adotados de acordo com esses instrumentos e a prática estabelecida pela entidade, consoante definição inserta no art. 4.4 do PAROIAII¹⁶.

A fórmula *supra*, porém, não é absoluta e comporta exceções, como na hipótese de pessoas ou grupos de pessoas atuando sob a instrução, direção ou controle de uma organização internacional, quando serão considerados verdadeiros agentes do organismo, a teor do disposto no art. 4.2 do PAROIAII, ainda que tal fato não se apresente em estreita conformidade com as “regras da organização” (CDI, 2004, p. 121), consoante se especificará no item 6.1 *infra*.

Interessante ressaltar, a esse respeito, a nítida prevalência das normas de direito internacional sobre as regras internas do organismo, conforme se extrai do princípio positivado no art. 27.2 da Convenção de Viena de 1986, segundo o qual uma organização internacional parte em um tratado não pode invocar seu ordenamento interno para justificar o inadimplemento das obrigações juridicamente estabelecidas¹⁷.

5.3.3. *Actos ultra vires*

No âmbito da responsabilidade dos Estados, é muito comum a alegação de que a prática do ilícito pelos órgãos ou agentes estatais, no exercício de atribuições próprias do poder público, tenha derivado da extrapolação das competências delimitadas no ordenamento jurídico interno, motivo por que não se trataria propriamente de um “ato de Estado” (BROWNLIE, 1997, p. 474).

Com vistas a combater referida escusa, diante da qual seria deveras raro verificar-se a ocorrência de um ato internacionalmente ilícito, foi progressivamente acatada pela jurisprudência a denominada “teoria da aparência” (BROWNLIE, 1997, p. 474-475), segundo a qual a antijuridicidade da conduta *ultra vires* dos agentes estatais funda-se na exteriorização de sua capacidade oficial para assim agirem, ainda que, formalmente, não possuam tais prerrogativas (MALANCZUK, 1997, p. 258).

O Estado afigura-se internacionalmente responsável pela conduta de seus órgãos, ainda quando a respectiva atuação houver sido concretizada contra suas diretrizes ou ordem superior direta (VERDROSS, 1982, p. 359).

Paralelamente, os atos *ultra vires* dos órgãos ou agentes da organização internacional também são susceptíveis de engendrar a responsabilidade da entidade (KLEIN, 1998, p. 390).

A regra positivada no art. 6º do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais dispõe:

“O comportamento de um órgão ou agente de uma organização inter-

nacional considerar-se-á ato desse organismo, segundo o direito internacional, se tal órgão ou agente atua nessa condição, ainda que esse comportamento exceda à competência do órgão ou agente ou contrarie suas instruções.”

Consoante entendimento consolidado pela Corte Internacional de Justiça no parecer relativo a *Certas Despesas das Nações Unidas*, se determinada ação foi decidida por um órgão da organização internacional que não era competente para tanto, tratar-se-ia de uma irregularidade jurídica interna do ato, o que não significa dizer, necessariamente, que referida conduta não possa ser atribuída à instituição. Aliás, tanto o direito comparado quanto o direito internacional prevêem casos em que uma pessoa jurídica ou entidade política pode figurar-se juridicamente obrigada perante terceiros em decorrência do ato *ultra vires* de um de seus agentes (ICJ, 1962, p. 168).

A prática das organizações internacionais, por outro lado, confirma que a conduta *ultra vires* de um órgão ou agente é atribuível à organização quando esse comportamento esteja relacionado de alguma forma ao exercício de funções oficiais (CDI, 2004, p. 132).

Ilustra bem a questão o *affaire Papa Coli Ben Dista Saar*, em que o membro homônimo do contingente senegalês da Força Interina das Nações Unidas no Líbano – FINUL foi acusado de penetrar em território israelense, na condição de turista e fora de seu horário de serviço, para entregar materiais explosivos a um representante da Organização para Libertação da Palestina – OLP (KLEIN, 1998, p. 391).

O Escritório de Assuntos Jurídicos da ONU, então, considerou que, para se qualificar uma situação de “fora de serviço”, imprescindível constatar que o membro da missão de manutenção da paz esteve atuando em sua capacidade não-oficial ou não-operacional ao momento da prática do ato, não tendo relevância fundamental o fato de a pessoa estar de uniforme ou à paisana

quando do incidente ou se a ocorrência efetivou-se dentro ou fora da zona de operações (CDI, 2004, p. 132-133).

6. Responsabilidade da organização internacional em decorrência do ato de um Estado ou de outra organização internacional

6.1. O critério da efetividade do controle

Em sede de direito internacional, o princípio informador da efetividade introduz um indispensável elemento de objetivação, na medida em que expressa a relação necessária que existe entre as normas e as situações jurídicas de um lado e a realidade social de outro, com vistas a uma progressiva aproximação e identificação (CARRILLO SALCEDO, 1976, p. 221, 225).

Nesse sentido, o critério do efetivo controle exercido pela organização internacional sobre as atividades do órgão ou agente revela-se juridicamente predominante para fins de se precisar a quem é atribuída a prática do ato ilícito (KLEIN, 1998, p. 378).

Entre as atividades efetivadas pela organização sob o prisma funcional, Virally (1998, p. 310-331) destaca a realização de operações coletivas e institucionais.

A ocorrência de operações coletivas verifica-se quando todos os meios são proporcionados diretamente pelos Estados membros e, em grande medida, aplicados por eles mesmos, razão pela qual o papel do organismo restringe-se à tomada de decisões para o lançamento e a direção geral da operação.

Na hipótese de realização de operações institucionais, a intervenção da organização internacional já não se limita a uma atividade puramente jurídica de tomada de decisões, mas alça o nível da execução, que se ocupa por completo ao dedicar-se a atividades de gestão e de efetiva utilização dos

meios disponíveis, o que supõe a titularidade de poderes de outra natureza, definidos como “poderes de atuação”.

Interessante analisar, sob esse prisma, a prática distintiva das *United Nations Peace-keeping Operations*, como são denominados os procedimentos especiais desenvolvidos pelas Nações Unidas para a manutenção da paz, por intermédio do uso de elementos ou unidades militares (BOTHE, 1995, p. 572).

Não obstante as forças de manutenção da paz serem compostas por contingentes militares de tropas armadas voluntariamente fornecidas pelos Estados membros, agindo sob o comando das Nações Unidas (HARRIS, 1998, p. 975), em raras ocorrências a ONU deteve o controle efetivo direto sobre as forças então operantes (KLEIN, 1998, p. 379).

A título exemplificativo, cite-se que, em virtude da dura intervenção das tropas belgas no Congo em julho de 1960 e do estado generalizado de guerra civil, foi instituída a Operação das Nações Unidas no Congo – ONUC, com vistas à cessação da grave beligerância instalada na região (SEARA VÁZQUEZ, 1974, p. 316).

Apesar de haver sido originariamente proibido o uso da força, a atuação ostensiva do contingente militar sob a titularidade da ONU culminou em causar danos a uma grande gama de bens jurídicos de estrangeiros, o que motivou a ulterior celebração de diversos acordos internacionais indenizatórios entre a entidade e os Estados cujos nacionais se consideraram prejudicados (ZACKLIN, 1991, p. 94).

Ao rejeitar o protesto da União Soviética contra as indenizações pagas a certas vítimas das atuações antijurídicas da ONUC, o Secretário Geral consignou que a Organização das Nações Unidas sempre adotou a prática de indenizar as vítimas dos prejuízos por ela causados, comprometendo a responsabilidade jurídica da organização em consonância com os princípios de direito geralmente reconhecidos (DINH; DAILLIER; PELLET, 2003, p. 630).

À diferença de outras operações de paz, a ação das Forças das Nações Unidas no Congo caracterizou-se pelo fato de os contingentes nacionais disponibilizados encontrarem-se sob o comando efetivo e exclusivo da organização, o que deu azo à responsabilização da entidade em face dos atos internacionalmente ilícitos então perpetrados (KLEIN, 1998, p. 380).

Não se poderá atribuir à organização a titularidade do comportamento ilícito, entretanto, na hipótese em que um Estado coloca à disposição das Nações Unidas contingentes militares para determinada operação de manutenção de paz, conservando seu poder disciplinar e sua competência penal com relação aos respectivos nacionais (CDI, 2004, p. 122).

A respeito do tópico, o art. 5º do PAROII estabelece que:

“O comportamento de um órgão de um Estado ou de um órgão ou agente de uma organização internacional que esteja à disposição de outro organismo será considerado ato desta última organização, segundo o direito internacional, se esta exerce um controle efetivo sobre a conduta.”

Com fulcro no princípio da efetividade, o grau de controle exercido pela organização internacional constitui uma questão de fato que deve ser apreciada à luz de cada caso concreto (KLEIN, 1998, p. 381), tendo sido adotada, nessa seara, a mesma norma regente da responsabilidade dos Estados, segundo a qual será considerado ato de Estado o comportamento de um órgão posto à sua disposição por outro Estado sempre que haja atuado mais sob a direção e controle da entidade receptora do que sob as instruções do Estado originário (CDI, 2001, p. 82).

Em hipóteses outras, a prolação de uma decisão vinculante por uma organização internacional também poderá representar uma forma indireta de direção ou controle no cometimento do ato ilícito. Nesses casos, não se deixa a critério do Estado ou do organismo destinatário da ordem a faculdade de cum-

pri-la ou não, diante da completa ausência de discricionariedade (CDI, 2005, p. 107).

Não há dúvidas que, no direito internacional contemporâneo, são legítimas as medidas coercitivas decididas ou recomendadas pelos órgãos competentes das organizações internacionais (TRINDADE, 2002, p. 551), em face das quais seu caráter imperativo impele os respectivos destinatários ao concreto cumprimento.

Portanto, se a conduta exigida pelo mandamento exarado pela organização internacional implicar, necessariamente, a comissão de uma ilicitude, estará em jogo também a responsabilidade da entidade prolatora da decisão (GAJA, 2005, p. 14).

6.2. Reconhecimento e adoção de um comportamento alheio como próprio

Em conformidade com o disposto no art. 11 do PAREAI, condutas originariamente não enquadráveis no conceito de “ato de Estado” podem vir a ser reconhecidas e adotadas como próprias pela entidade estatal.

Em princípio, o Estado não é internacionalmente responsável pela conduta de uma organização internacional que atue no domínio espacial em que exerça jurisdição.

Em virtude de as organizações internacionais não possuírem território próprio permanente, devem desenvolver atividades no âmbito do território de um Estado, razão pela qual o consentimento estatal para a atuação do organismo é firmado, em regra, mediante um acordo internacional. Tais acordos costumam conter cláusulas relativas à não-atribuição ao Estado dos atos ilícitos de titularidade dos órgãos ou agentes da organização-hóspede (BROTÓNS et al, 1997, p. 425-426).

O contrário também se verifica na prática internacional, quando as organizações internacionais transferem ao Estado territorial o fardo da responsabilidade relativo aos danos que resultarem de suas atividades no território do Estado-hospedeiro. Geralmente, tais previsões convencionais referem-se à realização de seminários ou conferências

internacionais e a operações de assistência técnica prestada pelo organismo (KLEIN, 1998, p. 209).

A *ratio* dos acordos dessa natureza reside no fato de as atividades efetivadas pela organização no território de um Estado servirem, em primeiro lugar, ao atendimento dos interesses do próprio Estado, especialmente em matéria de assistência técnica (KLEIN, 1998, p. 213).

Os organismos internacionais, em conjunto, podem reconhecer e adotar como próprio um comportamento que não lhe seja por si só atribuível, nos termos do art. 7º do PAROIAII:

“A conduta que não seja atribuída a uma organização internacional em virtude dos artigos precedentes será considerada, não obstante, ato dessa organização internacional, segundo o direito internacional, no caso e na medida em que o organismo reconheça e adote esse comportamento como próprio.”

Nesse ponto, necessário precisar se o órgão ou agente que efetiva o reconhecimento e a adoção do ato possui específica competência para tanto, com base nas “regras da organização” (CDI, 2004, p. 136).

7. A organização internacional na condição de administradora de territórios

Especialmente quando a organização internacional figura na condição de administradora temporária de territórios, atribuições de cunho originariamente estatal como a manutenção da ordem e a segurança pública passam a ser encargo do organismo (VELASCO VALLEJO, 1993, p. 671). Em virtude disso, sua atuação deverá pautar-se pela assunção de obrigações concernentes à proteção eficaz dos direitos humanos básicos (ILA, 2004, p. 23).

Em diversas ocorrências, as Nações Unidas assumiram a administração provisória de territórios. Foi o que ocorreu com relação

à Nova Guiné Ocidental, haja vista o conflito armado verificado entre Holanda e Indonésia em seu território a partir de dezembro de 1961. Com o intuito de pôr um fim à beligerância, foi firmado um acordo sob os auspícios da ONU, com base no qual as Nações Unidas, por intermédio de sua “Autoridade Executiva Provisória”, tomaram a seu encargo a administração do território de Nova Guiné Ocidental entre 1º de outubro de 1962 e 1º de maio de 1963, ao final do que referido território foi efetivamente entregue ao Estado indonésio (SEARA VÁZQUEZ, 1974, p. 289).

Em outro momento histórico, ao instituir o Conselho das Nações Unidas para a Namíbia, mediante a Resolução nº 2.248, de maio de 1967, a Assembléia Geral transporeceu o entendimento de que possuía poderes para administrar o território em questão (BOWETT, 1975, p. 303).

Por intermédio da Resolução nº 1244, de 10 de junho de 1999, o Conselho de Segurança das Nações Unidas autorizou expressamente o Secretário Geral, com a assistência das organizações internacionais pertinentes, a estabelecer uma presença civil internacional em Kosovo (ex-Yugoslávia) a fim de estruturar uma administração provisória para aquele território (CDI, 2004, p. 114).

Em hipóteses como as acima exemplificadas, a organização internacional atua com as competências territoriais parciais de um ente de natureza potestativa, ou seja, age provisoriamente com poderes implícitos de um Estado (CARREAU, 1994, p. 374). Conclui-se, nesse sentido, que eventual atuação qualificada como internacionalmente ilícita passará a ser regida pelos princípios e normas referentes à responsabilidade própria dos Estados no que não for em manifesto incompatível com o regime especial das organizações internacionais.

8. Conclusão

A responsabilidade pressupõe a existência de dois ou mais sujeitos reconhecidos

por um sistema jurídico, em face dos quais uma obrigação juridicamente vinculada encontra-se violada.

Diante de sua personalidade jurídica internacional e de sua capacidade de agir, a organização internacional pode concretizar vulneração a suas obrigações internacionalmente reconhecidas, devendo responder em função disso.

O tópico da responsabilidade internacional, pois, abrange as novas relações jurídicas originadas do ato internacionalmente ilícito, que é constituído: 1) pelo comportamento materializado em uma ação ou omissão atribuída a uma organização internacional; e 2) pela violação de uma obrigação internacional do organismo por essa conduta.

Não obstante o posicionamento contrário de parte da doutrina, o elemento subjetivo “culpa” não se traduz em um requisito da responsabilidade, na medida em que o pressuposto do ato internacionalmente ilícito centra-se em uma relação eminentemente causal.

O mesmo ocorre com o fator “dano”, haja vista o fato de o simples descumprimento obrigacional, ainda que sem efetividade de prejuízo, não afastar a responsabilidade da instituição violadora, como no caso de descumprimento das obrigações de mero comportamento.

Em virtude de o ato internacionalmente ilícito encontrar-se vinculado à concepção de “comportamento”, a dupla vertente da atividade organizacional viabiliza a responsabilidade da instituição tanto por condutas de caráter comissivo quanto por aquelas de natureza omissiva.

Da mesma forma que os Estados, as organizações internacionais atuam por intermédio de seus órgãos e agentes, cujas funções são determinadas pelas “regras de organização”, ou seja, especialmente pelos atos constitutivos, decisões, resoluções e outros atos organizacionais compatíveis com o princípio da constitucionalidade.

Os atos *ultra vires* dos órgãos ou agentes do organismo internacional, entretanto, são

susceptíveis de engendrar a responsabilidade da entidade, desde que tais comportamentos estejam relacionados ao exercício de funções de caráter oficial.

Possível às organizações internacionais reconhecer e adotar como próprio um comportamento que não lhe seja por si só atribuível. Para tanto, imprescindível precisar se o órgão ou agente que concretiza tal reconhecimento possui essa específica competência funcional nos termos das “regras da organização”.

Nas hipóteses em que a organização internacional figura na condição de administradora provisória de territórios, a instituição age com poderes implícitos de um Estado, motivo pelo qual as conseqüências de uma atuação eventualmente ilícita será normalizada pelos princípios e regras regentes da responsabilidade dos Estados, com as ressalvas de compatibilidade aplicáveis ao caso concreto.

Notas

¹ Instituído pelo Acordo de Londres, em 8 de agosto de 1945.

² Instituído por ato do Comandante Supremo das Forças Aliadas, em 19 de janeiro de 1946.

³ Resolução CS nº 827, de 25 de maio de 1993.

⁴ Resolução CS nº 955, de 8 de novembro de 1994.

⁵ Até 12 de maio de 2005.

⁶ “Art. 6º – Capacidade das organizações internacionais para concluir tratados. A capacidade de uma organização internacional para concluir tratados é regida pelas regras da organização”.

⁷ Resolução AG nº 799 (VIII), de 7 de dezembro de 1953.

⁸ “Art. 60 – Extinção ou suspensão da execução de um tratado em conseqüência de sua violação. 1. Uma violação substancial de um tratado bilateral por uma das partes autoriza a outra parte a invocar a violação como causa de extinção ou suspensão da sua execução de tratado, no todo ou em parte. 2. Uma violação substancial de um tratado multilateral por uma das partes autoriza: a) as outras partes, por consentimento unânime, a suspenderem a sua execução do tratado, no todo ou em parte, ou a extinguirem o tratado, quer: i) nas relações entre elas e o Estado faltoso; ii) entre todas as partes; b) uma parte especialmente prejudicada pela

violação e invocá-la como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, nas relações entre ela e o Estado faltoso; c) qualquer parte que não seja o Estado faltoso a invocar a violação como causa para suspender a execução do tratado, no todo ou em parte, no que lhe diga respeito, se o tratado foi de tal natureza que a violação substancial de suas disposições por uma parte modifique radicalmente a situação de cada uma das partes quanto ao cumprimento posterior de suas obrigações, decorrentes do tratado. 3) Uma violação substancial de um tratado, para os fins deste artigo, consiste: a) numa rejeição do tratado não sancionada pela presente Convenção; ou b) na violação de uma disposição essencial para a consecução do objeto ou da finalidade do tratado. 4) Os parágrafos anteriores não prejudicam qualquer disposição do tratado aplicável em caso de violação. 5) Os parágrafos 1 a 3 não se aplicam às disposições sobre a proteção da pessoa humana contidas em tratados de caráter humanitário, especialmente às disposições que proíbem qualquer forma de represália contra pessoas protegidas por tais tratados”.

⁹ Adotado em 2001, publicado no Relatório da Comissão de Direito Internacional, 53ª Sessão, A/56/10, Capítulo IV.

¹⁰ Resolução AG nº 56/82, de 12 de dezembro de 2001.

¹¹ Tendo sido o primeiro *Report* adotado em 2003, publicado no Relatório da Comissão de Direito Internacional – CDI, 55ª Sessão, A/58/10, Capítulo IV; o segundo adotado em 2004, publicado no Relatório da CDI, 56ª Sessão, A/59/10, Capítulo V; e o terceiro adotado em 2005, publicado no Relatório da CDI, 57ª Sessão, A/60/10, Capítulo VI.

¹² “Art. 2º – Expressões empregadas. 1. Para os fins da presente Convenção: i) ‘organização internacional’ significa uma organização intergovernamental”.

¹³ Sobre o tema da responsabilidade decorrente de atos internacionalmente lícitos, veja-se o destacável trabalho da Comissão de Direito Internacional intitulado “*International liability for injurious consequences arising out of acts prohibited by international law (international liability in case of loss from transboundary harm arising out of hazardous activities)*”, adotado em 2004, publicado no Relatório referente a seu 56º período de sessões, A/59/10, Capítulo VII, p. 143-217.

¹⁴ “Art. 3º – Na eventualidade de danos causados em local fora da superfície da Terra a um objeto espacial de um Estado lançador ou a pessoa ou propriedades a bordo de tal objeto espacial por um objeto espacial de outro Estado lançador, só terá esse último responsabilidade se o dano decorrer de culpa sua, ou de culpa de pessoas pelas quais seja responsável. [...] Art. 22 – Nesta Convenção, com

exceção dos artigos 24 a 27, entender-se-á que as referências feitas aos Estados serão consideradas aplicáveis a qualquer organização intergovernamental internacional que se dedique a atividades espaciais, se a organização declarar sua aceitação dos direitos e obrigações previstos nesta Convenção [...]”.

¹⁵ Para uma análise crítica acerca da matéria, veja-se: Combacau (1981, p. 181-204).

¹⁶ Dispositivo inspirado no conteúdo da alínea “j” do art. 2.1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais, de 1986.

¹⁷ Cumpre salientar, nesse tocante, o disposto no art. 103 da Carta das Nações Unidas, o qual estabelece que, “no caso de conflito entre as obrigações dos membros das Nações Unidas em virtude da presente Carta e as obrigações resultantes de qualquer outro acordo internacional, prevalecerão as obrigações assumidas em virtude da presente Carta”. Em virtude da natureza indisponível de determinadas disposições imperativas da Carta, tais como aquelas referentes à proibição do uso ou da ameaça do uso da força (art. 2.4), seu caráter cogente viabiliza o descumprimento de obrigações decorrentes de tratados que, eventualmente, se lhe afigurem conflitantes.

Referências

- ARCHER, Clive. *International organizations*. 3. ed. London: Routledge, 2001.
- BARBOZA, Julio. *Derecho internacional público*. Buenos Aires: Zavalia Editor, 1999.
- BASTEVANT, Jules. *Dictionnaire de la terminologie du droit international*. Paris: Sirey, 1960.
- BOTHE, Michael. Peace-keeping. In: SIMMA, Bruno. (ed.). *The Charter of the United Nations: a commentary*. Oxford: Oxford University Press, 1995. p. 565-603.
- BOWETT, D. W. *The law of international institutions*. 3. ed. London: Stevens & Sons, 1975.
- BROWNLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Tradução de Maria Manuela Farrajota et al. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- CARREAU, Dominique. *Droit international*. 4. ed. Paris: Pedone, 1994.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. *Curso de derecho internacional público: introducción a su estructura, dinámica y funciones*. Madrid: Editorial Tecnos, 1991.
- _____. *Soberania del Estado y derecho internacional*. 2. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1976.
- COMBACAU, Jean; SUR, Serge. *Droit international public*. 2. ed. Paris: Editions Montchrestien, 1995.
- _____. Obligations de résultat et obligations de comportement quelques questions et pas de réponse. In: REUTER, Paul. *Mélanges offerts a Paul Reuter: le droit international: unité et diversité*. Paris: Pedone, 1981. p. 181-204.
- COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI). *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 53º período de sesiones*. New York, a. 56, n. 10, p. 10-405, 2001.
- _____. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 55º período de sesiones*. New York, Suplemento n. 10, p. 13-33, 2003.
- _____. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 56º período de sesiones*. New York, Suplemento n. 10, p. 105-136, 2004.
- _____. *Informe de la Comisión de Derecho Internacional: 57º período de sesiones*. New York, Suplemento n. 10, p. 80-114, 2005.
- CONFORTI, Benedetto. Cours général de droit international public. In: COURSE OF THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW, 1988, The Hague. *Recueil des cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1991. p. 9-210.
- COTTEREAU, Gilles. Système juridique et notion de responsabilité. In: COLLOQUE DE LA SOCIÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, 24., 1990, Université du Maine. *Colloque du Mans: la responsabilité dans le système international*. Paris: Pedone, 1991. p. 3-90.
- CRAWFORD, James; OLLESON, Simon. The nature and forms of international responsibility. In: EVANS, Malcolm D. (Ed.). *International law*. Oxford: Oxford University Press, 2003. p. 445-472.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. Tradução de Vítor Marques Coelho. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- DUPUY, Pierre-Marie. Le fait générateur de la responsabilité internationale des États. In: COURSE OF THE HAGUE ACADEMY OF INTERNATIONAL LAW, 1984, The Hague. *Recueil des cours: collected courses of The Hague Academy of International Law*. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1986. p. 9-134.
- GAJA, Giorgio. *Tercer informe sobre la responsabilidad de las organizaciones internacionales*. Geniebra: Comisi-

ón de Derecho Internacional, 2005. 21 p. Relatório técnico A/CN.4/553.

HARRIS, D. J. *Cases and materials on international law*. 5. ed. London: Sweet & Maxwell, 1998.

HIGGINS, Rosalyn. *Problems and process: international law and how we use it*. Oxford: Clarendon Press, 1998.

INDEPENDENT INQUIRY INTO THE ACTIONS OF THE UNITED NATIONS DURING THE 1994 GENOCIDE IN RWANDA. *Report of...* New York, 1999.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (ICJ), [S. I.]. *Certain expenses of the United Nations, advisory opinion*, I.C.J. Reports 1962.

_____. *Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary and Slovakia)*, *Judgment*, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

_____. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1996, p. 66.

_____. *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, Advisory Opinion*, I.C.J. Reports 1949, p. 174.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT (ICC). Historical introduction. *International Criminal Court*, The Netherlands, 2004. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/atag glance/whatistheicc/history.html>>. Acesso em: 21 set. 2005a.

_____. The States parties to the Rome statute. *Criminal Court*, The Netherlands, 2005. Disponível em: <<http://www.icc-cpi.int/statesparties.html>>. Acesso em: 21 set. 2005b.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA). Accountability of international organizations: final report of the Committee on Accountability of International Organizations. *Ila*, Berlin, 2004. Disponível em:

<<http://www.ila-hq.org/pdf/Accountability/Final%20Report%202004.pdf>>. Acesso em: 29 set. 2005.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE PROSECUTION OF PERSONS RESPONSIBLE FOR SERIOUS VIOLATIONS OF INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW COMMITTED IN THE TERRITORY OF FORMER YUGOSLAVIA SINCE 1991 (ICTY). *Prosecutor v. Dusko Tadic (Decision on the defense motion for interlocutory appeal on jurisdiction)*, Decision of 2nd October 1995. *Onu*, [S. I.], 2005. Disponível em: <<http://www.un.org/icty/tadic/appeal/decision-e/51002.htm>> Acesso em: 21 set. 2005.

JENNINGS, Robert; WATTS, Arthur (Ed.). *Oppenheim's international law*. 9. ed. Essex: Longman, 1992. v. I.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Eduardo. *El derecho internacional contemporáneo*. Madrid: Tecnos, 1980.

KELSEN, Hans. *Principles of international law*. 2. ed. New York: Holt, Rinehart and Winston, Inc., 1967.

KIRSCH, Philippe. A Corte Penal Internacional perante a soberania dos Estados. In: CASSESE, Antonio; DELMAS-MARTY, Mireille. (Org.). *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. Tradução de Silvio Antunha. Barueri: Manole, 2004. p. 25-33.

KLEIN, Pierre. *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens*. Bruxelles: Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, 1998.

MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. 7. ed. London: Routledge, 1997.

MIRANDA, Jorge. Sobre a responsabilidade internacional. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, v. 20, p. 305-317, jul./dez. 2002.

PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (PCIJ). *German Settlers in Poland, Advisory Opinion*, [S. I.], Series B, n. 6, 1923.

REMIRO BROTONS, Antonio; et al. *Derecho internacional*. Madrid: McGraw-Hill, 1997.

REUTER, Paul. *Derecho internacional público*. Barcelona: Bosch, 1962.

SEARA VÁZQUEZ, Modesto. *Tratado general de la organización internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1974.

SHAW, Malcolm Nathan. *International law*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito internacional público*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A proteção internacional dos direitos humanos: fundamentos jurídicos e instrumentos básicos*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Direito das organizações internacionais*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

VELASCO VALLEJO, Manuel Díez de. *Instituciones de derecho internacional público*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1993. t. I.

VERDROSS, Alfred. *Derecho internacional público*. 6. ed. Madrid: Aguilar, 1982.

VIRALLY, Michel. *El devenir del derecho internacional: ensayos escritos al correr de los años*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

ZACKLIN, Ralph. Responsabilité des organisations internationales. In: COLLOQUE DE LA SOCI-

ÉTÉ FRANÇAISE POUR LE DROIT INTERNATIONAL, 24., 1990, Université du Maine. *Colloque du Mans: la responsabilité dans le système international*. Paris: Pedone, 1991. p. 91-100.

O devido processo legal em seu sentido material

Breves considerações

Gil Ferreira de Mesquita

Sumário

1. Considerações preliminares. 2. Devido processo legal em sentido processual (*procedural due process*). 3. Devido processo legal em sentido material (*substantive due process*). 3.1. O *substantive due process* na jurisprudência brasileira. 4. Os critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

1. Considerações preliminares

A polêmica é um dos pilares que sustenta o dinamismo do direito.

Na seara processual, por exemplo, é possível afirmar que as questões pacíficas formam um grupo minoritário e, entre elas, a conceituação exata do princípio do devido processo legal é um dos exemplos mais interessantes.

Sabemos que da Suprema Corte dos Estados Unidos nascem os mais abrangentes, polêmicos e históricos julgamentos envolvendo tal garantia e, certamente, o moderno delineamento de seu alcance em todos os ordenamentos ocidentais sofreu, em algum momento, influência constante dos julgados daquele Tribunal.

Contudo, mesmo a Suprema Corte já admitiu a dificuldade de marcar em traços firmes e definitivos um conceito para o devido processo legal. No *Twining x New Jersey*, afirmou-se que “poucas cláusulas do direito são tão evasivas de compreensão exata como essa” e, em face disso, a Corte se tem declinado “em dar uma definição compreensiva

Gil Ferreira de Mesquita é Advogado. Mestre em Direito pela Universidade de Franca - UNIFRAN. Professor do Centro Universitário do Triângulo - UNITRI. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP.

dela e prefere que seu significado pleno seja gradualmente apurado pelo processo de inclusão e exclusão no curso de decisões dos feitos que forem surgindo". Em outra ocasião, no julgamento de *Holden x Hardy*, reafirmou que a Corte "jamais tentou definir com precisão as palavras *due process of law*", bastando dizer que há "certos princípios imutáveis de justiça, aos quais é inerente a própria idéia de governo livre, o qual nenhum membro da União pode desconhecer" (MACIEL, 1997, p. 177-178).

Como bem afirmou o juiz Felix Frankfurter (apud CASTRO, 1989), da Suprema Corte, o *due process* não pode ser aprisionado dentro dos traçozeiros lindes de uma fórmula, pois é produto da história, da razão, do fluxo das decisões passadas e da inabalável "confiança na força da fé democrática que professamos". Não é um instrumento mecânico, um padrão. É um delicado processo de adaptação que "inevitavelmente envolve o exercício do julgamento por aqueles a quem a Constituição confiou o desdobramento desse processo" (CASTRO, 1989, p. 56).

Partindo dessa premissa, não se pode pretender esgotar num ensaio como este as questões doutrinárias que dão ao devido processo legal a feição de *superprincípio* ou de *garantia das garantias*, como alguns doutrinadores costumam tratá-lo¹. É preciso limitar a análise, para evitar que ela se torne um mero apanhado de fatos históricos sem ligação lógica entre si.

Portanto, o objeto de análise deste trabalho fixa-se na existência de um duplo aspecto – processual e material – do *due process of law*, tendo por objetivo indicar elementos razoáveis para a compreensão deste último aspecto, especialmente por meio da experiência jurisprudencial norte-americana, demonstrando finalmente a tendência dos tribunais brasileiros (especialmente o STF) em utilizar o *substantive due process* nos julgamentos em que se questiona a constitucionalidade das normas.

2. Devido processo legal em sentido processual (procedural due process)

O devido processo legal nasceu com feições apenas processuais, como garantia que viria a assegurar que as privações de liberdade e propriedade somente seriam possíveis por um processo regular. Com essa característica, manteve-se vivo na Inglaterra, nas Constituições das Colônias Inglesas na América e, posteriormente, nas Emendas 5 e 14 da Constituição dos Estados Unidos. Inicialmente dirigida à jurisdição penal, foi estendida, em seguida, à jurisdição civil e, recentemente, ao processo administrativo.

Porém, o devido processo legal é caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade, isto é, tutela os bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico. Tudo o que diga respeito à tutela da vida, da liberdade ou da propriedade está sob a proteção da *due process clause* (NERY JÚNIOR, 1999, p. 33). Por isso mesmo, para exemplificar, a Corte Americana já entendeu que faz parte do conceito de *liberdade*: a liberdade de imprensa, de opinião, de religião e – mais profundamente – a privacidade. A mesma Corte decidiu pela inconstitucionalidade da lei estadual que proibia o ensino em outra língua que não o inglês, estendendo a proibição às escolas públicas e privadas (*Meyer x Nebraska*, 1923); também invalidou lei estadual que exigia que crianças normais entre 8 e 16 anos somente fossem matriculadas em escolas públicas e proibia as escolas privadas e paroquiais de aceitá-las, entendendo pela irrazoabilidade da lei, que interferiria na *liberdade* dos pais e a na *propriedade* das escolas (*Pierce x Society of Sisters*, 1925) (NERY JÚNIOR, 1999, p. 33-34).

Neste passo, a concepção da garantia em exame não pode ser formada em termos exclusivamente processuais, como pode parecer à primeira vista. Ao contrário, possui sentido genérico e biparte-se em *substantive due process* e em *procedural due process*. No primeiro aspecto, atua no que respeita à criação das normas de direito material; no se-

gundo, tutela direitos por meio de um processo regular.

No direito brasileiro, a Constituição Federal de 1988 foi responsável pela inauguração de uma nova etapa para o desenvolvimento do devido processo legal, principalmente pelo ineditismo de sua consagração expressa e, mais importante, pela extensão da garantia aos litigantes em processo civil e trabalhista, aos acusados em processo penal e interessados em processo administrativo. Conseqüentemente, é dever reconhecermos a existência de uma base principiológica derivada do *due process of law*, a determinar seus limites e alcance na esfera processual. Contudo, o objeto de análise deste trabalho não está na aplicação da garantia do devido processo legal em sua feição processual, embora seja esta a mais comentada pela doutrina em razão até mesmo das circunstâncias presentes em sua origem histórica.

3. Devido processo legal em sentido material (substantive due process)

A necessidade de intervenção judicial nas atividades estatais – especialmente no campo legislativo – fez nascer uma bipartição ideológica a pairar sobre o devido processo legal, principalmente no direito norte-americano com os julgados da Suprema Corte. Entendeu-se que não somente em sentido processual deveria o princípio garantir o *trinômio vida-liberdade-propriedade*, porque de tão amplo deveria cuidar de corrigir eventuais abusos do poder soberano ao legislar. Em outras palavras, criou-se a idéia de que o devido processo legal – concebido como cláusula antiarbitrio – seria também responsável por vincular a produção legislativa à idéia de *razoabilidade* ou *proporcionalidade*.

Baseada no espírito que norteou a Magna Carta de 1215, afirma-se que uma lei não pode ser considerada uma *law of the land*, nos termos desejados pelo *due process of law*, se incorrer na falta de razoabilidade, ou seja, quando for arbitrária, exagerada, ilógica ou

incoerente com os anseios da sociedade, considerando-se a ordem constitucional em vigor.

A idéia de “governo dos juízes” – com os tribunais assumindo a função de censores da vida social, política e econômica da nação norte-americana – fez com que a visão unicamente processualista do devido processo legal retratasse a entrada em cena do Poder Judiciário como árbitro autorizado e final das relações do governo com a sociedade, “revelando o seu papel de protagonista e igualmente ‘substantivo’ no seio das instituições governativas” (CASTRO, 1989, p. 57).

Em razão dessa concepção, a doutrina identifica três fases distintas na evolução da jurisprudência norte-americana no tocante ao devido processo legal (DERGINT, 1994, p. 251-252):

Primeira Fase – até 1895 a garantia mantém seu significado tradicional, ou seja, o de tutelar direitos de liberdade contra procedimentos irregulares ou manifestamente únicos por parte do Executivo e do Judiciário, principalmente na esfera penal. Mesmo assim, no ano de 1798, no caso *Calder x Bull*, a Suprema Corte firmou entendimento, por meio do voto do *Justice Chase*, de que os atos normativos (legislativos ou administrativos) que ferissem os direitos fundamentais ofenderiam, por conseqüência, o devido processo legal, devendo ser anulados pelo judiciário (NERY JÚNIOR, 1999, p. 37). É de notar-se que essa decisão veio mesmo antes da famosa decisão de Marshall no caso *Marbury x Madison*, em 1803, considerada pioneira quando se fala em *controle difuso de constitucionalidade das leis*.

Em 1857, a Suprema Corte, presidida pelo *Chief Justice Taney*, adotou o devido processo legal substantivo no caso *Dred Scott x Sanford*, anulando legislação do Congresso Americano que proibia a escravidão nos territórios. Disse o *Justice*: “uma lei que retira do cidadão sua propriedade em escravo simplesmente porque ele traz essa propriedade a um território é arbitrária e desarra-

zoada e, portanto, violadora do devido processo” (SILVEIRA, 1997, p. 177-178).

Segunda Fase – ocorrida no último vintênio do século XIX, com o objetivo de preservar o regime econômico firmado na livre iniciativa, foram invalidados os primeiros atos da legislação intervencionista contemporânea, porquanto vários Estados americanos promulgaram leis de cunho social, buscando proteger o bem-estar e a incolumidade dos trabalhadores, além de leis para controle de monopólios e outros interesses sociais. A tendência que se inaugurava na jurisprudência era a de proteção ao empregador, que não poderia ser privado do gozo pleno e livre de sua propriedade, sendo invocada tal disposição para proteger os indivíduos que detinham o poder econômico dos abusos por parte do Estado (DERGINT, 1994, p. 250-251).

Em 1897, no caso *Allgeyer x Louisiana*, completa-se o movimento jurisprudencial em direção ao *substantive due process of law*. Como informa a doutrina, pela primeira vez a Suprema Corte invalidou uma lei estadual com base na garantia do devido processo legal, reconhecendo a existência de uma inequívoca *dimensão substantiva*. O caso envolvia a constitucionalidade da lei que proibia qualquer pessoa de contratar seguro marítimo com companhia não organizada segundo a legislação do Estado da Louisiana. A Justiça estadual havia condenado o cidadão Allgeyer por ter postado um aviso a uma empresa de seguros de Nova York, noticiando o embarque de mercadorias no porto da Louisiana. Essa condenação foi reformada pela Corte com base na 14ª Emenda, sob o argumento de que a lei estadual privava o réu da liberdade de contratar, em flagrante descompasso com os ideais do devido processo legal (CASTRO, 1989, p. 64).

Mas, o exemplo mais famoso do controle judicial da legislação econômica é encontrado no caso *Lochner x New York*, julgado em 1905, em que a Suprema Corte declarou incompatível com a Constituição Estadual uma lei que fixara jornada máxima de tra-

balho para os empregados de padaria em dez horas diárias e sessenta horas semanais, culminando sanção de caráter criminal para o infrator. Lochner, proprietário de padaria, foi condenado a pena restritiva de liberdade e, recorrendo à Suprema Corte, teve reconhecimento desta no sentido de que a garantia do devido processo legal assegurava tanto a empregados quanto a empregadores a faculdade de livremente contratarem a duração do trabalho diário, sem ingerência do Poder Público. Nesses termos, considerou aquele tribunal que a faculdade de contratar as condições de trabalho configura uma liberdade individual (de empregados e empregadores) protegida pela 14ª Emenda à Constituição (CASTRO, 1989, p. 64-65).

Terceira Fase – com a consagração do Estado Social e a reformulação da concepção de interferência judicial na seara econômica e social, o devido processo legal passa a ser aplicado restritivamente a matérias não econômicas (*non economic matters*), numa fase que perdura até os dias atuais. Assim, o devido processo legal passa a servir como “instrumento de controle das invasões estatais nas faculdades essenciais ao exercício da personalidade humana e da cidadania: liberdade de pensamento e de opinião, direito à informação, liberdade de imprensa, de religião, direito das minorias, liberdade de participação política, direito de votar e ser votado, direito de representar e fiscalizar os atos do Poder Público etc.” Ocorre nesta fase um fenômeno interessante, porque a presunção de constitucionalidade das leis deveria reduzir de intensidade sempre que as liberdades civis protegidas pelas dez primeiras emendas (*Bill of Rights*) estivessem em jogo, ou seja, a legislação restritiva dos direitos fundamentais torna-se automaticamente suspeita, exigindo exame judicial cuidadoso para evitar eventuais excessos (DERGINT, 1994, p. 251-252).

Alguns casos bem refletem essa tendência da Suprema Corte dos Estados Unidos:

a) *Griswold x Connecticut* (1965) – a Suprema Corte considerou inconstitucional lei

que proibia métodos anticoncepcionais, entendendo-a lesiva do direito à privacidade, que primeiramente incide sobre as relações conjugais. Asseverou a Corte que as garantias do *Bill of Rights* possuem “sombrias jurídicas extensivas” (*penunbral Rights*) que abrigam outros direitos implícitos decorrentes daqueles expressos na Constituição. O direito à privacidade no campo das liberdades civis pode ser inferido do direito à liberdade de manifestação de pensamento (DERGINT, 1994, p. 252).

b) *Duncan x Louisiana* (1968) – Duncan, cidadão negro, é acusado de agredir branco com um tranco no ombro, pelo que foi condenado a sessenta dias de prisão e ao pagamento de multa equivalente a 150 dólares. Solicitou, então, julgamento pelo Tribunal do Júri, sendo-lhe negado porque a Constituição do Estado da Louisiana somente prevê julgamento pelo júri nos crimes capitais ou sujeitos à condenação de trabalhos forçados. A tese discutida seria: negado o julgamento pelo Júri, estaria sendo violada a Emenda 6, que prevê o julgamento por aquele Tribunal? A resposta da Suprema Corte: sim (7 a 2). A Emenda 6 garante o julgamento de questões penais pelo Tribunal do Júri nos casos fundamentais à essência da justiça americana, sendo os Estados obrigados pela Emenda 6 a promover tais julgamentos (QUEIROZ, 1998, p. 59-60).

c) *Roe x Wade* (1972) – nesse caso foi questionada a constitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que tipificava o aborto como crime, aceitando como excludente apenas o aborto praticado por recomendação médica e com a exclusiva finalidade de salvar a vida da gestante. A Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de toda a legislação que considerava crime a prática abortiva, assegurando o direito intocável da mulher em decidir ter filhos ou interromper a gravidez voluntariamente. Reconheceu que o direito à privacidade era suficiente para abrigar a decisão da mulher em abortar, direito esse insub-rogável pelo Poder

Público, não obstante a sujeição às condições ditadas pela saúde pública (DERGINT, 1994, p. 252).

d) *DeShaney x Winnebago County Department of Social Services* (1989) – em 1984, um garoto de quatro anos entrou em coma com graves problemas mentais em razão de traumatismo causado por agressão de seu pai. O Departamento de Serviço Social da região tentou proteger a criança após receber denúncia, mas não a tirou da guarda do pai. A mãe do menor, alegando que o Departamento de Serviço Social não protegeu a integridade física da criança, ajuizou ação, porque, no seu entendimento, estava o Departamento violando os direitos previstos na cláusula do devido processo legal em seu aspecto substancial, nos moldes da Emenda 14 da Constituição. A tese a ser analisada pela Suprema Corte foi: a falha na proteção do indivíduo contra a violência privada constitui violação da cláusula do devido processo legal da Emenda 14 da Constituição? A resposta: não. A cláusula não impõe obrigação ao Estado de fornecer serviços ao cidadão para protegê-lo de ações privadas. A cláusula é uma limitação ao poder de agir do Estado e, ainda que o proíba de privar o indivíduo da vida, liberdade e propriedade, segundo o devido processo legal, não deve ser interpretada como obrigação de assegurar que tais interesses não sejam atingidos por outrem (QUEIROZ, 1998, p. 61-62).

e) *Vernonia School District x Acton* (1995) – os atletas dessa escola estavam usando drogas ilícitas e, preocupado com a possibilidade de tal uso ocasionar um aumento de contusões, o governo distrital resolveu adotar política de combate, permitindo a exigência de exame de urina destinado a descobrir os usuários de droga. Acton, estudante e atleta de tal escola, recusou submeter-se ao teste, sendo impedido de jogar futebol. A tese, então, seria: o teste viola a amplitude e a aplicação da Emenda 14 da Constituição? A resposta da Suprema Corte: não. A razoabilidade da exigência do teste tem dois interesses: a invasão da privacidade contra o

interesse maior do governo. O Estado deve submeter os estudantes a um maior controle do que os adultos, sendo a preocupação estatal superior à tutela da privacidade do jovem litigante. Ademais, os interesses pessoais não seriam atingidos desde que a coleta fosse realizada de modo não constrangedor para os alunos (QUEIROZ, 1998, p. 57-59).

3.1. O substantive due process na jurisprudência brasileira

No direito brasileiro, a aplicação do devido processo legal em seu aspecto substancial é tendência que caminha lentamente, em ritmo incomparável com aquele visto ao longo da história constitucional norte-americana, até porque naquela nação podemos identificar em fases bem nítidas a evolução do conceito substantivo da garantia, enquanto no Brasil a utilização dessa concepção dá-se em casos isolados. Porém, não é difícil perceber em algumas decisões – a se destacar o pioneirismo do Supremo Tribunal Federal – a utilização dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade no controle da produção legislativa.

Consta que o devido processo legal em sua feição substantiva foi pela primeira vez utilizado no Brasil, ainda que não declarado expressamente, numa decisão do STF em 1968, em que o Min. Themístocles Cavalcanti foi relator de um *habeas corpus* (nº 45.232-GB) em que se pretendia a declaração de inconstitucionalidade do art. 48, da Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei nº 314/67) com fundamento no art. 150, *caput* e § 35, da Constituição Federal (LIMA, 1999, p. 202-204).

O dispositivo atacado dizia: “A prisão em flagrante delito ou o recebimento da denúncia, em qualquer dos casos previstos neste decreto-lei, importará, simultaneamente, na suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade privada, assim como de cargo ou função na Administração Pública, autarquia, em empresa pública ou sociedade de economia mista, até a sentença absolutória.”

Por sua vez, o dispositivo constitucional invocado prescrevia: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) § 35. A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota.”

No caso em discussão, os pacientes foram alvo de um despacho judicial proferido no curso de um processo criminal que tramitava pela Auditoria da 5ª Região Militar, em que era imposta uma medida administrativa aos denunciados que consistia na suspensão de suas profissões e atividades particulares.

De imediato, o Min. Cavalcanti prontificou-se a admitir que tal medida consistia verdadeira pena acessória, aplicada sem processo regular ou antes do procedimento judicial. O exame de tal decisão, portanto, centrava-se na existência ou não de *justa causa* nesta providência cautelar que atingia a liberdade dos pacientes, além de ferir uma de suas mais elementares exigências vitais: a necessidade de prover a própria subsistência. Ademais, sobrevindo uma sentença absolutória, não se poderia reparar os graves reflexos causados aos pacientes por aquela pena.

Para tanto, o Ministro baseou seu voto em ponto crucial: buscou de início solução no sistema jurídico norte-americano, terminando, contudo, por apegar-se à possibilidade de lançar mão de direitos e garantias não expressos no corpo da nossa Constituição, hipótese permitida pelo § 35 do art. 150. Ademais, deu ênfase especial ao *caput* do mesmo artigo, garantidor, entre outros, do direito à vida.

O ineditismo do voto merece destaque com a colação de alguns trechos:

“(...) o rigor das medidas previstas na lei que estamos examinando grita contra a essência dos princípios humanos que se resu-

mem no direito de sobrevivência, que somente a condenação pode limitar o direito ao trabalho (...). Os preceitos indicados, porém, não me parecem de todo adequados à argüida inconstitucionalidade, preferíamos apoiar nosso voto no direito à vida, mencionado no *caput* do artigo 150, como fundamento geral dos direitos enumerados no mesmo artigo, bem como no § 35 do art. 150 que estende aos outros direitos as garantias enumeradas no mesmo preceito constitucional (...). Ora, tornar impossível o exercício de uma atividade indispensável que permita ao indivíduo obter os meios de subsistência é tirar-lhe um pouco de sua vida, porque esta não prescinde dos meios materiais para a sua proteção. A vida não é apenas o conjunto de funções que resistem à morte, mas é a afirmação positiva de condições que assegurem ao indivíduo e aos que dele dependem os recursos indispensáveis à subsistência. (...) O direito à vida de que fala o artigo 150 da Constituição evolui com os problemas do momento e depende dos temas que afetam o indivíduo ou a comunidade.”

A segunda oportunidade em que o *substantive due process of law* foi novamente invocado em decisões do Supremo Tribunal Federal é encontrada no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade nº 930-DF, julgada em maio de 1976, que teve como relator o Min. Rodrigues Alckmin. Em tal argüição, examinou-se a Lei nº 4.116/62, que regulamentava a profissão de corretor de imóveis, sendo, ao final, declarada inconstitucional.

O voto do relator apontava que a Constituição Federal assegurava a liberdade do exercício profissional, não podendo o legislador ordinário desconhecer esse direito ao livre exercício da profissão, sendo-lhe permitido apenas limitar ou disciplinar tal atividade pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Mas, no tocante às condições de capacidade, não as poderia estabelecer o legislador ordinário

sem atender ao critério da razoabilidade², cabendo ao Judiciário apreciar se tais limitações estariam adequadas e justificadas pelo interesse público, julgando-as legítimas ou não (LIMA, 1999, p. 205).

Defendendo a inconstitucionalidade da Lei nº 4.116, pronunciou-se o Min. Leitão de Abreu (BRASIL, 1977), tendo como fonte a razoabilidade do direito constitucional norte-americano, especialmente na cláusula do devido processo legal substancial:

“(...) Passará a constituir letra morta o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão se deixado ao alvedrio do legislador trancar o acesso ao desempenho de qualquer atividade a quem para isso não preencher os requisitos que, a seu talante, venha a reclamar. Esses requisitos só podem ser, pois, realmente, como demonstrou, à saciedade, o nobre Ministro Rodrigues Alckmin, os que forem compatíveis com o critério da razoabilidade, critério contrariado, frontalmente, pela Lei nº 4.116”.

Desde então, pode-se destacar outros exemplos de aplicação do *substantive due process of law* por nossos tribunais:

a) O Supremo Tribunal Federal concedeu medida cautelar proposta na ADIn nº 855-2-PR, suspendendo a Lei nº 10.248/93, do Estado do Paraná, que obrigava a pesagem dos vasilhames de GLP (Gás Liquefeito de Petróleo), a pretexto de defender o consumidor. O Min. Sepúlveda Pertence apoiou-se nos critérios de razoabilidade para fundamentar a decisão favorável. Eis a ementa: “Gás Liquefeito de Petróleo – Lei estadual que determina a pesagem de botijões entregues ou pagamento imediato de eventual diferença a menor: argüição de inconstitucionalidade fundada nos arts. 22, IV e VI (energia e metrologia), 24 e §§, 25, § 2º, e 238, além de violação ao princípio de proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos: plausibilidade jurídica da argüição que aconselha a suspensão cautelar da lei impugnada, a fim de evitar danos irreparáveis à economia do setor, no caso de vir a

declarar-se a inconstitucionalidade: liminar deferida” (BRASIL, 1993).

b) O STF concedeu liminar em ADIn proposta contra lei do Estado do Amazonas (nº 1.897/89) que concedeu gratificação de férias (1/3) aos servidores inativos, entendendo que a vantagem pecuniária seria irrazoável e destituída de causa. Eis um trecho da ementa: “A norma legal, que concede a servidor inativo gratificação de férias correspondente a um terço (1/3) do valor da remuneração mensal, ofende o critério da razoabilidade que atua, enquanto projeção concretizadora da cláusula do *substantive due process of law*, como insuperável limitação ao poder normativo do Estado. Incide o legislador comum em desvio ético-jurídico, quando concede a agentes estatais determinada vantagem pecuniária cuja razão de ser se revela absolutamente destituída de causa (BRASIL, 1995).

c) Em 2002, o STF considerou inconstitucional Lei Distrital que dispunha sobre a emissão de certificado de conclusão do curso e autorizava o fornecimento de histórico escolar para alunos da terceira série do ensino médio que comprovassem aprovação em vestibular para ingresso em curso de nível superior. A ação, proposta pela COFENEN (Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino) em face da Câmara Legislativa do Distrito Federal, foi julgada procedente à unanimidade, pois o Tribunal Pleno considerou que a referida lei usurpou a competência legislativa outorgada à União pela CF e era destituída do “necessário coeficiente de razoabilidade”, ofendendo o princípio da proporcionalidade, pois a atividade legislativa foi exercida com desvio de poder.

Segundo a decisão, a Constituição instituiu um “sistema de condomínio legislativo” nas matérias taxativamente indicadas no art. 24 – entre as quais aquela concernente ao ensino (inciso IX) –, deferindo ao Estado-membro e ao Distrito Federal competência para legislar “inexistindo lei federal sobre normas gerais” desde que “para aten-

der a suas peculiaridades” (§ 3º). Desse modo, os Estados e o DF não podem, mediante legislação autônoma, agindo *ultra vires*, “transgredir a legislação fundamental ou de princípios que a União Federal fez editar no desempenho legítimo de sua competência constitucional e de cujo exercício deriva o poder de fixar, validamente, diretrizes e bases gerais pertinentes a determinada matéria (educação e ensino, na espécie).”

Assim, segundo o STF, para efeito de sua validade material, todos os atos do Poder Público estão necessariamente sujeitos à indeclinável observância de padrões mínimos de razoabilidade, que se qualifica como parâmetro de aferição da constitucionalidade material desses atos. Daí, no processo de formulação das normas legais, devem ser observados critérios de razoabilidade “que guardem estrita consonância com os padrões fundados no princípio da proporcionalidade, pois todos os atos emanados do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do *substantive due process of law*”³.

d) recentemente, o STF concedeu mandado de segurança em favor de empresa do Rio Grande do Sul em face de ato do legislativo estadual que instituiu norma exigindo dos inadimplentes a quitação de débitos com a Fazenda Pública Estadual para, assim, obterem autorização para impressão de blocos de notas fiscais (BRASIL, 2005).

Assim como ocorreu em outros julgados⁴, o Tribunal considerou que o Poder Público não pode utilizar-se de meios gravosos e indiretos de coerção para compelir o contribuinte inadimplente a pagar tributos⁵, pois tais exigências transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, inviabilizando, sem justo fundamento, o exercício da atividade econômica ou profissional lícita pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Esse tipo de imposição estatal ofende o *substantive due process of law*, pois não é facultado ao Estado legislar de modo abusivo ou imoderado.

Invocando lição de Orosimbo Nonato, conclui o STF que a liberdade do legislador “não pode chegar à desmedida do poder de destruir”.

4. Os critérios de razoabilidade e proporcionalidade

A partir do pequeno rol de decisões apresentado no tópico anterior, é possível observar que o devido processo (em sua feição substantiva) também é utilizado em nosso país na análise da constitucionalidade de normas jurídicas. Contudo, merece atenção o fato de que os tribunais utilizam ora o fundamento da *razoabilidade*, ora o da *proporcionalidade* para a concessão de medidas em respeito ao *substantive due process*, de modo que é importante identificar na doutrina a distinção entre os dois conceitos.

Gilmar Ferreira Mendes (1994, p. 469-475) publicou importante trabalho em que analisa a aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Para o autor, não há dúvida de que os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade são semelhantes, porque “um juízo definitivo sobre a proporcionalidade ou razoabilidade da medida há de resultar da rigorosa ponderação entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (proporcionalidade ou razoabilidade em sentido estrito)”.

Além disso, a conclusão que apresenta a respeito da argüição de inconstitucionalidade do art. 5º e seus parágrafos da Lei nº 8.713/93 leva-nos a concluir que, na opinião do autor, os conceitos são semelhantes (MENDES, 1994, p. 469):

“(…) o Supremo Tribunal Federal considerou que, ainda que o legislador pudesse estabelecer restrições ao direito dos partidos políticos de participar do processo eleitoral, a adoção de critério relacionado com fatos passados para limitar a atuação futura desses partidos parecia inadequada e, por conseguinte, desarrazoada. Essa

decisão consolida o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade como postulado constitucional autônomo que tem a sua *sedes materiae* na disposição constitucional que disciplina o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV).”

Caio Tácito (1996, p. 3) assevera que a Constituição Federal adotou o princípio da legalidade ao determinar que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, querendo significar que a lei é vontade geral da nação, nascida da manifestação dos agentes delegados da sociedade – legitimados pelo mandato eletivo. Mas, para que tal poder não reste absoluto, a regra da separação dos poderes constitucionais submete os atos do Legislativo ao controle final do Poder Judiciário, para que leis contrárias à Constituição ou violadoras de direitos e liberdades sejam anuladas e destituídas de eficácia. Dessa forma, o princípio da legalidade ganhou aperfeiçoamento à medida que a vigilância a respeito da *finalidade da lei* passou a ser exigida.

Salienta o autor (TÁCITO, 1996, p. 3-4) que a jurisprudência francesa construiu a noção do desvio de poder ou desvio de finalidade como fundamento da declaração de nulidade de atos administrativos; a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana construiu, para conter abusos dessa natureza, o requisito do devido processo legal em sua dimensão substantiva, por intermédio do teste de racionalidade, e, a seguir, o padrão de razoabilidade para aferir a legalidade da legislação; o direito alemão adotou o princípio da proporcionalidade, ou princípio da proibição de excesso, para permitir ao intérprete aferir a compatibilidade entre meios e fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais; e, na Espanha, também domina igual princípio.

Porém, embora saliente a variação de princípios adotados em tais ordenamentos, ao tratar do direito brasileiro, também eleva

ao mesmo significado as noções de proporcionalidade e razoabilidade. É certo que cita vários julgados de nossos tribunais, apontando para a utilização deste, daquele ou de ambos princípios, mas sempre manifesta-se no sentido de igualá-los. À guisa de conclusão, enfatiza:

“A Constituição de 1988 deu ênfase aos princípios éticos que lastreiam sua estrutura. (...) E incorpora ao quadro constitucional o princípio do devido processo legal como elementar à garantia da liberdade e do patrimônio (art. 5º, LIV). No curso de sua elaboração, o rol dos princípios reguladores da atividade da administração pública contemplava, a par daqueles que permaneceram no atual art. 37, o requisito da razoabilidade dos atos administrativos. (...) A rigor, o princípio da razoabilidade filia-se à regra da observância da finalidade da lei que, a seu turno, emana do princípio da legalidade. A noção de legalidade pressupõe a harmonia perfeita entre os meios e os fins, a comunhão entre o objeto e o resultado do ato jurídico. A vontade do legislador, como da autoridade administrativa, deve buscar a melhor solução e a menos onerosa para os direitos e liberdades, que compõem a cidadania. A atribuição ao Judiciário do controle das leis mediante o juízo de valor da proporcionalidade e da razoabilidade da norma legal não pretende substituir a vontade da lei pela vontade do juiz. Antes, porém, a este cabe pesquisar a fidelidade do ato legislativo aos objetivos essenciais da ordem jurídica, na busca da estabilidade entre o poder e a liberdade” (TÁCITO, 1996, p. 6-7).

Também encontramos a opinião de Carlos Roberto de Siqueira Castro (1989, p. 380-381) em seu valioso estudo sobre o devido processo legal e a razoabilidade das leis. Como claramente sugere o título de sua obra, o autor prefere o princípio da razoabilidade para explicar a utilização do devido processo legal em seu aspecto material no controle da constitucionalidade das leis⁶. Adverte o autor que o cânone da razoabilidade foi suprimido na fase de elaboração

da atual Constituição Federal e, embora tivesse pertinência direta com os atos administrativos (art. 37), a sua aplicação à generalidade das regras jurídicas seria resultado inafastável da interpretação extensiva e sistemática do dispositivo constitucional. Ainda que, por apego ao método literal e precário de interpretação das normas jurídicas, assim não se entendesse, restaria indubitável que o postulado da razoabilidade das leis deriva diretamente da aplicação do *substantive due process*, a ser empregado com criatividade e senso de justiça pelos órgãos responsáveis pela guarda à Constituição.

Critica o autor que, em face das “peripécias do debate constituinte”, se perdeu a oportunidade de se consagrar em matriz constitucional esse importante postulado para a idoneidade das manifestações do Poder Público. Por outro lado, salienta, acolheu-se no rol dos direitos fundamentais a garantia *mais abrangente e magnânima de todas as suas congêneres* – a cláusula do devido processo legal, nela incluída não só o *princípio da razoabilidade*, como a exigência de *motivação dos atos estatais* (CASTRO, 1989, p. 381).

Diferentemente se manifesta Raquel Denize Stumm (1995, p. 169), que encontra no princípio da proporcionalidade o substrato que justifica a aplicação do devido processo legal em sua feição material. Para a autora, pressupondo a existência de um Estado Federal e uma Constituição rígida, o Poder Judiciário atua na busca de dois objetivos principais: *a harmonização dos conflitos entre a União e os Estados-membros e a proteção das liberdades civis e dos direitos fundamentais ostentados por todos os destinatários do poder*.

Na trilha desse último objetivo, o devido processo legal substantivo apresenta-se como o instrumento de maior amplitude, por funcionar como limite à aplicação de atos normativos arbitrários e irracionais. Mas tal aplicação dá-se em decorrência da proporcionalidade, como quer a autora (STUMM, 1995, p. 173): “A fundamentação do princípio da proporcionalidade, no nosso sistema, é realizada pelo princípio constitucio-

nal expresso do devido processo legal. Importa aqui a sua ênfase substantiva, em que há a preocupação com a igual proteção dos direitos do homem e os interesses da comunidade quando confrontados.”

Não obstante os avalizados posicionamentos, parece mais adequada a doutrina que vê nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade uma possível relação de intimidade, mas não uma coincidência que permita a utilização de ambos termos como sinônimos, sem maiores explicações. Ficamos com Willis Santiago Guerra Filho (1997, p. 25-26), que formulou uma útil distinção entre os dois princípios:

a) o *princípio da proporcionalidade* tem origem no direito público alemão e desobedece-lo significa ultrapassar irremediavelmente os limites do que as pessoas em geral considerariam aceitável, em termos jurídicos. É princípio com função negativa.

b) o *princípio da razoabilidade* tem origem anglo-saxônica e opera seus efeitos na medida em que pretende demarcar aqueles limites aceitáveis, indicando como nos mantermos dentro deles, mesmo quando não pareça *irrazoável* ir além. É princípio com função positiva, portanto.

Por isso mesmo, em conclusão, devemos entender que, embora distintos, o conteúdo de tais princípios os faz relacionados, de maneira indissolúvel, com o princípio da proporcionalidade, carregando em si a noção de razoabilidade, o que justifica a presença alternada de ambos os princípios na jurisprudência brasileira.

Fique claro, contudo, que a utilização de ambas as expressões, sem qualquer explicação, terá lugar apenas nas situações em que se possa dispensar o rigor científico, nas situações em que a menção a qualquer um dos princípios seja suficiente para demonstrar que se está diante de uma norma inconstitucional, ficando a distinção apresentada nos parágrafos anteriores para um segundo plano, pois, num ângulo mais amplo, tanto a proporcionalidade quanto a razoabilidade são subprincípios responsáveis

pela efetivação do devido processo legal em sua dimensão material.

Notas

¹ Já manifestamos nossa opinião – alinhada à de Cândido Dinamarco – de que o devido processo legal pode ser entendido como *cláusula de fechamento do sistema processual*, justamente porque possui um caráter sistemático, pois fecha o círculo de garantias constitucionais relativas ao processo, afirmando a indispensabilidade de todas elas e reafirmando a autoridade de cada uma, pois os princípios gerais do processo estão unidos entre si por um *entrelaçamento sistêmico* (Cf. MESQUITA, 2004. p. 84).

² O art. 2º da Lei exigia para o registro como corretor de imóveis, entre outros documentos: atestado de capacidade intelectual e profissional e de boa conduta, passado por órgão de representação legal da classe; folha corrida e atestado de bons antecedentes, fornecido pelas autoridades policiais das localidades onde houver residido nos últimos três anos; atestado de sanidade; atestado de vacinação antivariólica.

³ ADI 2667 MC-DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Celso de Mello – J. 19.06.2002.

⁴ RE 413.782/SC, RE 09.956/RS, RE 09.958/RS, RE 414.714/RS, RE 24.061/RS e RE 434.987/RS, somente para citarmos alguns exemplos.

⁵ Conseqüência lógica de entendimentos já consolidados: Súmula 70 – É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo; Súmula 323 – É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos; e Súmula 547 – Ao contribuinte em débito, não é lícito à autoridade proibir que adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

⁶ No mesmo sentido, Nelson Nery Júnior (1997, p. 35-38) e Augusto do Amaral Dergint (1994, p. 253-254).

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 855-2, Paraná, 1993. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário Oficial da Justiça da União*, Brasília, 1 out. 1993.

_____. _____. Ação declaratória de inconstitucionalidade n. 1.158, Amazonas, 1995. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário Oficial da Justiça da União*, Brasília, 26 maio 1995.

- _____. _____. Recurso especial n. 374.981, Rio Grande do Sul, 2005. Relator: Min. Celso de Mello. *Diário Oficial da Justiça da União*, Brasília, 28 mar. 2005.
- _____. _____. Representação n. 930, Distrito Federal, maio 1976. Relator: Min. Rodrigues Alckmin. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 2 set. 1977.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- DERGINT, Augusto do Amaral. Aspecto material do devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 709, p. 249-255, nov. 1994.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago (Coord.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- LIMA, Maria Rosynete Oliveira. *Devido processo legal*. Porto Alegre: S. Fabris, 1999.
- MACIEL, Adhemar Ferreira. O devido processo legal e a constituição brasileira de 1988. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 85, p. 175-180, jan./mar. 1997.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n. 23, p. 469-475, dez. 1994.
- MESQUITA, Gil Ferreira de. *Princípios do contraditório e da ampla defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: J. Oliveira, 2003.
- _____. *Teoria geral do processo*. Uberlândia: IPEDI, 2004.
- NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- QUEIROZ, Odete Novais Carneiro. O devido processo legal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 748, p. 47-63, fev. 1998.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal: due process of law*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade: no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- TÁCITO, Caio. A razoabilidade das leis. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 335, p. 3-7, jul./set. 1996.

O Direito fundamental dos indígenas à terra

Do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito

Ana Maria D'Ávila Lopes
Karine Rodrigues Mattos

Sumário

1. Introdução. 2. Evolução histórica da legislação indigenista. 3. O direito fundamental às terras indígenas na Constituição Federal de 1988. 3.1. Classificação das terras indígenas. 3.2. Direito às terras indígenas: direito natural? 3.3. Usufruto constitucional. 3.4. Processo de demarcação das terras indígenas. 3.5. Intervenção de terceiros em área indígena. 4. Conclusão.

1. Introdução

Estima-se que, há quinhentos anos, a população indígena, em terras que viriam a formar o Brasil, era de um a dez milhões de habitantes. Desde então, com a consolidação do domínio colonial, essa população foi vitimada por um processo de etnocídio, tanto pela disseminação de doenças quanto pela força das armas, situação que se estendeu até o século XX, com a expansão das fronteiras econômicas regionais. Na atualidade, pode-se comprovar que a população indígena reduziu-se a 345.000 (trezentos e quarenta e cinco mil) seres humanos, distribuídos entre 215 (duzentos e quinze) sociedades indígenas (FUNAI, *on line*).

Analisando a historiografia brasileira, verifica-se que, desde os remotos tempos de colonização, as comunidades indígenas lutam pela sua sobrevivência, o que muitas vezes só foi possível em virtude de batalhas sangrentas travadas para evitar seu completo extermínio. Quanto aos direitos dos índios, observa-se que suas conquistas não

Ana Maria D'Ávila Lopes é Mestre e Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza e da Universidade Federal do Ceará. Karine Rodrigues Mattos é Bacharela em Direito pela Universidade de Fortaleza.

ocorreram de forma crescente, pois houve inúmeros progressos e retrocessos que se sucederam desordenadamente.

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 (CF/88) assegurou aos povos indígenas existentes no País, a exemplo das Cartas Políticas de 1934, 1937, 1946, 1967 e da Emenda Constitucional nº 1 de 1969, e numa sequência histórica de gradativa institucionalização, direitos fundamentais especialmente referidos à proteção dos índios.

Nesse sentido, o Poder Constituinte Originário de 1988 constitucionalizou direitos e garantias relacionados às condições necessárias para a vida digna das comunidades indígenas, tais como: o direito à preservação da própria cultura (artigo 231, *caput*, da CF/88); o direito à educação na própria língua (artigo 210, § 2º, da CF/88); o direito à posse das suas terras e ao usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes (artigo 231, *caput* e § 2º, da CF/88); à proteção direta do Ministério Público na defesa desses direitos e interesses (artigo 232 da CF/88).

Entre os direitos fundamentais mencionados, merece estudo abalizado o direito fundamental às terras indígenas inserto no artigo 231, *caput*, da *Lex Mater*, pois a terra é um elemento fundamental para que toda e qualquer sociedade indígena sobreviva, visto tratar-se do espaço físico vital para a satisfação de suas diferentes necessidades (LOPES, 2001).

Por essas razões, o presente artigo objetiva analisar o direito fundamental dos índios à terra enfocando sua evolução desde os tempos do Brasil Colônia ao Estado Democrático de Direito, examinando igualmente questões correlatas, como o processo administrativo de demarcação das terras indígenas e a indenização de posseiros de boa-fé ocupantes de áreas indígenas.

2. Evolução histórica da legislação indigenista

Pindorama, ou terra das Palmeiras, era originariamente habitada por povos diversos

como os Tupinambá, Tamoio, Caeté, Potiguara, Tupiniquim (MOONEN, 1983). O primeiro contato entre os portugueses, em sua expansão ultramarina, e os povos indígenas brasileiros ocorreu no ano de 1500, com a chegada da esquadra comandada por Pedro Álvares Cabral. Como os portugueses não sabiam que tinham chegado a Pindorama, resolveram chamar a nova terra de Terra de Vera Cruz, e em momento ulterior de Brasil.

Nas três primeiras décadas posteriores ao descobrimento, o Brasil foi relegado ao esquecimento. Portugal limitou suas atividades à exploração de madeira, à vigilância do litoral para assegurar a posse do negócio e à instalação de feitorias, que eram estabelecimentos comerciais sob a administração de um feitor. Outras fortes razões para o desinteresse de Portugal pelo Brasil nesse período de 1500 a 1530, denominado pré-colonial, foram a preocupação lusitana com o lucrativo comércio de especiarias com as Índias e a ausência de homens suficientes em Portugal para povoar as regiões descobertas (COSTA; MELLO, 1999).

Nos primeiros séculos da colonização portuguesa, a influência da Igreja teve reflexos importantes na política indigenista adotada. Registre-se que em 1529 o Papa já aprovava a conversão dos índios ao cristianismo. No início do século XVI, ainda não existia um órgão específico para cuidar da problemática dos indígenas, mas freqüentemente eram publicadas cartas régias, ordens e recomendações que tratavam da questão da escravidão, dos aldeamentos e do trabalho indígena (MOONEN, 1983).

Com a perda do monopólio da rota de comércio com as Índias por volta de 1530, bem como com a presença de outros europeus no litoral brasileiro, a Coroa portuguesa viu-se compelida a ocupar as novas terras, sob pena de perdê-las. Conseqüentemente, Portugal resolveu, por decisão emanada do rei Dom João III, instalar em 1532 um sistema denominado capitânicas hereditárias, pelo qual o litoral brasileiro foi dividido em quatorze capitânicas doadas a doze

donatários. Todavia, diante do fracasso do sistema de capitanias, a Metrópole optou por adotar a centralização do poder com a criação de um governo geral, seguindo-se, assim, os governos de Tomé de Sousa (1549-1553), Duarte da Costa (1553-1558) e Mem de Sá (1558-1572) (COSTA; MELLO, 1999).

Conjuntamente com o governador Tomé de Sousa, desembarcaram, no ano de 1549 em solo brasileiro, os primeiros jesuítas, com recomendações do rei de Portugal para separar os índios cristãos e fazer o possível para que fossem morar perto dos povoados portugueses. Surgiram, dessa forma, os primeiros aldeamentos jesuíticos, localizados próximo das vilas portuguesas, nos quais se fixavam os índios cristãos, além de inúmeros que neles se refugiavam para escapar da escravidão dos colonizadores, já que era proibido escravizar índios residentes nos aldeamentos (MOONEN, 1983).

Faz-se mister ressaltar que, desde o período colonial, a política indigenista manteve-se associada à política territorial. Remetendo ao século XVII, verifica-se que a legislação lusitana apresentava indícios de conexão entre essas duas políticas. O Alvará de 1º de abril de 1680 continha um mandamento acerca da posse e de direitos dos índigenas em relação aos territórios que ocupassem, dispondo respeitar os direitos dos índios primeiros ocupantes e donos naturais das terras. Essa mesma dicção foi repetida em uma lei de 6 de julho de 1755, reconhecendo-se que os índigenas tinham esse direito decorrente da ocupação primitiva da terra (SILVA, 2001).

A partir de 1822, as forças liberais, que influenciaram o processo de proclamação da Independência, conscientizaram-se acerca da necessidade de definir uma política indigenista para o Império. O projeto mais relevante foi o elaborado por José Bonifácio de Andrada e Silva apresentado à Assembleia Constituinte em 1823, defendendo que fossem asseguradas aos índios as terras que lhes restavam por serem seus legítimos detentores (CUNHA, 1987).

Em 1824 foi outorgada a primeira constituição brasileira, caracterizada por estabelecer a centralização do poder, um governo monárquico e hereditário, o catolicismo como religião oficial, o poder do Estado sobre a Igreja, o voto censitário e não-secreto, entre outras disposições, mas omitindo qualquer referência à questão indígena.

Com a publicação do Regulamento acerca das Missões de Catequese e Civilização dos Índios, em 1845, a ação estatal ocupou-se com a formação de aldeias e missões colimando civilizar e catequizar os índios pertencentes às comunidades indígenas isoladas e independentes, olvidando outras problemáticas relevantes que afetavam a população indígena daquele período (SOUZA FILHO, 2005). Esse descaso foi patente em relação aos direitos patrimoniais e territoriais dos índios. O Brasil permaneceu sem uma legislação que dispusesse a respeito da aquisição territorial no lapso temporal compreendido entre os anos de 1822 e 1850, interregno entre a suspensão do Regime das Sesmarias e o advento da Lei de Terras (Lei nº 601 de 1850).

A Lei de Terras teve como objetivos a organização dos registros de terras doadas desde o período colonial e a legalização das ocupadas sem autorização, como passos prévios ao reconhecimento das chamadas terras devolutas, pertencentes ao Estado. Nesse intuito de regularizar a situação, vedou-se a formação de novas posses e estabeleceu-se a compra como forma legal de aquisição de novas terras. Por outro lado, no art. 12 da Lei de Terras, regulava-se a questão indígena, rezando que caberia ao Governo reservar terras devolutas para a colonização dos indígenas; não havia menção ao direito originário indígena sobre os territórios que tradicionalmente ocupavam, isto é, sobre o Indigenato, que, segundo Silva (2001), se trata de tradicional instituição jurídica luso-brasileira com origem nos primeiros tempos da colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio

de que, nas terras outorgadas a particulares, seria sempre reservado o direito dos indígenas, primários e naturais senhores delas.

O período imperial terminou em 1889, desmoronando-se com ele a estrutura política que sustentava a Monarquia. Entretanto, a reorganização da sociedade brasileira não modificou substancialmente o relacionamento entre os povos indígenas e o colonizador, o qual continuou sendo mediado pela Igreja Católica. Nesse panorama, alguns setores da sociedade, interessados na queda da Monarquia, começaram a articular o golpe militar para instaurar o regime republicano, sobrevivendo em 15 de novembro de 1889 (COSTA; MELLO, 1999).

Sob a influência da Escola Positiva de Augusto Comte, foi elaborado um projeto de constituição, publicado em 1890, que garantia em seu art. 1º a proteção às sociedades indígenas e a não-violação dos seus territórios. O projeto da primeira constituição republicana, apresentado pelos positivistas, apontava a política que deveria ser adotada com os grupos indígenas, parcela integrante da República que eclodia. Todavia, o projeto apresentado não foi aprovado. Aliás, a Carta Magna promulgada em 24 de fevereiro de 1891 sequer mencionou os índios em seu contexto.

Frisa-se que apenas a Constituição de 1934 abordou em seu bojo a figura do índio, que fora relegada tanto pela Constituição do Império como pela primeira Republicana. Destaque-se que essa norma fundamental assegurou aos índios o respeito à posse das terras permanentemente ocupadas por eles, as quais não poderiam ser alienadas. Outrossim, atribuiu competência privativa à União para legislar sobre a incorporação dos índios à comunhão nacional, nos moldes do art. 5º, inciso XIX, alínea “m”.

Em 1937, Getúlio Vargas deu um golpe de Estado que dissolveu o Congresso, outorgando uma nova constituição e instituindo a ditadura do Estado Novo. Com a implantação do Estado Novo, o governo

getulista manteve a disposição legal referente às terras indígenas constante na Carta Política de 1934 na sua íntegra. A CF/1946 foi elaborada sob a égide de um processo duvidoso de redemocratização. Inobstante a formação do Congresso Constituinte e as inúmeras discussões existentes sobre o relacionamento entre o Estado e grupos indígenas, predominou a antiga ideologia de incorporação dos silvícolas à comunhão nacional (art. 5º, inciso XV, alínea “r”, CF/1946), assegurando-se novamente a posse da terra aos indígenas.

Com o advento da ditadura militar em 1964, uma nova Constituição foi outorgada ao país em 1967. Esse texto constitucional, por sua vez, trouxe importante acréscimo ao instituir, em seu art. 4º, inciso IV, que as terras ocupadas pelos silvícolas integravam o patrimônio da União. Ademais, foi assegurado o usufruto exclusivo dos índios sobre os recursos naturais e de todas as utilidades existentes em suas terras.

Em 17 de outubro de 1969, foi outorgada, por três ministros militares, nova Carta ao país, sob a aparência de emenda constitucional, estando em recesso forçado o Congresso Nacional. A Emenda Constitucional de 1969 acrescentaria à *Lex Mater* uma nova regra que estatuiu a nulidade e extinção dos efeitos jurídicos dos atos de qualquer natureza que tivessem por objeto o domínio, a posse ou a ocupação por terceiros de terras habitadas pelos indígenas e estabelecia, também, que os terceiros ocupantes não teriam direito a qualquer ação ou indenização contra a União e a FUNAI (Fundação Nacional do Índio).

Em 19 de dezembro de 1973, foi publicada a Lei nº 6.001, que dispôs acerca do Estatuto do Índio, grande avanço na defesa dos direitos indígenas, inobstante o contexto ditatorial da sua elaboração. Desses direitos, alguns foram confirmados ou aperfeiçoados em momento ulterior pela Constituição Federal de 1988 (CF/88), que traz inúmeros dispositivos direta ou indiretamente relacionados aos indígenas, quais sejam: art.

20, XX; 22, XIV; 109, XI; 129, V; 210, § 2º; 215, § 1º; 231 e 232.

3. O direito fundamental às terras indígenas na Constituição Federal de 1988

Entre os direitos indígenas reconhecidos pela Carta Magna de 1988, merece um estudo pormenorizado o direito fundamental às terras, posto ser esse o principal alvo das reivindicações das comunidades indígenas nacionais, como bem aponta Souza Filho (2005, p. 119): “O direito à terra, entendida como o espaço de vida e liberdade de um grupo humano, é a reivindicação fundamental dos povos indígenas brasileiros e latino-americanos”.

Impende mencionar que o artigo 231, *caput*, da CF/88 prevê o reconhecimento aos índios dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens. Avulta-se que o direito dos indígenas às terras pode ser classificado como direito coletivo, pois pertence a um grupo de pessoas determinadas ou determináveis unidas por uma relação jurídica-base. Nesse sentido, pronunciam-se Alterini, Corna e Vázquez (2005, p. 104):

“En verdad, la Convención 169 no plantea la alternativa entre propiedad individual y colectiva (o comunitaria), a diferencia de la nº 107 que sí lo hacía, y es obvio que ello obedece a que descarta la propiedad indígena individual, pues el único titular que admite es el pueblo interesado, y ello, en todos los artículos atinentes a las tierras. Es de toda lógica, que si el único sujeto es el pueblo interesado, mal pueden existir derechos de propiedad particular en favor de individuos a los que aisladamente no se les reconoce la condición de sujetos de esa titularidad.”

3.1. Classificação das terras indígenas

Analisando a *Lex Mater*, observa-se, inicialmente, que as terras tradicionalmente

ocupadas pelos índios são bens da União como incurso no artigo 20, inciso XI. À luz da classificação dos bens públicos proposta pela doutrina pátria e do artigo 231, § 4º, da CF/88, que estabelece que “as terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis”, observa-se que as terras indígenas são bens públicos de uso especial. Adite-se que o artigo 231, § 2º, da Carta Política, prevê que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente.

Ora, o Poder Constituinte Originário atribuiu destinação expressa às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, que, pela análise do § 4º do art. 231, se submetem ao regime jurídico de bens públicos. Destaque-se que existem manifestações isoladas que divergem desse entendimento, a exemplo de Tourinho Neto (1993), que defende serem as terras indígenas bens dominicais. Para espancar qualquer dúvida, invoca-se o magistério de Di Pietro (2002), que aclara serem os bens de uso especial todas as coisas utilizadas pela Administração Pública para realização de suas atividades e consecução de seus fins. Ressalta-se que os bens de uso especial estão afetados à realização de um serviço público, devendo-se entender essa expressão em sentido amplo, para abranger toda atividade de interesse geral exercida sob autoridade ou fiscalização do Poder Público, nem sempre se destinando ao uso direto pela Administração, podendo ter por objeto o uso de particular como, por exemplo, a terra dos indígenas.

Em virtude de sua afetação a fins públicos, os bens de uso especial, a exemplo das terras indígenas, estão fora do comércio jurídico de Direito Privado; ou seja, enquanto mantiverem essa destinação, não podem ser objeto de qualquer relação jurídica regida pelo Direito Privado, pois se submetem a um regime jurídico próprio, que tem como características a inalienabilidade, a imprescritibilidade, a impenhorabilidade e a impossibilidade de oneração.

A inalienabilidade dos bens de uso comum e de uso especial está expressamente prevista no artigo 100 do Código Civil, que prevê que esses bens são inalienáveis enquanto conservarem a sua qualificação.

A impenhorabilidade é uma consequência da previsão inserta no artigo 100 da CF/88, que estipula que há uma forma específica para satisfação de créditos contra o Poder Público inadimplente. Os bens públicos não podem ser penhorados para saciar o credor. Logo, esses bens não podem ser gravados com direitos reais de garantia, pois seria incosequente qualquer oneração nesse sentido.

A imprescritibilidade significa que os bens públicos, independentemente da categoria a que pertençam, não são suscetíveis de usucapião. A *Lex Fundamentalis*, em seu artigo 191, parágrafo único, reza que “os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião”.

No que diz respeito, especificamente à intangibilidade das terras indígenas, Ferreira (2002, p. 577, grifo nosso) elucida que, *in verbis*:

“As terras habitadas tradicionalmente pelos índios constituem bens públicos federais e são por consequência intangíveis. A Constituição prescreve que tais terras são inalienáveis e indisponíveis, bem como imprescritíveis os direitos sobre elas. Assim sendo, as terras ocupadas pelas comunidades indígenas caracterizam-se por sua inalienabilidade, indisponibilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade. Também as terras indígenas são imunes à ação expropriatória do Poder Público, conforme a Lei federal nº 6.001/73, art.38. As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios constituem *res extra commercium*, uma vez que não podem ser objeto de arrendamento, ato ou negócio jurídico restritivo do pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas”.

O artigo 231, § 2º, da Carta Magna estatui que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes. Interpretando o artigo invocado, depreende-se que os índios não são proprietários das terras que ocupam, por essa razão, não podem aliená-las, nem sequer transferi-las, já que a Constituição afetou essas terras apenas ao uso pelos indígenas.

É de bom alvitre frisar que a União também não pode alienar as terras indígenas que são bens públicos de uso especial como anteriormente expandido, ainda que sobrevenha lei ou ato próprio do Executivo que objetive a desafetação desse bem, trespassando-o para a categoria de bens dominicais, pois, apesar de as terras dos índios serem bens públicos, não lhes podem ser aplicadas as normas que regulam a alienação de bens públicos, porque a própria Constituição destinou as terras indígenas à posse permanente pelos índios. Logo, não há como se admitir que uma norma infraconstitucional altere essa destinação, sob pena de ferir a hierarquia normativa existente no Direito Positivo brasileiro.

Aos índios é assegurada a posse permanente das terras que ocupam sem que haja fixação de limite temporal; por essa razão, é inadmissível sua perda para terceiros, mesmo que estejam de boa fé, sendo de nenhum valor um título de propriedade que afronte o domínio da União ou a posse dos índios. O artigo 231, § 6º, da Constituição Federal estabelece que “são nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo [...]”. Acerca da posse das terras indígenas, Souza Filho (2005, p. 121) faz importantes considerações:

“Utilizando institutos jurídicos existentes e complexos, como a diferença entre posse e propriedade, a lei brasileira logrou criar uma situação especial para os povos indígenas e

seus territórios, fazendo-os de propriedade pública, estatal, e posse privada, mas coletiva, não identificável individualmente. O conceito jurídico de terra indígena, portanto, foi construído a partir da realidade, a ocupação da área pelo povo indígena, mas caracterizou-a como um atributo jurídico, a posse. No sistema jurídico brasileiro atual, a terra indígena é propriedade da União Federal, mas destinada à posse permanente dos índios, a quem cabe o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.”

Silva (1993) aduz que a outorga constitucional das terras indígenas ao domínio da União objetiva preservá-las e manter o liame que se acha embutido no artigo 20, inciso XI, da Constituição Federal, quando reza que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se uma propriedade vinculada ou reservada que colima garantir os direitos dos índios sobre elas. O eminente constitucionalista conclui, assim, que essas terras são inalienáveis e indisponíveis e que os direitos sobre elas são imprescritíveis.

3.2. Direito às terras indígenas: direito natural?

Repise-se que as terras indígenas são bens da União vinculados ao cumprimento dos direitos indígenas sobre elas, previstos constitucionalmente como direitos originários nos termos do artigo 231, *caput*, CF/88.

É relevante interpretar a expressão *direitos originários* inserta no art. 231, *caput*, da CF/88. A maioria dos juristas entende que o Poder Constituinte Originário objetivou, ao utilizar o vocábulo *originários*, elucidar que o direito dos índios sobre as terras que ocupam antecede qualquer ato administrativo do Governo que objetive seu reconhecimento, logo, esse direito seria natural, posto que antecederia ao Direito Positivo, evocando, para tanto, o instituto do Indigenato. Essa corrente doutrinária afirma, ainda, que

o direito à terra dos indígenas é um direito primitivo, ou seja, conservado desde as origens, pois, como cediço, os índios eram os donos primitivos e naturais das terras que viriam a formar o Brasil.

Nessa senda, Leitão (1993, p. 67) se manifesta ao analisar o artigo sob comento:

“Isto quer dizer que o reconhecimento feito pela Constituição de 1988 é no sentido de afirmar que, presentes os elementos necessários para definir uma determinada sorte de terra como indígena (quais sejam aqueles estabelecidos no § 1º), o direito a ela, por parte da sociedade indígena que a ocupa, existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo [...]”

Apesar da opinião de juristas de escol, adota-se neste artigo o posicionamento contrário a essa corrente que defende que o Constituinte reconheceu como natural o direito dos índios à terra. Primeiramente, deve-se consignar que o sentido da expressão *direitos originários*, anteriormente exposto, foi capturado com a aplicação do método de interpretação literal, que resulta no desprezo absoluto do problema a reclamar resposta, posto que há extremo apego à *verba legis*. Falcão (1997) elucida que a interpretação literal não é sequer interpretação, mas trata-se do ponto deflagrador do esforço hermenêutico.

É cediço que o melhor método de exegese é o lógico-sistemático. Nessa senda se posiciona Pontes Filho (2001), que apregoa que o correto seria o hermeneuta tentar alcançar a razão objetiva da lei, por meio de raciocínio lógico (dedutivo ou indutivo), sem perder a noção de que cada norma se encontra inserta em um determinado contexto normativo, dele sofrendo direta influência, principalmente de suas regras de maior hierarquia.

Dessa forma, abraçando o Positivismo e interpretando o artigo invocado, utilizando para tal desiderato a técnica lógico-sistemática, rechaça-se a tese de que o direito dos

indígenas à terra seja natural, já que sua proteção depende do processo administrativo de demarcação das terras indígenas ou, em caso de omissão do Poder Público, da utilização de ações judiciais.

Verifica-se que o Poder Constituinte Originário utilizou a expressão *derechos originarios* no art. 231, *caput*, da CF/88, impregnado pela doutrina que classifica os modos de aquisição de direitos em originário e derivado. Existem autores que defendem que se adquirem direitos de modo originário quando não há relação entre o adquirente e o titular precedente, ou quando o direito não era de ninguém ao ser-lhe adquirido o domínio. Por outro lado, os modos de aquisição derivados são os que se baseiam na transferência do titular do direito ao adquirente (PEREIRA, 1993). No caso das terras indígenas, não há como negar que foram os índios seus primeiros titulares. Dessa forma, pronunciam-se Alterini, Corna e Vázquez (2005, p. 162): “[...] *dada su condición de primeros ocupantes, la legitimidad de la adquisición originaria de la propiedad por los pueblos indígenas es irreprochable, pues es sabido que la primera ocupación es fundamento suficiente del derecho*”.

É de bom alvitre destacar que o artigo 231, § 5º, da Carta Maior prevê o princípio da irremovibilidade dos índios de suas terras, só sendo admitida a remoção *ad referendum* do Congresso Nacional e tão-somente nas hipóteses de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional.

Partindo para uma análise minuciosa das normas constitucionais que prevêm o direito fundamental dos índios às terras, verifica-se que o artigo 231, *caput*, da Constituição Federal de 1988 reconhece os direitos originários dos indígenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Logo, é imprescindível uma conceituação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios.

O fundamento do conceito encontra-se no artigo 231, § 1º, da *Lex Fundamentalis*, que

dispõe: “são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas por suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições”.

Inicialmente, deve-se esclarecer que a expressão *terras tradicionalmente ocupadas pelos índios* inserta no texto constitucional não significa ocupação imemorial, segundo interpretação baseada no Direito das Coisas, inobstante seja imprescindível a habitação em caráter permanente. É insofismável que o Poder Constituinte Originário não objetivou dizer que essas terras deveriam ser ocupadas pelos índios desde épocas tão longínquas que se perderam na memória. Enfim, tradicionalmente diz respeito ao modo tradicional de como os indígenas se relacionam com suas terras; ocupando-as e as utilizando segundo seus usos, costumes e tradições.

Remetendo-se para o artigo 231, § 1º, da Carta Maior, verifica-se que, quando a Constituição declara que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios se destinam a sua posse permanente, isso implica que deve ter havido uma ocupação efetiva. Esse direito configura, notavelmente, uma garantia para o futuro, pois essas terras são destinadas para o *habitat* dos indígenas.

3.3. *Usufruto constitucional*

O artigo 231, § 2º, da Constituição Federal determina que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

A Carta Magna atribui a nua propriedade dessas terras à União e simultaneamente conferiu aos índios o usufruto exclusivo de suas riquezas naturais, em outras palavras, o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos. Salta aos olhos que a União não possui o domínio pleno das ter-

ras indígenas, mas tão-somente a posse indireta, já que aos índios se impõe a posse direta e o usufruto constitucional.

O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/73) prevê em seu art. 24 uma definição de usufruto indígena, *in verbis*:

“Art. 24. O usufruto assegurado aos índios ou silvícolas compreende o direito à posse, uso e percepção das riquezas naturais e de todas as utilidades existentes nas terras ocupadas, bem assim ao produto da exploração econômica de tais riquezas naturais e utilidades.

§ 1º Incluem-se, no usufruto, que se estende aos acessórios e seus acrescidos, o uso dos mananciais e das águas dos trechos das vias fluviais compreendidos nas terras ocupadas.

§ 2º É garantido ao índio o exclusivo exercício da caça e pesca nas áreas por ele ocupadas, devendo ser executadas por forma suasória as medidas de polícia que em relação a ele eventualmente tiverem de ser aplicadas.”

O direito de usufruto exclusivo previsto constitucionalmente significa que os indígenas podem tirar dos recursos naturais de suas terras todos os frutos, utilidades e rendimentos, desde que não comprometam a sua sustentabilidade ambiental.

Ressalta-se que o direito de usufruto não pode ser alienado pelos índios, o que não implica que os mesmos estejam compelidos a utilizar diretamente seus bens, pois eles podem fazer parcerias e ser assessorados por terceiros em projetos que objetivem a exploração de seus recursos naturais.

Consoante expandido anteriormente, as terras indígenas são inalienáveis; por essa razão, os índios não podem se envolver com projetos que ocasionem a perda da posse de suas terras ou que comprometam a sustentabilidade de seus recursos, pois o fundamento da posse das terras indígenas é a necessidade de utilização das mesmas. À guisa de argumentação, além de a Constituição vedar a alienação das terras indígenas,

o Estatuto do Índio proíbe a transferência da posse da terra indígena a terceiros, como incurso em seu art. 18, *caput*: “as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício da posse direta pela comunidade indígena ou pelos silvícolas”.

Dentro da definição de usufruto exclusivo indígena, deve-se fazer distinção entre o uso dos recursos naturais para atender as necessidades internas das tribos indígenas em conformidade com seus usos, costumes e tradições e a produção de excedentes para comercialização ainda que objetive sua subsistência. Na primeira hipótese, os recursos e bens da área podem ser utilizados sem qualquer restrição. E na segunda hipótese, a extração desses excedentes deve seguir os padrões legais de proteção ambiental, ou seja, deve ser balizada pela legislação aplicável, mormente a legislação ambiental.

Nesse diapasão, notórios são os ensinamentos de Souza Filho (2005, p. 145), *in verbis*:

“O usufruto de suas terras, segundo seus usos, costumes e tradições, implica na possibilidade de, sem restrições, utilizar os bens e recursos da área. Portanto os indígenas podem fazer roça, aldeia, extrair lenha e alimentos para o uso da comunidade, sem qualquer restrição, porque restrições impostas administrativamente ou por lei, implicariam em inconstitucionalidade. Por outro lado, as populações indígenas produzem excedentes que comercializam para a aquisição de bens e serviços de que não dispõem internamente. A extração destes excedentes deve ser orientada segundo os padrões legais de proteção ambiental nacional, levando-se em conta as normas gerais aplicáveis [...]”

3.4. Processo de demarcação das terras indígenas

No tocante ao processo de demarcação das terras indígenas, frisa-se que esse é um

ato administrativo declaratório pelo qual são explicitados os limites do território tradicionalmente ocupado pelos índios. Trata-se de um dever da União previsto no art. 231, *caput*, da CF/88, que, além de demarcá-las, deve protegê-las e fazer respeitar todos os seus bens, ressaltando que esses atos estão vinculados ao texto constitucional e por essa razão não podem deixar de ser promovidos.

Impende mencionar que o art. 65 do Estatuto do Índio estabeleceu um prazo de cinco anos para a conclusão do trabalho de demarcação das terras indígenas. Todavia, é patente que esse prazo foi ignorado. Ademais, o art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) fixou igualmente um prazo de cinco anos para que a União concluísse a demarcação das terras indígenas. Novamente esse prazo foi desrespeitado. Entretanto, é forçoso concluir que o prazo estabelecido pelo Poder Constituinte Originário não era peremptório, mas tão-somente uma previsão aproximada do prazo para conclusão desses trabalhos.

O procedimento para identificação e delimitação, demarcação física, homologação e registro de terras indígenas está instituído no Decreto nº 1.775 de 8 de janeiro de 1996, que dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, firmando a competência do órgão federal, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), para iniciativa e orientação do procedimento.

O marco inicial do procedimento de demarcação é a identificação e delimitação de uma terra indígena, cujos critérios estão previstos no Decreto nº 1.775/96. Dessa forma, é designado um grupo técnico especializado pelo órgão federal de assistência ao índio, composto preferencialmente por servidores de seu quadro funcional, coordenado por um antropólogo, com o escopo de realizar estudos de natureza etno-histórica, sociológica, jurídica, cartográfica, ambiental e o levantamento fundiário necessários à delimitação, nos moldes do art. 2º, § 1º, do Decreto nº 1.775/96. É imprescindível a parti-

cipação da comunidade indígena durante toda a fase da demarcação e delimitação da terra a ser reconhecida administrativamente.

O grupo de técnicos elabora os estudos e levantamentos em campo, centros de documentação, órgãos fundiários municipais, estaduais e federais, e em cartórios de registros de imóveis, para produção do relatório circunstanciado de identificação e delimitação da área estudada. Após aprovação do relatório pelo titular do órgão federal de assistência ao índio, seu resumo é publicado, no prazo de quinze dias da data de seu recebimento, no Diário Oficial da União e no Diário Oficial da unidade federada onde se localizar a área sob demarcação, acompanhado de memorial descritivo e mapa da área, devendo ainda a publicação ser afixada na sede da Prefeitura Municipal da situação do imóvel, nos moldes do art. 2º, § 7º, do Decreto nº 1.775/96.

Deve-se frisar que o art. 2º, § 8º, do Decreto nº 1.775/96 estabelece que, desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação do resumo do relatório nos Diários da União e do Estado, poderão os Governos dos Estados e Municípios, em que se localize a área sob demarcação, e eventuais interessados manifestar-se, apresentando à FUNAI razões instruídas com todas as provas pertinentes, como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório.

Essas manifestações serão analisadas pelo grupo técnico do órgão federal de assistência ao índio, devendo os estudos e pareceres referentes a essas manifestações serem encaminhados para o Ministério da Justiça, que realizará uma análise da proposta da FUNAI e das razões apresentadas por aqueles que se manifestaram contra.

Em caso de desaprovação dos estudos feitos pela FUNAI, por parte do Ministro da Justiça, poderão surgir duas soluções distintas, quais sejam: 1ª) o Ministro determi-

nará que sejam adotadas diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias; 2^a) por decisão fundamentada, limitada ao não atendimento do disposto no art. 231, §1º, da CF/88, poderá ser determinado o retorno dos autos ao órgão federal de assistência ao índio.

Por outro lado, se o Ministro da Justiça aprovar os estudos elaborados pela FUNAI, declarará, por meio de portaria, os limites da terra indígena e determinará sua demarcação, consoante apregoa o art. 2º, § 10º, inciso I, do Decreto nº 1.775/96.

A demarcação física configura a fase em que se concretizam, em campo, os limites da terra indígena, nos termos preconizados na Portaria declaratória expedida pelo Ministério da Justiça. Neste instante, realiza-se um levantamento dos custos necessários para a demarcação das terras declaradas, elege-se uma forma de demarcação, efetua-se a demarcação propriamente dita, além da fiscalização e recebimento dos serviços executados.

O art. 5º do Decreto nº 1.775/96 reza que “a demarcação das terras indígenas, obedecido o procedimento administrativo deste Decreto, será homologada mediante decreto”. Depreende-se, portanto, que a homologação se opera mediante expedição de um decreto pelo Presidente da República.

O procedimento administrativo de regularização de uma terra indígena encerra com seu registro no Cartório Imobiliário da Comarca onde o imóvel esteja situado e na Secretaria de Patrimônio da União (SPU) do Ministério da Fazenda, o que deverá ser feito pela FUNAI nos trinta dias seguintes à publicação do decreto de homologação, como incurso no art. 6º do Decreto nº 1.775/96.

Salienta-se que, quando for constatada a presença de ocupantes não-índios na terra indígena, deverão ser realizados, na fase de identificação e delimitação, levantamentos fundiários, socioeconômicos, documentais e cartoriais, assim como a avaliação das benfeitorias existentes nessas ocupações.

Os levantamentos realizados sobre as ocupações não-indígenas deverão ser analisados para que seja julgada a boa-fé das mesmas, por meio da Comissão Permanente de Sindicância, criada pelo Presidente da FUNAI, que divulga a decisão através de Resolução publicada no Diário Oficial da União. É importante mencionar que o pagamento das benfeitorias oriundas das ocupações de boa-fé se dá com base em programação orçamentária disponibilizada para essa causa final pela União.

No que tange à natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena, vale ressaltar que é um ato declaratório. Invocam-se os sábios ensinamentos de Di Pietro (2002, p. 216-217) acerca da classificação dos atos administrativos quanto aos seus efeitos, *in verbis*:

“Quanto aos *efeitos*, o ato administrativo pode ser *constitutivo, declaratório e enunciativo*. *Ato constitutivo* é aquele pelo qual a Administração cria, modifica ou extingue um direito ou uma situação do administrado. É o caso de permissão, autorização, dispensa, aplicação de penalidade, revogação. *Ato declaratório* é aquele em que a Administração apenas reconhece um direito que já existia antes do ato. Como exemplo, podem ser citadas, a admissão, licença, homologação, isenção, anulação. *Ato enunciativo* é aquele pelo qual a Administração atesta ou reconhece determinada situação de fato ou de direito [...]” (grifo original).

Tanto é verdade que, no art. 2º, § 10º, inciso I, do Decreto nº 1.775/1996, há expressa referência ao caráter declaratório desse reconhecimento ao determinar que o Ministro da Justiça, após aprovados os trabalhos de identificação a cargo do órgão indigenista federal, declarará, mediante portaria, os limites da terra indígena, determinando a sua demarcação. Nessa esteira, Raimundo Leitão (1993, p. 67) se posiciona:

“A demarcação de uma terra indígena, fruto do reconhecimento feito pelo

Estado, portanto, é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia, do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-la [...].”

Ressalta-se que admitir como declaratória a natureza do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena não significa compreender que o direito fundamental dos indígenas sobre suas terras seja natural. Diz-se que esse ato é declaratório por reconhecer o direito dos índios sobre as terras tradicionalmente ocupadas, garantido pelo art. 231 da CF/88.

A inexistência de demarcação de terra indígena pelo procedimento administrativo de reconhecimento em virtude da omissão do Poder Público gera insegurança jurídica para a comunidade indígena. A ausência da constituição do direito sobre as terras que os índios tradicionalmente ocupam, que configura uma obrigação da União prevista constitucionalmente, autoriza o direito de requerer do Estado a prestação da atividade jurisdicional colimando suprir essa falta.

A importância da demarcação é inquestionável na medida em que não apenas irá garantir a proteção das terras como meio de sustento, mas também como preservação da própria cultura indígena. Nesse sentido, Alasino (apud, ALTERINI; CORNA; VÁZQUEZ, 2005, p. 144) afirma que:

“El despojo de las tierras ha significado muchas veces la desaparición misma de los pueblos. Ello porque las tierras no constituyen sólo una demarcación administrativa, sino que representación de un vínculo histórico, religioso, espiritual, que sobrepasa lo meramente jurídico formal. Por eso, el derecho de propiedad debe procurarse, atendiendo no sólo a la tierra como factor de producción y medio de subsistencia sino también como elemento indispensable para la preservación y el desarrollo de la identidad étnica y cultural.”

Por outro lado, é sabido que a ação é o direito do particular de requerer a tutela jurisdicional. Sua classificação dependerá da tutela invocada. A ação será de conhecimento se pretender a solução de uma lide. Esta por sua vez tem por espécies a ação declaratória, a condenatória e a constitutiva. Santos (2002, p. 53), em abordagem sobre a ação declaratória, elucida que “[...] chame-se, porém, simplesmente declaratória a ação que apenas declara a existência ou inexistência de relação jurídica [...]”.

Ressalte-se que a ação declaratória é o remédio processual adequado para satisfazer a pretensão de uma comunidade indígena em obter o reconhecimento da terra por ela ocupada. Dessa maneira, deverão ser observadas as condições da ação para sua propositura, quais sejam: possibilidade jurídica do pedido (art. 295, parágrafo único, inciso III, do Código de Processo Civil); a legitimidade para a causa (art. 295, inciso II, do Código de Processo Civil); e o interesse processual (art. 295, inciso III, do Código de Processo Civil).

Ademais, também deverão estar presentes os pressupostos processuais, que, quanto às partes, são a capacidade para ser parte, a capacidade para estar em juízo e a capacidade para postular em juízo. Em relação a esse último pressuposto, urge invocar o art. 232 da Carta Maior, que apregoa: “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.

3.5. *Intervenção de terceiros em área indígena*

No que tange à intervenção indevida de terceiros em área indígena, o art. 231, § 6º, da Carta Magna firma que, *ipsis litteris*:

“São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos

lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direta a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.”

A lei mencionada no dispositivo constitucional se refere à regulamentação do processo e ao pagamento das benfeitorias, assim como a quais as espécies de benfeitorias deverão ser indenizadas. Destaque-se que, até o presente momento, essa lei não foi editada, razão pela qual deve ser aplicado subsidiariamente o Código Civil naquilo que for compatível.

Assim, é forçoso concluir que é possível a indenização aos posseiros de boa-fé por benfeitorias necessárias e úteis, assim como o direito de levantamento das benfeitorias voluptuárias, caso seja possível a retirada dessas sem causar qualquer dano. Nesse diapasão é uníssono o entendimento dos tribunais pátrios. Impende aclarar que a boa-fé na ocupação de terras indígenas está ligada à ignorância por parte do posseiro de que aquela é uma área indígena.

Quanto à apuração do valor das benfeitorias, somente um avaliador poderá utilizar os critérios técnicos que levem ao valor indenizatório, que deverá ser o valor atual das benfeitorias tendo como premissa o mercado da terra mais próximo ao imóvel. Acresce-se que, após o recebimento da indenização, ao posseiro se atribui a obrigação de restituir a terra indígena. Conforme anteriormente delineado, a União responsabilizar-se-á pelo pagamento das benfeitorias.

4. Conclusão

A exclusão dos índios brasileiros do exercício dos seus direitos, especialmente do direito à terra, ficou evidenciada com a análise histórica da política indigenista adotada desde os tempos da colonização portuguesa, tornando-se clara a necessidade de

uma mudança de paradigmas que seja coerente com o nosso atual regime democrático, que demanda o respeito à dignidade e a igualdade de todos os seres humanos.

A omissão estatal na sua tarefa de demarcação das terras indígenas constitui uma grave afronta aos direitos dessas comunidades, pois, além de gerar insegurança jurídica sobre quais são as terras que devem ser protegidas, coloca em risco a sobrevivência da própria cultura indígena brasileira, que depende diretamente da terra para sua existência.

Referências

ALTERINI, Jorge H.; CORNA, Pablo M.; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Propiedad Indígena*. Buenos Aires: Universidad Católica Argentina, 2005.

BRASIL. Decreto, n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. *Presidência da República*, Brasília, 1996. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 10 out. 2005.

_____. Lei, n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o código civil. *Presidência da República*, Brasília, 2002. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 7 out. 2005.

_____. Lei, n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil. *Presidência da República*, Brasília, 1973. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 7 out. 2005.

_____. Lei, n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o estatuto do índio. *Presidência da República*, Brasília, 1973. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 7 out. 2005.

_____. Lei, n. 601, de 18 de setembro de 1850. Dispõe sobre as terras devolutas do Império. *Presidência da República*, Brasília, 1850. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 14 out. 2005.

CAMPANHOLE, Adriano. CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas, 1998.

COSTA, Luís César Amad; MELLO, Leonel Itaussu A. *História do Brasil*. 11. ed. São Paulo: Scipione, 1999.

- CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio: ensaios e documentos*. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. *Hermenêutica*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- FERREIRA, Pinto. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO (FUNAI). *Os índios. Presidência da República*, Brasília, 2005. Disponível em: <<https://www.funai.gov.br/>>. Acesso em: 14 set. 2005.
- LEITÃO, Raimundo Sérgio Barros. Natureza jurídica do ato administrativo de reconhecimento da terra indígena: a declaração em juízo. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- LOPES, Ana Maria D'Ávila. Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.
- MOONEN, Francisco. *Pindorama conquistada: repensando a questão indígena no Brasil*. João Pessoa: Alternativa, 1983.
- MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- PONTES FILHO, Valmir. *Curso fundamental de direito constitucional*. Dialética: São Paulo, 2001.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. Terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Curitiba: Juruá, 2005.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. Os direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam e suas conseqüências jurídicas. In: SANTILLI, Juliana (Coord.). *Os direitos indígenas e a constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

O controle concentrado de constitucionalidade e a intercorrente conversão em lei de medida provisória

Luís Sérgio S. Mamari Filho

Sumário

1. Introdução. 2. Inconstitucionalidade material da medida provisória. 3. Inconstitucionalidade formal da medida provisória. 4. Considerações finais.

1. Introdução

A medida provisória, como se sabe, é espécie excepcional de ato normativo adotado pelo Chefe do Poder Executivo Federal e Estadual (quando a Constituição do Estado-membro prevê o instituto) que se reveste de força de lei¹.

Pertencendo a função legislativa, em regra, ao Congresso Nacional, o exercício desse poder de cautela outorgado constitucionalmente ao Presidente da República depende de verdadeiro estado de necessidade, sob pena de se afrontar o *Princípio da Separação de Poderes*.

Como lembra Canotilho, contra a concepção do republicanismo jacobino, que praticamente concentrava na assembléia todas as faculdades do Estado, a Carta Constitucional de 1988 contempla a divisão dos Poderes da União e lhe atribuiu a prerrogativa de cláusula pétrea (CANOTILHO, 2002, p. 163).

Como também é notório, verifica-se que a alternativa prevista no artigo 62 da Constituição da República à prestação legislativa ordinária do Estado é utilizada de forma indiscriminada. A profusão de medidas provisórias gera situações cujas consequên-

Luís Sérgio S. Mamari Filho é Mestre em Teoria Geral do Estado e Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Pós-graduado em Direito da Economia e da Empresa pela Fundação Getúlio Vargas, professor da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e advogado militante.

cias demandam dos estudiosos do Direito especial atenção.

Um dos aspectos que merece ser detidamente investigado diz respeito ao controle de constitucionalidade das medidas provisórias. Sob esse prisma, faz-se necessário buscar a resposta para a seguinte pergunta: quais os efeitos da intercorrente conversão em lei de medida provisória adotada, cuja constitucionalidade se questiona por meio de ação direta no Supremo Tribunal Federal?

Não há dúvida quanto à possibilidade de ser exercido controle abstrato de constitucionalidade em relação à medida provisória. O Supremo Tribunal Federal admite a hipótese, inclusive para suspender liminarmente sua eficácia, ressalvando, todavia, a validade da medida provisória enquanto proposição legislativa submetida ao crivo do Congresso Nacional.

Também a melhor doutrina afirma que cabe ao Supremo Tribunal Federal, por via de ação direta, e a todos os juízes e tribunais, *incidenter tamtum*, recusar a aplicação de medidas provisórias que padeçam da pecha da inconstitucionalidade (MELLO, 2002, p. 114).

Na busca pela resposta da indagação colocada, em primeiro lugar, há que se distinguir se a medida provisória cuja constitucionalidade se afere não possui os pressupostos necessários de validade (artigo 62 da Constituição da República) e/ou regula matéria reservada a lei (artigo 62, parágrafo 1º, da Constituição da República), o que acarretaria sua inconstitucionalidade formal, ou se seu texto não está, materialmente, em conformidade com as disposições da Constituição da República.

No magistério de Clemerson Merlin Clève (2000, p. 200):

“O controle judicial das medidas provisórias, no Brasil, pode ocorrer em três níveis: (i) cabe, primeiro, um controle dos pressupostos de habilitação (se estão ou não presentes); (ii) cabe, depois, um controle da matéria

tratada pela medida provisória (se suporta regramento legislativo provisório ou não); (iii) cabe, finalmente, um controle da constitucionalidade da matéria propriamente dita (se atende, não sob a ótica formal, mas substantiva, as normas e princípios adotados pelo Constituinte).”

2. Inconstitucionalidade material da medida provisória

Na hipótese de a inconstitucionalidade da medida provisória estar relacionada com seu conteúdo, isto é, com seu aspecto material, é de mister importância identificar se a lei de conversão operou, ou não, alterações no texto originalmente adotado pelo Presidente da República.

Isso porque o Supremo Tribunal Federal vem adotando como baliza, para deferir o prosseguimento da ação direta de constitucionalidade de medida provisória já convertida em lei, a verificação da identidade entre o texto original da medida provisória e o da lei de conversão.

A lei de conversão derivada de medida provisória objeto de ação direta de inconstitucionalidade, tendo operado alterações no conteúdo material do ato normativo editado pelo Presidente da República, constitui espécie jurídica diversa, não podendo ser impugnada na mesma ação, mediante simples aditamento da petição inicial.

Assim ficou consignado em voto proferido pelo Ministro Celso de Mello, na questão de ordem submetida ao plenário do Supremo Tribunal Federal pelo Ministro Moreira Alves, em face do pedido de aditamento formulado pela autora de ação direta de inconstitucionalidade, haja vista a conversão da medida provisória enfrentada em lei, antes que a análise pelo Pretório Excelso ocorresse:

“A inovação do conteúdo da medida provisória convertida em lei opera modificação substancial dos próprios elementos individualizadores

da ação. Reduzida a questão ao plano puramente processual, constata-se que as ações se identificam por três elementos: o elemento subjetivo (*personae*), o objetivo (*res*) e o casual (*causa petendi*).

Neste caso, é evidente que o elemento subjetivo da ação se alterou, porque inseriu-se, na relação processual, um novo sujeito, que é o Presidente da República, na medida em que este sancionou o projeto de lei de conversão, aprovado pelo Congresso Nacional. Tínhamos, antes, como sujeito passivo, tão-somente o Presidente da República, autor único da medida provisória.

Mas, com a transformação dessa medida provisória em lei, a partir da sanção presidencial do projeto de conversão, passaram a figurar, na dimensão subjetiva da relação processual, o Presidente da República e o Congresso Nacional. Analisando-se o tema quanto ao elemento objetivo (*res*), evidenciam-se, no caso, espécies jurídicas autônomas.

No primeiro momento, impugnou-se uma simples medida provisória. Agora, está sendo questionada uma lei de conversão, que introduziu, de modo inovador, alterações no conteúdo normativo daquela espécie quase-legislativa. Finalmente, há a considerar o elemento causal (*causa petendi*). Mesmo sob este ângulo, os fatos e os fundamentos jurídicos da ação direta revelam-se distintos. As ações, na espécie em análise, são diferentes, e é neste sentido que oriento o meu voto. Há uma clara divergência entre os três elementos que individualizam ambas as ações.

Não há, no caso, identidade de sujeitos, no pólo passivo; não há identidade de objeto e nem identidade causal.

Parece-me que se impõe ao autor, querendo, ajuizar nova ação direta,

tendo por objeto, agora, uma nova espécie normativa, que é, precisamente, a lei de conversão, que resultou da medida provisória inicialmente editada pelo Presidente da República, mas que sofreu, em seu procedimento de transformação, alterações materiais em seu conteúdo normativo.

O pretendido aditamento, na verdade, deve ser indeferido, para que o autor, querendo, impugne, em nova ação direta, a lei de conversão”².

É verdade que a alteração pode não ter efeito sobre o juízo de constitucionalidade que será proferido pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, ainda que essa hipótese se verifique, admitido o prosseguimento do feito, ter-se-á, sempre, dois julgamentos, que poderão ser idênticos ou não: o primeiro, cujo objeto será o texto da medida provisória, para tratar dos efeitos pretéritos e um segundo, que versará sobre o conteúdo da lei, haja vista os efeitos posteriores à conversão.

Exigir que seja distinguido, em cada caso, se houve ou não alteração substancial inserida pela lei de conversão que justifique a propositura de uma nova ação direta de constitucionalidade, embora seja a alternativa menos formalista, como assentado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento acima referido, faria com que o colegiado julgador, antes mesmo de analisar a inconstitucionalidade material da própria norma impugnada, emitisse juízo prévio sobre a semelhança dos dispositivos (a medida provisória e a lei de conversão), o que não estaria circunscrito no objeto da demanda.

Cumprido lembrar que, na hipótese, o Ministro Paulo Brossard, acompanhando o Ministro Aldir Passarinho (Relator), entendeu em seu voto não ter havido mudança na substância da norma impugnada, sendo identificadas apenas alterações em sua redação, acarretando “a unicidade do objeto e da causa de pedir e, em decorrência, a identidade da ação”. Segundo a divergência,

ainda que prevalecesse o entendimento esposto pela maioria dos Ministros da Suprema Corte, com base no artigo 264 do Código de Processo Civil, “enquanto não forem solicitadas ou prestadas as informações, é de se admitir ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir da ação direta de inconstitucionalidade”.

O voto divergente faz, por fim, referência ao artigo 462 do Código de Processo Civil, entendendo-o aplicável ao caso, uma vez que a conversão da medida provisória em lei foi fato ocorrido após a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, e resolve a questão da pertinência subjetiva, aventada pelo Ministro Celso de Mello, sugerindo que o pedido de informações seja encaminhado “não só ao Presidente da República, mas também ao Congresso Nacional, que passa a integrar a lide na condição de litisconsórcio passivo necessário, co-responsável que se tornou pela aprovação da Medida Provisória (...)”.

Por óbvio, em sentido inverso, a medida provisória que é integralmente aprovada pelo Poder Legislativo tem sua vigência tornada definitiva, não sofrendo solução de continuidade e preservando a identidade do conteúdo normativo originário. A conversão em lei sem alterações da medida provisória permite a continuação do processo da ação direta de inconstitucionalidade proposta contra a medida provisória, dispensando mesmo o aditamento.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em voto proferido em ação direta de inconstitucionalidade, afirmou:

“Sr. Presidente, na ADIN 691, de 22.4.92 (RTJ 140/797), que relatei, o Tribunal firmou que a conversão em lei sem alterações da medida provisória permite a continuação do processo da ação direta de inconstitucionalidade proposta contra a medida provisória, dispensando mesmo o aditamento. A orientação tem sido confirmada em outros casos (v.g. ADIn MC - 1.055, Sanches, 15.6.94; ADIn MC

1.716, Pertence, 19.12.97; ADIn 1.660, M. Aurélio, 18.12.98)”³.

Apesar do acima exposto, verifica-se que, em havendo supressão do texto da medida provisória objeto da ação direta de inconstitucionalidade quando da sua conversão em lei, o entendimento do Supremo Tribunal Federal parece divergir. Isso porque, em voto proferido pelo Ministro Moreira Alves, no que foi acompanhado unanimemente, a Corte Suprema julgou prejudicada em parte ação direta quanto à expressão contida em medida provisória por não ter sido o trecho contestado reproduzido na lei de conversão⁴.

Embora pareça inequívoco, cumpre mencionar lateralmente que o Supremo Tribunal Federal também entende que a revogação da lei de conversão, que, repita-se, não altera o texto original de medida provisória, no curso da ação direta de inconstitucionalidade, acarreta a extinção do processo de controle normativo abstrato por perda superveniente de seu objeto, independentemente da ocorrência de efeitos residuais concretos⁵.

Entende-se, nessa mesma linha de raciocínio, mesmo considerando o advento da Emenda Constitucional nº 32/2001, que, se determinada medida provisória, objeto de ação direta de inconstitucionalidade, for abrogada por nova medida provisória, o processo de controle de constitucionalidade da primeira deve ser sobrestado até que o Congresso Nacional se manifeste sobre a conversão do segundo ato normativo emanado pelo Poder Executivo. Isso porque, conforme assente na jurisprudência da Corte Constitucional brasileira:

“4. O Presidente da República pode expedir medida provisória revogando outra medida provisória, ainda em curso no Congresso Nacional. A medida provisória fica, entretanto, com sua eficácia suspensa, até que haja pronunciamento do Poder Legislativo sobre a medida provisória abrogante. Se for acolhida pelo Congresso Nacional a medida provisória ab-

rogante, e transformada em lei, a revogação da medida provisória anterior torna-se definitiva; se for, porém, rejeitada, retomam seu curso os efeitos da medida provisória ab-rogada, que há de ser apreciada pelo Congresso Nacional, no prazo restante de sua vigência” (Supremo Tribunal Federal, ADIN MC nº 1.204/DF, Min. Rel. Néri da Silveira, DJ 7.12.1995)⁶.

Assim, em função da suspensão dos efeitos da medida provisória ab-rogada, é fundamental que se aguarde a manifestação do Congresso Nacional sobre a conversão da medida provisória ab-rogante, para que se determine o destino da ação direta de constitucionalidade.

3. Inconstitucionalidade formal da medida provisória

No que se refere à inconstitucionalidade formal da medida provisória, a questão se mostra um pouco mais intrincada. Seria a conversão da medida provisória em lei suficiente para afastar seus eventuais vícios formais, sejam eles relativos à ausência dos pressupostos de relevância e urgência ou concernentes ao princípio da reserva da lei?

Primeiramente, é imperioso indicar que a mais recente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encampa a tese segundo a qual também ao Poder Judiciário cabe o controle dos requisitos de relevância e urgência exigidos pela Constituição da República para adoção de medidas provisórias.

Nessa esteira, esclarecedor é o voto proferido pelo Ministro Celso de Mello:

“Os pressupostos constitucionais legitimadores dessa verdadeira ação cautelar legislativa – relevância da matéria e urgência na sua positivação – submetem-se, num primeiro momento, ao juízo político e à avaliação discricionária do Presidente da República.

O Chefe do Executivo da União concretiza, na emanção das medidas provisórias, um direito potestativo,

cujo exercício – presentes razões de urgência e relevância – só a ele compete decidir. Sem prejuízo, obviamente, de igual competência do Poder Legislativo, a ser exercida *a posteriori* e, quando tal se impuser, dos próprios Tribunais e juízes.

Esse poder cautelar geral – constitucionalmente deferido ao Presidente da República – reveste-se de natureza política e de caráter discricionário. É ele, o Chefe de Estado, o árbitro inicial da conveniência, necessidade, utilidade e oportunidade de seu exercício.

Essa circunstância, contudo, não subtrai ao Judiciário o poder de apreciar e valorar, até se for o caso, os requisitos constitucionais de edição das medidas provisórias. A mera possibilidade de avaliação arbitrária daqueles pressupostos, pelo Chefe do Poder Executivo, constitui razão bastante para justificar o controle jurisdicional.

O reconhecimento da imunidade jurisdicional, que pré-excluisse de apreciação judicial o exame de tais pressupostos – caso admitido fosse –, implicaria consagrar, de modo inaceitável, em favor do Presidente da República, uma ilimitada expansão de seu poder para editar medidas provisórias, sem qualquer possibilidade de controle, o que se revelaria incompatível com o nosso sistema constitucional”⁷.

Feita essa digressão, é importante esclarecer que o Supremo Tribunal Federal já concluiu que a conversão da medida provisória em lei, com ou sem alteração de seu texto, supera eventuais vícios formais que poderiam ensejar a sua decretação de inconstitucionalidade, restando prejudicada a ação direta que a questionasse.

Excetuam-se, naturalmente, as hipóteses em que a arguição de inconstitucionalidade formulada não tenha por fundamento exclusivo a inadmissibilidade da utilização daquela via de edição provisória de normas,

ou seja, as situações em que a medida efêmera seja questionada também pelo seu viés material. Nesse segundo cenário, o sucesso da ação direta de inconstitucionalidade dependerá dos termos da lei de conversão, como já explicitado⁸.

Nesse sentido, é o voto proferido pelo Ministro Octavio Galloti (Relator) quando da análise da questão:

“No tocante às arguições de ordem formal postas na petição inicial, seja relativa ao pressuposto de urgência da medida provisória, seja a concorrente ao princípio da reserva legal, penso acharem-se superadas as questões pela conversão, na Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998, das sucessivas medidas em causa”⁹.

De forma divergente, na mesma oportunidade, o Ministro Marco Aurélio registrou sua análise:

“Entendo que o fato de se haver logrado a conversão de medida provisória em lei não afasta vício notado originariamente; porque vislumbro, nesse processo legislativo, um ato complexo, dependendo, portanto, o subsequente – a conversão – da observância das formalidades constitucionais quanto ao ato anterior, a edição da própria medida provisória. (...) Mais do que isso: há um outro aspecto que foi projetado quando do exame do pedido de concessão de medida acauteladora para esta fase, e diz respeito à urgência do trato da matéria, em penada única, pelo Chefe do Poder Executivo. Creio que não estamos diante da hipótese que sugira essa urgência, a qual, como já consignei, tal como prevista no artigo 62 da Constituição Federal, deve ser tomada com maior rigor.

Entendo que o vício inicial contamina a lei de conversão, mesmo porque sabemos que há uma diferença substancial entre a aprovação de uma lei via tramitação de projeto, no siste-

ma bicameral, e a aprovação de medida provisória para a conversão no sistema unicameral”¹⁰.

Em sintonia com o voto derrotado do Ministro Marco Aurélio, poder-se-ia argumentar que a lei de conversão pressupõe a existência da própria medida provisória, configurando-se entre elas um indissociável nexos causal. Dessa feita, ausentes os requisitos que autorizam a edição de medida provisória ou regulando ela matéria reservada a lei, declarada a inconstitucionalidade da medida provisória, sob a *nuance* formal, a lei de conversão restaria contaminada.

A própria lei de conversão seria tida por inconstitucional, haja vista a ausência dos pressupostos de urgência e relevância para adoção da medida provisória ou sua invasão dos limites materiais impostos pela Constituição da República.

O Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, tem afirmado que o vício de iniciativa de lei não é convalidado pela sanção do Chefe do Executivo, ainda que dele seja a prerrogativa institucional usurpada, tendo em vista o defeito radical e congênito oriundo do descumprimento da Constituição da República¹¹.

Essa mesma interpretação poderia ser aplicada ao caso em comento: ausentes os requisitos necessários para adoção da medida provisória ou versando ela sobre matéria reservada a lei, a sua conversão em lei pelo Congresso Nacional não convalidaria seu vício, apesar de a Constituição da República determinar que ao Poder Legislativo, ordinariamente, compete a prerrogativa usurpada (artigo 48 da Constituição da República). Esse raciocínio levaria a uma conclusão diametralmente oposta à adotada pelo Supremo Tribunal Federal.

A Emenda Constitucional nº 32/2001, que transformou o processo de conversão de medida provisória em lei em um rito bicameral (artigo 62, §7º, da Constituição da República), não acarreta a superação dos argumentos aduzidos pelo Ministro Marco Aurélio no voto acima transcrito.

É insofismável que a Emenda Constitucional nº 32/2001 descreveu no corpo da Carta Magna de forma detalhada o processo legislativo de conversão de medidas provisórias em lei. Todavia, ainda são verificadas diversas diferenças entre a tramitação de um projeto de lei apresentado ao Congresso Nacional e o rito de apreciação, e eventual conversão, de medida provisória pelo Poder Legislativo.

Primeiramente, a medida provisória se distingue do projeto de lei de iniciativa do Presidente da República uma vez que a sua vigência e eficácia são imediatas, isto é, produz efeitos jurídicos logo após a sua publicação no veículo oficial. Tanto assim que, caso sua redação esteja em confronto com norma pertencente ao ordenamento jurídico posto, a lei perde, temporariamente, sua vigência e eficácia. Rejeitada a medida provisória, é restaurada a lei anterior sem que se verifique o fenômeno da repristinação. Aprovada a lei de conversão pelo Congresso Nacional, restará revogada a lei vigente anteriormente à edição da medida provisória.

A segunda singularidade diz respeito à “Cláusula de Apresentação”, que deriva da própria Constituição da República (artigo 62) e atua como verdadeira *provocatio ad agendum*. Nesse sentido, a sua submissão ao Congresso Nacional deve ser imediata e a sua apreciação, caso não ocorra em até quarenta e cinco dias contados de sua publicação, entrará em regime de urgência, sobrestando todas as deliberações até que se ultime sua votação.

Esses dois aspectos divergentes, apesar de não serem os únicos, são suficientes para, mesmo após o advento na Emenda Constitucional nº 32/2001, sustentar os fundamentos do voto do Ministro Marco Aurélio antes citado.

De toda sorte, a inteligência que prevalece no Supremo Tribunal Federal é que, convertida a medida provisória em lei, antes do julgamento da correspondente ação direta de inconstitucionalidade, eventuais vícios formais ficam suplantados.

Cumprido esclarecer que, em sendo a medida provisória rejeitada pelo Congresso Nacional ou se o prazo fixado no artigo 62, §3º, da Constituição da República transcorrer *in albis*, a medida provisória perde, com projeção *ex tunc*, sua vigência e a ação direta de inconstitucionalidade (formal ou material) que dela deriva seu objeto.

4. Considerações finais

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acima referida, apesar de forjada em um passado recente, é o resultado do entendimento majoritário de ministros que em boa parte não integram mais a corte. Isso pode acarretar mudanças na orientação do tribunal ao, novamente, deparar-se com as questões objeto deste ensaio. Em que pese, por conta da necessária segurança jurídica, o Supremo Tribunal Federal manter-se fiel aos seus precedentes, é natural que a jurisprudência se desenvolva e, eventualmente, sofra alteração na medida em que os julgadores se renovem.

A observação é importante, principalmente, por se pautar a análise ora feita nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Sobre a possibilidade de mudança na orientação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o entendimento do Ministro Gilmar Mendes, constante de voto, é digno de menção:

“Talvez um dos temas mais ricos da teoria do direito e da moderna teoria constitucional seja aquele relativo à evolução jurisprudencial e, especialmente, a possível mutação constitucional. (...) Nesses casos fica evidente que o Tribunal não poderá fingir que sempre pensara dessa forma. Daí a necessidade de, em tais casos, fazer-se o ajuste do resultado, adotando-se técnica de decisão que, tanto quanto possível, traduza a mudança de valoração. No plano constitucional, esses casos de mudança de concepção jurídica podem produzir uma mutação

normativa ou a evolução na interpretação, permitindo que venha a ser reconhecida a inconstitucionalidade de situações anteriormente consideradas legítimas. A orientação doutrinária tradicional, marcada por uma alternativa rigorosa entre atos legítimos ou ilegítimos (*entweder als rechtmässig oder als rechtswidrig*), encontra dificuldade para identificar a consolidação de um processo de inconstitucionalização (*Prozess des Verfassungswidrigwerdens*). Prefere-se admitir que, embora não tivesse sido identificada, a ilegitimidade de sempre existira¹².

Todavia, em sede de conclusão, nos termos da jurisprudência hoje assentada pelo Supremo Tribunal Federal, o destino da ação direta de inconstitucionalidade proposta em face de medida provisória cuja conversão em lei se deu de forma intercorrente dependerá: (i) da “modalidade” da inconstitucionalidade argüida, isto é, se o vício aferido é de ordem formal ou material; (ii) se material, a ação pode prosseguir caso o conteúdo da lei de conversão seja fiel ao da medida provisória, sem que seja necessário sequer o aditamento da petição inicial; (iii) ainda se material, em havendo alteração do texto da medida provisória pela lei de conversão, a ação direta de constitucionalidade resta prejudicada, tendo em vista o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, sendo necessário o ajuizamento de nova medida, agora em face da lei de conversão; (iv) se exclusivamente formal, com a conversão da medida provisória em lei, também conforme juízo proferido pela Suprema Corte, estaria suprimido o vício, perdendo a ação direta de inconstitucionalidade seu objeto.

Notas

¹ Supremo Tribunal Federal, ADIN nº 425-5/TO, Min. Rel. Mauricio Corrêa, 19.12.03.

² Supremo Tribunal Federal, ADIN nº 2.58-9/DF, Min. Rel. Aldir Passarinho, DJ 28.2.92. No mes-

mo sentido: “A conversão de medida provisória com alterações torna sem objeto a ação direta de inconstitucionalidade oferecida em face dos dispositivos originais, conforme autorizam concluir os julgados proferidos na ADI nº 393, Relator Ministro Aldir Passarinho, e ADI 691, Relator Ministro Sepúlveda Pertence.” (ADIN nº 991-5/DF, Min. Rel. Ilmar Galvão, DJ. 9.9.1994);

³ Supremo Tribunal Federal, ADIN MC nº 1.896/DF, Min. Rel. Sydney Sanches, DJ 28.5.99. No mesmo sentido: Supremo Tribunal Federal, ADIN nº 2.713-1/DF, Min. Rel. Ellen Gracie, DJ 7.3.2003

⁴ “A presente ação direta está prejudicada quanto à expressão ‘§5º do art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991’, contida no artigo 28 da Medida Provisória nº 1.663-14, de 1998, porque não foi ela reproduzida na Lei 9.711, de 20.11.98, em que se converteu a citada Medida Provisória.” Supremo Tribunal Federal, ADIN nº 1.891/DF, Min. Rel. Moreira Alves, DJ 8.11.2002.

⁵ “A revogação superveniente do ato estatal impugnado faz instaurar situação de prejudicialidade que provoca a extinção anômala do processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, eis que a ab-rogação do diploma normativo questionado opera, quanto a este, a sua exclusão do sistema de direito positivo, causando, desse modo, a perda ulterior de objeto da própria ação direta, independente da ocorrência, ou não, de efeitos residuais concretos.” (Supremo Tribunal Federal, ADIN nº 1.445-5/DF, Min. Rel. Celso de Mello, DJ 29.4.2005). No mesmo sentido, Supremo Tribunal Federal, ADIN nº 1.442/DF, Min. Rel. Celso de Mello, DJ 3.11.2004.

⁶ No mesmo sentido, vide ADIN MC nº 2.984/DF, Min. Rel. Ellen Gracie, DJ 14.5.2004: “1. Porque possui força de lei e eficácia imediata a partir de sua publicação, a Medida Provisória não pode ser ‘retirada’ pelo Presidente da República à apreciação do Congresso Nacional. Precedentes. 2. Como qualquer outro ato legislativo, a Medida Provisória é passível de ab-rogação mediante diploma de igual ou superior hierarquia. Precedentes. 3. A revogação da MP por outra MP apenas suspende a eficácia da norma ab-rogada, que voltará a vigorar pelo tempo que lhe reste para apreciação, caso caduque ou seja rejeitada a MP ab-rogante. 4. Conseqüentemente, o ato revocatório não subtrai ao Congresso Nacional o exame da matéria contida na MP revogada. 5. O sistema instituído pela EC nº 32 leva à impossibilidade – sob pena de fraude à Constituição – de reedição da MP revogada, cuja matéria somente poderá voltar a ser tratada por meio de projeto de lei.”

⁷ Supremo Tribunal Federal, ADIN MC nº 293-7/DF, Min. Rel. Celso de Mello, 16.4.93.

⁸ Supremo Tribunal Federal, ADIN MC nº 691/DF, Min. Rel. Ellen Gracie, 19.6.92.

⁹ Supremo Tribunal Federal, ADIN nº 1.417-0/DF, Min. Rel. Octavio Galloti, 2.8.99.

¹⁰ Reiterando seu entendimento e, novamente, restando vencido quando do julgamento da ADIN 2.713-1/DF, Min. Rel. Ellen Gracie, DJ 7.3.2003, o Ministro Marco Aurélio afirma: “Quanto ao vício de fundo, acompanho a relatora, mas encontro dificuldades para fazê-lo relativamente ao vício formal, pois entendo que a conversão não legitima, considerado o processo legislativo, a medida provisória editada à margem do Texto Constitucional”.

¹¹ Supremo Tribunal Federal, ADIN MC nº 1.963/PR. Min. Rel. Maurício Corrêa, 18.3.99.

¹² Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 82.959-7/SP, Min. Rel. Marco Aurélio, acórdão não lavrado.

Referências

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CLÈVE, Clemerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Uma perspectiva em Direito Comparado da constitucionalização do Direito Administrativo em países selecionados

Luiz Fernando Bandeira

Sumário

1. À guisa de introdução. 2. O processo histórico de constitucionalização do Direito Administrativo. 3 O Direito Constitucional Administrativo. 4. Conclusões.

1. À guisa de introdução

Este trabalho aborda o fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo em diversos ordenamentos jurídicos, buscando os motivos que levaram os constituintes a dispor sobre a matéria de Direito Administrativo e, principalmente, comparando-se os resultados alcançados em cada um dos países estudados.

A inserção de normas de natureza administrativa no texto constitucional é um processo que, muito embora esteja em franco crescimento, é, em termos históricos, ainda bastante recente. Em virtude disso, como veremos adiante, diversos países não trazem disposições normativas na constituição sobre diversos temas de direito administrativo. Outros países, no entanto, especialmente os que tiveram seus textos constitucionais produzidos em período relativamente recente, como é o caso do Brasil, trazem amplo disciplinamento do Direito Administrativo.

Buscar-se-á aplicar o Direito Comparado como método de estudo desse fenômeno, pondo lado a lado as disposições de diversos países, com suas distintas realidades. Não se pretende aqui – até porque fora do

Luiz Fernando Bandeira é Consultor Legislativo do Senado Federal, advogado e professor universitário. Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco e Doutorando pela Universidade de Salamanca – Espanha.

escopo desejável – levantar a discussão da cientificidade ou não do Direito Comparado. Pretende-se utilizá-lo como instrumento de trabalho, como método mesmo, nos moldes preconizados por Jean Rivero (1995, p. 17) desde os tempos em que ministrava seu Curso de Direito Administrativo Comparado em Paris. Entretanto, a fim de buscar clareza científico-metodológica, adiante será exposta a forma como o enxergamos e manusearemos aqui o método “comparatista”.

Nessa linha, tentaremos, inclusive, identificar caracteres distintivos em constituições de países com orientação socialista, socialdemocrata e liberal, a fim de verificar a influência que essas e outras tônicas ideológicas vão exercer sobre a forma da constitucionalização das normas de Direito Administrativo.

1.1. Metodologia aplicada

Este trabalho tem essência notadamente bibliográfica. Uma vez que se imiscui em discussões ora exclusivamente teóricas, ora também lingüísticas e hermenêuticas, ao debruçarmo-nos sobre os textos constitucionais estrangeiros, grande parte, se não a totalidade, das fontes de informação utilizadas serão escritas.

Em virtude dos moldes em que este trabalho é apresentado, entretanto, restringiu-se a bibliografia apresentada no fim somente àquelas obras explicitamente citadas ao longo do texto, a fim de não apresentar rol por demais cansativo.

É tempestivo afirmar ainda que, em virtude das limitações lingüísticas do autor deste trabalho, todos os documentos legais ou doutrinários pesquisados, para os quais não há versão original em português, espanhol, inglês, francês ou italiano, foram trabalhados com traduções para algum desses idiomas.

Assim, após colecionadas as fontes, foram selecionados os trechos das constituições de cada país que tratavam de Direito Administrativo, justapostos e comparados,

por assunto. Verificou-se, em cada constituição analisada, a terminologia utilizada – sua amplitude, possibilidades hermenêuticas e nomenclaturas –, os institutos regulados e a identidade com os textos dos demais países. Em seguida, recorreu-se à doutrina nacional dos textos para só então selecionar os casos mais interessantes, para ilustrar este trabalho.

Este trabalho pode ser alternativamente dividido em duas partes, a primeira das quais, composta pelas duas primeiras seções, possui caráter em parte introdutório, situando historicamente o processo evolutivo da constitucionalização do Direito Administrativo. A segunda, por sua vez, integrada pelas seções 3 e 4, buscará tecer propriamente as comparações desejadas.

1.2. Por que – e como – o Direito Comparado?

Uma vez que resta claro o propósito deste artigo em utilizar o método do direito comparado¹ para possibilitar a confrontação das normas de Direito Administrativo nas constituições de cada ordenamento jurídico pesquisado, impõe-se uma sucinta discussão sobre o seu cabimento.

Já nos posicionamos anteriormente (BANDEIRA, 2004, p. 23) acerca de nossa convicção quanto à caracterização do Direito Comparado como método de estudo da ciência jurídica, e não como ciência autônoma. A despeito de opiniões de relevo, entre as quais especialmente a do prof. Ivo Dantas (2000, p. 60), entendemos que, não obstante sua crucial importância, conforme vamos expor adiante, o Direito Comparado carece de autonomia para sustentar-se sozinho como ciência. Fala-se de Direito Administrativo Comparado, de Direito Civil Comparado ou até mesmo de ordenamentos/sistemas jurídicos comparados. No entanto, a idéia de Direito Comparado simplesmente (ou comparação de direitos, ou ainda a *Rechtsvergleichung* alemã) remete imediatamente (e somente) ao método, ao caminho para algo, mas, por si só, é vazia de conteúdo autônomo².

No entanto, não vamos deter-nos nessa questão, conforme dito anteriormente. Nossa proposta nesta seção do trabalho é apenas explicitar o porquê e a forma como vamos utilizar o Direito Comparado doravante.

É pelo Direito Comparado que se torna possível absorver experiências de outros povos, bem sucedidas ou não, a fim de melhor orientar as inovações no ordenamento jurídico de cada país da forma que melhor atenda aos interesses de suas respectivas populações.

Cretella Júnior (1992, p. 119), que inaugurou no mercado editorial brasileiro o estudo do Direito Administrativo Comparado, manifestou-se, à guisa de explicar “o que faz o direito comparado”, dizendo que, “procurando fixar as constantes dos sistemas, uniformiza a terminologia, define os institutos, delinea os sistemas, elimina o supérfluo, procura recorrer, no primeiro momento, a fórmulas exatas no campo universal, flexionando-as, depois, ao particularismo específico de um dado sistema jurídico”.

Sem dúvida, a elaboração de modelos genéricos de ampla aplicabilidade é uma das mais conhecidas formas de se fazer ciência³, seja por uma taxonomia jurídica adequada, seja pela leitura crítica de efeitos gerados por determinados desvios do “padrão legislativo internacional”. Da mesma forma, o jurista não pode ser refém de seu ordenamento nacional, entendendo como fim da ciência jurídica o último artigo de sua mais recente lei.

Seja pelo lado da evolução científica, seja pelo aspecto pragmático, utilizar-se do direito comparado é imprescindível para alcançar um nível ideal (ou mais próximo disso) de discussão jurídica. Aplicando-o ao direito administrativo, garante-se sua plena e constante evolução, por meio da utilização de instrumentos que são adotados pelas Administrações Públicas de outros países, e que podem ser empregados – com as devidas adaptações – pela Administração de cada país (Cf. MATTOS, 2001, p. 17).

Marcello Caetano (1997, p. 62) lembra, no entanto, que a grande utilidade do estudo do Direito Administrativo Comparado só será demonstrada se o mesmo não se reduzir à mera justaposição da descrição das legislações. Entende o administrativista e ex-presidente português que se fazem necessárias quatro condições para comparar as instituições administrativas de dois ou mais países, quais sejam: 1) partir do confronto dos respectivos sistemas administrativos; 2) aprofundar o estudo das instituições, procurando descrevê-las tais como são, na realidade, e sem ficar na aparência legislativa formal; 3) investigar razões históricas, políticas, econômicas e sociais que explicam a feição da instituição em cada país; e 4) finalmente, estabelecer a comparação e tirar daí lição útil.

É justamente seguindo os passos preconizados pelo jurista luso que pretendemos desenvolver o presente estudo, salvo os pecados que, por inabilidade científica, eventualmente possamos cometer.

1.3. Por que – e como – abordar os países escolhidos?

Em virtude das dimensões deste trabalho, e mesmo das condições humanas de estudo, tornou-se obrigatório limitar o número de países cujas constituições seriam analisadas. Um tanto quanto arbitrariamente, devemos reconhecer, foram excluídos os continentes asiático, africano e da Oceania, em virtude de alguns empecilhos que fatalmente gerariam: primeiro, a pequena semelhança que boa parte dos ordenamentos dos países desses continentes possuem com os ordenamentos “ocidentais” causaria transtornos à abordagem e concisão do trabalho; segundo, a multiplicidade de nações e idiomas, muitos dos quais dispendo de poucas ou nenhuma tradução de obras nessa área para línguas estrangeiras; terceiro, a pequena relevância político/social/econômica que é exercida sobre a realidade jurídica brasileira, na média, pelos países integrantes desses continentes.

Embora costumemos criticar os padrões europeizantes que imperam em nossa literatura jurídica, somos obrigados a reconhecer a dificuldade para empreender pesquisas que ultrapassem os limites territoriais desse continente. Estudos com tal pretensão exigem maior fôlego e detalhamento, como buscamos fazer em outros trabalhos (BANDEIRA, 2006).

Assim, no universo que nos sobra, após pesquisa preliminar, entendemos como sendo mais interessantes, tanto por serem cultural, política e economicamente mais relevantes para o Brasil, tanto por questões intrínsecas do trato constitucional conferido ao Direito Administrativo em seus próprios ordenamentos jurídicos, os seguintes países selecionados: Brasil, Argentina, Uruguai, Paraguai, Chile, Nicarágua, Cuba, México, Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Portugal, Espanha, França, Alemanha, Holanda, Áustria e Itália.

Esperamos, com essa amostragem, possibilitar a confecção de um panorama suficientemente amplo e diversificado para enriquecer os estudos aqui propostos.

2. O processo histórico de constitucionalização do Direito Administrativo

2.1. A evolução ideológica do Estado Absolutista ao Estado Liberal

O Estado Moderno, como o concebemos, apesar de seu recente surgimento no panorama histórico da humanidade, já passou por diversas transformações que alteraram significativamente suas feições.

Basicamente, no entanto, verificamos na História um movimento, nem sempre linear, em busca de um modelo de Estado no qual a população pudesse proteger-se dos arbítrios e desmandos do poder estatal. O Estado Absolutista foi, nessa tônica, abrindo espaço para o Estado Liberal.

As revoluções burguesas que se seguiram no período histórico denominado Ida-

de Contemporânea, das quais é referencial inexorável a Revolução Francesa, implantaram ordens constitucionais nas quais a liberdade do indivíduo era tida como valor maior a ser respeitado pela autoridade estatal. Era, portanto, a tônica dos textos constitucionais nascidos nesse período a declaração dos direitos políticos dos cidadãos, que exigiam uma conduta negativa por parte do Estado – não feri-los, não restringi-los, não modificá-los (Cf. LÔBO, 1999, p. 100).

Também nesse intuito de limitar os poderes da autoridade estatal, fortaleceram-se as instituições legislativas e judiciárias, que por um lado passaram a expressar a vontade do povo na definição dos designios nacionais e, por outro, a garantia de que esses designios seriam cumpridos, sem desrespeito ao ordenamento posto.

2.2. O surgimento do Direito Administrativo

É no Estado Liberal que começam a surgir os primeiros sinais daquilo que atualmente conhecemos como Direito Administrativo. Por intermédio do Conselho de Estado (Conseil d'État) francês, foram tomadas as primeiras decisões que formariam um conjunto jurisprudencial regulador da atividade administrativa do Estado.

Curioso observar, no entanto, conforme aponta Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2001, p. 9), que a criação do Direito Administrativo caminhava em sentido distinto do ideário liberal. A ênfase administrativista estava em ressaltar os aspectos do poder de império do Estado, da sua atuação discricionária, da executoriedade de seus atos, da autotutela, da imperatividade, da supremacia do interesse público, insindicabilidade do mérito das decisões administrativas e da abrangência do poder de polícia.

Essa doutrina não tardou a alastrar-se pela Europa, sendo logo incorporada pela Itália e Alemanha, para depois alcançar todos os outros principais países europeus, inclusive a Inglaterra.

Em virtude dessas características é que se passou a conceber o interesse público

como “um interesse próprio da pessoa estatal, externo e contraposto aos dos cidadãos” (ALLEGRETTI, 1996, p. 4).

Assim, desenvolvendo-se na contramão dos avanços que vinham sendo erigidos ao patamar constitucional pelos movimentos liberais, o Direito Administrativo, construído a princípio jurisprudencialmente, veio a configurar-se como um dos mais conservadores e refratários às mudanças ideológicas do mundo jurídico (MOREIRA NETO, 2001, p. 11).

2.3. O redirecionamento constitucional do Direito Administrativo

A postura inicial do Direito Administrativo resistiu à chegada do Estado Social, ou talvez tenha sido até reforçada por ele. Nessa nova concepção, o ideário liberal é substituído por um interesse socializante do Estado, no qual ele intervém na sociedade, muitas vezes ferindo a doutrina do *laissez faire, laissez passer*.

No Estado Social, espera-se da autoridade estatal não mais uma conduta negativa, mas sim uma atitude positiva, de fazer pelo bem comum, pelo interesse público. Então, as intervenções nas áreas reputadas sociais, como educação, saúde, saneamento básico, etc., passam a ser esperadas e aplaudidas.

Como condutor da máquina pública, a autoridade estatal passa, portanto, a determinar e direcionar o gasto dos recursos de acordo com o que julga ser o interesse público, para isso criando empresas estatais e meios diretos de intervenção econômica.

Estabelece-se um paralelo: se por um lado o Estado Social fortaleceu a importância do Direito Administrativo (uma vez que, ampliando o espectro de atuação estatal na economia, mais pessoas e situações estariam sujeitas à sua regulação), por outro colocou em risco seus princípios de autoridade (pois a sociedade, seja por meio dos cidadãos, associações e sindicatos, seja por meio do legislador, passou a desejar traçar parâmetros para a intervenção estatal, redefinindo

o conceito de interesse público e bem comum).

É nesse sentido que se percebe, especialmente nos textos constitucionais elaborados a partir dos anos setenta, uma atenção inédita dispensada aos preceitos do Direito Administrativo, conjugando-os ao Direito Constitucional.

A noção de interesse público é cambiada, passando a ser compreendida, como bem nos ensina na atualidade Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 59), como “o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”. Ou seja, deixa de ser um interesse meramente do Estado, da máquina administrativa, nem tampouco é um interesse autônomo, dissociado dos indivíduos. Na verdade, constitui-se do interesse de cada indivíduo voltado para a coletividade. Nesse conceito, ainda que numa determinada situação o indivíduo seja contrário a uma medida que lhe prejudique, o cidadão é favorável, como membro de uma sociedade, à adoção de determinadas medidas.

Umberto Allegretti (1996, p. 245), tendo em vista a perspectiva italiana, salienta que “l’amministrazione deve operare al servizio dei cittadini, al fine di promuovere le condizioni di esercizio dei loro diritti”⁴.

É a partir daí que se passa a falar de controle estatal e participação popular, fórmulas que virão a ser consagradas nos textos constitucionais. Ainda, as lutas sindicais dos funcionários públicos incorporarão benefícios ao Texto Magno numa forma de garantir-se com os auspícios da suprallegalidade.

Diversos princípios são alçados ao plano constitucional para reger o Direito Administrativo. Suas principais normas são lá esculpidas numa tentativa de dotar-lhes de autoridade ou assegurar seu cumprimento, mas sempre tendo em vista uma compatibilidade com a linha ideológica de proteger o administrado, o cidadão, das arbitrariedades

des e desmandos praticados na máquina pública pelos governantes. Exemplo claro disso é o art. 37 da Constituição Brasileira de 1988.

Essa verdadeira mudança de paradigma no Direito Administrativo, causada em boa parte pela sua elevação ao plano constitucional, transformou-o de *direito do Estado* para *direito do administrado*, em benefício de quem deve ser operado.

Situado historicamente, portanto, o processo evolutivo do fenômeno que vamos estudar, passar-se-á doravante à análise das principais disposições de Direito Administrativo contidas nas diversas constituições estudadas.

3. O Direito Constitucional Administrativo

Nesta seção, pretendemos esmiuçar as principais disposições referentes ao Direito Administrativo nas constituições de cada um dos países estudados. Entendemos, mesmo assumindo o grande risco do erro, ser melhor opção metodológica dividir a exposição por assunto e não por países ou culturas jurídicas, ao contrário do que preferiram outros autores nacionais e estrangeiros que realizaram empreitadas semelhantes⁵.

3.1. A jurisdição dos atos administrativos

Constituição da República Portuguesa:

“Art. 212º (Tribunais administrativos e fiscais)

1. (...)

2. (...)

3. Compete aos tribunais administrativos e fiscais o julgamento das acções e recursos contenciosos que tenham por objecto dirimir os litígios emergentes das relações jurídicas administrativas e fiscais”.

Constituição da República Italiana:

“Art. 103. (Conselho de Estado, Tribunal de Contas e Tribunais Militares)

1. O Conselho de Estado e outras cortes de justiça administrativa terão jurisdição sobre pleitos regidos pela lei administrativa, e também sobre pleitos da lei civil contra a administração pública em assuntos específicos estabelecidos na lei”.⁶

Constituição da República Federativa do Brasil:

“Art. 5º – (...)

XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Nos excertos colacionados, pode-se verificar as três espécies de jurisdição dos atos administrativos encontradas no universo constitucional pesquisado.

A primeira delas, denominada *jurisdição administrativa*, tem origem francesa, muito embora não seja regulada na constituição daquele país, mas simplesmente por legislação infraconstitucional⁷. Oriundo muito mais de uma circunstância histórica que de uma necessidade jurídica, o sistema do contencioso administrativo, como também é conhecido, buscava evitar que o Poder Judiciário atrapalhasse os propósitos dos revolucionários franceses ao apreciar os atos administrativos. Também, conforme ensina o célebre jurista francês Jean Rivero (1981, p. 157), fundamentavam-se aqueles que defendiam a criação da jurisdição administrativa nas teorias de Montesquieu:

“O princípio é o da separação de poderes, aplicado às relações entre o Judicial e o Executivo: para salvaguardar a liberdade dos cidadãos ‘o poder de julgar’ deve, segundo Montesquieu, ser separado do ‘poder executante’. Mas como aplicar o princípio ao julgamento de litígios nos quais o ‘poder executante’ está comprometido, ou seja, no contencioso administrativo? Trata-se de julgar: isto pode levar a confiá-los ao poder judicial ordinário; trata-se de julgar o Executivo: isto pode conduzir a subtrair-lhos, na medida em que ao julgá-los corre o ris-

co de imiscuir na acção do Executivo. Pode-se pois, a partir do princípio da separação, optar com igual lógica por uma ou outra solução”.

Assim, toda a matéria de Direito Administrativo na França, em Portugal e em outros países dos quais se tem notícia, embora fora do nosso campo de pesquisa, como a Suíça, a Finlândia, a Grécia, a Turquia, a Iugoslávia e a Polónia (Cf. MEIRELLES, 2001, p. 49), não é submetida ao Judiciário, mas apenas às instâncias julgadoras administrativas, componentes do próprio quadro do Executivo, das quais a expressão maior é o Conselho de Estado. As demandas de interesse da Administração Pública só são submetidas à apreciação do Judiciário em três hipóteses: quando se tratar de litígio decorrente de atividade pública com caráter privado; de litígio que envolva questões de estado e capacidade das pessoas e de repressão penal; ou de litígio que se refira à propriedade privada.

A Constituição Francesa de 1958, embora não preveja taxativamente a competência do Conselho de Estado, confere-lhe importantes atribuições, como, por exemplo, a de manifestar-se previamente sobre os projetos de regulamentação de leis (art. 37) e mesmo sobre as “medidas provisórias” (*ordonnances*, art. 38) também existentes no direito constitucional gaulês⁸.

O que vai diferenciar a jurisdição administrativa francesa (e portuguesa, como demonstrado) da italiana é o espectro da competência judicante. Enquanto na França e em Portugal são submetidas à jurisdição administrativa apenas as causas de Direito Administrativo, na Itália, conforme o retroscrito art. 103^o, a constituição autoriza que a lei submeta matéria de direito civil à jurisdição administrativa, desde que o Estado seja parte. Conforme nos ensina a obra de Jean Rivero (1981, p. 156), o sistema italiano tem o inconveniente de acentuar ainda mais os já problemáticos conflitos de competência entre a jurisdição administrativa e a judiciária ou comum.

O sistema adotado no Brasil, também conhecido como sistema de *jurisdição única* ou mesmo *sistema inglês de jurisdição administrativa*, teve origem, como deixa óbvio a segunda designação, na Inglaterra, onde sempre foi conferido aos juizes (*strictu sensu*) o poder para rever os atos administrativos. H. Barnett (1999, p. 905) nos ensina, entretanto, que a “judicial review is concerned with the legality of the decision made, not with the merits of the particular decision”⁹. É o que na doutrina nacional conveniou-se chamar de análise da legalidade, reservando-se ao Executivo o juízo de conveniência e oportunidade (mérito) da decisão, embora respeitáveis administrativistas entendam que o Judiciário, em alguns casos, pode ir um pouco além na apreciação de determinados conceitos “vagos e imprecisos”, que não nos cabe no escopo deste trabalho perquirir, embora seja tema de rica leitura¹⁰.

Não se confunda a jurisdição administrativa francesa com as hipóteses de recurso e julgamento administrativo existentes em diversos países, como no Brasil, por exemplo. Recorrer a essa instância administrativa, que se apresenta especialmente para julgamento de imposições tributárias e de procedimentos licitatórios, é mera faculdade do administrado, que pode recorrer diretamente ao Judiciário, ao contrário do sistema francês, no qual isso é impossível.

Parece-nos mais acertado o sistema da jurisdição única. A jurisdição administrativa é exercida pelos próprios membros da Administração Pública, que portanto não gozam de isenção necessária para o exercício da atividade judicante. Ademais, não possuem as garantias do Judiciário, como a de inamovibilidade, o que ainda os expõe a retaliações. Além disso, os recorrentes problemas de conflitos de competência e a possibilidade de orientações axiológicas distintas na aplicação da lei geram uma insegurança indesejável no mundo jurídico, só se justificando a permanência do sistema de jurisdição administrativa por razões histó-

ricas, como ressaltam Hely Lopes Meirelles (2001, p. 49) e Jean Rivero (1981, p. 157), ou por interesses corporativistas da Administração Pública.

3.2. *Dos princípios regentes da Administração Pública*

No intuito de traçar diretrizes deontológicas para a condução da Administração Pública, pelas quais é possível prescindir, em certa medida, da minuciosa descrição normativa, diversos constituintes optaram por inserir nos textos das suas respectivas constituições princípios gerais que devem orientar a condução da máquina estatal em cada país.

Foi o caso brasileiro, que, no *caput* do art. 37, esculpiu os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, posteriormente, com a Emenda nº 19, o da eficiência (que gerou toda uma discussão sobre seu caráter de princípio ou finalidade) (Cf. DI PIETRO, 2001, p. 85).

Na Constituição da República Italiana, foram apenas dois os princípios escolhidos: *imparzialità e buon andamento*.

A Carta Magna Espanhola arrolou os princípios da eficácia, hierarquia, descentralização, desconcentração e coordenação, com subordinação plena à lei e ao Direito.

A Constituição Portuguesa trouxe os princípios de sua Administração Pública, cuja normativa preenche integralmente o Título IX, em seu art. 266º:

“Artigo 266º (Princípios fundamentais)

1. A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos.

2. Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício das suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé”.

A Carta de Cuba, por sua vez, dispõe como princípios de organização e funcio-

namento dos órgãos estatais um verdadeiro elenco de dogmas da doutrina socialista, sem párea entre os demais países estudados:

“Artículo 68. Los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista, que se expresan en las reglas siguientes:

a) todos los órganos representativos de poder del Estado son electivos y renovables;

b) las masas populares controlan la actividad de los órganos estatales, de los disputados, de los delegados y de los funcionarios;

c) los elegidos tienen el deber de rendir cuenta de su actuación y pueden ser revocados de sus cargos en cualquier momento;

ch) cada órgano estatal desarrolla ampliamente, dentro del marco de su competencia, la iniciativa encaminada al aprovechamiento de los recursos y posibilidades locales y a la incorporación de las organizaciones de masas y sociales a su actividad,

d) las disposiciones de los órganos estatales superiores son obligatorias para los inferiores;

e) los órganos estatales inferiores responden ante los superiores y les rinden cuenta de su gestión;

f) la libertad de discusión, el ejercicio de la crítica y autocrítica y la subordinación de la minoría a la mayoría rigen en todos los órganos estatales colegiados”.

Diante de tão variadas concepções principiológicas acerca do que deve gerir a Administração Pública, é de imaginar uma diversidade ao menos semelhante na confrontação das normas em si.

Isso porque os princípios têm uma nítida característica normogenética, ou seja, geradora (no sentido de orientadora da criação) de normas jurídicas, de forma que o legislador deve sempre tê-los em mente no ato da elaboração normativa¹¹. Segundo

Canotillho (2002, p. 1145), por estarem na base ou constituindo a *ratio* de regras jurídicas, desempenham uma função normogênica fundamentante.

É possível até mesmo, em certa medida, atribuir a essa característica normogênica o surgimento (ou dedução) de normas para casos concretos a partir dos princípios. Por exemplo, podemos imaginar que, em situações específicas, o princípio da boa-fé ou o da moralidade imponham determinadas condutas no caso concreto não previstas em nenhuma outra norma jurídica. Ainda, pode-se pensar situações em que juízes, sempre no caso sob análise, possam extrair normas a partir de princípios gerais.

Eis por que, mesmo para aqueles que não crêem no caráter normativo dos princípios, é indispensável em qualquer ordenamento jurídico confrontar os princípios que instruem a exegese das normas que a eles se seguirão.

A despeito de variações terminológicas, certamente oriundas das diversidades linguísticas, podemos sintetizar os princípios aplicáveis ao Direito Administrativo, segundo priorizados nas constituições da maioria dos países estudados, em quatro: impessoalidade, hierarquia, autonomia ou descentralização e moralidade. Desses, os dois primeiros são fundamentais.

A impessoalidade e a hierarquia estão sempre presentes. Se não elencadas como princípios, muitas vezes destiladas ao longo das normas em que se percebe a preocupação do constituinte. A impessoalidade reside na afirmação de serem todos iguais e terem os mesmos direitos e oportunidades no trato com a estrutura do Estado. A hierarquia assente na invariável afirmação que confere ao Chefe de Governo e/ou ao Chefe de Estado o poder máximo como autoridade administrativa. Desses dois derivam os outros: a moralidade é consequência natural do agente público que primar pela impessoalidade, inclusive no tratado dos assuntos que interessam a si próprio. A autonomia (relativa) conferida às instâncias inferiores da Administração Pública, em função da dele-

gação de poderes, é a chave para alcançar um mínimo de eficiência (fim?) desejável em qualquer estrutura administrativa.

Verifica-se que nem todos os países atêm-se ferrenhamente ao princípio da legalidade, por exemplo, como o Brasil (Cf. MORAES, 2000, p. 297). Assim, dotam-se de maior flexibilidade no trato da gestão pública, embora talvez abrindo maior margem para a ocorrência de malversações e arbitrariedades.

3.3. Servidores públicos

As disposições sobre os direitos dos servidores públicos estão entre as mais comuns no Direito Constitucional Administrativo, sendo encontráveis normas desde a forma de admissão, direitos e obrigações, até sua responsabilização por atos ou omissões, que será estudada em item específico.

3.3.1. Criação de cargos e acesso ao serviço público

A regra brasileira do art. 37, II, que exige aprovação em concurso para preenchimento de vagas na Administração Pública, salvo os cargos de confiança (necessariamente de chefia, direção ou assessoramento, art. 37, V), nem sempre encontra paralelo perfeito alhures. A Constituição Italiana, por exemplo, prevê em seu art. 97.3 que todos os cargos públicos deverão ser preenchidos por concurso público, mas abre a possibilidade para que a lei crie exceções, sem fixar critérios para tanto:

“Art. 97. (Cargos públicos)
(...)”

3 – Nomeações na administração pública deverão ser feitas através de competições públicas, a menos que a lei disponha de maneira diversa”.¹²

Dessa forma, o legislador ordinário italiano encontra possibilidades às escâncaras para criar cargos públicos que não careçam de concurso (ALLEGRETTI, 1996, p. 324).

A Constituição Espanhola de 1978 é ainda mais vaga, pois apenas prevê, em seu artigo 103.3, que os cargos públicos sejam preenchidos de acordo com critérios de mé-

rito e capacidade, a serem estabelecidos pela lei, sem deixar claro se esse juízo pode partir da autoridade administrativa ou se deverá ser obtido por meio de concurso público¹³. Caberá à lei também a criação dos cargos públicos e dos órgãos da Administração.

A constituição da Áustria, curiosamente, apesar de não fazer previsão quanto à necessidade de concurso para acesso ao serviço público, estabelece, em seu item 6, acrescido ao art. 21 por emenda posterior à promulgação do texto constitucional em 1983, que poderão ser contratados funcionários temporários, em casos excepcionais, para a realização de serviços específicos que assim o requeiram. Esse dispositivo assemelha-se ao contido no inciso IX do art. 37 da Carta brasileira que, no entanto, não vincula a possibilidade de contratação temporária à natureza do serviço, mas apenas à premência do interesse público.

Alexandre Moraes (2002, p. 33) nos traz a informação de que a Constituição da Grécia, de 1975, repleta de normas sobre o funcionalismo público naquele país, estabelece a reserva legal para a criação de cargos públicos, permitindo também que lei especial crie emprego temporário regido por normas de Direito Privado para prover situações imprevistas e urgentes. Ensina ainda o constitucionalista brasileiro que a norma grega permite a contratação, sob o regime de Direito Privado, de pessoal científico e técnico especial. No caso brasileiro, norma semelhante pode ser encontrada no §1º do art. 207, que possibilita a contratação de professores, técnicos e cientistas estrangeiros, limitando essa possibilidade, no entanto, às universidades e às instituições de pesquisa científica e tecnológica (art. 207, §2º).

3.3.2. *Cumulação de cargos*

A Constituição Portuguesa de 1976 define, em seu art. 269º, itens 4 e 5, que não é permitida a acumulação de empregos ou cargos públicos, salvo nos cargos expressamente admitidos por lei. Também caberá à lei determinar as incompatibilidades entre

o exercício de empregos ou cargos públicos e o de outras atividades no setor privado.

A Constituição italiana, no entanto, proíbe em seu art. 98.1 que os funcionários públicos trabalhem no setor privado, designando-os exclusivamente a serviço da Nação.

A Constituição Brasileira elenca no art. 37, XVI, as possibilidades de acumulação remunerada de cargos públicos, restringindo-as a dois cargos de professor, um cargo de professor com outro técnico ou científico ou dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, com profissão regulamentada. Nesse sentido, diferenciou-se da portuguesa por não permitir a extensão de tais *numerus clausus* por meio de lei. Ressalte-se ainda que o texto constitucional brasileiro fala em “remunerada”, o que possibilita, segundo alguns intérpretes, a acumulação de dois cargos incompatíveis, desde que sob licença não remunerada de um deles.

3.3.3. *Direitos e obrigações*

A Constituição da Áustria contém interessante norma em seu art. 21.4, que garante aos servidores públicos, a qualquer tempo, o direito de livremente alternar seu vínculo com as diferentes esferas do poder nacional (federação, estados e condados), bastando para tanto a concordância da autoridade hierarquicamente superior, detentora da prerrogativa de regular o serviço público naquela esfera governamental.

Ainda, em seu art. 20.3, estabelece que os servidores públicos são obrigados a manter sigilo sobre as informações de que tiveram conhecimento em virtude do exercício dos seus cargos, excepcionando desse encargo os servidores que foram eleitos para seus cargos, se lhe forem expressamente requeridas tais informações.

A Constituição da Nicarágua, datada de 1986, traz uma série de obrigações para seus servidores públicos em seu art. 131, pecando quase todas pela falta de objetividade:

“ARTÍCULO 131. – Los funcionarios de los cuatro poderes del Estado, elegidos directa o indirectamente, res-

ponden ante el pueblo por el correcto desempeño de sus funciones y deben informarle de su trabajo y actividades oficiales. Deben atender y escuchar sus problemas y procurar resolverlos. La función pública se debe ejercer a favor de los intereses del pueblo.”

A Constituição portuguesa garante aos servidores públicos e demais agentes do Estado em seu art. 269º, item 2, que eles não podem ser prejudicados ou beneficiados em virtude do exercício de quaisquer direitos políticos previstos na Constituição, nomeadamente por opção partidária. Limita, entretanto, no art. 270º, o exercício de tais direitos políticos, bem como dos direitos de expressão, reunião, manifestação, associação, petição coletiva e a capacidade eleitoral passiva por parte dos militares e daqueles que trabalharem nas forças de segurança, proibindo inclusive, neste último caso, o direito à greve, embora reconheça o direito à associação.

Por fim, o Estado Cubano não faz diferenciação específica em relação aos servidores públicos, em virtude de sua feição socialista, pois não há setor privado. Dessa forma, todos os trabalhadores são, de certo modo, funcionários públicos e a eles são garantidos (arts. 43, 45, 47 e 54): acesso, segundo méritos e capacidades, a todos os cargos e empregos do Estado, da Administração Pública e da produção e prestação de serviços; ascensão a todas as hierarquias militares e das forças armadas revolucionárias, segundo méritos e capacidades; recebimento de salário igual por trabalho igual; remuneração de acordo com a qualidade e quantidade de trabalho; atendimento em todas as instituições de saúde; previdência e repouso periódico remunerado; direito a constituir associações, inclusive de massas, entre outros.

3.4. Responsabilidade do Estado e dos servidores

Uma tônica pode ser percebida nas constituições recentes que trataram do tema é o estabelecimento da responsabilidade obje-

tiva do Estado, a fim de salvaguardar o pólo hipossuficiente que se materializa na figura do administrado.

A Carta Magna brasileira não deixa dúvidas ao afirmar, no § 6º do art. 37, que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviço público responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Ao estabelecer, no entanto, a responsabilidade objetiva do Estado, estendida também para as empresas privadas que explorem serviços públicos, o constituinte assegurou a possibilidade de propositura de ação regressiva para cobrar ressarcimento do causador do dano.

Os servidores também poderão ser responsabilizados com perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário em casos de improbidade administrativa, sem prejuízo das sanções penais aplicáveis (art. 37, § 4º).

Também orientada no sentido da responsabilidade objetiva do Estado, com a possibilidade de propositura de ação regressiva, é norma prevista no art. 23 da Constituição austríaca, que ressalva, no entanto, a possibilidade de lei federal criar disposições especiais aplicáveis aos serviços telefônicos e de correios e telégrafos.

No mesmo rumo, seguem as constituições do Chile e da Nicarágua, ao estabelecerem a responsabilidade do Estado, bem como a do servidor que incorrer em improbidade administrativa ou qualquer outro ato ilícito que cause prejuízo ao Estado ou a terceiro. Assim está redigida a parte final do art. 103 da Constituição da Nicarágua:

“El Estado, de conformidad con la ley, será responsable patrimonialmente de las lesiones que, como consecuencia de las acciones u omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo, sufran los particulares en sus bienes, derechos e intereses, salvo los casos de fuerza mayor. El Estado podrá repetir contra el fun-

cionario o empleado público causando de la lesión.

Los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables por la violación de la Constitución, por falta de probidad administrativa y por cualquier otro delito a falta cometida en el desempeño de sus funciones. También son responsables ante el Estado de los perjuicios que causaren por abuso, negligencia y omisión en el ejercicio del cargo”.

A Carta portuguesa não segue a mesma linha em seu art. 271º. Muito embora garante o direito de ressarcimento ao prejudicado, o faz em relação ao agente público e não ao Estado em si. Diz apenas que a lei poderá prever hipóteses em que o Estado tem direito de regresso contra seus agentes. Apesar da má redação da norma, supõe-se que, apenas nesses casos expressamente regulados por lei, o Estado responderia objetivamente. Ainda, garante ao funcionário público a insenção de responsabilidade quando agir em cumprimento de ordem emanada de autoridade superior, desde que contra ela tenha-se manifestado ou a tenha exigido por escrito e que seu cumprimento não implique cometimento de crime.

No extremo oposto, a Constituição da República de Cuba prevê a responsabilidade objetiva do Estado sem qualquer previsão de direito de regresso contra o agente causador do dano.

A Constituição Mexicana prevê apenas a responsabilidade do funcionário público em seu art. 113:

“Artículo 113. – Las leyes sobre responsabilidades administrativas de los servidores públicos, determinarán sus obligaciones a fin de salvaguardar la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de sus funciones, empleos, cargos y comisiones; las sanciones aplicables por los actos u omisiones en que incurran, así como los procedimientos y las autoridades para apli-

carlas. Dichas sanciones además de las que señalen las leyes, consistirán en suspensión destitución e inhabilitación, así como en sanciones económicas y deberán establecerse de acuerdo con los beneficios económicos obtenidos por el responsable y con los daños y perjuicios patrimoniales causados por sus actos u omisiones a que se refiere la fracción III del artículo 109, pero que no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños y perjuicios causados”.

No entanto, foi aprovada, em junho de 2002, emenda constitucional que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado, cuja vigência iniciou-se a partir de 1º de janeiro de 2004, acrescentando-se ao citado artigo o seguinte parágrafo:

“La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, causa en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”.

A mesma emenda constitucional alterou o título da seção, que antes era “Da responsabilidade dos servidores públicos” para “Da responsabilidade dos servidores públicos e patrimonial do Estado”, num nítido sinal dos tempos.

3.5. Poder regulamentar e de organização

Uma das poucas disposições sobre o Direito Administrativo contidas na Constituição Alemã é a do art. 85, que confere ao Poder Federal o poder regulamentar, ou seja, o poder de prover situações não disciplinadas em lei, com o fim de explicar o modo e forma de sua execução (Cf. MEIRELLES, 2001, p. 120).

Também cabe ao Executivo federal alemão, pelo mesmo artigo, a definição da estrutura da Administração Direta e Indireta, chegando mesmo a ter o poder de nomear

os integrantes da Administração Pública de nível estadual que tratem de assuntos da alçada do poder federal.

O Brasil possui regulação diferente, cabendo ao Legislativo a autorização, mediante projeto de lei de iniciativa do Executivo, para criação de qualquer nova entidade da Administração Indireta, conforme determina o art. 37, inciso XIX. Verifica-se que, mesmo para a composição da Administração Direta, quando o chefe do Executivo federal, estadual, distrital ou municipal decide fazer uma reforma na estrutura dos cargos de seu ministério ou secretariado, é necessária aprovação de projeto de lei nesse sentido. Parece mais razoável a concepção alemã, uma vez que é da alçada do Executivo os assuntos de organização interna de sua equipe, cabendo somente a ele, sem interferência de outros Poderes, conceber qual a melhor estrutura para o funcionamento da máquina estatal.

De uma forma geral, pode-se afirmar que, em todos os ordenamentos pesquisados, cabe ao Poder Executivo o poder de regulamentar, em alguns casos mais amplos (com a expedição dos chamados “decretos autônomos”, que inovam no ordenamento dispensando lei prévia, como ocorre na França), noutros mais restritos, como no Brasil, que se deve limitar a detalhar as obrigações já previstas em lei.

O poder para organizar a Administração Pública, entretanto, não encontra uma uniformidade, possuindo os Executivos de alguns países (Alemanha, Holanda, França, Itália) liberdade para fazê-lo, enquanto em outros países (Brasil, Espanha, Portugal, Chile) esse poder está reservado ao Legislativo.

3.6. Direito de petição/certidão

Entre os ordenados pesquisados, são três os que estabelecem ao administrado, no plano constitucional, o direito de peticionar ou requerer certidão à Administração Pública.

A Carta Austríaca confere essa possibilidade, ressalvando apenas os casos em que

se impuser o sigilo em função do ofício ou da matéria.

A Constituição Portuguesa consagra o direito de certidão nos itens 1 e 2 do art. 268º e o direito de petição no item 5 do mesmo artigo:

“ARTIGO 268º (Direitos e garantias dos administrados)

1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam directamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas.

2. Os cidadãos têm também o direito de acesso aos arquivos e registros administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e à intimidade das pessoas.

5. Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos”.

A Constituição Brasileira, além de garantir os mesmos direitos verificados na portuguesa, prevê ainda o mecanismo do *habeas data* a fim de possibilitar ao administrado que recorra ao Judiciário na hipótese de a Administração Pública negar-se a fornecer as informações pleiteadas, herança maligna dos tempos de regime autoritário neste país.

4. Conclusões

Ao longo deste trabalho, decerto foram sentidas ausências por falta de menção às constituições de diversos países. Isso não se deu por negligência, mas sim por absoluta ausência de dispositivos de Direito Administrativo nos textos constitucionais de países como os Estados Unidos, o Canadá, a França, a Inglaterra (que nem texto consolidado possui), a Argentina e outros mais.

O que podemos perceber é que, diferentemente do Brasil, poucas constituições estrangeiras, especialmente se considerarmos apenas o universo das constituições européias e norte-americanas, preocuparam-se com a regulação do Direito Administrativo, preferindo freqüentemente delegar ao legislador ordinário a tarefa de regular a organização da Administração Pública.

A opção do constituinte nacional, muito embora imbuída da nobre intenção de salvaguardar diversas garantias, entre elas as dos direitos dos funcionários públicos e as relativas ao controle e funcionamento das estatais, acabou por tornar-se inócua ou indesejável, em face das alterações implementadas pela Emenda Constitucional nº 19. Ali pudemos verificar, entre outras alterações significativas, a extinção do regime jurídico único dos servidores, a ampliação do prazo para a aquisição de estabilidade funcional, a permissão de que estrangeiros concorressem a cargos públicos e a instituição da possibilidade de demissão de servidores estáveis por meio de avaliações de eficiência insatisfatórias.

Se olharmos pela perspectiva dos que queriam a manutenção dos dispositivos ali consagrados, verificaremos que foi inútil a exigência de *quorum* qualificado para a proteção daqueles direitos ou daquelas normas de Direito Administrativo. Se observarmos pelo ângulo dos que entendem saudáveis as mudanças (pelo visto em ampla maioria no Congresso Nacional), é de se concordar que a proteção do manto constitucional apenas gerou um empecilho que retardou uma mais rápida e fácil implementação das reformas (CF. MOTA, 1999, p. 58).

Evidenciado está um dos maiores desafios de uma constituição dirigente. No momento em que opta por fugir do modelo da constituição sintética ou constituição-garantia (que simplesmente impõe ao estado a já discutida postura negativa), mas passa a elencar normas programáticas e minuciosas, a regular todo um universo de assuntos, entre eles o Direito Administrativo, tão

pleno de mudanças nestes tempos de Estado Mínimo, surgem dois grandes perigos para a ordem constitucional: o primeiro, o de tornar-se obsoleta e constantemente requerer emendas; o segundo, talvez mais perigoso, o de ser ignorada e simplesmente descumprida.

Esta é uma das maiores funções do Direito Comparado e, conseqüentemente, do Direito Constitucional Comparado: perceber as tendências mundiais, reconhecer e aprender com as melhores fórmulas, incorporá-las com adaptações próprias, atento às experiências estrangeiras, e inaugurar uma ordem jurídica mais estável e profícua para o desenvolvimento nacional.

Esperamos com este trabalho fazer um pouco da nossa parte.

Notas

¹ “O direito comparado não é um ramo do direito, um conjunto de normas unificado por qualquer critério ou elemento. Por isso, os comparatistas põem regra geral em destaque que a expressão ‘direito comparado’ não é em rigor adequada para designar a sua disciplina – mais rigorosa é a designação de comparação de direitos – é o alemão *Rechtsvergleichung* – ou semelhantes” (MENDES, 1982, p. 28). No entanto, em virtude de sua disseminação no jargão jurídico, mesmo no científico, e porque esta obra não se propõe a ser *sobre* o direito comparado, mas apenas realizada *através* dele, neste trabalho utilizaremos a referida expressão.

² Comungamos, portanto, do pensamento defendido por Jean Rivero (1995, p. 17) e René David (1950, p. 4), entre os clássicos, e de José Cretella Júnior (1992, p. 71-73), entre os brasileiros.

³ No dizer de Carlos Maximiliano (1996, p. 131), “todo ramo de conhecimentos se inicia pelo exame e fixação de fenômenos isolados, verificações parciais, na tendência unificadora dos princípios esparsos. (...) é mediante a generalização que um ramo de estudos especiais se eleva à categoria de verdadeira ciência”.

⁴ Numa tradução livre, “a administração [pública] deve atuar no interesse dos cidadãos, a fim de promover as condições para o exercício de seus direitos”.

⁵ Vide, sobre o assunto, no todo ou em parte: CRETELLA JÚNIOR, 1992; GOODNOW, 1993; MATTOS, 2001; MORAES, 2002 e RIVERO, 1995.

⁶ Tradução livre do autor. No texto original: “Il Consiglio di Stato e gli altri organi di giustizia amministrativa hanno giurisdizione per la tutela nei confronti della Pubblica Amministrazione degli interessi legittimi e, in particolari materie indicate dalla legge, anche dei diritti soggettivi.”

⁷ Nem sempre foi assim. A Constituição de 1791 dispôs que “os tribunais não podem invadir as funções administrativas ou mandar citar, para perante eles comparecerem, os administradores, por atos funcionais”, mas esse dispositivo não foi repetido na carta vigente de 1958. A criação da jurisdição administrativa, no entanto, deu-se por intermédio da Lei 16, de 24/8/1790, que dispunha que “as funções judiciárias são distintas e permanecerão separadas das funções administrativas. Não poderão os juizes, sob pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira, as atividades dos corpos administrativos”. As traduções dos textos originais para o português foram colhidas em Meirelles (2001, p. 47).

⁸ “Article 37: Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du *Conseil d'État*. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil Constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. Article 38: Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de pendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des Ministres après avis du *Conseil d'État*. Elles entrent en vigueur dès leur publication mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du present article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la lois dans les matières qui sont du domaine législatif.”

⁹ Numa tradução livre, “a revisão judicial cuida da legalidade da decisão tomada, não do mérito de uma decisão em particular”.

¹⁰ Sobre o tema, buscando um aprofundamento que as dimensões deste trabalho não nos permitem, vale a pena verificar, no Brasil, MELLO, 2000, p. 28; CARVALHO, 2002, p. 383 et seq.; MORAES, 1999, p. 71, 164; no exterior, consultar SOUSA, 1994, p. 45; ENGISH, 1979, p. 170; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1993, p. 395; GONZÁLES-VARAS IBÁÑEZ, 2003, p. 140; HECK, 1947, p. 59 et seq.

¹¹ O aprofundamento da discussão sobre a função normogenética dos princípios, e, especialmente, sua diferenciação das outras espécies de nor-

mas jurídicas, pode ser lucidamente verificado em Dworkin (1994, p. 71-80), entre outras, e Alexy (1997, p. 86-115).

¹² Tradução livre do autor. No original: “Agli impieghi nelle Pubbliche Amministrazioni si accede mediante concorso, salvo i casi stabiliti dalla legge.”

¹³ No original: “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”

Referência

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALEEGRETTI, Humberto. *Amministrazione pubblica e costituzione*. Padova: Cedam, 1996.

BANDEIRA, Luiz Fernando. *Novos mecanismos de prevenção à corrupção em licitações públicas*. 2004. ?f. Dissertação (Mestrado)—Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

_____. *La construcción de un sistema más eficiente de prevención a la corrupción en licitaciones públicas*. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2006.

BARNETT, Hilarie. *Constitucional & administrative law*. 2. ed. London: Cavendish, 1999.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 1997. 1 v.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito administrativo comparado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional comparado: introdução, teoria e metodologia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DAVID, René. *Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*. Paris: Librairie Générale de Droit e Jurisprudence, 1950.

DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. London: Duckworth, 1994.

- ENGLISH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Tradução de João Batista Machado. 5. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1979.
- GARCÍA DE ENTERRÍA; RODRIGUEZ, Fernández. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1993.
- GONZÁLEZ-VARA IBÁÑEZ, Santiago. *El contrato administrativo*. Madrid: Civitas, 2003.
- GOODNOW, Francisco. *Derecho administrativo comparado: análisis de los sistemas administrativos*. Madrid: España Moderna, 1993.
- GRAU, Eros Roberto; FIOCCA, Demian. *Debate sobre a constituição de 1988*. São Paulo: Paz e Terra, 2001.
- HECK, Philip. *Interpretação da lei e jurisprudência dos interesses*. Lisboa: J. Osório, 1947.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. *Revista de informação legislativa*, Brasília, a. 36, n. 141, jan./mar. 1999.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O contrato administrativo*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2001.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MELLO, Celso Antônio bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENDES, João de Castro. *Direito comparado*. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1982.
- MORAES, Alexandre. *Direito constitucional administrativo*. São Paulo: Atlas, 2002.
- _____. *Direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOTA, Maria Thereza da. *A reforma administrativa brasileira*. São Paulo: Edipro, 1999.
- RIVERO, Jean. *Curso de direito administrativo comparado*. Tradução de José Cretella Júnior. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- RUBIO LLORENTE, Francisco; DARANAS PELLÁEZ, Mariano. *Constituciones de los estados de la unión europea*. Barcelona: Ariel, 1997.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SOUSA, Antônio Francisco de. *Conceitos indeterminados no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

O futuro da profissão legal

Romeu Costa Ribeiro Bastos
Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

“Não é o mais forte ou o mais inteligente que sobreviverá; e sim, o mais adaptável”.

Charles Darwin

Neste início de século, que pode ser chamado de a Idade da Revolução Tecnológica, as mudanças radicais, principalmente a Internet, transformam o mundo num lugar menor e mais complexo. A globalização é um fato. Soluções tradicionais são deixadas de lado e novas habilidades devem ser adquiridas por todos aqueles que desejam o sucesso em qualquer profissão.

Shakespeare escreveu na peça Henrique VI: *“the first thing we do, let’s kill all the lawyers”*¹. Mas os advogados têm evitado esse destino e, devido a sociedade ocidental ser baseada na obediência à lei, o que se verifica mundialmente nos últimos trinta anos é um aumento considerável dos integrantes da profissão legal. O Brasil assistiu, a partir da década de setenta, ao crescimento das Escolas de Direito e à graduação excessiva de bacharéis. Entretanto, o que se constata é que apenas uma pequena parcela da população tem acesso ao atendimento legal.

O perfil dos advogados também mudou consideravelmente: são cada vez mais jovens, minorias étnicas e um grande número de mulheres ingressaram na profissão, mas, apesar dessa expansão, um fator preocupante é a deficiência na formação desses profissionais. Cite-se como exemplo a OAB/

Romeu Costa Ribeiro Bastos é Mestre em Engenharia de Sistemas pelo Instituto Militar de Engenharia. Doutor em Estratégia pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Professor Universitário. Secretário de Administração da Presidência da República.

Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha é Mestra em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Católica Portuguesa. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Universitária.

SP, em 2004, ter reprovado cerca de 92% dos candidatos inscritos no exame da ordem.

Fato é que o operador da lei não pode tornar-se um ser markoviano². Ele deve estar preparado para o futuro, sem esquecer-se do passado, muito embora a nostalgia e os dogmas possam apresentar-se como inimigos. Nesse encontro determinístico, ele tem de estar pronto para enfrentar desafios sociológicos, ambientais e, principalmente, tecnológicos.

Nos Estados Unidos da América, a preocupação com o futuro da profissão legal é objeto de reflexões. Neste ano de 2006, vários seminários sobre o assunto vêm sendo realizados, a exemplo do ocorrido no Texas, cujo título foi “*Reserving your place in the future of the legal profession*”.

Essa discussão deverá chegar ao Brasil em pouco tempo e, a propósito do tema, várias perguntas se colocam: como será a atuação dos advogados e das firmas de advocacia no futuro? Como formar um advogado de excelente qualidade? Como prover o atendimento legal a todos os segmentos da população?

No presente artigo, os autores se propõem a tentar respondê-las, fazendo prospecções futurísticas para dez ou vinte anos, por meio de cenários.

Inegavelmente, conhecer o futuro será sempre um desejo da humanidade. Michel Godet (1987) afirma: “todos aqueles que pretendem prever o futuro são impostores, pois o futuro não está escrito em parte nenhuma, ele está por se fazer. O futuro é múltiplo e incerto”. De que maneira, portanto, poder-se-ia pensar a respeito se é impossível prevê-lo?

Um modo seria escolher o que se deseja e tomar decisões para a condução das preferências. Contudo, olhar para o tempo vindouro é ver incertezas. Como, então, decidir hoje que profissão seguir? Como estará o mundo em uma década?

Concernente ao profissional da lei, como será o relacionamento com os clientes? Quais os instrumentos que poderão ser utilizados no exercício da profissão?

Para solver tais indagações, mister definir o cenário em que o advogado e as firmas irão atuar. O estudo de cenários é uma técnica antiga e bem conhecida, utilizada em diversas aplicações.

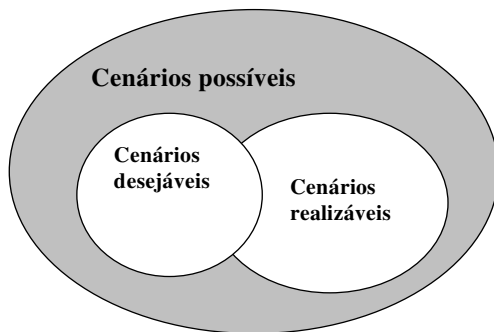
O cenário define-se como uma forma de desenvolver futuros alternativos baseados em diferentes combinações de hipóteses, dados e tendências.³

Existem três tipos de cenários:

- Cenários possíveis: todos que puderem ser imaginados.
- Cenários realizáveis: todos passíveis de ocorrer e que levam em conta os condicionantes do futuro.
- Cenários desejáveis: são subconjuntos dos possíveis, mas não são, necessariamente, realizáveis.

Pode-se dizer, então, que cenário é uma descrição narrativa do futuro, internamente consistente e que mostra uma data ou um período específico, ou seja, é um retrato plausível do futuro. Importante frisar que não é uma predição e, sim, uma possibilidade.

Existem na literatura vários cenários projetados; um deles, o apresentado pela CIA (2000) no relatório: “*Global Trends 2015: a dialogue about the future with nongovernment*



experts”, apontou dados concernentes à América Latina. Segundo o documento, em 2015, vários países daquele continente alcançarão grande prosperidade como resultado da economia global, da revolução das informações e da baixa taxa de natalidade. O progresso da democracia e o fortalecimento das instituições aumentarão a confiança dos investidores externos. Dois países se destacarão no continente – Brasil e México –, tornando-se a voz da região, que continuará, entretanto, vulnerável a fatores externos. Países mais pobres, especialmente os Estados Andinos, ficarão sujeitos às demandas populares, ao crime, corrupção e tráfico de drogas.

Ademais, Venezuela, México e Brasil se tornarão importantes produtores de petróleo, o Mercosul e Alca estarão mais organizados e as infovias propiciarão o crescimento do mercado e o aumento de oportunidades para novos investimentos, empregos e para a eficiência das corporações.

Por fim, o distanciamento entre os Estados mais prósperos e democráticos e os demais que não alcançarem tais condições, acentuar-se-á.

Em outro artigo intitulado “*World out of balance-Three scenarios for 2015*”, de autoria de Paul A. Laudicina ([200-?a]), são apresentados três cenários por meio dos quais demonstra-se que os governos tendem a se transformar em corporações de gerenciamento da saúde, educação e aplicação das leis. Propugna o autor que os Estados Unidos e a China se destacarão no cenário econômico, secundados por Brasil e Índia; que a segurança das comunicações digitais permitirá a globalização total e que 29% da população mundial será de classe média. Aponta, num cenário pessimista, que as questões ligadas ao terrorismo, bem como os conflitos no Oriente Médio, na Ásia Central e no Cáucaso, persistirão.

Panorama diverso é oferecido pelo NAE – Núcleo de Assuntos Estratégicos da Presidência da República e pelo Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São

Paulo, no “*Projeto Brasil 3 Tempos – Dimensão Global*”, publicado em dezembro de 2004, segundo o qual vários eventos comporão os cenários para 2007, 2015 e 2022. Entre os que deverão moldar o cenário mundial mais provável em 2022, estão os seguintes:

- O aumento do poderio econômico e militar da China e a afirmação da identidade política européia reduzirão a primazia dos EUA na economia e na política mundial.

- O Brasil terá assento e relevo em foros importantes, apesar de suas deficiências econômicas relativas.

- Um forte crescimento das exportações agropecuárias brasileiras se verificará, a despeito de pressões contrárias a pretexto de defesa do meio ambiente, leis de patentes e normas laborais.

- A utilização de fontes renováveis de energia ganhará preponderância no âmbito global.

- A consolidação da liderança do Brasil no espaço sul-americano se definirá, gerando obrigações econômicas, políticas e de segurança para o Estado brasileiro perante o Cone Sul.

- A Rússia intregará com maior efetividade a economia européia.

Tais perspectivas poderão não se realizar, afinal, quem poderia prever, por exemplo, a extinção da União Soviética em tão curto espaço de tempo? Não obstante, elas possibilitam a adoção de medidas que conduzam ao futuro preferido.

No tocante à profissão jurídica, o *Barreau du Quebec* (ROBINSON, [200-?]) elaborou três cenários para o futuro, denominados “Albania”, “Status Quo” e “Singapura”, cujos pontos principais são:

1. Cenário Albania

- Concentração dos serviços legais

- Adaptação da demanda baseada em mecanismos reativos

- Estrito controle das atividades reservadas para advogados

2. Cenário Status Quo

- Mais competição entre os advogados

- Menos lucros para os advogados
- Mais influências externas para a profissão

- Diminuição do respeito público

3. Cenário Singapura

- Expansão dos serviços legais
- Adaptação da demanda baseada em mecanismos proativos
- Melhoria da imagem dos advogados

Os dois primeiros são cenários pessimistas, com poucas variações em relação aos dias atuais e ignoram as mudanças globais e comerciais. O terceiro, no entanto, delinea a profissão a partir de uma atitude proativa em relação às mudanças e substitui as medidas reativas. Quer isso significar que os advogados deverão ir ao encontro das necessidades dos clientes em lugar de esperar suas solicitações. Por seu turno, as firmas de advocacia deverão adotar inovações tecnológicas com o fito de incrementar o aumento da qualidade dos serviços e da produtividade. Os advogados deverão dispor de novas habilidades e adaptar-se a novos níveis organizacionais. O estudo canadense apresenta, ainda, temas ilustrativos sobre a necessidade da mudança de concepção com que os causídicos deverão se defrontar, a saber: o gerenciamento, a gestão de pessoas, a informação sobre os serviços legais e os impactos da globalização sobre as leis e sobre a atuação jurídica.

Em se tratando do exercício da advocacia, há que se considerar que as forças modeladoras do futuro serão externas à profissão e afetarão a sociedade como um todo. Assim, os operadores do direito deverão se preparar de maneira bem distinta e melhor do que a atual.

Neste ponto, antes de se abordar as tendências que nortearão o advogado do futuro, cumpre precisar tal conceito:

“Tendência é uma direção ou sequência de eventos que têm determinados impulsos e duração (...) elas são previsoras, pois começam pequenas e depois ganham *momentum*.” (HEMZO, 2005, p. 50).

As tendências que possivelmente mudarão os negócios em 2015 e, via de consequência, afetarão a profissão legal foram colocadas num artigo publicado no *The McKinsey Quarterly on Line Journal* sob o seguinte escopo:

1. Tendências macroeconômicas:

- Centros de atividades econômicas se deslocarão, tanto globalmente, como regionalmente. Como consequência da liberalização econômica, de avanços tecnológicos e deslocamentos demográficos, o mundo, apesar dos problemas que aparecerão, alinhar-se-á economicamente.

- Atividades no setor público aumentarão, tornando a produtividade cada vez mais essencial. O crescimento da população idosa imporá o aumento da eficiência e criatividade nos serviços públicos.

- Haverá uma mudança e expansão de cenário para o consumidor. Prevê-se que, até 2015, o poder de consumo nas economias emergentes crescerá de quatro trilhões de dólares para nove trilhões de dólares. A população não somente ficará mais velha, mas mudará o seu perfil, tendo maior informação acerca do consumo.

2. Tendências sociais e ambientais:

- A tecnologia mudará a maneira como o povo vive e interage. Novos desenvolvimentos, sobretudo nos ramos da biotecnologia e nanotecnologia, transformarão a maneira de viver. O trabalho não será apenas global, mas instantâneo, permitindo o surgimento de novos talentos. Isso acarretará um deslocamento de empregos para os países mais desfavorecidos, aumentando a integração global.

- Os grandes negócios estarão sujeitos a um maior controle da sociedade, vez que a suspeição contra os aglomerados industriais crescerá, principalmente devido à preocupação ambiental.

- A demanda por recursos naturais expandirá, bem como a preocupação com um maior controle ambiental. Os países emergentes necessitarão, cada vez mais, de recursos naturais para progredirem, porque

descuidaram-se do meio ambiente. Água, minerais e a atmosfera serão vitais para a humanidade e irão requerer uma mudança de mentalidade. Inovações tecnológicas, regulação e o bom uso da natureza serão vitais para a criação de um novo mundo com crescimento econômico, socialmente mais justo e com excelentes condições ambientais.

3. Tendências comerciais e industriais:

- Novas estruturas industriais globais.

Em resposta às variações do mercado e ao advento de novas tecnologias, modelos não tradicionais de negócios florescerão. Empresas que utilizem possibilidades estruturais se capitalizarão com essas transformações.

- O gerenciamento passará da arte para a ciência. Grandes empresas, cada vez mais complexas, demandarão novas ferramentas para serem dirigidas. Os dias de “instinto e bom-senso” serão substituídos pelas técnicas científicas de decisão e por *softwares* altamente sofisticados.

- O acesso sem limites à informação mudará o saber econômico. O conhecimento será instantâneo e universal. Novos modelos de produção, acompanhados, por exemplo, de aplicações em patentes, estarão ao alcance de muitos. As empresas terão que aprender a enfrentar e selecionar as grandes quantidades de informações.

Da mesma maneira que os executivos do futuro deverão preparar suas empresas para responder a esses desafios, os profissionais da lei deverão desenvolver habilidades especiais para aconselhá-los.

Sob esse enfoque, a *American Bar* (2001), na sua pesquisa sobre a projeção temporal da profissão legal, cita as tendências que a influenciarão:

- Representação *pro se*
- Aumento do acesso dos mais desfavorecidos à justiça
- Serviços legais por meio da Internet
- Não-advogados provendo serviços legais eletronicamente
- Advogados se engajando em representações inter-jurisdicionais

- Aumento da competição entre advogados, contadores e consultores
- Aumento de procedimentos eletrônicos nas Cortes
- Mais advogados trabalhando em suas residências
- Existência de mais firmas virtuais
- Respeito público aos advogados
- Oferta de profissionais maior do que a demanda

Conclui-se, pois, que as tendências principais serão a globalização e a facilidade de acesso por meios eletrônicos, sendo que as firmas e os profissionais deverão ser capazes de operacionalizá-los. Quem não estiver habilitado não sobreviverá. O novo advogado deverá ser um “Advogado Digital”, não especializado em assuntos ligados à informática, mas um aplicador da tecnologia da informação em todos os aspectos da prática jurídica. Sua área de trabalho consistirá em um lugar em que a informação não estará impressa, e sim nas telas dos computadores. As leis terão novos contornos e os clientes, novas expectativas.

Mais do que nunca, o operador do direito deverá adquirir habilidades e conhecimentos que o possibilitem enfrentar os mais significantes desafios. Entre tais habilidades, destacam-se:

1. Capacidade de provocar mudanças
2. Capacidade de planejamento
3. Capacidade de pensar
4. Capacidade tecnológica
5. Capacidade de gerenciamento
6. Capacidade de liderança
7. Capacidade de inovação
8. Capacidade de comunicação
9. Capacidade de previsão
10. Criatividade

Questão controvertida a ser colocada é se os advogados estarão preparados para esse porvir nada fácil que planeja no horizonte e como as firmas deverão atuar nesse novo cenário. Segundo um *White Paper* elaborado pela *Baker Robbins & Company* ([2004?]), a firma vindoura será constituída por advogados produtivos, que reagirão

positivamente aos desafios, e estará conectada, permanentemente e em tempo real com os clientes. Este último aspecto talvez seja o mais importante; os clientes, cada vez mais exigentes, demandarão acesso instantâneo às informações. Nesse contexto, os advogados deverão estar disponíveis e conectados por ligações *wireless* com os escritórios que representam, com as redes públicas e com a sua clientela. Possivelmente, o cenário seria o da “firma virtual”, em que os arquivos e as bases de dados estariam nos servidores da rede e os encontros com os empregados e clientes poderiam ser agendados em qualquer local do mundo, via *e-mail* ou por meio de conferências eletrônicas.

Pondere-se, por outro lado, o perigo dessa facilidade para a profissão. Isso porque a Internet, ao converter produtos e serviços em *commodities*, tornará dispensável a atuação do profissional do direito em alguns serviços legais, eliminando a atuação técnica do especialista que funciona como intermediário na negociação. É o caso clássico do advogado que age como mediador entre o representado e o sistema legal.

Outro fato a ser observado é o comportamento dos clientes. Conforme se afirmou, eles demandarão cada vez mais junto aos seus procuradores, desejarão ter acesso e controle dos processos e buscarão atendimento personalizado. A tendência será tê-los como co-produtores, provendo-os com bases de dados e acesso à informação instantânea.

À evidência, essa aproximação com o futuro já se faz sentir. No Brasil, a promulgação da Lei nº 11.280, de 17 de fevereiro de 2006, alterou dez dispositivos do Código de Processo Civil e acrescentou parágrafo único ao artigo 154, que dispõe:

“Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-

Estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil)”.

Nesse sentido, ficou autorizado aos tribunais pátrios disciplinarem a utilização de meios eletrônicos nos atos processuais com o fim de assegurar sua autenticidade, integridade e validade jurídica. Para tanto, serão adotados certificados digitais emitidos na cadeia da Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).⁴

Por fim, um último questionamento centra-se na capacidade de as Faculdades de Direito estarem preparadas para formar operadores capazes de enfrentar tão grandes inovações. Dúvidas não restam dever a Nova Escola subsidiar seus alunos na perquirição acerca das dimensões filosóficas e sociais da lei, contudo, deve também auxiliá-los a lidar com os aspectos técnicos da profissão. Em face da complexidade e diversidade do mundo que cresce exponencialmente, o Direito é fundamental como elemento ordenador da sociedade. Decorre daí a demanda de advogados com treinamento acadêmico sofisticado crescer numa taxa muito expressiva. Esse treinamento, porém, somente será possível se as escolas adotarem um rigoroso currículo multidisciplinar, que deverá contemplar, entre outros pontos:

– Interações entre o Direito e Humanidades: as capacidades humanísticas, tais como expressão oral e escrita, entendimento das instituições humanas, ética, poder criativo do pensamento, estudos de gênero e etnia, revelam-se fundamentais para a formação de um bom advogado.

– Interações entre o Direito e a Ciência da Administração: tais interações conectarão o Direito aos negócios, possibilitando aos advogados alcançarem um entendimento dos aspectos comerciais sob os pontos de vista legal e empresarial.

– Interações entre o Direito, a Ciência e a Tecnologia: ligações sinérgicas com tecnologias avançadas nos campos da Ciência da Computação e Engenharia deverão ser incentivadas para a formação de advogados especializados em propriedade intelectual.

tual, comércio e fraudes eletrônicas, discussões legais sobre biotecnologia e o uso ético da engenharia genética.

– Interações entre o Direito e Ecologia: as questões ecológicas e ambientais ganharão preponderância, gerando indagações legais sobre o uso de recursos naturais. Advogados ambientalistas serão, ao lado dos ecologistas, os principais atores dos embates que ocuparão a pauta principal da sociedade no século XXI.

Concluindo, este novo século será uma época de evolução e revolução. Nesse contexto, os profissionais do direito necessitarão promover uma reengenharia que se desdobrará, tanto no campo jurídico como organizacional, em prol da produtividade e da eficácia. Ademais, no futuro, os advogados e as firmas deverão adotar modelos de serviços legais que, para além de atender o aumento das expectativas dos clientes, privilegiem os avanços tecnológicos e uma nova estrutura de negócios.

Sem dúvida, um desafio instigante e irreversível a conduzir os operadores jurídicos ao sucesso no século XXI, sem o abandono do profissionalismo e da ética.

Notas

¹ “A primeira coisa que devemos fazer é matar todos os advogados”.

² Andrei Andreyevich Markov (1856-1922) nasceu em Ryazan, na Rússia. Seu principal estudo foi a criação das “Cadeias de Markov”, processo que se caracteriza por não possuir memória em relação ao passado do sistema. Isso significa que apenas o estado atual do sistema influencia o próximo passo. A frase que mais o identifica é: “Dado o presente, o futuro independe do passado”.

³ Segundo Michel Godet, (apud MARCILA; GRUMBACH, 2002, p. 43) cenário é “o conjunto formado pela descrição coerente de uma situação futura e pelo encaminhamento dos acontecimentos que permitem passar da situação de origem à situação futura”.

⁴ Já há vários exemplos do uso da certificação digital ICP-Brasil no Poder Judiciário. Um deles é o do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que, em junho de 2005, regulamentou o e-Doc. Esse sistema permite o envio eletrônico de documentos assi-

nados digitalmente referentes aos processos que tramitam nas Varas do Trabalho dos 24 Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e no Tribunal Superior do Trabalho (TST), por meio da internet, sem a necessidade da apresentação posterior dos documentos originais.

Referências

AMERICAN BAR. Deliberations of the committee on research about the future of the legal profession. *ABANET*, [S. l.], 31 ago. 2001. Disponível em: <<http://www.abanet.org/lawfutures/report2001/finalreport.pdf>>. Disponível em: 14 fev. 2006, às 16:24 horas.

BAKER ROBBINS & COMPANY. The law firm of the future. *Cisco System*, Tasman, [2004?]. disponível em: <http://www.cisco.com/web/strategy/docs/legal_law_firm_future.pdf>. Acessado em 1 mar. 2006, às 10:31 horas.

DIRECTOR of Central Intelligence (CIA). Global Trends 2015: a dialogue about the future with non-government experts. *Director of Central Intelligence Washington*, dez. 2000. Disponível em: <<http://www.cia.gov/cia/reports/globaltrends20015/index.html>>. Acessado em: 15 fev. 2006, às 15:07 horas.

GODET, Michel. *Scenarios and strategic management*. London: Butterworths Scientific, 1987.

HEMZO, Miguel Ângelo; PRADO, Rita de Cássia. *Administração estratégica*. São Paulo: [S. n.], 2005.

INSTITUTO DE ESTUDOS AVANÇADOS DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Projeto Brasil 3 tempos: dimensão global. *Universidade de São Paulo*, São Paulo, dez. 2004. Disponível em: <<http://iea.usp.br/iea/futuro/prospectivaglobal.pdf>>. Acessado em: 14 fev. 2006, às 10:43 horas.

LAUDICINA, Paul A. World out of balance-Three scenarios for 2015. *The Global List*, [S. l., 200-?a]. Disponível em: <<http://www.theglobalist.com/DBWeb/storyId.apx?StoryId=4429>>. Acessado em: 16 fev. 2006, às 14:15 horas.

MARCIAL, Elaine Coutinho; GRUMBACH, Raul José dos Santos. *Cenários prospectivos: como construir um futuro melhor*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2002.

ROBINSON, Charlie. *What in the world is future of the legal profession?*. *Charlie Robinson Futurist*, [S. l., 200-?b]. Disponível em: <http://www.charlie-robinsonfuturist.com/article_list.htm>. Acessado em: 12 fev. 2006, às 20:13 horas.

Reforma tributária: se não hoje, quando?

Agaciel da Silva Maia

A Reforma Tributária começa a tomar corpo nos debates da sociedade. Benjamin Franklin pontificava, ainda no século XVIII, que, “neste mundo, nada é seguro, apenas a morte e os impostos”. Pois bem; esse é um dos temas que afeta a vida e o bem-estar de todos nós, dos empresários aos consumidores, da máquina pública ao empreendedorismo privado. É bom destacar que o Sistema Tributário Brasileiro é relativamente novo, tendo surgido por meio da Emenda Constitucional 18, de 1º de dezembro de 1965, que, no artigo 1º, delimitou, com precisão cirúrgica, sua composição: impostos, taxas e contribuições de melhoria, fornecendo assim a base para o funcionamento de um sistema unificado, coeso e de amplitude nacional. Tal sistema ganhou maioria até o final do primeiro governo militar, regido que foi pela dupla Campos-Bulhões (Roberto Campos e Octávio Gouveia de Bulhões, respectivamente, ministros do Planejamento e da Fazenda). Havia, então, um objetivo bem definido, qual seja, o de ordenar a situação caótica da estrutura tributária contemplada pela Constituição Brasileira promulgada em 1946.

Assim, inovações ocorreram, conceitos doutrinários foram inseridos, impostos receberam classificação detalhada e utilizou-se de nova nomenclatura para a área. Buscou-se conciliar aspirações e tendências das diferentes esferas do poder do Estado brasileiro. Essa foi a gênese, o início de um deba-

Agaciel da Silva Maia, Economista, é Diretor-Geral do Senado Federal.

te que, vez por outra, volta a ser um anseio claro da sociedade, em especial dos seus agentes econômicos, sejam públicos ou privados.

Ao momento, as atenções dos interessados na reforma buscam aperfeiçoar o texto dos artigos 145 a 156 da Constituição de 1988. É que, na visão de muitos especialistas, tais artigos, em vez de clarearem a *selva tributária* em que vivemos, dificultam bastante sua apreensão, devido à elevada complexidade que, entre outras razões, provoca custos altíssimos e danosos tanto para o Fisco, quanto para o contribuinte, constatando-se acentuada tendência de favorecimento da sonegação pura e simples.

Uma reforma tributária torna-se premente, inadiável, pois há que se recompor o sistema e conciliá-lo com a emergência do moderno pensamento de um Estado enxuto, em vez de um Estado voraz e insaciável, que termina por encarecer brutalmente todos os bens de consumo, derrubando o poder aquisitivo da população e sua qualidade de vida.

Há que se convir que o sistema tributário vigente, se por um lado causou uma revolução ao direcionar novas somas da arrecadação tributária aos Estados e, conseqüentemente, perdas para a União, destinou a esta, de forma generosa, entre outros, o imposto sobre grandes fortunas, que, sem ter sido regulamentado logo no nascedouro, vem ensejando, lamentavelmente, a criação de outras taxações, entre elas a CPMF, que, de provisória, tornou-se – em uma visão prática – definitiva. Esse é apenas um dos muitos exemplos dos variados encargos que elevam a carga tributária sobre o povo brasileiro. De fato, no período de 1968 a 1980, a carga tributária média do País correspondia a 25,1% do PIB (Produto Interno Bruto), saltando para 34,1% em 2001 e situando-se hoje ao redor dos 38%.

Tal realidade tributária parece demonstrar, de forma inequívoca, o ocaso do Estado e a falta de criatividade e sensibilidade para com níveis de oferta de bons serviços prestados pelo governo e melhoria da qua-

lidade de vida dos contribuintes, notadamente os da base da pirâmide da renda nacional. A condenável atitude de se buscar sanar os desafiadores problemas de escassez de recursos com a criação ou elevação de impostos, taxas, contribuições etc. tem sido tentação irresistível para muitos governantes.

Ainda podemos ouvir o eco das palavras do renomado jurista Ives Gandra Martins, para quem temos “muito tributo para nada”. Mais pitoresca é a definição do deputado Antônio Delfim Netto, ex-ministro da Fazenda, do Planejamento e da Agricultura, que batizou o sistema tributário brasileiro de sistema “Ingana” – que arrecada tributos nos níveis da Inglaterra, mas, na hora de devolver o que foi arrecadado como serviços públicos à população (saúde, educação, estradas, etc.), o faz ao nível de Gana, um dos mais pobres países da África.

Não é demais ressaltar que as reformas, mesmo aquelas inadiáveis, devem acontecer sem prejuízo da manutenção dos direitos e garantias fundamentais, conquistados ao longo dos séculos. Isso porque a reforma que o Brasil reclama é por uma justiça tributária que seja verdadeira e que cobre tributos de forma absolutamente progressiva, isentando quando absolutamente necessário.

Uma reforma tributária necessita, entre outros objetivos, atingir um saudável equilíbrio atuarial; transformar o atual sistema – complexo e em algumas instâncias injusto – em um conjunto mais simplificado de regras claras e isonômicas, tanto quanto possível; corrigir distorções graves como tributar gêneros de primeira necessidade e permitir elisão fiscal. É possível, ainda, quem sabe, dar um passo maior numa reforma fiscal e não somente tributária, abrindo-se a oportunidade de uma ampla revisão no quadro de despesas, incluindo-se aí o das previdenciárias e o que estabelece absoluta paridade entre rendimentos de servidores da ativa e aposentados. Pode-se, ainda, criar condições para que Estados e municípios voltem a investir na área social, em espe-

cial na infra-estrutura dos serviços básicos requeridos pela população.

Finalmente, uma reforma, em nossa situação atual, deve buscar reduzir, e não elevar, a carga tributária, uma das dez maiores

do mundo. Este é um bom momento para repercutir o pensamento do jornalista francês Gay de Girardin quando disse que “a força dos governos é inversamente proporcional ao peso dos impostos”.

A participação do Legislativo no processo de celebração dos tratados

Silvia Pradines Coelho Ribeiro

Sumário

1. Introdução. 2. Tratado: conceito, condições de validade, terminologia, formalidade e efeitos jurídicos. 3. Relações do direito internacional com o direito interno. 4. A Constituição brasileira de 1988 e o poder de celebrar tratados. 5. A relação entre os Poderes Executivo e Legislativo no processo de conclusão de tratados. 6. O processo de celebração de tratados no Congresso Nacional. 7. Fases do tratado no processo de conclusão: negociação, assinatura e ratificação. 8. Promulgação e publicação. 9. Registro. 10. Conclusão.

1. Introdução

É extraordinária a velocidade e abrangência de temas com os quais o direito internacional tem lidado, sobretudo no período do pós-guerra, que exigiu da comunidade juridicamente organizada uma profunda reflexão e intensificação das relações internacionais. Mais contemporaneamente, e ainda sob o impacto dos ataques terroristas de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, o direito internacional tornou-se fulcral de suas conseqüências diretas. Nesse contexto, cada vez mais globalizado com a interação dos blocos econômicos, os tratados são de suma relevância na evolução do direito internacional.

Conciliar os interesses nacionais do Estado com os da comunidade global apresenta-se como um desafio a ser enfrentado. Manter relações com os inúmeros atores da

Silvia Pradines Coelho Ribeiro é advogada inscrita na OAB-DF, Analista Legislativa do Quadro de Pessoal do Senado Federal e exerce a função de Chefe de Gabinete.

Trabalho final apresentado ao Curso de Especialização em Direito Legislativo realizado pela Universidade do Legislativo Brasileiro - UNILEGIS e Universidade Federal do Mato Grosso do Sul - UFMS como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo. Orientador: Prof. Jorge Luís Fontoura Nogueira.

comunidade internacional abre questionamentos no que tange aos limites de extensão jurisdicional dos Estados.

Assim, de maneira sucinta, o presente texto pretende fazer uma breve abordagem de alguns elementos concernentes ao tema, buscando demonstrar especificamente a atuação do Poder Legislativo no processo de celebração dos tratados, à luz dos dispositivos constitucionais de 1988 que tratam do assunto.

2. Tratado: conceito, condições de validade, terminologia, formalidade e efeitos jurídicos

Os tratados são considerados, atualmente, a fonte mais importante do Direito Internacional. A Convenção de Viena, de 1969, dá a seguinte definição: “tratado significa um acordo internacional concluído entre Estados em forma escrita e regulado pelo Direito Internacional, consubstanciado em um único instrumento ou em dois ou mais instrumentos conexos qualquer que seja a sua designação específica”. Celso de Albuquerque Mello (2002, p. 204) afirma que a forma escrita é a mais comum dos tratados; todavia, os acordos orais também têm obrigatoriedade. Contudo, devido à importância de que se revestem, os tratados passaram a ser concluídos sob a forma escrita. E, em 1928, a Convenção de Havana estipulou no seu art. 2º ser a forma escrita condição essencial do tratado.

Segundo Rezek (2002, p. 14), tratado é “todo acordo formal concluído entre sujeitos de direito internacional público, e destinado a produzir efeitos jurídicos”.

Na definição de Hildebrando Accioly (2002, p. 28), tratado é “o ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais”.

Alguns pré-requisitos são indispensáveis para validarem um tratado, entre eles, destacamos: que haja capacidade das partes (Estados ou organizações internacio-

nais); que os agentes estejam habilitados (os representantes de um Estado devem demonstrar a sua capacidade mediante a apresentação dos *plenos poderes*); que haja consentimento mútuo; e, ainda, que seja lícito e possível o objeto do tratado (só deve visar coisa materialmente possível e permitida pelo direito e pela moral). No Brasil, o governo federal não será responsável, caso um Estado membro da federação conclua um acordo, sem que seja ouvido o Poder Executivo Federal nem seja aprovado pelo Senado.

Um tratado não pode ter um objeto que contrarie a moral. Não pode, também, existir no tratado um objeto impossível de ser executado. Se ocorrerem essas hipóteses, a parte pode pôr fim ao tratado.

Em 23 de maio de 1969, o Brasil assinou a Convenção de Viena sobre o Direito dos tratados, mas, até o presente, não logrou ratificá-la. O art. 46 dispõe que “é nulo o tratado que violar uma norma imperativa do Direito Internacional Geral, inserida na Convenção de Viena como sendo norma aceita, e que violar uma norma imperativa do Direito Internacional Geral, inserida na Convenção de Viena como sendo norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados como um todo, como uma norma em que não é permitida a derrogação e a qual somente pode ser modificada por uma subsequente norma do Direito Internacional Geral tendo o mesmo caráter”.

Há uma infinidade terminológica alternativa para o termo tratado. No Brasil, são concebíveis: acordo, ajuste, arranjo, ata, ato, carta, código, compromisso, constituição, contrato, convenção, convênio, declaração, estatuto, memorando, pacto, protocolo e regulamento. Esses termos são de uso livre e aleatório. Apenas o termo concordata possui, em direito das gentes, significação singular: é estritamente reservado ao tratado bilateral, em que uma das partes é a Santa Sé, e tem por objeto a organização do culto, a disciplina eclesiástica, as missões apostólicas e as relações entre a Igreja católica local e o Estado co-pactuante.

A formalidade é o principal elemento distintivo entre o tratado e o costume. O tratado não prescinde da forma escrita, é um acordo formal: ele se exprime, com precisão, em determinado momento histórico, e seu teor tem contornos bem definidos. As partes, em todo tratado, são necessariamente pessoas jurídicas de direito internacional público – Estados soberanos, Santa Sé e Organizações Internacionais. Por não possuírem personalidade jurídica de direito das gentes, as empresas privadas não têm capacidade para celebrar tratados, pouco importando a sua eventual multinacionalidade.

A produção de efeitos jurídicos de direito é essencial ao tratado, considerando que não pode ser visto senão na sua dupla qualidade de ato jurídico e de norma. O acordo formal entre Estados é o ato jurídico que produz a norma, desencadeando efeitos de direito, gerando obrigações e prerrogativas, caracterizando, dessa forma, a plenitude do tratado. (REZEK, 2002, p. 18).

3. *Relações do direito internacional com o direito interno*

Duas grandes correntes divergem sobre a independência desses dois ordenamentos. Os partidários da tese *monista* não partem do princípio da vontade dos Estados, mas sim de uma norma superior, e, como esclarece Accioly (2002, p. 65), em princípio, o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais. Os doutrinadores *monistas* ainda enveredam por dois outros caminhos opostos. Para uns, em caso de dúvidas, subsiste o direito internacional: é a tese do primado do direito internacional; outros, contudo, defendem a tese do primado do direito interno. Para Kelsen, citado por Accioly (2002), do ponto de vista científico, os dois sistemas são igualmente aceitáveis, ou seja, uma norma qualquer pode ser aceita como ponto de partida do sistema total; mas, a seu ver, a tese do primado do direito internacional deve ser acolhida por motivos práticos.

Os dualistas, por sua vez, enfatizam a diversidade das fontes de produção das normas jurídicas, lembrando sempre os limites de validade de todo direito nacional e observando que a norma do direito das gentes não opera no interior de qualquer Estado senão quando este, havendo-a aceito, promove-lhe a introdução no plano doméstico (REZEK, 2002, p. 5). Os defensores dessa doutrina entendem haver diferenças entre o direito internacional e o direito interno, constituindo dois sistemas distintos, independentes e que não se confundem. O primeiro trata das relações entre Estados e o segundo sobre as relações entre indivíduos. Destacam, ainda, que o Direito Internacional depende da vontade comum de vários Estados, ao passo que os direitos internos dependem da vontade unilateral de cada Estado. Em outras palavras, o Direito Internacional não cria obrigações para o indivíduo, a não ser que as suas normas sejam transformadas em direito interno.

No Brasil, a questão foi esclarecida pelo posicionamento do Supremo Tribunal Federal em dois casos: a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADIN 1.480 e a Carta Rogatória – CR 8.279. Em ambas oportunidades para o STF, após sua incorporação, os tratados encontram-se no plano das leis ordinárias, ou seja, em posição inferior à Constituição Federal. A incorporação dos tratados ao sistema interno brasileiro equipara-os à lei interna. E, ante a inexistência de uma norma constitucional, deve valer a última palavra do Congresso.

O judiciário, nesse processo, só atua depois de o tratado ser devidamente incorporado ao nosso ordenamento jurídico, cabendo ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de guardião da Constituição Federal, julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, em caso de declaração de inconstitucionalidade de tratado. Ao Superior Tribunal de Justiça compete julgar, mediante recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais

Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, quando a decisão contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência. Ainda no âmbito do Poder Judiciário, compete aos juízes federais processar e julgar as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional, bem como os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente.

4. A Constituição brasileira de 1988 e o poder de celebrar tratados

No Brasil, os tratados, para se tornarem obrigatórios, devem ser aprovados previamente pelo Congresso Nacional.

O Presidente da República, como responsável pela dinâmica das relações exteriores, após concluir a negociação de um tratado, submete-o à aprovação do Congresso para dar continuidade, ou não, ao processo determinante do consentimento.

O abono do Congresso Nacional é indispensável para o Presidente da República manifestar o seu consentimento definitivo a um tratado, embora não o obrigue à ratificação. Significa dizer que a validade de um compromisso externo depende da vontade conjunta dos poderes Executivo e Legislativo. Cada participação é necessária, mas insuficiente, de maneira individualizada.

Vale salientar que o Brasil tem ratificado atos internacionais, quer *bi* ou *multilaterais* de grande complexidade, justificando a sua crescente presença no cenário internacional e a conseqüente intensificação dos contratos, o que gerou, nos últimos anos, um aumento significativo de atos internacionais negociados e concluídos pelo Brasil sobre as mais diversas matérias (Cf. MAZZUOLI, 2001, p. 28).

A participação do Poder Legislativo está consagrada, desde a Primeira República até os dias atuais, no processo e conclusão de

tratados sem grandes modificações nos textos constitucionais brasileiros.

A última versão que trata sobre a questão está disposta nos artigos 84, VIII, e 49, I, da Constituição Federal de 1988. Percebe-se que a vontade do Executivo, manifestada pelo Presidente da República, não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas não for manifestada, no que se consagra, assim, a colaboração entre o Executivo e o Legislativo na conclusão de tratados.

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional; (...)”

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional; (...).”

A Constituição Federal de 1988 deu uma abrangência maior ao Congresso Nacional (art. 49, I). Isso significa que os acordos, por exemplo, sobre a dívida externa brasileira devem ser submetidos à aprovação do Legislativo e não poderão ser concluídos sob a forma de acordos firmados apenas na esfera do Executivo.

5. A relação entre os Poderes Executivo e Legislativo no processo de conclusão de tratados

O objetivo de atribuir o poder de celebrar tratados ao Poder Executivo, somente mediante o referendo do Legislativo, é o de limitar, descentralizar e condicionar a capacidade de celebrar os tratados, prevenindo abusos, por parte do Executivo, quanto ao Legislativo.

Enquanto cabe ao Poder Executivo conduzir a política externa, ao Legislativo é re-

servada a missão de exercer o controle dos atos executivos. Os dispositivos constitucionais previstos nos artigos 21, I, e 49, I, exprimem tais prerrogativas:

“Art. 21. Compete à União:

I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; (...).

“Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

(...)

X – fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta; (...).”

O Congresso Nacional, quando se manifesta por meio da elaboração de decreto legislativo, consolida o que ficou resolvido sobre os tratados, acordos ou atos internacionais.

“Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de:

(...)

VI – decretos legislativos; (...).”

Se, por acaso, o Congresso Nacional se manifestar pela rejeição de um tratado, tal decisão será comunicada, por mensagem, ao Chefe do Poder Executivo. Ou seja, o decreto legislativo, como espécie normativa que é, versa sobre matérias de sua exclusiva competência arroladas no art. 49 da Constituição Federal, como a aprovação de tratados, o julgamento das contas do Presidente da República ou, ainda, sobre assuntos de seu interesse interno. Um único decreto pode, inclusive, aprovar mais de um tratado; mas, se o tratado anteriormente aprovado e devidamente ratificado for posteriormente denunciado, será necessária a elaboração de um novo decreto legislativo, no caso de nova aprovação do mesmo tratado.

O decreto legislativo, por ser da competência exclusiva do Congresso Nacional, não está condicionado à sanção presidencial, sujeitando-se, apenas, à promulgação do Presidente do Senado Federal.

Em suma, no que diz respeito ao Estado brasileiro, os tratados, acordos e convenções

internacionais, para que sejam incorporados ao ordenamento interno, necessitam de prévia aprovação do Poder Legislativo, que exerce a função de controle e fiscalização dos atos do Executivo. É importante salientar que tal competência limita-se à aprovação ou rejeição do texto convencional tão somente, não sendo admissível qualquer interferência no seu conteúdo. Ou seja, *a priori* as emendas não são admitidas.

Nesse ponto cabem algumas considerações, pois existem discussões doutrinárias sobre a possibilidade da apresentação, ou não, de emendas ao texto do tratado, por parte do Poder Legislativo.

Segundo Celso de Albuquerque Mello (2002, p. 230), a “defesa de o Congresso emendar tratados, a exemplo do Senado norte-americano, é feita por Aureliano Leal e atualmente por Wilson Accioly de Vasconcellos. A corrente que nega este poder ao Legislativo é representada por João Barbalho, João da Fonseca Hermes Júnior, Alberto Deodato e Assis Brasil”.

A matéria está longe de ser unanimidade e, entre as várias posições existentes, ainda segundo Celso Mello (2002), a melhor é a de Pontes de Miranda, a qual nega a possibilidade de emenda e aceita a apresentação de reservas. A emenda apresentada pelo Congresso Nacional é considerada uma interferência indevida nos assuntos do Executivo, uma vez que só a ele competem as negociações no domínio internacional e a emenda nada mais é do que uma forma indireta pela qual o Legislativo poderia se imiscuir na negociação. Já a reserva não tem o aspecto acima mencionado. O Legislativo poderá apresentá-la, desde que seja cabível.

No entanto, o insigne autor constata que, na prática, o Congresso tem efetivamente apresentado emendas.

Para Rezek (2002, p. 89):

“no Brasil a aprovação da emenda pelo Congresso Nacional toma forma, também ela, em *decreto legislativo*. Publicado este, está o presidente da República autorizado a consentir no pla-

no internacional, fazendo chegar ao depositário do pacto a carta ou instrumento que exprime a *aceitação* da emenda pelo país. Supondo, então, que a dita emenda *entre em vigor* – o que poderia deixar de ocorrer, à falta de assentimentos em número suficiente – , o chefe do governo *promulgará* a emenda mediante decreto; em tudo observado, pois, o roteiro pertinente ao tratado original”.

É importante destacar a diferença entre *emendas* e *reservas a tratados*. As emendas pretendem a revisão ou reforma de determinadas cláusulas e as reservas visam suspender-lhes a aplicação. A emenda, por ser uma modificação unilateral, não obriga a outra parte contratante, mas, sim, o Executivo a iniciar novas negociações. Quanto às reservas, na realidade elas não são formuladas pelo Legislativo. O que ele faz é aprovar o tratado, desde que o Executivo apresente determinadas reservas. A apresentação de reservas é um ato do Poder Executivo.

A Convenção de Viena define reserva como sendo “uma declaração unilateral, qualquer que seja sua redação ou denominação, feita por um Estado ao assinar, ratificar, aceitar ou aprovar um tratado, ou a ele aderir, com o objetivo de excluir ou modificar os efeitos jurídicos de certas disposições do tratado em sua aplicação a esse Estado”. A Convenção de Viena declara, ainda, que “uma reserva não pode ser formulada quando proibida pelo tratado em questão; quando o mesmo só admite determinadas reservas em que não se inclui a reserva formulada e, ainda, quando a mesma for incompatível com o objeto e a finalidade do tratado”.

Na prática, os Estados não têm abusado da sua utilização, trazendo como vantagem a defesa da igualdade dos mesmos, posto que eles apresentam reservas às cláusulas que lhes são nocivas. Ou seja, o que antes poderia transformar-se em prejuízo à eficácia dos tratados passa a ser uma proteção à soberania dos Estados, desde que usadas com moderação.

Outra questão polêmica é a apresentação das reservas na ratificação, na aceitação e na adesão aos tratados, pois elas são consideradas pelos doutrinadores como prejudiciais, na medida em que modificam, unilateralmente, o tratado já concluído. Note-se que as reservas na ratificação surgiram em virtude da intervenção do Poder Legislativo para a aprovação dos tratados. Na prática internacional, elas têm sido consagradas e admitidas, salvo se o tratado as proíba.

Com relação ao papel do Congresso Nacional no processo de celebração de tratados, existem muitas discordâncias na doutrina. Alguns entendem que o Congresso ratifica tratados e outros, que somente os tratados “que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” devem passar pelo crivo do parlamento.

O não-consenso doutrinário remete às seguintes questões: o que seria “resolver definitivamente” e o que seria considerado “encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. Porém, segundo Mazzuoli (2001, p. 27), “habilitado a ratificar tratados internacionais está somente o Chefe do Executivo e mais ninguém. É sua, nesta sede, a última palavra. Ao Parlamento incumbe aprovar ou rejeitar o tratado assinado pelo Executivo, mais nada”. Assim, a expressão “resolver definitivamente sobre tratados” deve ser entendida em termos, não se podendo dar a ela significado acima de seu real alcance. Assim sendo, a expressão não significa ratificação, que é ato próprio do Chefe do Executivo, responsável pela dinâmica das relações internacionais, a quem cabe decidir tanto sobre a conveniência de iniciar as negociações, como a de ratificar o ato internacional já concluído. Por conseguinte, incumbe ao Parlamento *aprovar* ou *não* os tratados, submetidos à sua apreciação, e ao Chefe do Executivo, *ratificá-los*, se aprovados pelo Congresso. Assim sendo, o Congresso Nacional só *resolve definitivamente* sobre os tratados quando *rejeita* o acordo, ficando o Executivo, nesse caso,

impedido de ratificá-lo. Em caso de aprovação, quem resolve de modo definitivo é o Chefe do Executivo, ao ratificar ou não o tratado. A expressão *resolver definitivamente*, apesar de se manter até hoje nas constituições brasileiras, tem sido considerada das mais impróprias dentre as que dizem respeito à matéria.

Cachapuz de Medeiros (1983, p. 133-134) julga inadequada a expressão, posto que “a decisão efetivamente definitiva incumbe ao Presidente da República, que pode ou não ratificar os tratados, depois de estes terem sido aprovados pelo Congresso”. A manifestação do Congresso Nacional, assim, só ganha foros de definitividade quando *desaprova* o texto do tratado anteriormente assinado, quando, então, o Presidente da República estará impedido de levar a efeito a ratificação. Mas, se aprovou o tratado submetido à sua apreciação, a última palavra é do Chefe do Executivo, que tem a discricionariedade de ratificá-lo ou não, segundo o que julgar conveniente.

Considera o autor que “os Parlamentos não ratificam tratados internacionais. Somente os examinam, autorizando ou não o Poder Executivo a comprometer o Estado”. E, ainda, afirma:

“a ratificação, por conseguinte, é ato privativo do Chefe do Executivo, pelo qual este confirma às outras partes, em caráter definitivo, a disposição do Estado de cumprir um tratado internacional. Assim, convém fique nítido que a aprovação dada pelo Poder Legislativo não torna um tratado obrigatório, pois o Executivo tem ainda a liberdade de ratificá-lo ou não, conforme julgar mais conveniente (...). Um tratado entra em vigor internacionalmente no instante em que os Estados signatários comunicam reciprocamente a existência dos instrumentos de ratificação”.

Para enriquecer ainda mais o tema, Cachapuz (1983, p. 98) traz à discussão as opiniões de Carlos Maximiliano,

Themístocles Brandão Cavalcanti, Pontes de Miranda e Celso de Albuquerque Mello. Os dois primeiros autores defendem a tese da possibilidade de o Congresso sugerir modificações. Por sua vez, Pontes de Miranda considera que, como cabe ao Congresso a aprovação ou não dos tratados a ele encaminhados, e, na hipótese de sugestão de alterações, o Presidente da República deveria interpretar que o acordo não conseguiu a devida aprovação, este deve, pois, entabular novas negociações, a seu juízo.

Segundo Mazzuoli (2001, p. 37), o Congresso Nacional não ratifica nenhum tipo de ato internacional. Em verdade, por meio de decreto legislativo, o nosso *parlamento federal autoriza a ratificação*, que é ato próprio do Chefe do Poder Executivo, a quem compete privativamente, nos termos da Constituição da República (art. 84, VIII), celebrar acordos internacionais. Em outras palavras, *o Congresso Nacional apenas aprova ou não o texto convencional – fazendo-o por meio de decreto legislativo –*, de forma que a aprovação dada pelo Poder Legislativo, em relação ao tratado, não tem o condão de torná-lo obrigatório, pois o Presidente da República, após isso, pode ou não, segundo o que for mais conveniente aos interesses da Nação, ratificá-lo.

João Barbalho (Cf. MEDEIROS, 1983, p. 97), comentarista de nossa primeira Constituição republicana, tinha o entendimento de que quebrar a integridade de um tratado era o mesmo que “rejeitá-lo *per totum*”. Afirmava, ainda, que “a Constituição reservou para o Poder Legislativo a resolução final dos tratados e, como pela aprovação parcial e indicação de outras cláusulas o ato ficará ainda dependente de novos acordos, a resolução do Congresso deixará então de ser conclusiva e de última instância; serão os tratados como que negociados e feitos por ele e por ele mesmo aprovados”.

Nessa mesma linha de entendimento, manifesta-se Clóvis Bevilacqua (Cf. MEDEIROS, 1983, p. 97), ao afirmar que “o Congresso aprova ou rejeita o tratado; não

lhe cabe o direito de emendá-lo ou de aprová-lo somente em parte”.

Por outro lado, a defesa da tese de que o Legislativo pode aprovar com emendas os acordos internacionais foi feita por Aureliano Leal, referindo-se à Carta de 1891 e, mais recentemente, por Wilson Accioli de Vasconcellos, o qual entendia que as emendas eram perfeitamente admissíveis.

Feitas essas considerações, cumpre deixarmos as divergências doutrinárias de lado e retornarmos ao tema sobre a relação entre os poderes Executivo e Legislativo no processo de conclusão de tratados, destacando que ao Legislativo é atribuída a incumbência de examinar, uma vez consumada, a celebração do ato pelo Presidente, bem como se tal decisão pode ser mantida em nome do interesse nacional. A harmonia da relação entre os Poderes Legislativo e Executivo da União, nesse assunto, decorre do preceito constitucional consubstanciado no art. 21, I, segundo o qual “compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais”.

Como se percebe, para a formalização dos tratados, participam sempre o Legislativo e o Executivo. Sem a participação desses dois Poderes, a realização do ato não se completa.

A aprovação de tratados pelo Poder Legislativo com ressalvas e emendas implica a renegociação do texto antes de sua promulgação. Se essa renegociação não ocorrer, o tratado não poderá ser promulgado e introduzido na ordem jurídica interna.

Se o tratado ainda não se encontra ratificado, ou seja, sem o comprometimento da Nação no cenário internacional (mesmo sem entrar em vigor internacionalmente), o Congresso, por decreto legislativo, pode revogar o diploma que tenha anteriormente aprovado o acordo. A aprovação parlamentar pode ser *retratada*, desde que o tratado não tenha sido, ainda, ratificado pelo Presidente da República.

O decreto legislativo não tem o poder de transformar o acordo assinado pelo Execu-

tivo em norma a ser observada, quer na órbita interna, quer na internacional. Tal fato somente vai ocorrer com a posterior ratificação e promulgação do texto do tratado pelo Chefe do Poder Executivo, o qual o faz por meio de decreto, pois, assim como é sua a competência privativa para celebrar tratados, sua também será em matéria de ratificação.

Ao analisar essa matéria, comenta Mazzuoli (2001, p. 34) citando autores, como *Pedro Calmon* e *Hildebrando Accioly*, o tratado apenas assinado é tão-somente um “projeto de tratado”, se não foi devidamente aprovado por uma resolução legislativa promulgada pelo presidente do Senado. Tal doutrina, porém, é contestada por *Pontes de Miranda*, para quem “o tratado assinado já é tratado, muito embora ainda dependa de ratificação e de aprovação congressional, se essa é exigida pelo direito interno do País”.

Antes de ser o tratado submetido à aprovação do Congresso, os poderes que têm os Embaixadores, ordinário e extraordinário, e os Ministros Plenipotenciários permitem apenas o empenho da vontade do Poder Executivo e não a obrigação de ser mantido o que foi assinado.

Podemos observar que, no Brasil, um tratado não aprovado pelo Congresso Nacional pode ser novamente submetido à sua apreciação na mesma legislatura. Contudo não o pode ser na mesma sessão legislativa. Vale lembrar que uma sessão legislativa equivale à quarta parte de uma legislatura. Ou seja, uma legislatura (o que equivale a quatro anos de trabalhos legislativos) é composta por quatro sessões legislativas.

6. O processo de celebração de tratados no Congresso Nacional

Após a conclusão da negociação de um tratado, o Presidente da República, como responsável pelas atividades concernentes às relações exteriores, está livre para dar prosseguimento, ou não, ao processo de consentimento a ser desempenhado pelo Con-

gresso Nacional. A remessa de todo tratado ao Poder Legislativo para que o examine e aprove, se assim julgar conveniente, se dará por envio de mensagem do Presidente da República, acompanhada do inteiro teor do compromisso, em língua portuguesa, além da exposição de motivos do Ministro das Relações Exteriores.

Tanto a Câmara como o Senado possuem comissões especializadas, cujos estudos e pareceres precedem a votação em plenário. Normalmente o exame dos tratados envolve pelo menos duas das respectivas comissões: a de Relações Exteriores – CRE e a de Constituição e Justiça – CCJ. Dependendo do tema do tratado, haverá também o envolvimento de outras comissões, como as de Finanças, Economia ou Indústria e Comércio, por exemplo.

A votação em plenário requer o *quorum* comum de presenças – a maioria absoluta do número total de Deputados ou de Senadores –, devendo haver a manifestação em favor do tratado da maioria absoluta dos presentes.

Vejam, a seguir, a tramitação em cada uma das Casas, separadamente, do Congresso Nacional, demonstrando o momento em que este exerce a sua competência exclusiva bicameral, mediante o processo sucessivo de deliberação, ou seja, primeiramente tramita na Câmara dos Deputados e, após, no Senado Federal.

6.1. Tramitação na Câmara dos Deputados

No Legislativo, a recepção da Mensagem do Presidente da República, acompanhada da respectiva Exposição de Motivos (EM) do Ministro de Estado das Relações Exteriores e do texto do ato internacional, é o primeiro momento de apreciação da matéria. O art. 64 da Constituição Federal determina que a tramitação deve ser iniciada na Câmara dos Deputados. Após a sua leitura em plenário, e em obediência ao princípio da publicidade dos atos, os Senhores Deputados tomam conhecimento da matéria.

O Presidente da Câmara, no despacho inicial, poderá, também, distribuir o conteúdo do ato internacional a outras Comissões Permanentes, para que estas igualmente se manifestem naquilo que for de sua competência. Entretanto, a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional é sempre a primeira a opinar.

O processo, então, sob a designação de Mensagem, é numerado e remetido à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional para exame por um relator designado entre seus integrantes. Na Comissão, lido o relatório, desde que a maioria se manifeste de acordo com o relator, passará ele a constituir parecer conclusivo em forma de projeto de decreto legislativo. Após o exame da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional – CREDN, o projeto é submetido ao crivo da Comissão de Constituição e Justiça de Cidadania – CCJC, à qual compete examinar os “aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa”.

O projeto poderá, ainda, ser remetido às outras Comissões que tenham de manifestar-se sobre o assunto, na ordem estabelecida logo no início pelo Presidente da Câmara. Caso o projeto seja considerado em boa forma e aprovado pelas Comissões, ele é enviado ao plenário para votação. Sendo aprovado no plenário, em turno único, sua redação final será apresentada pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, conforme disposto no art. 32, III, q, do Regimento Interno da Câmara. Aprovada a sua redação final, o projeto é encaminhado à apreciação do Senado Federal, nos termos do art. 65 da Constituição Federal.

6.2. Tramitação no Senado Federal

A rotina é basicamente repetida. Após a leitura, em plenário, o projeto de decreto legislativo encaminhado pela Câmara, devidamente acompanhado dos originais da Mensagem presidencial e dos atos sob exame, é despachado à Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, onde é dis-

tribuído a um relator (art. 103, I, do Regimento Interno do Senado). Após o respectivo exame, o parecer conclui pela apresentação de projeto de decreto legislativo, na maioria das vezes reproduzindo o que fora remetido pela Câmara dos Deputados.

Podem acontecer, por vezes, que o Senado promova algum ajuste redacional no texto de um projeto de decreto legislativo. Nesse caso, por tratar-se, apenas, de correção formal, que não atinge o conteúdo do projeto, o entendimento é que a matéria não necessita retornar à Câmara para reexame.

Concluído o exame na Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, o projeto fica pronto para ser incluído na Ordem do Dia do plenário. Aprovado em plenário, em turno único, sem emendas, fica dispensada a redação final e o texto do projeto de decreto legislativo é dado como definitivamente aprovado, seguindo à promulgação. A promulgação é prerrogativa do Presidente do Senado Federal, que é o mesmo do Congresso Nacional. O decreto promulgado é enumerado e publicado no Diário do Congresso Nacional e no Diário Oficial da União.

Admite-se, em ambas as Casas, a apresentação de emendas aos projetos de decreto legislativo, mas não ao texto dos tratados submetidos à apreciação.

O decreto legislativo exprime unicamente a aprovação. Quando o Congresso rejeita o tratado, há, apenas, a comunicação, mediante mensagem, ao Presidente da República.

Oportuno registrar que, ao longo da tramitação do processo de aprovação de ato internacional no Congresso, tanto a Comissão de Relações Exteriores da Câmara quanto a do Senado podem requerer audiências ou colaboração do Ministério das Relações Exteriores, para elucidação de matéria sujeita ao seu pronunciamento.

O Presidente da República é a autoridade competente para promulgar o ato internacional, depois de devidamente ratificado e, assim, poder ser incorporado à legislação interna. Tal promulgação é dada por decre-

to presidencial. Não confundir com a promulgação da aprovação do ato internacional, que é feita pelo Congresso, na forma de um decreto legislativo, firmado pelo Presidente do Senado. Essa questão costuma trazer alguma confusão, mas, na realidade, são procedimentos bem distintos.

7. Fases do tratado no processo de conclusão: negociação, assinatura e ratificação

Segundo nos ensina Celso de Albuquerque Mello (2002, p. 217), “negociação é a fase inicial do processo de conclusão de um tratado”. Ela é da competência do Poder Executivo, mas não exclusiva do Ministro das Relações Exteriores, que possui competência limitada. Na realidade, ela é partilhada com os representantes do Chefe de Estado, ou seja, com os negociadores, que se reúnem com a intenção de concluir um tratado.

A negociação de um tratado multilateral se desenvolve nas grandes conferências e congressos e determina o fim dessa fase, com a elaboração de um texto escrito, que é o tratado. Em caso de tratado bilateral, normalmente a negociação é entre o Ministro do Exterior ou seu representante e o agente diplomático estrangeiro, assessorados por técnicos nos assuntos em negociação.

A assinatura é a fase que se sucede à negociação. Algumas modificações têm sido notadas com relação à sua importância, tanto em razão do desenvolvimento da ratificação como ato discricionário, como, também, pela sua desobrigação nas convenções internacionais do trabalho. Há, ainda, a assinatura diferida, que consiste em se dar aos Estados um prazo maior para a assinatura do tratado, a fim de que os Estados que não participaram das negociações constem como partes contratantes originárias. Essa prática tem tornado a assinatura diferida muito semelhante à adesão, distinguindo-se, desta, em razão da ratificação.

A ordem das assinaturas obedece ao princípio do alternado, isto é, o chefe de Es-

tado e seu plenipotenciário são citados em primeiro lugar nos instrumentos que lhes são destinados. Nos acordos com a Santa Sé, ela ocupa o primeiro lugar. Quando o tratado é multilateral e só há um exemplar que é assinado, adota-se o critério da ordem alfabética do nome dos Estados em francês ou inglês. No caso de tratados assinados em grandes conferências, algumas vezes apenas a assinatura do presidente da conferência é considerada suficiente.

A ratificação é outra fase do processo de conclusão dos tratados. Ela confirma a assinatura do tratado e dá validade a ele. Sua principal característica é ser um ato discricionário, do que decorrem duas conseqüências: a) a indeterminação do prazo para a ratificação, podendo ser realizada pelo Estado no momento que assim julgar oportuno, salvo quando há prazo estipulado para tal; e b) a licitude da recusa da ratificação.

A ratificação é o ato administrativo mediante o qual o chefe de Estado confirma o tratado firmado em seu nome, ou em nome do Estado, declarando aceito o que foi convencionalmente pelo agente signatário. Como regra, só ocorre a ratificação depois que o tratado for devidamente aprovado pelo Poder Legislativo. Segundo ensina Accioly (2002, p. 35), o acordo ou tratado pode prever a sua própria ratificação, sem, contudo, dispensar as formalidades constitucionais estabelecidas para esse fim. Pode haver, inclusive, a recusa de um dos signatários, por qualquer motivo, a ratificá-lo, ainda que autorizado pelo órgão competente.

Na definição de Sette Câmara, citado por Celso de Albuquerque Mello (2002, p. 220), "é o ato pelo qual a autoridade nacional competente informa às autoridades correspondentes dos Estados cujos plenipotenciários concluíram, com os seus, um projeto de tratado a aprovação que dá a este projeto e que o faz doravante um tratado obrigatório para o Estado que esta autoridade encarna nas relações internacionais". A ratificação é um ato do Poder Executivo, exigindo ou não a prévia autorização do Legisla-

tivo. Como ensina Celso de Albuquerque Mello (2002, p. 221), "a ratificação passou a ser considerada a fase mais importante do processo de conclusão dos tratados". E, segundo o autor, as principais razões são a importância das matérias que são objeto do tratado, que devem ser apreciadas pelo chefe de Estado; a questão do excesso de poderes ou violação das instruções dadas aos negociadores, quando da assinatura do tratado; e, ainda, a possibilidade que o procedimento oferece ao chefe de Estado de obter preventivamente o concurso dos órgãos (Congresso) necessários, pelo direito interno, para a formação da vontade que ele deverá declarar internacionalmente.

Muito embora a Convenção Pan-americana sobre Tratados, de 1928, tenha consagrado na jurisprudência internacional o princípio que determina que os tratados só serão obrigados após a sua ratificação, a Convenção de Viena, por sua vez, declara que um Estado se obriga a um tratado pela ratificação quando assim o determina e há a intenção dos negociadores de o submeterem à ratificação.

A cláusula de aceitação é outra prática utilizada para substituir a ratificação, a qual necessita de aprovação prévia do Legislativo.

8. Promulgação e publicação

A promulgação existe em razão de o tratado não ser fonte do direito interno. Ou seja, o tratado dá-se no plano internacional e a promulgação é o instrumento por meio do qual a sua executoriedade é inserida no direito interno.

A promulgação é a fase que ocorre após a troca ou o depósito dos instrumentos de ratificação. É, segundo Accioly (1935; 2002), "o ato jurídico, de natureza interna, pelo qual o governo de um Estado afirma ou atesta a existência de um tratado por ele celebrado e o preenchimento das formalidades exigidas para sua conclusão, e, além disto, ordena sua execução dentro dos limites aos quais

se estende a competência estatal". Os efeitos da promulgação são tornar o tratado executório no plano interno e constatar a regularidade do processo legislativo. No Brasil, a promulgação é feita por decreto do Presidente da República, com a publicação do texto, na íntegra, no Diário Oficial da União.

Após a fase da promulgação, segue-se a publicação, que é a condição essencial para o tratado ser aplicado no âmbito interno. No Brasil, publica-se tanto o decreto legislativo, em que o Congresso aprova o tratado, quanto o decreto do Poder Executivo, no qual, efetivamente, ele é promulgado. O texto do tratado acompanha o decreto de promulgação. A publicação é feita no Diário Oficial da União e incluída na "Coleção de Leis do Brasil". O Supremo Tribunal Federal considera obrigatória a promulgação para o tratado vigorar internamente.

9. Registro

A Carta das Nações Unidas determina, em seu artigo 102, que todo tratado concluído por qualquer membro das Nações Unidas, depois da entrada em vigor da referida Carta, deverá, dentro do mais breve prazo possível, ser registrado e publicado pela Secretaria da Organização das Nações Unidas. A Convenção de Viena endossou essa regra, em seu artigo 80, acrescentando, ainda, que a designação de depositário constitui a autorização para este praticar o registro. A Convenção sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais também regula a matéria nos mesmos termos.

Cabe ao depositário de um tratado a função de registrá-lo no Secretariado da Organização das Nações Unidas. Considera-se como o dia do registro o do recebimento pelo Secretário-geral. Um certificado de registro será redigido em cinco línguas oficiais da Organização das Nações Unidas (francês, inglês, espanhol, russo e chinês) pelo Secretariado. A sanção para o tratado não regis-

trado está prevista na alínea II do art. 102 da Carta da Organização das Nações Unidas, o qual estabelece não poder o tratado ser invocado "perante qualquer órgão das Nações Unidas". Não obstante a inexistência de registro, o tratado é obrigatório para as partes contratantes.

10. Conclusão

De acordo com a legislação brasileira, no que se refere aos tratados, constata-se que, após cumpridas as formalidades pelos agentes diplomáticos, eles tornam-se obrigatórios somente depois de submetidos às fases de apreciação e de autorização pelo Congresso Nacional e de, ainda, serem ratificados pelo Presidente da República.

No Brasil, para que os tratados sejam incorporados ao ordenamento interno, é necessária a prévia aprovação do Poder Legislativo, que exerce a função de controle e fiscalização dos atos do Executivo. Na aprovação de ato internacional, o Congresso se limita a autorizar o Executivo a ratificar e a promulgar o tratado, caso seja de sua vontade. Vale dizer que, mesmo com a aprovação, no Congresso Nacional, o tratado, convenção ou acordo internacional não se completa, nem se torna obrigatório, sem a promulgação presidencial.

O Congresso Nacional, quando elabora o decreto legislativo para manifestar a sua aprovação, ou não, consolida o que ficou resolvido sobre os tratados, na fase de negociação. Ou seja, o Poder Legislativo autoriza a ratificação do tratado pelo Poder Executivo, posto que a este compete a dinâmica das relações exteriores.

Entre os doutrinadores e estudiosos da matéria, há divergências quanto à possibilidade, ou não, de o Congresso Nacional apresentar emendas aos tratados.

Os parlamentares demonstram estarem firmes na disposição de exercer as suas prerrogativas constitucionais, no que se refere ao acompanhamento, ao controle e à fiscalização dos atos do Poder Executivo. Enten-

dem ser o Congresso o fórum próprio para o aprofundamento, quer no processo de discussão, quer na iniciativa de propor emendas aos tratados, encaminhados pelo Executivo, para o respectivo *referendum* previsto no artigo 49, I, da Constituição Federal.

Apesar de a matéria ser polêmica, com diversas opiniões sobre a possibilidade, ou não, da apresentação, desde uma simples emenda de técnica legislativa até emendas mais complexas que alterem o mérito, verifica-se, nos últimos anos, uma intervenção maior do Legislativo no processo de celebração de tratados. Ainda que essa maior intervenção acarrete uma tramitação mais demorada da matéria, o Poder Executivo tem demonstrado sinais de boa vontade em relação à participação mais efetiva do Congresso, pois, em última análise, tal postura serve para efetivar o compartilhamento das responsabilidades entre o Executivo e o Legislativo.

Por outro lado, um período mais longo de tramitação no âmbito do Congresso pode traduzir uma certa indiferença do Executivo em relação ao andamento do processo e, ainda, um certo distanciamento entre os poderes.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando. *Direito internacional público*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1935. 3 t.
- _____. ; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de direito internacional público*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- AZEVEDO, Márcia Maria Corrêa de. *Prática do processo legislativo: jogo parlamentar: fluxos de poder e idéias no congresso: exemplos e momentos comentados*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. (1988). Brasília: Senado Federal, 1994.
- _____. *Regimento interno da Câmara dos Deputados*. Brasília: Centro de Documentação e Informação, 2003.
- _____. *Regimento interno do Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, 2003.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais: o treaty-making power na constituição brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 38, n. 150, abr./jun. 2001.
- MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de. *O poder legislativo e os tratados internacionais*. Porto Alegre: Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul; L&PM, 1983.
- MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 1 v.
- REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2002.

O regime jurídico-constitucional da radiodifusão e das telecomunicações no Brasil em face do conceito de atividades audiovisuais. A inconstitucionalidade do anteprojeto de lei que cria a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual – Ancinav*

Otávio Luiz Rodrigues Junior

Sumário

1. Apresentação do problema. 2. Artigo 4º, inciso VI: impossibilidade de controle indicativo simultâneo. 3. Artigos 7º a 10: Conceito de atividade audiovisual. Distinção entre radiodifusão e telecomunicações. Comunicação social. Comunicação de massa: conceito equívoco no ordenamento jurídico brasileiro. Impropriedade da amplitude conferida ao conceito de atividade audiovisual em face da Constituição de 1988. 4. Artigo 12: A descaracterização constitucional do conceito de empresa brasileira e o estabelecimento de limites inconstitucionais ao exercício dos serviços de radiodifusão e de telecomunicações. 5. Artigo 25: O sofisma da separação entre *redes físicas* e *produção de conteúdo*. Prevalência do regime constitucional dicotômico entre os serviços de telecomunicações e de radiodifusão. 6. Artigo 36: A opção constitucional por estabelecer um *único* órgão autárquico de controle e regulação dos serviços de telecomunicações. Inconstitucionalidade da criação de outra agência para o exercício da mesma função típica. 7. Artigo 42: A função de controle de outorgas de serviços de radiodifusão e de telecomunicações e a inconstitucionalidade de sua interferência por uma nova agência reguladora. 8. Artigo 43: O controle de conteúdo e seu perfil constitucional. 9. Artigos 44 a 47: Interferência da Ancinav nas atribuições de outros entes. 10. Artigo 84: A inconstitucionalidade do uso do Fistel como receita do Funcinav. 11. Artigo 93: Descaracterização do sentido de concessionário de serviços de telecomunicações. 12. Conclusões.

Otávio Luiz Rodrigues Junior é Consultor Jurídico do Ministério das Comunicações. Advogado da União.

1. Apresentação do problema

O anteprojeto de lei que *dispõe sobre a organização de atividades audiovisuais, sobre o Conselho Superior do Audiovisual, a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual e dá outras providências*, elaborado no âmbito do Ministério da Cultura e da Casa Civil da Presidência da República, ensejou, desde logo, fundas polêmicas técnico-jurídicas, empolgando acerbo debate na opinião pública brasileira no ano de 2004.

Neste estudo, pretendeu-se apreciar os artigos do anteprojeto que tocavam o âmbito normativo peculiar ao Ministério das Comunicações. Em obediência a essas premissas, as razões seguintes representam uma visão tópica do anteprojeto, que se circunscreve aos aspectos de maior intimidade com os ofícios do Ministério das Comunicações, assim entendidos, sua função, sua estrutura, suas atribuições administrativas e o espaço de incidência das normas constitucionais, legais e infralegais que lhes são próprias. Igualmente, contemplam-se os efeitos supostos do anteprojeto, em idênticos limites, sobre a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, autarquia vinculada, e que merecem indispensável curadoria.

Ante a exigüidade temporal de sua elaboração, o estudo nem de longe exauriu o tema, mas, evidentemente, contribuiu a um perlustrar mais reflexivo da norma em minuta, suas projeções sobre o ordenamento jurídico brasileiro e as implicações de natureza técnica ou tecnológica. O exame decanta vários artigos e pospõe-lhes o que se ponderou essencial, em termos de confronto legislativo e axiológico, *especificamente por sua inadequação*, o que informa persistir a imперatividade de seu reestudo ou mesmo sua supressão. O que tocara a outros plexos do Poder Executivo, especialmente à Presidência da República e ao Ministério da Justiça, não foi cuidado, pois, com superior qualidade e proficiência, seus representantes o farão. Esse propósito foi exceptuado apenas naquilo que se mostrou absolutamente in-

dispensável à harmonia e ao concerto material da Constituição da República.

A exposição atende a um método. Cada um dos artigos do anteprojeto, que se vincarem aos pressupostos acima delineados, será objeto de uma secção específica, relativamente independente das demais, indigitando-se a assimetria peculiar. Quando possível, recomenda-se a supressão ou a modificação do texto, a fim de conservá-lo.

2. Artigo 4º, inciso VI: impossibilidade de controle indicativo simultâneo

“Art. 4º O Poder Público, no que se refere ao desenvolvimento e à regulação das atividades audiovisuais, tem o dever de:

(...)

VI – estimular o estabelecimento, pela sociedade, de sistemas de classificação indicativa de obras e outros conteúdos audiovisuais, bem assim de códigos de auto-regulamentação da produção e veiculação de conteúdos audiovisuais pelos meios de comunicação de massa, com a participação de representantes da sociedade civil e associações de exploradores de atividades audiovisuais;”

Esse artigo prevê uma modalidade paraestatal de controle dos “conteúdos audiovisuais”, expressão que, como se verá nas secções seguintes, possui caráter de extrema abrangência, alcançando até os programas veiculados por concessionários de serviços de radiodifusão sonora e de imagens.

O art. 21, inciso XVI, da Constituição Federal define que compete à União classificar, para efeito indicativo as diversões públicas e os programas de rádio e televisão. Assim, o estabelecimento, pela sociedade, dos chamados “sistemas de classificação indicativa” interfere nas atribuições administrativas cometidas à União, vulnerando os ofícios do Ministério das Comunicações, no tocante às sanções por conteúdo, e do Ministério da Justiça, mais designadamente no que concerne à classificação indicativa.

Essa antinomia opera-se *mediatamente* no plano infralegal. O art. 29, alínea af, da Lei nº 4.117, de 27-8-1962 (Código Brasileiro de Telecomunicações) indigita que é atribuição do Ministério das Comunicações, sucessor do CONTEL – Conselho Nacional de Telecomunicações, fiscalizar o cumprimento, por parte das emissoras de radiodifusão, das finalidades e obrigações de programação, definidas no art. 38 dessa lei. Por seu turno, o art. 28 do Decreto nº 52.795, de 31-10-1963 (Regulamento dos Serviços de Radiodifusão do Código Brasileiro de Telecomunicações), assim prescreve:

“As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações: “11 – subordinar os programas de informação, divertimento, propaganda e publicidade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão; 12 – na organização da programação: a) manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a transmissão de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrárias à moral familiar e aos bons costumes; b) não transmitir programas que atentem contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico; c) destinar o mínimo de 5% (cinco por cento) do horário de sua programação diária à transmissão de serviço noticioso; d) limitar ao máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do horário da sua programação diária o tempo destinado à publicidade comercial; e) reservar 5 (cinco) horas semanais para a transmissão de programas educacionais; f) retransmitir, diariamente, das 19 (dezenove) às 20 (vinte) horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações dos Po-

deres da República, ficando reservados 30 (trinta) minutos para divulgação de noticiário preparado pelas duas Casas do Congresso, excluídas as emissoras de televisão; g) integrar gratuitamente as redes de radiodifusão, quando convocadas pela autoridade competente; h) obedecer às instruções baixadas pela Justiça Eleitoral, referentes à propaganda eleitoral; i) não irradiar identificação da emissora utilizando denominação de fantasia, sem que esteja previamente autorizada pelo Ministério das Comunicações; j) irradiar o indicativo de chamada e a denominação autorizada de conformidade com as normas baixadas pelo Ministério das Comunicações; l) irradiar, com indispensável prioridade, e a título gratuito, os avisos expedidos pela autoridade competente, em casos de perturbação da ordem pública, incêndio ou inundação, bem como os relacionados com acontecimentos imprevistos; m) irradiar, diariamente, os boletins ou avisos do serviço meteorológico; n) manter em dia os registros da programação; 13 – observar as normas técnicas fixadas pelo Ministério das Comunicações para a execução do serviço; (...) 17 – facilitar a fiscalização, pelo Ministério das Comunicações, das obrigações contraídas, prestando àquele órgão todas as informações que lhe forem solicitadas.”

Prefigura-se incompatível, material e formalmente, o inciso VI do art. 4º do anteprojeto com a Constituição de 1988, estando a merecer supressão em parte.

3. Artigos 7º a 10: conceito de atividade audiovisual. Distinção entre radiodifusão e telecomunicações. Comunicação social. Comunicação de massa: conceito equívoco no ordenamento jurídico brasileiro. Impropriedade da amplitude conferida ao conceito de atividade audiovisual em face da Constituição de 1988

“Art. 7º Para os fins desta Lei atividade audiovisual designa o conjun-

to de ações e atividades que compõem a produção e a oferta de obras audiovisuais cinematográficas e de outros conteúdos audiovisuais a usuário ou grupos de usuários, determinável ou não.

§ 1º Compõem o conjunto de ações e atividades a que se refere o *caput*, entre outros:

I – a exploração, direta e indireta, comercial e não comercial, de qualquer natureza e finalidade, por quaisquer meios, de obras cinematográficas e outros conteúdos audiovisuais; e

II – o provimento de bens e serviços específicos para a produção de obras cinematográficas e outros conteúdos audiovisuais.

“Art. 8º Considera-se explorador de atividade audiovisual, sujeito ao disposto nesta Lei, qualquer pessoa ou grupo de pessoas, natural ou jurídica, que exerça, direta ou indiretamente, atividade classificada como audiovisual.

§ 1º A exploração de atividade audiovisual será regulada pela Ancinav, inclusive quando realizada por prestadora de serviço de telecomunicações.

(...).

“Art. 9º Conteúdo Audiovisual é o produto da fixação ou transmissão de imagens, com ou sem som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, da tecnologia empregada, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-la ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão.

“Art. 10. Obra audiovisual é a fixação ou transmissão de conteúdo audiovisual em um tempo de duração determinado.

(...)

§ 4º A Ancinav definirá outras modalidades de obras audiovisuais e

conteúdos audiovisuais em função de sua nacionalidade, natureza, finalidade, forma, âmbito de exploração, meio de suporte e transmissão, tecnologia empregada e outros atributos.”

Esses dispositivos encerram o *punctum saliens* do anteprojeto, no que se refere à sua inadequação.

Conceitua-se “atividade audiovisual” como sendo “o conjunto de ações e atividades que compõem a oferta de obras cinematográficas e de outros conteúdos audiovisuais a usuários ou grupos de usuários, determinável ou não”. Conglobando-a vêm as expressões *prestadores de serviço de telecomunicação, captação ou transmissão de imagens*. Em suma, confundiram-se três tipologias jurídicas absolutamente distintas (telecomunicações, radiodifusão e criação), subordinando pessoas jurídicas e naturais de caracteres totalmente diversos, submetidos a regimes constitucionais próprios, a um novo e incompatível sistema de princípios, regras e sanções.

Na doutrina, não é recente a tentativa de abrandar as fronteiras práticas e teóricas entre a radiodifusão, as telecomunicações e a criação literário-jornalística. Há inclusive uma expressão mais consolidada, a chamada “comunicação de massa”, inspirada no direito norte-americano.

Observe-se, porém, que até mesmo a “comunicação de massa” é alvo de censuras por ser tida como excessivamente plurívoca e, portanto, parcialmente inadequada a fins jurídicos. Mais ainda, dissociada do regime constitucional brasileiro. Seu conceito é vago e incerto. Tal pode ser constatado na doutrina mais atualizada (Cf. BITELLI, 2004, p. 101), bem assim mediante simples pesquisa nas normas legais e infralegais vigentes. Impera, nesse sentido, uma expressiva incerteza onomástica. Somente a título de exemplo, o Decreto nº 639 de 24-8-1992, que promulga o Acordo sobre Cooperação Cultural entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República da Polônia, em seu art. 3º, afirma que: “As Par-

tes promoverão também o desenvolvimento da cooperação no âmbito das ciências humanas, ensino superior e educação, meios de comunicação de massa, esporte e intercâmbios juvenis, mediante: e) apoio à cooperação entre os *meios de comunicação de massa, como rádio, televisão, órgãos de imprensa, redações e associações de jornalistas de ambos os países, além de apoio ao intercâmbio de programas de rádio e televisão, principalmente programas culturais e educativos*".

O Decreto nº 73.719, de 1-3-1974, que promulga o Acordo sobre Cooperação Cultural entre o Brasil e a Nigéria, também é plurívoco ao determinar que:

"Art. 4.1. Cada Parte Contratante encorajará, na medida do possível, um melhor conhecimento da civilização e da cultura da outra Parte através do intercâmbio de livros, periódicos, publicações científicas, revistas, jornais, fotografias, filmes e fitas magnéticas, bem como de informações e dados estatísticos que possam ajudar a conhecer o desenvolvimento de cada Parte Contratante no território da outra.

2. As Partes Contratantes cooperarão igualmente na produção de filmes e no domínio da comunicação de massa através do encorajamento do intercâmbio de material jornalístico, de rádio e de televisão, bem como de filmes e gravações musicais."

O Decreto nº 337 de 11-11-1991, que promulga o Acordo Cultural entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Democrática de São Tomé e Príncipe, do mesmo modo incorre nesse desvio terminológico: "2. Com a finalidade de cooperação no domínio da comunicação de massa, as Partes Contratantes se comprometerão a organizar programas para o intercâmbio de filmes, de material jornalístico, de rádio e televisão, bem como de material cinematográfico".

Para exalçar essa tese, a Lei nº 9.709, de 18-11-1998, que regulamenta a execução do disposto nos incisos I, II e III do art.14 da

Constituição Federal, igualmente se vale do conceito de *meio de comunicação de massa* (diferentemente de *serviço*). Em seu art. 8º, a lei define os meios de comunicação de massa como concessionários de serviço público, abrangendo ainda os serviços de radiodifusão sonora e de imagens: "*assegurar a gratuidade nos meios de comunicação de massa concessionários de serviço público, aos partidos políticos e às frentes suprapartidárias organizadas pela sociedade civil em torno da matéria em questão, para a divulgação de seus postulados referentes ao tema sob consulta.*"

O Decreto nº 2.338, de 7-10-1997, que aprovou o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações, em seu art. 61, menciona a Superintendência de Serviços de Comunicação de Massa.

A Constituição Federal de 1988 não grifou essa terminologia, exceto em seu Ato das Disposições Transitórias, quando predica que:

"Art. 2º No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.

* O plebiscito de que trata este Artigo teve sua data mudada para 21 de abril de 1993, por força da Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 25-8-1992.

§ 1º Será assegurada gratuidade na livre divulgação dessas formas e sistemas, através dos *meios de comunicação de massa* concessionários de serviço público.

§ 2º O Tribunal Superior Eleitoral, promulgada a Constituição, expedirá as normas regulamentadoras deste artigo."

E, posteriormente, ainda cuidando do plebiscito quanto à forma e ao sistema de governo, na Emenda Constitucional de Revisão nº 2, de 25-8-1992, em seu artigo único:

“Artigo único. O plebiscito de que trata o art. 2º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias realizar-se-á no dia 21 de abril de 1993.

§1º A forma e o sistema de governo definidos pelo plebiscito terão vigência em 1º de janeiro de 1995.

§2º A lei poderá dispor sobre a realização do plebiscito, inclusive sobre a gratuidade da livre divulgação das formas e sistemas de governo, através dos meios de comunicação de massa concessionários ou permissionários de serviço público, assegurada igualdade de tempo e paridade de horários.

§3º A norma constante do parágrafo anterior não exclui a competência do Tribunal Superior Eleitoral para expedir instruções necessárias à realização da consulta plebiscitária.”

É nítido que o uso do termo *comunicação de massa*, desacompanhado de uma estrutura infralegal específica, somente trouxe e trará incertezas e imprecisões à compreensão de seu conteúdo, seja por seu conceito excessivamente amplo, seja por sua vacuidade, ao exemplo das várias indicações acima transcritas. Note-se que, buscando a origem do termo no direito norte-americano, ressuma sua amplitude objetiva. Donald E. Lively (1992, p.1) dá a exata noção disso ao escrever que:

“The terms of the First Amendment were constitutionally fixed two centuries ago. Since then, the means for communicating information have multiplied in exponential fashion. Nearly 150 years after the First Amendment was ratified, the Supreme Court depicted the press in terms of newspapers, periodicals, pamphlets, and leaflets. Even that characterization is underinclusive and hence obsolete for modern purposes, given the subsequent development of broadcasting, cable, satellites, telecommunications, and computers.

Media law commences with the deceptively simple premise that ‘Con-

gress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press.’ Governance has become detailed, complex, and even contradictory as the media have been progressively redefined and augmented. Until this century, mass communication primarily was a function of the printing press. Technology in general and electrification in particular have accelerated the processing and movement of information. What until recently were recognized as unique and legally significant capabilities and characteristics of various media, and the basis for media-specific regulation, increasingly are suspect as methodologies of processing and disseminating information become increasingly fungible.”

A terminologia encontrada no anteprojeto padece dos mesmos e severos defeitos da mencionada expressão, aqui utilizada apenas para referir que a mudança do regime jurídico que biparte radiodifusão e telecomunicações está a merecer um diploma específico, com finalidades próprias, capaz de solver todas as intrincadas questões tecnológicas e jurídicas em implicação – polaridade. Em resumo, haveria a necessidade de uma harmonia constitucional prévia, liberando ou não os obstáculos jurídicos, que se fundam, bem ou mal, em pressupostos tecnológicos. O fato de estes últimos estarem superados não implica dizer que os limites constitucionais mereçam o desprezo do legislador ordinário, até porque há conseqüências políticas de notória gravidade, ao estilo das regras de controle acionário das concessionárias de radiodifusão, inaplicáveis aos executores de serviços de telecomunicações.

Nada impede que o anteprojeto cuide do audiovisual, desde que o faça sem alterar o regime jurídico próprio da radiodifusão e das telecomunicações. Tal se justifica não pelo apego atávico ao passado ou a padrões notoriamente avoengos. Apenas e tão-somente

quer-se dizer que não é o escopo do anteprojeto, nem este tem abrangência, especificidade e condições para tanto, a subversão de todo um sistema estruturado em repartição de competências, que envolve o Poder Executivo e o Poder Legislativo.

De fato, o Código Brasileiro de Telecomunicações, instituído pela Lei nº 4.117, de 27-8-1962, e o Regulamento de Serviços de Radiodifusão, aprovado pelo Decreto nº 52.795, de 31-10-1963, já definem o Serviço de Radiodifusão. Consideram-no como aquele a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão). Leia-se:

“Art. 4º Para os efeitos desta lei, constituem serviços de telecomunicações a transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético.

Telegrafia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão de escritos, pelo uso de um código de sinais.

‘Telefonia é o processo de telecomunicação destinado à transmissão da palavra falada ou de sons.’ (Código Brasileiro de Telecomunicações – Lei nº 4.117, de 27-8-1962)

“Art.1º Os serviços de radiodifusão, compreendendo a transmissão de sons (radiodifusão sonora) e a transmissão de sons e imagens (televisão), a serem direta e livremente recebidas pelo público em geral, obedecerão aos preceitos da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962, do Decreto nº 52.026, de 20 de maio de 1963, deste Regulamento e das normas baixadas pelo Ministério das Comunicações, observando, quanto à outorga para execução desses serviços, as disposições da

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Parágrafo único. Os serviços de radiodifusão obedecerão, também, às normas constantes dos atos internacionais em vigor e dos que no futuro se celebrarem, referendados pelo Congresso Nacional”. (Regulamento de Serviços de Radiodifusão – Decreto nº 52.795, de 31-10-1963)

Por sua vez, a Lei nº 9.472, de 16-7-1997, em seu art. 60, define Serviço de Telecomunicação como o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação, sendo que esta é a *transmissão*, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, *imagens, sons* ou informações de qualquer natureza.

Os serviços de radiodifusão timbram-se pela transmissão de sons ou a transmissão de sons e imagens, destinada à recepção direta e livre pelo público, através dos aparelhos receptores. Compete privativamente à União legislar e dispor sobre tais serviços, fazendo-o, no último caso, mediante execução direta, concessão, permissão ou autorização (art. 10, Código Brasileiro de Telecomunicações).

A Constituição da República estabelece uma dicotomia entre serviços de radiodifusão e de telecomunicações, embora estes últimos possam ser vislumbrados numa relação gênero-espécie ante os primeiros. De feito, as telecomunicações caracterizam-se pela transmissão, emissão ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza, por fio, rádio, eletricidade, meios óticos ou qualquer outro processo eletromagnético. A telegrafia (transmissão de escritos, pelo uso de código de signos), a telefonia (transmissão de sons) e a transmissão de dados são espécies do gênero telecomunicações. A essência da radiodifusão encontra-se na idéia de *transmissão gratuita de partículas sonoras ou sonorovisuais no espectro radioelétrico*, sem qualquer restrição aos seus

destinatários. Em regra, essas partículas ou ondas são propagadas no éter, sem guia especial, a partir de suas geradoras. A gratuidade e a generalidade da recepção timbram e diferenciam os serviços de radiodifusão. Os concessionários, permissionários e autorizatários devem, quando for o caso, obter sua remuneração por meios próprios (publicidade ou apoios culturais). A título de exemplo quanto a essa distinção, figure-se o chamado “serviço especial de televisão por assinatura”, definido pelo Decreto nº 95.744, de 23-2-1988, como sendo aquele “destinado a distribuir sons e imagens a assinantes, por sinais codificados, mediante utilização de canais do espectro radioelétrico, permitida, a critério do poder concedente, a utilização parcial sem codificação”. Ressalvando-se que “não constitui TVA o encaminhamento de sinais codificados às suas estações repetidoras ou retransmissoras, por parte de concessionárias de serviços de radiodifusão de sons e imagens” (art. 2º). A restrição ao acesso pelo uso de sinais codificados permitiu sua qualificação jurídica como serviço de telecomunicações.

Desse modo, não basta sinalar que a convergência tecnológica derruiu essas fronteiras, igualando os serviços de radiodifusão com os serviços de telecomunicações. Ora, entre esses já persistia um liame *genus-espes*, qualificando-se os últimos como continentes dos primeiros. Essa escolha, que se evidencia no Regulamento de Serviços de Radiodifusão (art. 5º, inciso 22, “Radiodifusão: é o serviço de telecomunicações que permite a transmissão de sons – radiodifusão sonora – ou a transmissão de sons e imagens – televisão –, destinada a ser direta e livremente recebida pelo público”), demarcou a vontade do constituinte de 1988, quando foram redigidos os incisos XI e XII de seu art. 21:

“Art. 21. Compete à União:

(...)

XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunica-

ções, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens;

(...)”

Não é constitucionalmente cabível tornar *indistintos* esses serviços, colocando-os debaixo do conceito de *conteúdo audiovisual*. O anteprojeto define-o como “o produto da fixação ou transmissão de imagens, com ou sem som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, da tecnologia empregada, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-la ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão” (art. 9º). Não apenas. A expressão mediante conteúdos audiovisuais poderá ser controlada pela Ancinav, se realizada por “prestadora de serviço de telecomunicações” (art. 8º, parágrafo primeiro, anteprojeto). Além disso, tais conceitos traduzem, de forma literal, aquelas contidas no Regulamento de Radiocomunicações da União Internacional de Telecomunicações – UIT, órgão da Organização das Nações Unidas – ONU do qual o Brasil é estado-Membro. Esse regulamento, elaborado e aprovado por seus integrantes, constitui um conjunto de normas equivalentes a um tratado internacional, pelo que se regem a utilização e a exploração dos serviços de telecomunicações e de radiodifusão em 189 nações.

Assim está definido no Regulamento de Radiocomunicações da UIT:

“Telecomunicação: qualquer transmissão, emissão ou recepção de símbolos, sinais, textos, imagens e sons ou informação de qualquer natureza por fio, rádio, meios ópticos ou qualquer outro sistema eletromagnético.

Radiocomunicação: telecomunicação por meio de ondas de rádio.

Serviço de Radiodifusão: serviço de radiocomunicação no qual as transmissões são destinadas à recepção direta pelo público em geral.”

Confrontando essas definições com as contidas no *caput* do art. 7º e no art. 9º do anteprojeto, observa-se haver nítida similitude entre as mesmas, levando-se a afirmar que a atividade audiovisual é espécie do gênero serviços de telecomunicações (*televisão por assinatura*) e serviço de radiodifusão de sons e imagens (*televisão aberta*), ou seja, dizem respeito à exploração dos serviços públicos referidos no art. 21, incisos XI e XII, alínea *a*, da Constituição da República. Ocorre, porém, que esses serviços acham-se na esfera de atribuição do Ministério das Comunicações e da Anatel.

Em sendo admitido o anteprojeto, os serviços de radiodifusão de sons e imagens e de telecomunicações, definidos constitucionalmente (art. 21, inciso XI e inciso XII, alínea *a*), tornar-se-iam “atividades audiovisuais”. E, o mais grave, aqueles serviços, por natureza públicos e explorados diretamente ou indiretamente pela União, perderiam esse carácter, assumindo feições assimétricas aos cânones da própria Constituição Federal.

Por natural decorrência, os concessionários, permissionários e autorizatários daqueles serviços públicos e a própria União, quando em exploração direta, passariam a ser “exploradores de atividade audiovisual”, sujeitando-se aos termos deste anteprojeto e não aos da Lei nº 9.472/1997, que disciplina em todos os seus aspectos os serviços de telecomunicações, e aos da Lei nº 4.117/1962, que rege os serviços de radiodifusão. Desnecessário enaltecer a plethora de questionamentos judiciais ensejados a partir dessa *conversão substancial* da *qualificação jurídica* dos serviços públicos de radiodifusão e de telecomunicações em “*atividade audiovisual*”.

Destaque-se, ademais, no caso específico dos serviços de telecomunicações, o que

prescreve o §1º do art. 8º do anteprojeto: a atividade audiovisual será regulada pela Ancinav, inclusive quando realizada por prestadora de serviços de telecomunicações. Retira-se, dessa forma, a competência da Anatel, estabelecida na Lei nº 9.472/1997, art. 19, de regular esses serviços de telecomunicações, expedindo as normas pertinentes.

A inconstitucionalidade é por demais retumbante.

Veja-se o problema sobre outro aspecto. O art. 21 da Constituição Federal define ser atribuição da pessoa jurídica de direito público interno titular da soberania nacional, a União, “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, *nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais*” (inciso XI).

A citada norma constitucional foi alterada pela Emenda nº 8, de 15-8-1995, para permitir que lei específica (a indicação alude aos “termos da lei”) regesse os serviços de telecomunicações e, com maior destaque, ao fim de possibilitar a instituição de *um órgão regulador*. Não se cuidou de *órgão regulador*, o que, numa interpretação extensiva, permitiria imaginar a divisão desse mister com outro plexo. Tratou-se de *um órgão regulador*, a significar a concentração desses misteres em um único ente, tamanha sua interferência em um dos mais importantes setores da vida econômica nacional. É lícito concluir, portanto, que admitir seja estabelecido outro agente regulador (sob a forma de autarquia especial), além do já existente, é inconstitucional. Cabível seria, *v.g.*, mudar a estrutura jurídica da Anatel. No entanto, ao lume do art. 21, inciso XI, nenhum outro ente poderá assenhorar-se, mesmo em condomínio funcional, das já amplas atribuições daquela agência.

No tocante aos serviços de radiodifusão, não se olvide que a outorga e a renovação de suas concessões e permissões, segundo o perfil que lhes foi delineado no texto constitucional vigorante (art. 223), constituem-

se em atos administrativos compostos, os quais resultam “da manifestação de dois ou mais órgãos, em que a vontade de um é instrumental em relação à de outro, que edita o ato principal. Enquanto no ato complexo fundam-se vontades para praticar um ato só, no ato composto praticam-se dois atos, um principal e um acessório; este último pode ser pressuposto ou complementar daquele” (DI PIETRO, 2000, p. 207). Em sentido aproximado: MEIRELLES, 2000, p. 162; CARVALHO FILHO, 2001, p. 102. A doutrina italiana refere tão-somente os *atos complexos* (DONATTI, 1903) e os autores franceses preferem a terminologia *atos-condição* (JÈZE, 1935, p. 44).

O constituinte revelou imensa preocupação com o papel social, político e econômico dessas concessões, permissões e autorizações, imputando ao Poder Executivo a responsabilidade por sua outorga e renovação, mas cometendo ao Legislativo a função de atribuir eficácia àqueles atos. Até mesmo a função jurisdicional foi evocada, na medida em que o §4º do art. 223 da Constituição de 1988 prescreve que “o cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial”. A jurisprudência do Tribunal Federal da 3ª Região definiu adequadamente essa distribuição de prerrogativas: “É da competência do Executivo, com posterior aprovação do Legislativo, a outorga e renovação das concessões, permissões e autorizações para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens (CF/88, art. 223 e parágrafo primeiro). O cancelamento, antes de vencido o prazo, da concessão ou permissão, depende de decisão judicial” (4ª Turma. AMS nº 89.03.030145/SP. Rel. o Sr. Juiz. OLIVEIRA LIMA. Decisão de 12-9-1990).

A Comunicação Social, exercida por meio de concessionárias, permissionárias e autorizatárias de serviços de radiodifusão, ocupa um *status* diferenciado no regime jurídico contemporâneo. A Constituição atenta para o caráter deletério do uso nocivo dos meios de comunicação, criando mecanismos

de controle programático ou político (arts. 221 e 222, CF/1988). Mais ainda, perfilhou um caminho de estabilizar essa Comunicação Social, restringindo a interferência estatal em seu exercício.

Pode-se enunciar um *princípio da mínima intervenção nas concessões, permissões e autorizações de radiodifusão*, ao menos no que concerne ao ato extremo de obviar seu exercício. Trata-se de uma outra faceta do compromisso histórico do constituinte de 1988 com os valores democráticos no âmbito do Direito da Comunicação, por tanto tempo obnubilados, que perpassa até mesmo pelo amplo espectro da liberdade de expressão e de pensamento, vedada qualquer forma de censura, ao exemplo do art. 5º, incisos IV e IX c/c art. 220, §2º, CF/1988 (BASTOS, 1997, p. 48; MAMEDE, 1999, p. 55). Não é por outro motivo que, de modo extremamente revelador quanto à opção por esse primado, “a Constituição Federal ignorou a tradicional diferença conceptual entre os institutos da concessão e permissão, ligada, basicamente, à precariedade da permissão, pois exigiu, em ambos os casos, que a não-renovação dependesse de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal” (MORAES, 2004, p. 2050).

O Poder Executivo e o Poder Legislativo, cada qual a seu modo, foram erigidos à condição de titulares do poder-dever de outorga das concessões, permissões e autorizações. Como efígies diferentes de uma mesma moeda, àquelas funções do Estado compete não apenas instituir esses vínculos administrativo-constitucionais com os executores dos serviços de radiodifusão, bem ainda, e de modo não menos importante, *velar para seu exercício livre e infenso a posturas indevidamente restritivas* (ROCA, 1998, p. 7).

Daí a importância não apenas *normativa* mas *axiológica* de ser cuidado, em leis distintas e com diferentes aspectos, tudo o que pertine à *criação artística* e seus *meios de difusão*, ainda que esses venham a ser chamados de *serviços de comunicação de massa*,

abrangendo até mesmo a imprensa. O que não se prefigura útil nem conveniente é a imersão de todos esses conceitos num único escopo legislativo, com tão específicas e temerárias conseqüências.

Finalmente, algumas considerações sobre o conceito de *atividade audiovisual* em face do Direito Comparado e das previsões encontradas no ordenamento jurídico brasileiro.

O chamado “Direito Audiovisual” ou “Direito do Audiovisual” (*Audiovisual Law*) tem-se desenvolvido recentemente, de modo especial em Espanha e França. Enrique Linde Paníagua e José Maria Vidal Beltrán (2003), destacados próceres dessa nova disciplina em Espanha, apresentam uma definição que *expõe claramente o avanço objetivo do Direito Audiovisual sobre as esferas temáticas constitucionalmente repartidas e inerentes ao Ministério das Comunicações*. A tanto, essa matéria é:

“dedicada a la intervención del Estado en los operadores de la radio, la televisión y la cinematografía, así como al régimen jurídico de las emisiones audiovisuales. En primer lugar se estudian las razones del intervencionismo público así como la utilización de la técnica del servicio público para el acceso a la actividad radiotelevisiva para, posteriormente, analizar de modo pormenorizado las condiciones del acceso al ejercicio de las actividades radio-televisivas, y por consiguiente la regulación de la televisión pública en sus distintas modalidades, de la televisión privada, de las televisiones locales, de la televisión vía satélite y de la televisión por cable. También en este lugar se estudia la radiodifusión sonora y la regulación de la cinematografía en España. Por lo que se refiere a las emisiones audiovisuales se analizan los derechos y libertades relacionados con las emisiones audiovisuales (libertades de expresión e información,

libertades y derechos de emisión y recepción, derecho al honor, derecho de rectificación, derechos relacionados con la propiedad intelectual y derechos conexos), así como la normativa sobre programación (emisión de obras cinematográficas, normas sobre público infantil, emisiones violentas, acontecimientos de interés general, acceso de los grupos sociales y políticos significativos, procesos electorales) y normas sobre publicidad (inserciones y cortes publicitarios, publicidad infantil y normas específicas sobre productos). Al hilo de las regulaciones referidas anteriormente se estudia la potestad sancionadora de la Administración, así como la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, de los consumidores y de la infancia.”

Interessante observar que a Lei nº 86-1067, de 30-9-1986, publicada no Boletim Oficial da República Francesa de 1º de outubro de 1986, que dispõe sobre a liberdade de comunicação, trata exatamente do conceito de “comunicação audiovisual”.

Essa lei, aprovada no início da administração do Presidente François Mitterrand, em seu art. 1º, estabelece o Conselho Superior do Audiovisual, qualificado como “autoridade independente” (*autorité indépendante*), composto por “nove membros nomeados por decreto do Presidente da República. Três membros serão nomeados pelo Presidente da República, três membros serão designados pelo Presidente da Assembleia Nacional e três membros pelo Presidente do Senado” (art. 4º). No original: “Le Conseil supérieur de l’audiovisuel comprend neuf membres nommés par décret du Président de la République. Trois membres sont désignés par le Président de la République, trois membres sont désignés par le président de l’Assemblée nationale et trois membres par le président du Sénat.”

Em França, esse Conselho do Audiovisual possui funções de tal relevo que sua

composição foi compartilhada entre os três Poderes da República. Essa fórmula simplesmente revela que a intervenção desse comitê nos meios de comunicação é tamanha que se fez necessária a distribuição de responsabilidades entre os delegatários *diretos* da legitimidade popular. Anote-se que o conceito de “comunicação audiovisual”, encontrado no art. 2º da lei francesa, abrange toda comunicação ao público por meio de serviços de rádio ou de televisão, em suas diversas modalidades, postas ao dispor desse mesmo público por via eletrônica ou não (“On entend par communication audiovisuelle toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision...”).

O art. 2º estabelece as categorias *comunicação eletrônica* e *comunicação audiovisual*, esta uma espécie daquela:

“On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d’écrits, d’images ou de sons, par voie électromagnétique.

On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d’écrits, d’images, de sons ou de messages de toute nature qui n’ont pas le caractère d’une correspondance privée.

On entend par communication audiovisuelle toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne telle

que définie à l’article 1er de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique.

Est considéré comme service de télévision tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l’ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d’une suite ordonnée d’émissions comportant des images et des sons.

Est considéré comme service de radio tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l’ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d’une suite ordonnée d’émissions comportant des sons.

Les services audiovisuels comprennent les services de communication audiovisuelle telle que définie à l’article 2 ainsi que l’ensemble des services mettant à disposition du public ou d’une catégorie de public des oeuvres audiovisuelles, cinématographiques ou sonores, quelles que soient les modalités techniques de cette mise à disposition.”

A Lei n° 86-1067, de 30-9-1986, e isso deve ser grandemente considerado, foi baixada sob a égide de um *Ministro da Cultura e das Comunicações*, François Léotard, que empresta seu nome ao diploma. Em suma, as duas atividades estavam reunidas numa única pasta. Note-se que os excessos da Lei Léotard foram recentemente expungidos pela edição de novas indicações ab-rogatórias ou derogatórias de seus preceitos originais (Lei n° 2004-669, de 9-7-2004, e Lei n° 2000-719, de 1º-10-2000). Diversas normas restritivas à liberdade de comunicação ou excessivamente intervencionistas foram modificadas.

Mas, ainda há mais. No direito positivo brasileiro, tem-se um conceito de audiovi-

sual. E é diverso do que ora se pretende apresentar ao Parlamento. O Decreto nº 972, de 4-11-1993, que promulga o Tratado sobre o Registro Internacional de Obras Audiovisuais, concluído em Genebra, em 18 de abril de 1989, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 94, de 23-12-1992 – DOU de 29-12-1992, tendo entrado em vigor internacional em 27-12-1991 e, para o Brasil, em 26-6-1993, assim define obra audiovisual:

“ Art. 2º Para efeitos deste Tratado, entende-se por ‘obra audiovisual’ toda obra que consista em uma série de imagens fixas ligadas entre si, acompanhadas ou não de sons, passível de tornar-se visível e, caso seja acompanhada de sons, passível de tornar-se audível.”

Aqui se não contemplam as idéias de transmissão ou difusão, caríssimas aos conceitos de telecomunicações e de radiodifusão, tais como constitucional e legalmente delineados no Brasil. A prevalecer a noção de “atividade audiovisual”, conforme o anteprojeto, restaria evidente a incompatibilidade da nova lei com aquele tratado, a cuja observância vinculou-se a República.

Ante esses aspectos, deveriam ser suprimidas dos arts. 7º a 10 quaisquer referências sobre radiodifusão e telecomunicações, bem como as expressões que se possam confundir com esses serviços e suas respectivas qualificações jurídicas (*exempli gratia*, o inciso I do §1º do art. 7º; o §1º do art. 8º; o art. 9º), mantendo-se o conceito de atividade audiovisual naquilo que concerne a seus naturais lindes.

4. Artigo 12: a descaracterização constitucional do conceito de empresa brasileira e o estabelecimento de limites inconstitucionais ao exercício dos serviços de radiodifusão e de telecomunicações

“ Art. 12. Para os fins desta Lei, empresa brasileira é aquela constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no País, cuja maioria do capital total e votante seja de titularidade direta ou indireta de brasi-

leiros, os quais devem exercer em território nacional, de fato e de direito, as funções editoriais, de seleção e direção da programação, bem como o poder de direção sobre as atividades sociais e funcionamento das empresas.

§ 1º O funcionamento da empresa compreende, entre outros aspectos, o planejamento empresarial e a definição de políticas econômico-financeiras, tecnológicas, de programação, inclusive quanto ao seu empacotamento, de distribuição, de mercado e de preços e descontos.

§ 2º A Ancinav expedirá normas para a apuração de controle sobre as empresas que exploram atividades audiovisuais para assegurar o cumprimento do disposto nesta Lei.”

Esse artigo é outro exemplo da inconveniência de considerar os concessionários, permissionários e autorizatários de serviços de radiodifusão e de serviços de telecomunicações como “exploradores de atividades audiovisuais”, nos termos desse anteprojeto.

Ora, conforme a indicação em minuta, podem explorar *atividades audiovisuais* as empresas brasileiras definidas no *caput* do art. 12.

No entanto, ao estilo do art. 222 da Constituição Federal (redação dada pela EC nº 36, de 28-5-2002), somente podem explorar *serviços de radiodifusão sonora ou de sons e imagens* as empresas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País, cujo capital total e votante pertença, em pelo menos setenta por cento, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos. A Lei nº 10.610, de 20-12-2002, assim define a participação nessas empresas:

“ Art. 2º A participação de estrangeiros ou de brasileiros naturalizados há menos de dez anos no capital social de empresas jornalísticas e de radiodifusão não poderá exceder a trinta por cento do capital total e do capital votante dessas empresas e somente se

dará de forma indireta, por intermédio de pessoa jurídica constituída sob as leis brasileiras e que tenha sede no País.

§ 1º As empresas efetivamente controladas, mediante encadeamento de outras empresas ou por qualquer outro meio indireto, por estrangeiros ou por brasileiros naturalizados há menos de dez anos não poderão ter participação total superior a trinta por cento no capital social, total e votante, das empresas jornalísticas e de radiodifusão.

§ 2º É facultado ao órgão do Poder Executivo expressamente definido pelo Presidente da República requisitar das empresas jornalísticas e das de radiodifusão, dos órgãos de registro comercial ou de registro civil das pessoas jurídicas as informações e os documentos necessários para a verificação do cumprimento do disposto neste artigo.”

Além disso, em qualquer meio de comunicação social, a responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados *há mais de dez anos*, que também devem exercer obrigatoriamente sua gerência e definir o conteúdo da programação. Não é outro o teor do art. 222 da Constituição de 1988:

“Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

§ 1º Em qualquer caso, pelo menos setenta por cento do capital total e do capital votante das empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens deverá pertencer, direta ou indiretamente, a brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, que exercerão obrigatoriamente a gestão das atividades e estabelecerão o conteúdo da programação.

§ 2º A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social.

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais.

§ 4º A Lei disciplinará a participação de capital estrangeiro nas empresas de que trata o § 1º

§ 5º As alterações de controle societário das empresas de que trata o § 1º serão comunicadas ao Congresso Nacional.”

Caso prevaleça o texto do art. 12 do anteprojeto, no que pertine aos chamados “exploradores de atividades audiovisuais”, essa indicação seria *totalmente* inaplicável aos que exercem serviços de radiodifusão e *parcialmente* intangível aos que exploram serviços de telecomunicações. O § 2º do art. 12, ao estabelecer que a Ancinav expeça regulamento sobre a apuração de controle dos exploradores de atividades audiovisuais, infringe as atribuições da Anatel, como órgão regulador dos serviços de telecomunicações, e os ofícios do Ministério das Comunicações, como o órgão que detém ascendência jurídica sobre os serviços de radiodifusão (Lei Geral de Telecomunicações, art. 19; Código Brasileiro de Telecomunicações, art. 34).

5. Artigo 25: o sofisma da separação entre redes físicas e produção de conteúdo. Prevalência do regime constitucional dicotômico entre os serviços de telecomunicações e de radiodifusão

“Art. 25. À Ancinav compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e

para o desenvolvimento do cinema e do audiovisual brasileiros, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade, e especialmente:

(...)

XII – propor ao Ministério da Cultura e ao Conselho Superior do Audiovisual as medidas que repute necessárias à observância dos princípios constitucionais e legais relativos à comunicação social e à persecução das suas atribuições, resguardadas as competências do Ministério das Comunicações e da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), no que concerne à rede física e outorgas;

XIII – apreciar, por iniciativa própria ou provocação, e no âmbito das suas atribuições, os comportamentos suscetíveis de configurar violação às normas legais aplicáveis à exploração de atividades audiovisuais, por prestadoras de serviços de radiodifusão por sons e imagens e de serviços de telecomunicações, adotando as providências necessárias;

XIV – regular a distribuição e oferta de conteúdos audiovisuais por programadoras e operadoras nos serviços de comunicação eletrônica de massas, bem como qualquer outro serviço assemelhado, para promover a competição e a diversidade de fontes de informações;

(...)

XXVI – solicitar informações aos exploradores de atividades audiovisuais.”

A redação do inciso XII desse artigo é por demais ampla, abrangendo categorias jurídicas distintas, com regimes normativos também díspares, o que enseja confronto aos ditames da Constituição Federal.

As disposições contidas no Capítulo V do Título VIII da Constituição da República, cuja epígrafe é “Da Comunicação Social”, referem-se aos serviços de radiodifusão,

incluindo a programação das emissoras (“A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:”, art. 221, *caput*; “A responsabilidade editorial e as atividades de seleção e direção da programação veiculada são privativas de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, em qualquer meio de comunicação social”, art. 222, §2º). Outrossim, a formulação de políticas, a administração do espectro radioelétrico e a fiscalização de conteúdo transmitido (programação), desses mesmos serviços, encontram-se na esfera administrativa do Ministério das Comunicações (Lei nº 4.117/1962, art. 29; Lei nº 9.472/1997, arts. 19 e 127, inciso VII), sem embargo das responsabilidades próprias do Ministério da Justiça. De modo sintético, a Lei nº 9.649, de 27-5-1998, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências, em seu art. 14 é mui precisa ao definir:

“Art. 14. Os assuntos que constituem área de competência de cada Ministério são os seguintes:

(...)

III – Ministério das Comunicações:

- a) política nacional de telecomunicações, inclusive radiodifusão;
- b) regulamentação, outorga e fiscalização de serviços de telecomunicações;
- c) controle e administração do uso do espectro de radiofrequências;
- d) serviços postais;”

As normas recitadas, que se fundam na Constituição Federal, não se limitam apenas ao que o anteprojeto denomina “rede física” e “outorgas”. Aliás, a expressão “rede física” inexistente na terminologia legal em vigor. Desse modo, faz-se necessário, objetivando-se manter a coerência com os princípios constitucionais e legais e, ainda, evitando-se a superposição de competências administrativas, excluir o referido inciso XII. A ressalva final desse fragmento (“no que concerne à rede física e outorgas”) lem-

bra muito a sentença proferida a favor de Shylock, em “O Mercador de Veneza”, de William Shakespeare: admite-se a execução contra o devedor para que se lhe exija a cláusula penal, consistente numa libra de carne de seu coração, *desde que se não derrame uma gota de sangue, muito menos que se retire mais ou menos que uma libra*. Ao tempo em que se vulnera a essência das atribuições desse Ministério, afirma-se que aquelas são conservadas. *Contradictio in adjecto*.

Com relação aos incisos XIII, XIV e XXVI, cabe afirmar que, notando-se o alcance das definições de “atividade audiovisual” e de “conteúdo audiovisual”, contidas nos arts. 7º e 9º do anteprojeto, a mencionada atribuição tem ingerência direta nas atribuições do Ministério das Comunicações e de seu órgão vinculado, a Agência Nacional de Telecomunicações (Lei nº 4.117/1962, art. 29; Lei nº 9.472/1997, art. 19; Lei nº 9.649, de 27-5-1998, art. 14, inciso III). De fato, se a Lei nº 4.117/1962 incumbiu ao Ministério das Comunicações regular e fiscalizar os serviços de radiodifusão, a Lei nº 9.472/1997 confere à mencionada autarquia o ofício de fiscalizar, aplicando as sanções correspondentes, os serviços de telecomunicações (televisão por assinatura, *verbi gratia*). Nesses misteres, estão incluídas a exibição, a veiculação e a operação do conteúdo programático (programação), bem como a exploração desses serviços.

Os incisos XIII e XIV devem ser alterados para suprimir quaisquer referências a radiodifusão e a telecomunicações, e seu objeto específico, a transmissão e o conteúdo.

6. Artigo 36: a opção constitucional por estabelecer um único órgão autárquico de controle e regulação dos serviços de telecomunicações. Inconstitucionalidade da criação de outra agência para o exercício da mesma função típica

“Art. 36. A Ancinav deve garantir o tratamento confidencial das informações, necessárias ao exercício das

suas competências, que solicitar aos exploradores de atividades audiovisuais, nos termos do Regulamento.

§1º Os exploradores, seus administradores ou controladores, devem apresentar os documentos no prazo requerido pela Ancinav, sob pena de aplicação das sanções previstas nesta Lei.

§2º A Ancinav, sempre que solicitada, disponibilizará aos órgãos e entidades de defesa da concorrência, as informações dispostas no *caput*, mantida a garantia de tratamento confidencial dos mesmos.”

Observa-se, nessa regra, o uso da expressão “atividade audiovisual”, cujo sentido é encontrado de modo explícito nos arts. 7º e 9º do anteprojeto. No exercício de uma interpretação sistemática, é absolutamente razoável supor que a redação do art. 36 dará ensanchas a conflito de atribuições entre a Ancinav, o Ministério das Comunicações e a Anatel.

Essa aporia, em razão das normas recitadas (Lei nº 4.117/1962, art. 29; Lei nº 9.472/1997, art. 19), poderá interferir na relação dos órgãos competentes para fiscalizar a exploração dos serviços de radiodifusão (Ministério das Comunicações) e de telecomunicações (Anatel) com os respectivos concessionários, permissionários e autorizatários. Sem esquecimento de outros cortes sobre o mesmo fato jurídico: defesa da concorrência (CADE e Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça) ou o controle indicativo (Ministério da Justiça), os quais deixam de ser analisados neste parecer à vista da advertência inicial sobre seus limites.

A Lei Geral de Telecomunicações, norma expressamente referida no art. 21, inciso XI, da Constituição Federal, como marco regulatório desses serviços, assevera em seu art. 7º que:

“Art. 7º As normas gerais de proteção à ordem econômica são aplicáveis ao setor de telecomunicações,

quando não conflitarem com o disposto nesta Lei.

§1º Os atos envolvendo prestadora de serviço de telecomunicações, no regime público ou privado, que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica.

§2º Os atos de que trata o parágrafo anterior serão submetidos à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, por meio do órgão regulador.

§3º Praticará infração da ordem econômica a prestadora de serviço de telecomunicações que, na celebração de contratos de fornecimento de bens e serviços, adotar práticas que possam limitar, falsear ou, de qualquer forma, prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa.”

Nesse sentido, é que a Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel, único órgão constitucionalmente responsável pela regulação do sistema, baixou a Resolução nº 195, de 7-12-1999 (DOU de 8-12-1999), que aprovou a Norma Complementar nº 7/99, a qual dispõe sobre procedimentos administrativos para apuração e repressão das infrações da ordem econômica e para o controle de atos e contratos no setor de telecomunicações.

De tal mercê, o art. 36 antecipa, por sua generalidade, o ponto de maior inadequação de todo o anteprojeto, a saber: com a expressão “atividade audiovisual”, incorpora-se o fenômeno jurídico típico do audiovisual com seus elementos diversos – telecomunicações e radiodifusão. Tal ocorre sem qualquer observância a todo um arcabouço jurídico constitucional, legal e infralegal assentado nesses conceitos basilares e so-

bre os quais foram organizadas total ou parcialmente as funções do Ministério das Comunicações, da Anatel e do Ministério da Justiça.

Esse dispositivo, em conformidade com a modificação proposta nos arts. 7º a 10, deve-se restringir à matéria exclusivamente audiovisual, conforme admitida no ordenamento brasileiro em leis e tratados internacionais.

7. Artigo 42: a função de controle de outorgas de serviços de radiodifusão e de telecomunicações e a inconstitucionalidade de sua interferência por uma nova agência reguladora

“Art. 42. À Ancinav cabe regular no marco desta Lei e em consonância com as diretrizes do Conselho Superior do Audiovisual a exploração de atividades audiovisuais pelas seguintes categorias de serviços:

I – serviço de radiodifusão de sons e imagens;

II – serviços de telecomunicações que tenham o conteúdo audiovisual como parte inerente ao serviço, incluindo os serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura;

III – demais serviços de telecomunicações que não tenham o conteúdo audiovisual como parte inerente ao serviço, mas que o transmitam ou ofereçam ao usuário, sob autorização ou licença, quando necessária, dos órgãos competentes para tanto.

§ 1º Os serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura compreendem o Serviço de TV a Cabo, o Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH), o Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), o Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA), bem como qualquer outro serviço dessa natureza.

§2º A exploração de atividades audiovisuais dos serviços referidos nos

incisos I, II e III do *caput* independe de autorização da Ancinav.

§3º É vedada a edição de atos de outorga, a prorrogação ou renovação das concessões, permissões e autorizações, bem assim a autorização de transferência de concessão, permissão ou autorização dos serviços referidos nos incisos I, II e III a pessoa física ou jurídica que tenha incorrido em descumprimento do disposto nesta Lei e das normas expedidas pela Ancinav no exercício de suas competências.

§4º A Ancinav poderá requerer, a qualquer tempo, aos órgãos e entidades públicas responsáveis pela tutela e regulação das telecomunicações e da radiodifusão as informações necessárias para o exercício das suas competências, inclusive as de natureza técnica, operacional, econômico-financeira e contábil das prestadoras de serviços, mantida a sua confidencialidade.”

§5º A Ancinav proporá ao Presidente da República, por meio do Ministério da Cultura, ouvido o Conselho Superior do Audiovisual, os Regulamentos necessários ao exercício das competências previstas neste Título.”

Tendo em atenção os argumentos assinalados nos comentários aos arts. 7º a 10 do anteprojeto e, ainda, o sentido emprestado à “exploração de atividades audiovisuais”, só resta afirmar o conflito, na totalidade, do art. 42, e seus parágrafos, com as atribuições da Anatel e do Ministério das Comunicações.

É eloqüente o vilipêndio ao art. 21, incisos XI e XII, da Constituição Federal, aos arts. 29 e 34 da Lei nº 4.117/1962 e ao art. 19 da Lei nº 9.472/1997. Ademais, a norma em gênese afirma ser “vedada a edição de atos de outorga, a prorrogação ou renovação das concessões, permissões e autorizações, bem assim a autorização de transferência de concessão, permissão ou autorização dos serviços referidos nos incisos I, II e III a pessoa física ou jurídica que tenha incorrido em

descumprimento do disposto nesta Lei e das normas expedidas pela Ancinav no exercício de suas competências”. Em síntese, o Ministério das Comunicações, a Anatel, a Presidência da República, o Congresso Nacional teriam suas prerrogativas subordinadas ao *placet* de um ente subalterno, de natureza autárquica, ferindo-se a preeminência magna do art. 223:

“Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

§1º O Congresso Nacional apreciará o ato no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º, a contar do recebimento da mensagem.

§2º A não-renovação da concessão ou permissão dependerá de aprovação de, no mínimo, dois quintos do Congresso Nacional, em votação nominal.

§3º O ato de outorga ou renovação somente produzirá efeitos legais após deliberação do Congresso Nacional, na forma dos parágrafos anteriores.

§4º O cancelamento da concessão ou permissão, antes de vencido o prazo, depende de decisão judicial.

§5º O prazo da concessão ou permissão será de dez anos para as emisoras de rádio e de quinze para as de televisão.”

No exemplo francês, em que existe um Conselho Superior do Audiovisual, esse pleco conserva em si mesmo todos os fatores de legitimidade identificados no art. 223 da Constituição Federal. Com efeito, aquele comitê (art. 4º da Lei nº 86-1067, de 30-9-1986) é formado por representantes das funções do Estado, relevando o suporte democrático do processo de outorga dos serviços ali regulados. Diferentemente das telecomunicações, a radiodifusão tem caráter intensamente ideológico, daí haver o constituinte optado por compartilhar sua atribuição e seu controle ao Poder Executivo e ao Poder

Legislativo. A hipótese de um conflito entre a Ancinav, mera autarquia, e o Congresso Nacional torna dramaticamente axiomática a inconstitucionalidade dessa indicação.

8. *Artigo 43: o controle de conteúdo e seu perfil constitucional*

“Art. 43. A Ancinav disporá sobre a observância, pelas prestadoras dos serviços enumerados no art. 42, dos seguintes princípios aplicáveis à produção e programação de conteúdos audiovisuais estabelecidos no artigo 221 da Constituição Federal, em especial:

I – da promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente; e

II – da regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei .

§1º No exercício da competência referida no *caput*, a Ancinav observará as recomendações do Conselho de Comunicação Social de que trata o art. 224 da Constituição Federal, e o disposto em lei específica.

§2º A produção e a programação das prestadoras referidas no *caput*, ainda, aos princípios enumerados no art. 221, I e IV da Constituição, na forma da lei específica.”

Esse artigo, no que respeita à programação, vulnera diretamente as funções da Anatel, como órgão regulador dos serviços de telecomunicações, e as do Ministério das Comunicações, a quem cabe a disciplina dos serviços de radiodifusão, incluindo o conteúdo programático, juntamente com o Ministério da Justiça. O Decreto nº 52.795, de 31-10-1963, é explícito ao prescrever que:

“Art. 28. As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações: (...) 11 – subordinar os programas de informação, divertimento, propaganda e publici-

dade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão; 12 – na organização da programação: a) manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a transmissão de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrárias à moral familiar e aos bons costumes; b) não transmitir programas que atentem contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico; c) destinar o mínimo de 5% (cinco por cento) do horário de sua programação diária à transmissão de serviço noticioso; d) limitar ao máximo de 25% (vinte e cinco por cento) do horário da sua programação diária o tempo destinado à publicidade comercial; e) reservar 5 (cinco) horas semanais para a transmissão de programas educacionais; f) retransmitir, diariamente, das 19 (dezenove) às 20 (vinte) horas, exceto aos sábados, domingos e feriados, o programa oficial de informações dos Poderes da República, ficando reservados 30 (trinta) minutos para divulgação de noticiário preparado pelas duas Casas do Congresso, excluídas as emissoras de televisão; g) integrar gratuitamente as redes de radiodifusão, quando convocadas pela autoridade competente; h) obedecer às instruções baixadas pela Justiça Eleitoral, referentes à propaganda eleitoral; i) não irradiar identificação da emissora utilizando denominação de fantasia, sem que esteja previamente autorizada pelo Ministério das Comunicações; j) irradiar o indicativo de chamada e a denominação autorizada de conformidade com as normas baixadas pelo Ministério das Comunicações; l) irradiar, com indispensável prioridade, e a título gratuito, os avisos expedidos pela autoridade competente, em casos

de perturbação da ordem pública, incêndio ou inundação, bem como os relacionados com acontecimentos imprevistos; m) irradiar, diariamente, os boletins ou avisos do serviço meteorológico; n) manter em dia os registos da programação; 13 – observar as normas técnicas fixadas pelo Ministério das Comunicações para a execução do serviço; (...) 17 – facilitar a fiscalização, pelo Ministério das Comunicações, das obrigações contraídas, prestando àquele órgão todas as informações que lhe forem solicitadas.”

A Lei nº 9.610, de 19-2-1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências, também ensejará conflito de normas em face de seu art. 95: “Cabe às empresas de radiodifusão o direito exclusivo de autorizar ou proibir a retransmissão, fixação e reprodução de suas emissões, bem como a comunicação ao público, pela televisão, em locais de frequência coletiva, sem prejuízo dos direitos dos titulares de bens intelectuais incluídos na programação.”

Finalmente, o art. 43 do anteprojeto simplesmente reproduz os incisos do art. 221 da Constituição Federal, que define os princípios a serem atendidos na *produção* e na *programação* das emissoras de rádio e televisão: “I – preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II – promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III – regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.

Logo, a norma projetada atribui à Ancinav o controle de conteúdo sobre atividades das concessionárias e permissionárias de radiodifusão, o que invade as prerrogativas do Ministério das Comunicações. E, quando esse conteúdo for veiculado mediante serviço de telecomunicações, estar-se-á ofuscando as atribuições da Anatel. Uma

vez mais, são válidos os anteriores argumentos contra essa possibilidade.

9. Artigos 44 a 47: interferência da Ancinav nas atribuições de outros entes

“Art. 44. À Ancinav compete, no que respeita à regulação e fiscalização da exploração de atividades audiovisuais pelas prestadoras de serviços de radiodifusão de sons e imagens, dispor especialmente sobre:

I – o cumprimento do disposto no parágrafo 2º do artigo 222 da Constituição Federal; e

II – o cumprimento do disposto nos artigos 38, alíneas ‘d’ e ‘h’, e 124 da Lei nº 4.117, de 27 de agosto de 1962.”

“Art. 45. Compete à Ancinav, com relação ao Serviço de TV a Cabo, em especial, a regulação e a fiscalização das disposições contidas nos artigos 3º, 10, incisos III, IV, V, VI, VII, 30, incisos I, IV e V, 31, incisos III e IV, e 38 da Lei nº 8.977, de 6 de janeiro de 1995, resguardadas as competências do Ministério das Comunicações e da Anatel relativas às outorgas e qualidade dos serviços, incluindo a expedição de normas e padrões técnicos.”

“Art. 46. Visando propiciar a competição efetiva e a diversidade de fontes de informação, a Ancinav poderá estabelecer condições à exploração de atividades audiovisuais por prestadoras de serviços de telecomunicações e suas coligadas, controladas ou controladoras.”

“Art. 47. O descumprimento das normas expedidas pela Ancinav no exercício de suas competências sujeita as prestadoras dos serviços enumerados no art. 42 às sanções previstas nesta Lei.”

O art. 44 subtrai do Ministério das Comunicações atributos que lhe são inerentes, na medida em que a esse cabe, por lei, disciplinar o serviço de radiodifusão e fiscali-

zar, juntamente com o Ministério da Justiça, o conteúdo programático, conforme transcrição anterior.

O art. 45 retira da Anatel suas peculiaridades atribuições, vez que a essa agência cabe, segundo reproduzido acima, como órgão regulador, disciplinar e fiscalizar, em todos os aspectos, os serviços de telecomunicações.

O art. 46 confere à Ancinav o mister de assegurar “competição efetiva e a diversidade de fontes de informação” na exploração de atividades audiovisuais por prestadoras de serviços de telecomunicações. Os aspectos da competição e de controle de conteúdos, no que respeita a tais serviços, como exaustivamente demonstrado, dizem respeito à Anatel. É cometimento da agência, como único órgão regulador dessa atividade econômica, disciplinar, em todos os aspectos, os serviços de telecomunicações, estabelecendo inclusive as restrições, os limites ou as condições a seu desenvolvimento pelos agentes privados. Reitere-se: a Constituição da República não instituiu dois entes reguladores desses serviços, mas *um único*, nos termos de seu art. 21, inciso XI. A previsão, nesse ponto, é inconstitucional.

O art. 47 suprime do Ministério das Comunicações e da Anatel as atribuições que lhes são constitucionalmente peculiares. Ao Ministério e àquela agência cabem, conforme transcrição anterior, disciplinar e fiscalizar, em todos os aspectos, os serviços de radiodifusão e de telecomunicações.

10. *Artigo 84: a inconstitucionalidade do uso do Fistel como receita do Funcinav*

“Art. 84. Constituem receitas do Funcinav:

(...)

VI – cinco por cento dos recursos a que se referem as alíneas ‘c’, ‘d’, ‘e’ e ‘j’ do art. 2º da Lei nº 5.070, de 7 de julho de 1966, com as alterações introduzidas pela Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997”;

A Lei nº 5.070, de 7-7-1966, que cria o Fundo de Fiscalização das Telecomunica-

ções e dá outras providências, estabelece em seu art. 2º que:

“Art. 2º O Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL é constituído das seguintes fontes:

a) dotações consignadas no Orçamento Geral da União, créditos especiais, transferências e repasses que lhe forem conferidos;

b) o produto das operações de crédito que contratar, no País e no exterior, e rendimentos de operações financeiras que realizar;

c) relativas ao exercício do poder concedente dos serviços de telecomunicações, no regime público, inclusive pagamentos pela outorga, multas e indenizações;

d) relativas ao exercício da atividade ordenadora da exploração de serviços de telecomunicações, no regime privado, inclusive pagamentos pela expedição de autorização de serviço, multas e indenizações;

e) relativas ao exercício do poder de outorga do direito de uso de radio-freqüência para qualquer fim, inclusive multas e indenizações;

f) taxas de fiscalização;

g) recursos provenientes de convênios, acordos e contratos celebrados com entidades, organismos e empresas, públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras;

h) doações, legados, subvenções e outros recursos que lhe forem destinados;

i) o produto dos emolumentos, preços ou multas, os valores apurados na venda ou locação de bens, bem assim os decorrentes de publicações, dados e informações técnicas, inclusive para fins de licitação;

j) decorrentes de quantias recebidas pela aprovação de laudos de ensaio de produtos e pela prestação de serviços técnicos por órgãos da Agência Nacional de Telecomunicações;

l) rendas eventuais.

Parágrafo único. Os recursos a que se refere este artigo serão recolhidos aos estabelecimentos oficiais de crédito, em conta especial, sob a denominação de 'Fundo de Fiscalização das Telecomunicações'".

Tendo em conta o estabelecido nas alíneas do citado art. 2º e observando que a Ancinav não exercerá quaisquer das atividades e atribuições arroladas, não se vislumbra qualquer fundamento jurídico para que seja destinado ao Fundo Nacional para o Desenvolvimento do Cinema e do Audiovisual Brasileiros (Funcinav) a percentagem de recursos do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações - FISTEL.

Além disso, o FISTEL, como o próprio nome diz, é um fundo de natureza contábil destinado a prover recursos para cobrir dispêndios realizados com a fiscalização de serviços de telecomunicações, bem ainda para desenvolver os meios e aperfeiçoar a técnica necessária a essa execução.

A fiscalização dos serviços de cabe, por força do disposto na Lei Geral de Telecomunicações, à Anatel, sendo essa agência a administradora do fundo (art. 50, Lei nº 9.472/1997). A autarquia reguladora poderá aplicá-lo, segundo o art. 3º da Lei nº 5.070/1966, de modo exclusivo: a) na instalação, custeio, manutenção e aperfeiçoamento da fiscalização dos serviços de telecomunicações existentes no País; b) na aquisição de material especializado necessário aos serviços de fiscalização; c) na fiscalização da elaboração e execução de planos e projetos referentes às telecomunicações; d) no atendimento de outras despesas correntes e de capital por ela realizadas no exercício de sua competência.

O art. 145 da Constituição Federal prescreve que "a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: (...) II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, pres-

tados ao contribuinte ou postos a sua disposição".

O conceito de *taxa* é afeto ao exercício do poder de polícia ou à utilização de serviços públicos específicos e divisíveis. Trata-se de uma espécie tributária vinculada. Geraldo Ataliba (1969, p. 43-54), muito a propósito, acentua que "a base de cálculo dos tributos deve ser estreitamente correlacionada com o elemento material da hipótese de incidência. Nos impostos, será uma ordem de grandeza ínsita na coisa ou atividade tributada, ou inerente ao sujeito passivo. Nos tributos vinculados, pelo contrário, há de ser uma ordem de grandeza ínsita à atividade pública que precisamente os justifica" (Considerações em torno da teoria jurídica da taxa. *Revista de Direito Público*, São Paulo: RT, n. 9, p.43-54, jul./set. 1969).

A instituição do Funcinav, tendo por integrante de suas receitas a parcela tributária do Fistel, ofusca o liame essencial que deve existir entre a taxa e o poder de polícia ou o serviço que a enseja. O Supremo Tribunal Federal, por reiteradas vezes, tem assinalado a inconstitucionalidade de taxas com esse vício na base de cálculo ou com falta da condição de serviço específico particularizado, que lhe é característica constitucional e legal (RE nº 204.827-SP. DJU de 25.04.1997, Rel. o Sr. Min. Ilmar Galvão, Plenário). No mesmo sentido: RE nº 216207/MG. Rel. Sr. Min. Ilmar Galvão. Primeira Turma. DJU 25-06-1999, p.30.

11. *Artigo 93: descaracterização do sentido de concessionário de serviços de telecomunicações*

"Art. 93. As prestadoras de serviços de telecomunicações caracterizadas como serviços de comunicação eletrônica de massa por assinatura, devem oferecer, em cada um dos pacotes de canais de programação, percentual mínimo de obras audiovisuais brasileiras a ser definido na forma do regulamento.

§ 1º O percentual se dará em relação ao volume total de programação

oferecido pelas operadoras em cada um dos seus pacotes, excetuados os canais referidos nas alíneas 'a' a 'h' do inciso I do art. 23 da Lei nº 8.977, de 1995;

§ 2º A Ancinav estabelecerá os prazos e outras condições necessárias à efetivação do disposto no *caput* deste artigo;”

O art. 93 suprime atribuições da Anatel. Mais uma vez é identificável o óbice constitucional expresso do art. 21, inciso XI: “explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais”. Ao interferir nos conteúdos veiculados pelas concessionárias de serviços de telecomunicações, a Ancinav açambarca misteres da Anatel. Não se deve esquecer, com suporte no que já se decantou sobre os diferentes regimes constitucionais da radiodifusão e das telecomunicações, o hibridismo deletério da fórmula “comunicação eletrônica de massa por assinatura”.

12. Conclusões

Os vários dispositivos analisados apresentam severas inconstitucionalidades materiais ou formais. Incorporarem-se tais indicações ao ordenamento jurídico implicaria a necessidade de sensíveis mudanças na estrutura constitucional dos serviços de radiodifusão e de telecomunicações. Em suma, a criação da nova agência desvia-se do regime existente, de departição *jurídica* entre os aludidos serviços, bem assim insere um novo órgão em misteres constitucionalmente limitados a um único titular, a Agência Nacional de Telecomunicações. O anteprojeto não reúne condições adequadas à sua apresentação ao Poder Legislativo.

Nota

* Versão adaptada do PARECER/MC/CONJUR/OLRJ/Nº 0058-1.01/2005, da Consultoria Ju-

rídica do Ministério das Comunicações, elaborado pelo autor e aprovado pelo Sr. Ministro de Estado das Comunicações, conforme despacho ministerial de 13-1-2005, que analisou o anteprojeto de lei que visava a instituir a Agência Nacional do Cinema e do Audiovisual, encaminhado ao Ministério das Comunicações por meio do Ofício-Circular nº 070/2004-SAG/C.Civil/PR da Subchefia de Análise e Acompanhamento de Políticas Governamentais da Casa Civil da Presidência da República. O parecer foi apresentado em reunião ministerial e do Conselho Superior do Cinema, sob a regência do Exmo. Sr. Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, na qual se decidiu que o anteprojeto não seria apresentado ao Congresso Nacional. A elaboração desse parecer contou com a participação da Coordenadora-Geral de Assuntos Jurídicos de Telecomunicações e Postais da Consultoria Jurídica do Ministério das Comunicações, a advogada da União Adalzira França Soares de Luca.

Referências

ATALIBA, Geraldo. Considerações em torno da teoria jurídica da taxa. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 9, p. 43-54, jul./set. 1969.

BASTOS, Celso Ribeiro. A liberdade de expressão e a comunicação social. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, a. 5, n. 20, p. 48, jul./set. 1997.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 8. ed. Rio de Janeiro: L. Juris, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DONATTI, A. Atto complesso, autorizzazione, approvazione. In: _____. *Archivio giuridico*, [S. l.], n. 5, v. 12, 1903.

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. 3. ed. Paris: Dalloz, 1935. v. 4.

LIVELY, DONALD E. *Essential principles of communications law*. New York: Praeger Publishers, 1992.

MAMEDE, Gladston. Ampla liberdade de imprensa: o direito de informar e opinar pela mídia impressa e eletrônica. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, a. 36, n. 144, p. 55, out./dez. 1999.

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

Um lance de olhos sobre as privatizações argentinas

Antecedentes jurídicos, políticos e institucionais da alienação da Empresa Nacional de Telecomunicaciones

André Felipe Canuto Coelho
Albino Carlos Martins Vieira

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. O surgimento da ENTel como resultado da nacionalização dos serviços de telecomunicações. 3. Um primeiro vislumbre privatizador. 4. Conclusão.

[...] la expansión y desarrollo de las telecomunicaciones no se agota en el hecho tecnológico, sino que se encuadra dentro de un conjunto de factores que tienen relación directa con cuestiones fundamentales de toda sociedad, como las económicas, sociales, políticas y culturales. (SCHIFER; PORTO, 2002, p. 9)

André Felipe Canuto Coelho é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Economia pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando da Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco na linha de pesquisa “Estado Poder Regulador e Tributação”. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil.

Albino Carlos Martins Vieira é Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito do Recife da Universidade Federal de Pernambuco. Graduado em Administração de Empresas e em Engenharia Eletrônica pela Universidade Federal de Pernambuco. Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil.

1. Considerações iniciais

Ao longo da década de 90, o Estado argentino experimentou uma série de reformas estruturais marcadas por uma onda privatizante até então sem precedentes por abarcar todas as entidades que não exerciam funções estritamente estatais.

Impulsionado, em seu discurso oficial, pelas dificuldades em continuar financiando as necessidades de expansão e o constante déficit das empresas estatais (explicados em grande parte pela vigência de tarifas contidas por critérios políticos e pela presença de elevados custos) e pela crescente necessidade de adotar novas tecnologias que permitissem melhorar a qualidade dos serviços prestados, o Estado transplatino desfez-se desde das empresas que tinham por objeto atividades meramente comerci-

ais e industriais até daquelas regidas pela supremacia do interesse público – os serviços públicos –, como a distribuição de água, de gás e a produção e a transmissão de energia elétrica. (CASSAGNE, 2004, p. 361).

A privatização de tais empresas não significou unicamente uma exigência que o Plano de Conversibilidade (ARGENTINA, 1991) impunha às contas públicas. Na realidade, a venda das estatais acabou por revelar-se uma política decisiva na superação das contradições internas que a sociedade de então vivia, cuja hiperinflação nos anos de 1989 e 1990 foi o sinal mais visível: “A hiperinflação abriu um sulco profundo na mentalidade coletiva: angústia, impotência e buscas desesperadas por soluções que aliviassem tão pesada carga.” (MUCHNIK, 2005, p. 13, tradução nossa).

Se, por um lado, o traspasse à iniciativa privada dos ativos públicos representou um fator decisivo na superação da crise, por outro, a venda da Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTel) simbolizou o início de uma crescente e, até certo ponto, irreversível retirada do Estado da produção direta de utilidades públicas (bens e serviços considerados essenciais à vida social). (ABELES; FORCINITO; SCHORR, 2001, p. 27).

Pretendemos, neste estudo, traçar um breve panorama jurídico-político-institucional sobre os antecedentes daquela que ficou conhecida como a “nau capitânia” do processo de privatização argentino, justamente pelo fato de haver preparado o terreno para a sua continuidade. (ABELES; FORCINITO; SCHORR, 2001, p. 28).

Partiremos, no item 2, do surgimento do quase-monopólio estatal dos serviços de telefonia com as políticas nacionalistas de Juan Domingo Perón (1946-1955). No item seguinte, trataremos da primeira iniciativa de se privatizar o patrimônio estatal, entre eles a ENTel, no governo de Raúl Ricardo Alfonsín (1983-1989). Somente então, na seção 4, adentraremos as medidas implementadas pelo governo de Carlos Saúl Menem (1989-1999) que abriram caminho

para a total alienação da empresa estatal de telefonia. Concluiremos com um resumo dos fatos que marcaram o início da prestação, pela iniciativa privada, dos serviços de telefonia argentinos.

2. O surgimento da ENTel como resultado da nacionalização dos serviços de telecomunicações

Em 1880, havia na Argentina três empresas explorando o serviço telefônico: a inglesa Companhia de Teléfonos Gower-Bell, a norte-americana Companhia Telefónica del Río de la Plata e a belga Sociéte du Pantéléphone L. de Loch. Em 1882, as duas últimas se unem e compram a primeira, passando a chamar-se Unión Telefónica del Río de la Plata e, logo depois, Companhia Unión Telefónica del Río de la Plata, com sede na Inglaterra. (SHIFER; PORTO, 2002, p. 16).

No entanto, em 1887, um grupo de abonados usuários, descontentes com a qualidade dos serviços prestados e com seu custo elevado, decide formar uma cooperativa, a Sociedad Cooperativa Telefónica, posteriormente denominada Companhia Telefónica Argentina. (TESLER, 1990, p. 33).

Em 1916, é criada a Companhia Entreterriana de Teléfonos (CET), pertencente a Ericsson, enquanto, 10 anos depois, a mesma Ericsson faz surgir a Companhia Argentina de Teléfonos (CAT) para servir as províncias de Mendonza, San Juan, Tucumán, Salta e Santiago del Estero. Logo depois, em 1929, a Companhia Telefónica Argentina e a Companhia Unión Telefónica del Río de la Plata passaram para as mãos da International Telephone and Telegraph Company (ITT) dos EUA. (SHIFER; PORTO, 2002, p. 18).

Eleito presidente em fevereiro de 1946, Perón colocou a Argentina num curso de industrialização e intervenção da economia. Nesse escopo, a prestação do serviço de telefonia consolida-se como uma tarefa estatal: em 1946, pela Lei nº 12.864, o Estado argentino passa a controlar a Unión Telefó-

nica del Río de la Plata. Seus bens foram transferidos para uma empresa estatal denominada Empresa Mixta Telefónica Argentina (EMTA), passando a chamar-se, em 1949, Teléfonos del Estado (TE) e, em 1956, Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTel). A CET e a CAT continuaram operando. (BIELSA, 1964, p. 527-528).

O processo de estatização das empresas privadas prestadoras de serviços públicos veio encontrar respaldo na Constituição de 1949, cujo art. 40 assim determinava:

“Art. 40. [...] Os serviços públicos pertencem originariamente ao Estado e em hipótese alguma poderão ser alienados ou concedidos para sua exploração. Aqueles que se encontrem em poder de particulares serão transferidos para o Estado, por meio de compra ou expropriação com indenização prévia, quando uma lei nacional assim o determine.[...] (ARGENTINA, 1949, tradução nossa).”

3. Um primeiro vislumbre privatizador

Ainda durante a última ditadura militar, mais precisamente entre 1976 e 1980, sob o comando do Ministro da Economia José Martínez de Hoz, a Argentina deparou-se, pela primeira vez, com a venda de empresas estatais: o grupo Siam; as indústrias Llave e algumas radioemissoras e canais de televisão. Por outro lado, durante esse período foi instituída uma política tendente a estatizar todas as empresas privadas que se encontravam em dificuldade, de maneira que, ao seu término, o resultado líquido foi um incremento de atividades nas mãos do Estado. (LAZZETTA, 1996).

Ao longo do governo radical de Alfonsín, completou-se a privatização do grupo Siam, além da SIAT, Opalinas Hurlingham, Sol Jet, Austral e a Movicom. Os projetos mais ambiciosos, entre eles o de concessões petrolíferas e a venda das Aerolíneas Argentinas e da ENTel, contudo, não foram concretizados. (LAZZETTA, 1996).

Talvez a mais importante contribuição do governo Alfonsín visando ao transpasse do patrimônio estatal tenha sido o Decreto nº 1842/87, cuja epígrafe era bastante expressiva: “Desmonopolização de Serviços Públicos Prestados por Empresas Estatais”. (ARGENTINA, 1987). Representou o decreto um reconhecimento institucional de que o setor público estava em crise, chegando a apontar, em seus considerandos, a responsabilidade pela deterioração dos serviços públicos aos monopólios ou quase-monopólios de fato – e em alguns casos de direito – que se conferiram a determinadas empresas estatais. Observava ainda que seria preciso, para o ajuste operativo-financeiro e para a modernização das empresas estatais, introduzir fatores de competitividade no setor de serviços e de produção de bens que permitissem, com a diversificação da oferta, criar condições de mercado que possibilitassem a prestação dos mesmos de forma eficiente, mais consentâneas com as novas exigências tecnológicas. É dessa feita que a norma em comento vem estabelecer como princípio geral, em matéria de produção de bens e prestação de serviços públicos, na área das empresas que, até então, operavam sob a supervisão do Ministério de Obras e Serviços Públicos, a livre concorrência do setor privado. (LOZADA, 2003, p. 21-22).

Voltemos à ENTel e procuremos os motivos pelo fracasso da primeira tentativa privatizadora. Sob os auspícios do Ministro de Obras e Serviços Públicos, Rodolfo Terragno, o projeto privatizador previa a venda de 40% das ações do monopólio telefônico estatal a um consórcio capitaneado pela Telefónica de España e financiado pelo Citibank, que passariam assim a ter a gestão operacional e administrativa da empresa, pagando para isso US\$ 750 milhões, dois terços à vista e um terço por meio da capitalização de títulos da dívida¹. Por sua vez, o Estado argentino reteria 51% das ações e 9% seria entregue aos funcionários da empresa. Numa carta de intenção assinada entre as partes, à Telefónica era garantida a exploração

monopólica do serviço telefônico por 25 anos, enquanto o Estado argentino absorveria a dívida externa da empresa. (ABELES, 2001, p. 54).

O projeto supracitado não conseguiu superar a firme oposição do partido justicialista, que contava com um forte apoio sindical, frontalmente contrário às políticas desestatizantes. Ademais, o projeto privatizador cometera uma omissão grave ao excluir do certame dois dos principais atores responsáveis pelo funcionamento da ENTel na década de 80 mediante o fornecimento de equipamentos: a Pecom-Nec (surgida da associação do grupo Pérez Compac com a japonesa Nec) e a filial Argentina da empresa Siemens, as quais se beneficiavam dos sobrepreços cobrados à telefônica estatal. (ABELES, 2001, p. 54).

A frustrada experiência radical em matéria privatizadora deixou, no entanto, lições para o novo governo, como o imperativo de se considerar os interesses dos provedores locais, que não permitiriam ficar à margem da privatização da empresa, e a necessidade de se neutralizar os obstáculos que pudessem surgir em termos de lutas sindicais. Alertou, igualmente, para as perigosas demoras ou barreiras que poderiam advir de um exaustiva tramitação legislativa, as quais poderiam conspirar tanto contra a viabilidade do programa privatizador como contra a celeridade imposta pelos tempos políticos da crise².

Não foi sem razão que, logo em seguida à sua posse, após a renúncia do governo Alfonsín em julho de 1989, o governo Menem sancionou, praticamente sem nenhuma oposição, dois instrumentos legais que implicavam a concessão, ao Poder Executivo Nacional (PEN), de uma espécie de cheque em branco em matéria privatizadora: as leis de emergência administrativa (Lei nº 23.696) e de emergência econômica (Lei nº 23.697). A lei de emergência administrativa dispunha em seu art. 11:

“Art. 11. Faculdades do Poder Executivo: Dá-se a faculdade ao Poder Exe-

cutivo Nacional para proceder à privatização total ou parcial, à concessão total ou parcialmente de empresas, sociedades, estabelecimentos ou atividades produtivas cuja propriedade pertença total ou parcialmente ao Estado Nacional, que hajam sido declaradas ‘sujeitas à privatização’, de acordo com as previsões desta lei. (ARGENTINA, 1989a, tradução nossa).”

Enquanto isso, seu art. 9º já atestava que “(...) por esta lei se declaram ‘sujeita à privatização’ os entes que se enumeram nas listas anexas”. Em tais listas figuravam, entre outros, a ENTel, a Aerolíneas Argentinas, a Ferrocarriles Argentinos, todos os meios de comunicação administrados pelo Estado, o metrô de Buenos Aires e a Casa da Moeda. (ARGENTINA, 1989a).

Por sua vez, a lei de emergência econômica outorgava, em seu art. 1º, ao Poder Executivo competências para legislar independentemente do Congresso da Nação, com o fulcro de “superar a situação de perigo coletivo criado pelas graves circunstâncias econômicas e sociais que a Nação padece”. (ARGENTINA, 1989b, tradução nossa).

Podemos asseverar que as duas inovações legislativas expressavam a concessão ao Executivo de todo o poder público pertinente ao destino do patrimônio estatal. Daí em diante, todas as instâncias legais relativas à privatização da empresa telefônica foram disciplinadas através de decretos do Executivo, lastreados nas faculdades cedidas pelas leis do Congresso. De uma perspectiva legal, o fato de que a privatização da ENTel tenha sido implementada através de decretos do Executivo facilitou a permanente modificação, em favor das empresas licenciatárias do serviço básico telefônico, das cláusulas regulatórias e das atribuições do organismo regulador, na medida em que não se precisaria contar com a aprovação do Congresso para modificar disposições inseridas por meio de tal recurso jurídico. (ABELES, 2001, p. 56).

Por outro lado, o trabalho do Executivo foi bastante facilitado devido à ampliação, de cinco para nove membros, da Corte Suprema de Justiça da Nação, em abril de 1990, mediante a Lei nº 23.774/90. Com seus novos integrantes, a Corte Suprema passou a ser um forte aliado para o governo, particularmente em matéria de privatizações.

Uma vez centralizado todo o processo decisório no Poder Executivo, o presidente Menem designou como interventora da ENTEL a controvertida engenheira María Julia Alsogaray³, membro da União de Centro Democrático, a expressão partidária mais nitidamente identificada com as medidas reclamadas pelo poder econômico, entre as quais se encontrava a privatização das empresas públicas. Procurava-se, assim, ganhar credibilidade perante a comunidade de negócios:

O governo inaugurado em julho de 1989 necessitava encarnar numa política (e nada melhor do que o valor simbólico das privatizações) sua vontade de deixar para trás a carga ideológica populista que o levava ao poder. A sede de reputação e a necessidade de ganhar credibilidade frente à comunidade de negócios, que o observava com desconfiança, impulsionavam e aceleravam sua ação privatizadora. Isso explica em parte o caráter integral e absoluto da desestatização e a inflexibilidade no cumprimento dos cronogramas de transferência, de modo a não exibir nenhum sintoma de vacilação. (GERCHUNOFF; CANOVAS, 1995, p. 42, tradução nossa).

Desde o início de sua gestão, Alsogaray realizou uma estratégia exclusivamente focalizada na construção de um cenário que tornasse atrativa e altamente rentável a aquisição do monopólio telefônico estatal. Somente assim, acreditava o governo, poderia assegurar a participação de ofertantes num futuro leilão internacional. Não se optou em melhorar o desempenho das empresas, ra-

cionalizar sua gestão nem implementar metas operativas sustentáveis, de maneira a aumentar, em favor do fisco, o valor dos ativos a serem transferidos para o capital privado. Muito pelo contrário, o governo deixou de lado qualquer tentativa de racionalizar a gestão da empresa e isso em prejuízo de um dos objetivos declarados para a privatização: aliviar o aperto fiscal maximizando o valor de venda das empresas públicas a serem transferidas para o setor privado. Tanto assim o foi que, às vésperas da privatização, deteriorou-se ainda mais a qualidade de prestação do serviço telefônico, tornando ainda mais aceitável socialmente a alienação da ENTEL.⁴

Afirmamos que a mencionada política não foi em si contraditória, até porque, a despeito da perspectiva fiscal, o objetivo primordial perseguido pelo governo com a privatização da empresa era contar com o apoio do poder econômico local e internacional e consolidar o consenso social em torno da necessidade de privatizar a empresa. Desse ponto de vista, uma estratégia que procurasse racionalizar o desempenho da ENTEL levaria à postergação do cronograma de transferências previsto pelo governo: não apenas conspiraria contra a celeridade imposta pela necessidade de congregar todo o apoio político e de evitar a consolidação de resistências, mas também, caso fosse exitosa, poderia gerar uma discussão acerca da necessidade ou não de privatizar. Temia-se que ocorresse algo parecido com o que viria a acontecer no Uruguai, quando seus cidadãos, consultados em um referendo, optaram pela manutenção do sistema público de telecomunicações. (SCHIFFER; PORTO, 2002, p. 31).

Nessa perspectiva, que supunha a construção de um cenário que tornasse rentável a aquisição da telefônica estatal, dificilmente seria atrativa uma empresa que herdasse a estrutura de um forte sindicato único – a Federación de Obreros y Empleados Telefónicos de la República Argentina, FOETRA –, cujo poder era expresso por uma série de

benefícios (estabilidade, desconto nas tarifas telefônicas, condições de trabalho, etc.) que os trabalhadores telefônicos haviam conseguido obter. Era preciso, mais do que nunca, disciplinar os aguerridos trabalhadores da ENTel.

O problema potencial colocado pela forte atuação sindical abarcava tanto o plano político, na medida em que pudessem surgir ações tendentes a obstaculizar a privatização da ENTel (e esta, dada sua posição estratégica, a de todo processo privatizador), como o econômico, uma vez que, para os potenciais compradores da empresa, tanto as condições de trabalho como seu número de empregados afetariam fortemente a taxa de retorno de sua inversão. (ABELES, 2001, p. 59).

Concretamente, entre as principais disposições destinadas a disciplinar os trabalhadores, e assim tornar mais rentável a empresa que seria transferida ao setor privado, cabe assinalar o Decreto nº 1.757, cuja sanção constitui o primeiro passo na erosão dos benefícios para os empregados da empresa telefônica. Destaquemos o disciplinado em seu art. 66:

“Art 66. Atento à finalidade específica das presentes negociações em promover a eficiência e a produtividade laboral em empresas e organismos do setor público, a representação do Estado empregador deverá dar tratamento prioritário a aspectos relacionados ao ordenamento da escala e da estrutura salarial, à revisão do conteúdo de prêmios e bonificações; regime de emprego, sistemas de incorporação e promoções de pessoal, regime de licenças, regime de faltas, jornadas de trabalho e horários extraordinários, ordenamento do gasto social, benefícios, contribuições e subsídios a cargo do empregador, mecanismos de prevenção e solução de conflitos e regimes de aposentadoria antecipada. (ARGENTINA, 1990a, tradução nossa).”

O decreto em apreço representou para os trabalhadores telefônicos o incremento na duração da jornada laboral, que passou de 7 para 8 horas diárias, a suspensão do regime de estabilidade no emprego e a perda de benefícios específicos para os trabalhadores do setor, tais como o desconto de 75% da tarifa telefônica mensal.

De mais a mais, em 1990, o Decreto nº 2.184/90 impôs severas limitações aos protestos sindicais no âmbito dos serviços essenciais, entre os quais os serviços de telecomunicações:

Art. 1º Para os fins previstos no presente decreto, serão considerados serviços essenciais aqueles cuja interrupção total ou parcial possa colocar em perigo a vida, a saúde, a liberdade ou a segurança, de parte da população ou das pessoas, em particular:

(...)

d) Os serviços de telecomunicações; (ARGENTINA, 1990b, tradução nossa).

Nesse contexto, e no marco de um intenso conflito sindical, sobretudo com os trabalhadores telefônicos da Capital (onde se chegou a recorrer às forças armadas diante da ameaça de descontinuidade do serviço), iniciou-se uma agressiva política de redução de pessoal.

Foi inicialmente proposto um programa de “aposentadoria voluntária” oferecendo-se uma indenização bastante superior à que se teria direito. Destinava-se àqueles empregados com mais de vinte anos de serviço, já bastante arraigados na empresa e com escassa possibilidade de inserção posterior no mercado laboral. Com a negativa de muitos empregados a essa forma involuntária de aposentadoria, a estratégia tornou-se mais agressiva, tendo como grande objetivo a contratação posterior de trabalhadores flexíveis, de menor custo, sem nenhuma ligação com bases sindicais. Os primeiros a serem convidados a se aposentarem foram justamente os que militavam nas bases do sindicato telefônico, enquanto a cúpula dirigida por

Julio Guillán aderiu ao menemismo e não apenas apoiou os planos da redução de pessoal como foi acusada de levar comissões por cada trabalhador que se aposentava “voluntariamente”. (VÍCTIMAS...,1995).

Na medida em que a privatização da ENTel representava o carro-chefe de um cortejo que traria consigo a posterior privatização do restante das empresas públicas, o custo político de tal ruptura com parte do histórico apoio sindical do Partido Justicialista seria assumido sem maior dissabor. Até porque, não parece ter havido um alto custo político, ao menos do ponto de vista eleitoral.⁵ Em todo caso, nada melhor que o Estado – e, mais concretamente, um Estado conduzido por um governo peronista, tradicionalmente próximo ao movimento sindical – para enfrentar uma eventual resistência que pudessem surgir de um ousado processo de racionalização de pessoal. (ABELLES, 2001, p. 62-63).

4. Conclusão

O que se segue já é sobejamente conhecido. A privatização, principiada com a lei de emergência administrativa, foi colocada em prática por meio dos vários decretos: 60, 61 e 62, todos de 1990. Inicialmente, foram ofertadas, nesse mesmo ano, num concurso internacional, 60% das ações da empresa; completando-se, em 1992 e 1993, a alienação de 30% restante, através da bolsa de valores; enquanto 10% ficou destinado ao programa de propriedade participada.

A estratégia inicial foi a de dividir o país em duas regiões, a fim de se criar duas empresas de tamanho similar que pudessem competir entre si ao término do período de exclusividade, e também para permitir uma comparação de desempenho entre as duas empresas nesse período, objetivando incentivar a eficiência operativa. A região norte abarcava uma população aproximada de 12,4 milhões de habitantes e a região sul, de 14,1 milhões. O restante (aproximadamente 6 milhões) era coberto por 290 cooperativas

telefônicas e operadores independentes. (SCHIFFER; PORTO, 2001).

A licitação internacional da ENTel previa a apresentação de dois envelopes, um com os antecedentes e os requisitos técnicos que as empresas postulantes deveriam cumprir e outro com a oferta para a adjudicação. Após o processo de pré-qualificação e pré-adjudicação, restaram como firmas selecionadas a COINTEL (consórcio liderado pela Telefónica), como adjudicatário da Sociedad Licenciataria Sur (agora Telefónica de Argentina), e NORTEL (consórcio formado pelo grupo Stet e France Telecom) como adjudicatário da Região Norte (hoje Telecom Argentina – France Telecom). (EL PULSO DE UNA PRIVATIZACIÓN, 1999).

O preço de venda respeitante a 60% da ENTel inicialmente destinado à venda representou 214 milhões de dólares em valores da época mais 5 bilhões de dólares em títulos da dívida externa, ademais de seis parcelas de 380 milhões de dólares em títulos da dívida a serem pagos semestralmente com um prazo de carência de 3 anos. Dado que os títulos da dívida, em novembro de 1990 (data da venda), pagavam cerca de 19% de seu valor nominal, o preço pago pelos dois consórcios por 60% da ENTel, com suas 3.486.000 linhas instaladas, foi de 1 bilhão e 594 mil dólares. (FUNDACIÓN ATLAS PARA UMA SOCIEDAD LIBRE, 2003).

Em dezembro de 1991, por meio de oferta pública, 30% das ações restantes da Telefónica de Argentina foram alienadas, simultaneamente, nas Bolsas de Nova Iorque e Buenos Aires, onde se conseguiu outros 830 milhões de dólares. Logo em seguida, em março seguinte, venderam-se as ações remanescentes da Telecom, com o que se obteve mais 1 bilhão e 227 mil dólares.

A venda à vista de 30% do pacote acionário, ao superar os 2 bilhões de dólares, superou o obtido com a transferência inicial de 60% do controle acionário. Assim o foi em razão da melhor credibilidade internacional da República da Argentina, diante do sucesso inicial do Plano de Conversibili-

dade, do vigoroso desempenho das empresas privadas por ocasião de seu primeiro ano de gestão⁶ e do compromisso do governo de implementar uma reestruturação tarifária. (FUNDACIÓN ATLAS PARA UMA SOCIEDAD LIBRE, 2003).

Notas

¹ “Intentava-se introduzir no vasto campo do setor público àqueles provedores e produtores de bens e serviços que apenas podiam aportar como novas inversões a capitalização da dívida pública externa. Em outros termos, meros títulos, nada de novo em substancial, que de um modo ou outro pagaria o Estado argentino, ademais de ser uma dívida cuja existência e legitimidade vem se discutindo e verificando sua legitimidade”. (LOZADA, 2003, p. 21).

² “Em sua primeira visita ao país após a posse de Menem, a missão do Banco Mundial encabeçada por Peter Scherrer reuniu-se com Dromi (Ministro de Obras e Serviços Públicos) e, além de oferecer-lhe apoio técnico para a reforma do setor público, transmitiu-lhe sua convicção de que as medidas deviam instrumentar-se com a maior celeridade possível, a fim de evitar a consolidação de resistências como as que haviam detido o impulso de Alfonsín na mesma direção”. (VERBITSKY, 1991, p. 27, tradução nossa).

³ Em 22 de maio de 2004 a mesma María Julia Alsogaray foi condenada a três anos de prisão por enriquecimento ilícito, convertendo-se na primeira ex-funcionária menemista sentenciada em juízo oral por delitos cometidos por esse governo. (MARÍA Julia alsogaray fue condenada a tres años de prisión, 2005).

⁴ “Em 1990, por exemplo, habilitaram-se apenas 40.000 linhas telefônicas – 70% menos que durante o ano de 1989 – e importantes atrasos em obras e tarefas de manutenção foram detectados. À margem de tais atrasos, não obstante, produziu-se um aumento considerável de linhas instaladas mas não habilitadas, que logo depois seriam exploradas pelos consórcios vencedores do leilão.” (ABELES, 2001, p. 61).

⁵ Carlos Saúl Menem foi reeleito para um segundo mandato cinco anos depois.

⁶ A rentabilidade das empresas licenciatárias foi imediata e muito superior às melhores expectativas. Para isso foi fundamental o período expansivo da economia argentina e as correções tarifárias que se seguiram. (KANDEL, 1998).

Referências

ABELES, M. La privatización de ENTel: regulación estatal y ganancias extraordinarias durante la etapa monopólica. In: _____; FORCINITO, K.; SCHORR, M. *El oligopolio telefónico argentino frente a la liberalización del mercado*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2001.

_____; FORCINITO, K.; SCHORR, M. El masacrón de proa del proceso de privatización. In: _____; _____. *El oligopolio telefónico argentino frente a la liberalización del mercado*. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2001.

ARGENTINA. Constituição da Nação Argentina, de 11 março de 1949. *Partido Justicialista Provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, [200-?]. Disponível em: <http://www.pjbonaerense.org.ar/peronismo/constitucion_1949/constitucion_indice.htm>. Acesso em: 13 ago. 2005.

ARGENTINA. Decreto n. 1.842, de 19 de novembro de 1987. *InfoLeg*: Ministerio de Economía y Producción, Buenos Aires, 2003. Dispõe sobre a desmonopolização de serviços públicos prestados por empresas estatais. Disponível em: <http://www.mecon.gov.ar/infoleg_form/consultas.epl>. Acesso em: 12 ago. 2005.

ARGENTINA. Lei n. 23.696, de 18 de agosto de 1989a. Lei de emergência administrativa. *InfoLeg*: Ministerio de Economía y Producción, Buenos Aires, 2003. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/98/norma.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2005.

ARGENTINA. Lei n. 23.697, de 18 de agosto de 1989b. Lei de emergência econômica. *InfoLeg*: Ministerio de Economía y Producción, Buenos Aires, 2003. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/15/norma.htm>>. Acesso em: 10 ago. 2005.

ARGENTINA. Decreto n. 1.757, de 06 de setembro de 1990a. Dispõe sobre a racionalização dos gastos públicos. *InfoLeg*: Ministerio de Economía y Producción, Buenos Aires, 2003. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar>>. Acesso em: 12 ago. 2005.

ARGENTINA. Decreto n° 2.184, de 16 outubro de 1990b. Dispõe sobre conflitos laborais. *InfoLeg*: Ministerio de Economía y Producción, Buenos Aires, 2003. Disponível em: <<http://infoleg.mecon.gov.ar>>. Acesso em: 12 ago. 2005.

ARGENTINA. Lei n. 23.928, de 27 de março de 1991. Dispõe sobre o plano de conversibilidade do austral. *InfoLeg*: Ministerio de Economía y Producción, Buenos Aires, 2003. Disponível em: <[318](http://</p></div><div data-bbox=)

infoleg.mecon.gov.ar/infoleginternet/resaltaranexos/0-4999/328/norma.htm>. Acesso em: 12 ago. 2005.

BIELSA, R. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 1964.

CASSAGNE, J. C. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Depalma, 2004. v. 1.

EL PULSO de una privatización. *Clarín.com*, Buenos Aires, 03 out. 1999. Disponível em: <<http://www.clarin.com/suplementos/zona/1999/10/03/i-00301e.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2005.

FUNDACIÓN ATLAS PARA UNA SOCIEDAD LIBRE. La privatización de los servicios públicos: seguridad jurídica o re-estatización? El caso de las telecomunicaciones, el servicio eléctrico, el agua potable y los deságües cloacales. *Atlas*, [S. l.], 2003. Disponível em <http://www.atlas.org.br/archivos/PrivServPubl_Atlas.pdf#search='privatizaci%C3%B3n%20ENTel'>. Acesso em: 08 ago. 2005.

GERCHUNOFF, P.; CÁNOVAS, G. Privatizaciones en un contexto de emergencia económica. *Revista Desarrollo Económico*, Buenos Aires, n. 136, v. 34, ene./mar. 1995.

KANDEL, P. Telefónica, el mayor operador de la region. *Clarín*, Buenos Aires, 30 jul. 1998. Disponível em: <<http://www.clarin.com/diario/1998/07/30/o-02001d.htm>>. Acesso em: 16 ago. 2005.

LAZZETTA, O. *Las privatizaciones en Brasil y Argentina*. Buenos Aires: Homo Sapiens, 1996.

LOZADA, S. M. La reconstrucción democrática y sus límites. *Nuncamas*, [Buenos Aires], 2003. Disponível em: <<http://www.nuncamas.org/investig/lozada05.htm>>. Acesso em: 10 ago. 05.

MARÍA JULIA alsogaray fue condenada a três años de prisión, 22 maio 05. *TerritorioDigital*, Misiones, 1999. Disponível em: <<http://www.territorio digital.com/nota.aspx?c= 0264187139499477>>. Acesso em: 15 ago. 05.

MUCHNIK, D. *Los últimos cuarenta años: Argentina a la deriva*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2005.

SCHIFER, C.; PORTO, R. *Telecomunicaciones: marco regulatorio*. Buenos Aires: El Derecho, 2002.

TESLER, M. *La telefonía argentina: su otra historia*. Buenos Aires: Rescate, 1990.

VERBITSKY, B. *Robo para la corona*. Buenos Aires: Planeta, 1991.

VÍCTIMAS de una privatización salvaje. *Radio Nederland*, Hilversum, 1995. Disponível em: <http://www2.rnw.nl/rnw/es/temas/sociedad/soc030318_victimasprivatizacio>. Acesso em: 10 ago. 2005.

Alimentação saudável nas escolas

Edilenice Passos, Neide Pimenta Magalhães, Nara Maria Esteves Fonseca Gonçalves, Victor Hugo Vieira Moura, Robert Quintão de Oliveira e Érica Bernardo da Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Legislação brasileira. 3. Legislação estrangeira. 4. Projetos de lei.

1. Introdução

A obesidade deixou de ser um problema de saúde de pessoas adultas e passou a ser também uma doença infantil. Alguns estudos identificam que 15% das crianças brasileiras sofrem de obesidade ou têm sobrepeso. O consumo de alimentos com alta taxa de gordura, açúcar e sal pode causar muitos males além da obesidade: diabetes, cárie, hipertensão arterial, alterações ortopédicas, aumento dos níveis de colesterol e triglicérides, doenças cardiovasculares e problemas emocionais na adolescência e na vida adulta.

Nossos hábitos sociais contribuem para facilitar o consumo excessivo desse tipo de alimento. Nas visitas, passeios, reuniões, idas ao cinema ou ao *shopping*, sempre há o consumo de alimentos, e as novas formas de entretenimento como a televisão, computadores e videogames favorecem o sedentarismo.

Além disso, as embalagens dos produtos têm aumentado consideravelmente de tamanho. “Antigamente, no cinema, cada pessoa comia um saquinho de pipoca. Hoje, a pipoca é vendida em baldes enormes e individuais e um copo de refrigerante tem de

Edilenice Passos é Chefe do Serviço de Apoio Técnico da Consultoria Legislativa.

Neide Pimenta Magalhães, Nara Maria Esteves Fonseca Gonçalves, Victor Hugo Vieira Moura e Robert Quintão de Oliveira são Pesquisadores do Serviço de Apoio Técnico da Consultoria Legislativa.

Érica Bernardo da Silva é Estagiária de Biblioteconomia.

500ml a 700ml para cada pessoa.” (CASTRO, 2004). Estudo realizado nos Estados Unidos, em 2002, procura comparar as porções de alimentos vendidos naquele país em relação às recomendações do Departamento de Agricultura dos Estados Unidos (USDA). Os resultados mostraram que o tamanho da porção de carnes, massas e chocolates ultrapassava em 224%, 480% e 700%, respectivamente, o das recomendações do USDA. Além disso, constatou-se que foi a partir da década de 70 que se iniciou um aumento das porções, coincidindo com a atuação mais forte do *marketing* na indústria alimentícia. Como exemplo, o tamanho da batata frita oferecida aos consumidores em meados dos anos 50 representava 1/3 do maior tamanho oferecido em 2001. (OLIVEIRA; FISBER, 2003)

Sem dúvida, a publicidade é outro fator importante que também induz o consumo de alimentos. Na Espanha, o levantamento da Confederação Espanhola de Organizações de Donas de Casa, Consumidores e Usuários (CEACCU), apresentado em março de 2005, mostrou que uma criança pode chegar a presenciar até 91 anúncios de produtos de *fast food*, de padaria ou de salgadinhos, sem mudar de canal, em uma só manhã de sábado.

A Associação Portuguesa para a Defesa do Consumidor (Deco) analisou os anúncios transmitidos durante a programação infantil das três emissoras com maior audiência e descobriu que a categoria de produtos mais publicitada é a dos bolos e chocolates, alimentos ricos em açúcar e gordura. E ainda foi revelado pelo estudo que um terço dos anúncios recorre a desenhos animados para promover produtos que devem ser consumidos com moderação (PÚBLICO, 2005).

No Brasil, o Departamento de Pediatria da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP, 2005)

“analisou durante um mês o conteúdo das campanhas publicitárias de produtos alimentícios voltadas para crianças, veiculadas nos intervalos de

programas infantis de televisão, concluindo que, a cada 10 minutos de exibição, 1 minuto tem como objetivo estimular o consumo de produtos alimentícios com alto teor de gordura saturada e açúcar refinado. Segundo a Organização Mundial de Saúde, 30 segundos de propaganda já seriam suficientes para exercer forte influência sobre a garotada.” (UNIVERSIA, 2005).

É imperativo que as crianças e adolescentes modifiquem seus hábitos alimentares e sedentarismo. A Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade (ABESO) acredita que a escola seja um espaço estratégico para prevenir a obesidade infantil porque a “criança faz, pelo menos, uma refeição por dia na escola; nesse ambiente, é possível trabalhar, de uma forma transversal, noções de educação alimentar; oportunidade (infelizmente perdida) de prática de atividade física e esporte; potencial da criança de ser um agente de mudança na família.” (VIUNISKI, 2003).

A Sociedade Brasileira de Pediatria (SBP), a Associação Brasileira para o Estudo da Obesidade (ABESO) e o Observatório de Políticas de Segurança Alimentar e Nutricional da Universidade de Brasília, com parceria do Programa Fome Zero, lançaram, em 28 de maio de 2004, o Programa Escola Saudável, que, em linhas gerais,

“pretende implementar, em todo o país, um programa de educação do lanche escolar e estimular a atividade física. Em conformidade com a Estratégia Global da Organização Mundial de Saúde (OMS), o intuito é promover a melhoria da qualidade de vida do estudante, prevenindo a obesidade infantil e o erro alimentar.” (SOCIEDADE..., 2005)

2. Legislação brasileira

Alguns entes federados tomaram a liderança em estabelecer normas jurídicas para

controlar a comercialização de alimentos nas cantinas e lanchonetes dentro das escolas.

A iniciativa mais antiga é do município de Florianópolis, que, em 2001, estabeleceu princípios para incentivar a alimentação saudável nas escolas, por meio da Lei nº 5.853, de 4 de junho de 2001, que, posteriormente, foram estendidos para todo o Estado de Santa Catarina, quando a Lei nº 12.061, de 18 de dezembro de 2001, foi publicada. Além de proibir alimentos calóricos com baixo teor nutricional, ainda obrigou a cantina escolar colocar, à disposição dos alunos, dois tipos de frutas sazonais.

O Rio de Janeiro é o único município que possui legislação por iniciativa do Poder Executivo. O Decreto nº 21.217, de 1º de abril de 2002, proíbe, no âmbito das unidades escolares da rede municipal de ensino, adquirir, confeccionar, distribuir e consumir balas, doces à base de goma, gomas de mascar, pirulitos, caramelos, pó para preparo de refresco, bebidas alcoólicas e alimentos ricos em colesterol, sódio e corantes artificiais. E ainda proibiu a propaganda desses produtos.

A Governadora do Estado do Rio de Janeiro sancionou norma jurídica similar, Lei nº 4.508, de 11 de janeiro de 2005, que proíbe a comercialização, aquisição, confecção e distribuição de produtos que colaborem para a obesidade infantil em bares e cantinas instalados em escolas públicas e privadas situadas no Estado. Os alimentos sem rotulagem, composição nutricional e prazo de validade estão incluídos no rol dos produtos “não permitidos”. A lei veda igualmente a publicidade dos produtos.

Belo Horizonte também possui legislação que dispõe sobre a proibição, em escola da rede pública municipal de ensino, de adquirir, confeccionar, distribuir e comercializar produtos nocivos à saúde infantil. Trata-se da Lei nº 8.650, de setembro de 2003, que sofreu vários vetos. Interessante são as razões do veto que questionam se seria “papel da escola intervir na liberdade dos pais no direcionamento da formação dos seus

filhos” e alertam sobre a impossibilidade do impedimento genérico de utilização de corantes, conservantes ou antioxidantes artificiais, porque “alguns conservantes apresentam funções importantes na segurança sanitária do alimento e ainda não existem substitutos igualmente eficientes”.

O Paraná possui duas leis distintas, ambas em vigor, que dispõem sobre os serviços de lanches nas unidades educacionais públicas e privadas. A Lei nº 14.423, de 2 de junho de 2004, é mais simples. Lista os alimentos proibidos e manda colocar um mural para a divulgação de informações pertinentes a assuntos relacionados com a área alimentícia. A Lei nº 14.855, de 19 de outubro de 2005, não só lista os alimentos proibidos, mas também enumera os produtos liberados para o consumo. Por fim, estabelece as penalidades para o estabelecimento infrator.

No Distrito Federal, em 2005, foi aprovada a Lei nº 3.695, de 8 de novembro, que não só proibiu a comercialização de alimentos calóricos nas cantinas escolares, como também estendeu a proibição aos ambulantes localizados nas cercanias das escolas. E ainda vetou, no ambiente escolar, a publicidade de produtos cuja comercialização seja proibida por essa lei. A proibição abrange as modalidades de publicidade por meio de patrocínio de atividades escolares, inclusive extracurriculares.

3. Legislação estrangeira

Vários países têm implementado ou procuram implementar medidas para melhorar a qualidade dos alimentos vendidos nas escolas.

Na Grã-Bretanha, o *chef* de cozinha Jamie Olivier conseguiu sensibilizar o governo sobre o assunto. Como resultado de sua iniciativa, o primeiro-ministro britânico, Tony Blair, “anunciou a criação de um fundo para reformar e equipar cozinhas, treinar funcionários, garantir a compra de ingredientes frescos e oferecer consultoria para

a formulação de cardápios escolares” (BBC BRASIL, 2005). O parlamento britânico está discutindo o projeto de lei *Children’s Food Bill*, que pretende regulamentar a comercialização e propaganda de alimentos para as crianças.

A França, em setembro de 2005, banuiu as máquinas de venda de refrigerantes e lanches industrializados nas escolas públicas, numa tentativa de reduzir o acesso dos estudantes aos alimentos que não são apropriados à dieta infantil.

Nos Estados Unidos, são variadas as propostas para inibir a obesidade infantil. Há projetos de lei para: proibir as máquinas de venda de refrigerantes e *fast food* em escolas; estimular a prática de exercícios por estudantes; taxar os alimentos e bebidas com baixo valor nutricional e estabelecer educação nutricional.

O problema da obesidade infantil não será resolvido com a proibição de alimentos calóricos nas escolas ou com a limitação da publicidade. Será necessária a ação conjunta de pais, professores, legisladores e publicitários para modificar os hábitos alimentares infantis e incentivar a prática de exercícios físicos.

4. Projetos de lei

Tramitam no Congresso Nacional mais de 30 projetos de lei que versam sobre a merenda escolar.

Na Câmara dos Deputados, tramitam projetos sobre o cardápio da merenda, tornando obrigatório o uso de determinados alimentos: farelos, de moagem de folhas verdes, cascas de frutas e verduras e de sementes (PL 592/2003), leite (PL 6391/2002 e PL 2519/2003), frutas e leite (PL 1624/2003), suco de uva (PL 6068/2005), soja (PL 5854/2001 e PL 1234/2003), produtos regionais (PL 5231/2001), mandioca (PL 5770/2001), cacau (PL 5816/2001), suco de laranja (PL 2025/2003) e carne de peixe (PL 4162/2004). Todos foram apensados ao PL 2964/1992, de autoria da Senadora Marluce Pinto, que

dispõe sobre a composição da merenda escolar.

Tramitam, ainda, proposições legislativas obrigando as escolas públicas a balancear os alimentos fornecidos na merenda escolar (PL 355/2003), a adicionar nutrientes nos alimentos servidos na merenda escolar (PL 6117/2002) e a contar com a presença de nutricionistas nas escolas de ensino fundamental e médio da rede pública (PL 6194/2005).

Além disso, existem três projetos de lei que procuram garantir o fornecimento de alimentação adaptada para crianças portadoras de diabetes nas escolas da rede pública (PL 647/1999, PL 4052/2004 e PL 6483/2006).

No Senado Federal, tramita o PLS 406/2005, único projeto de lei que trata especificamente da comercialização de alimentos nas escolas de educação básica. Foi apresentado pelo Senador Paulo Paim. Em março de 2006, estava aguardando a apreciação do parecer favorável do relator na Comissão de Assuntos Sociais, Senador Cristovam Buarque.

Referências

BBC BRASIL. Chefe britânico faz sucesso com campanha para melhorar merenda escolar. *BBC Brasil.com*, São Paulo, 25 mar. 2005. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2005/03/050324_escolasml.shtml> Acesso em: 13 jan. 2006.

BRASIL. Decreto n. 21.217, de 1 de abril de 2002. Proíbe no âmbito das unidades escolares da rede municipal de ensino adquirir, confeccionar, distribuir e consumir os produtos que menciona. *Vigilância e Fiscalização Sanitária do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: <http://www2.rio.rj.gov.br/governo/vigilanciasanitaria/legislacao/decmunicipal21217_02.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2006.

_____. Lei n. 12.061, de 18 de dezembro de 2001. Dispõe sobre critérios de concessão de serviços de lanches e bebidas nas unidades educacionais, localizadas no Estado de Santa Catarina. *Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina*, Santa Catari-

na, 2001. Disponível em: <<http://www.alesc.sc.gov.br/al/index.php#>>. Acesso em: 17 fev. 2006.

_____. Lei n. 14.423, de 2 de junho de 2004. Dispõe que os serviços de lanches nas unidades educacionais públicas e privadas que atendam a educação básica, localizadas no Estado, deverão obedecer a padrões de qualidade nutricional e de vida, indispensáveis à saúde dos alunos. *Casa Civil*, Paraná, 2004. Disponível em: <<http://www.pr.gov.br/casacivil/legislacao.shtml>>. Acesso em: 14 fev. 2006.

_____. Lei n. 14.855, de 19 de outubro de 2005. Dispõe sobre padrões técnicos de qualidade nutricional, a serem seguidos pelas lanchonetes e similares, instaladas nas escolas de ensino fundamental e médio, particulares e da rede pública. *Casa Civil*, Paraná, 2005. Disponível em: <<http://www.pr.gov.br/casacivil/legislacao.shtml>>. Acesso em: 14 fev. 2006.

_____. Lei n. 3.695, de 8 de novembro de 2005. Dispõe sobre a promoção da alimentação saudável nas escolas da rede de ensino do Distrito Federal. Arlete Sampaio, Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.arletesampaio.net/doc/leis/lei_3695_05.htm>. Acesso em: 14 fev. 2006.

_____. Lei n. 4.508, de 11 de janeiro de 2005. Proíbe a comercialização, aquisição, confecção e distribuição de produtos que colaborem para a obesidade infantil, em bares, cantinas e similares instalados em escolas públicas e privadas do estado do rio de janeiro, na forma que menciona. *Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://www.alerj.rj.gov.br/processo2.htm>>. Acesso em: 25 jan. 2006.

_____. Lei n. 8.650, de setembro de 2003. Dispõe sobre a proibição, em escola da rede pública municipal de ensino, de adquirir, confeccionar, distribuir e comercializar os produtos que menciona e dá outras providências. I, Belo Horizonte, 2003. Disponível em: <<http://www.cmbh.mg.gov.br>>. Acesso em: 17 fev. 2006.

CANADÁ. Ministry of Education. Guidelines for food and Beverage Sales in B.C. schools. Fraserhealth, Canadá, 2000. Disponível em: <<http://www.fraserhealth.ca>>. Acesso em: 15 fev. 2000.

CASTRO, Luiz Cláudio. Campanha contra a obesidade infantil. *IstoÉ Gente*, São Paulo, 7 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.terra.com.br/istoe-gente/252/saude/index.htm>>. Acesso em: 14 fev. 2006.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Childhood obesity: 2005 update and overview of policy options. *National conference of state legislatures*,

Washington, 2005. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/programs/health/childhoodobesity-2005.htm>>. Acesso em: 15 fev. 2006.

_____. Department of Agriculture. Food and nutrition service. *State Competitive Foods Policies*. Alexandria, 2002. Disponível em: <http://www.fns.usda.gov/cnd/Lunch/CompetitiveFoods/state_policies_2002.htm>. Acesso em: 15 fev. 2006.

FOLHA ONLINE. Coca e Pepsi deixarão de vender refrigerantes em escolas dos EUA. *Folha Online*, São Paulo, 17 ago. 2005. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u99336.shtml>>. Acesso em: 7 ago. 2005.

FRANÇA. Lei n 2004-806 du 9 août 2004. Relative à la politique de santé publique. *Legifrance*, Mercredi, 2005. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 19 jan. 2006.

NATIONAL CONFERENCE OF ESTATES LEGISLATURES. Vending machines in school. *National Conference of Estates Legislatures*, Washington, 2005. Disponível em: <<http://www.ncsl.org/programs/health/vending.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2006.

OLIVEIRA, Cecília L. de; FISBER, Mauro. Obesidade na infância e adolescência : uma verdadeira epidemia. *Arquivo Brasileiro de Endocrinologia e Metabolismo*, Rio de Janeiro, n. 2, v. 47, abr. 2003.

PAIM, Paulo. PLS 406, de 2005, altera o decreto-lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, a lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da criança e do adolescente) e a medida provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, para disciplinar a comercialização de alimentos nas escolas de educação básica e a elaboração de cardápios do programa de alimentação escolar, e promover ações para a alimentação e nutrição adequadas de crianças e adolescentes. *Diário do Senado Federal*, Brasília, p. 43056, 8 dez. 2005. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/atividade/Materia/detalhes.asp?p_cod_mate=76096>. Acesso em: 11 jan. 2006.

_____. Projeto de lei nº 406, de 2005, que altera o decreto-lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, a lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da criança e do adolescente) e a medida provisória nº 2.178-36, de 24 de agosto de 2001, para disciplinar a comercialização de alimentos nas escolas de educação básica e a elaboração de cardápios do programa de alimentação escolar, e promover ações para a alimentação e nutrição adequadas de crianças e adolescentes. *Diário do Senado Federal*, Brasília, p. 43056-43058, 8 dez. 2005.

PÚBLICO. Obesidade infantil: DECO alerta para os perigos dos anúncios televisivos. *Público*, Porto,

15 maio 2005. Disponível em: <<http://www.publico.clix.pt/shownews.asp?id=1223302>>. Acesso em: 17 fev. 2006.

SCIOLINO, Elaine. Obesidade na França cresce assustadoramente. *Advanced Nutrition*, Rio de Janeiro, 25 jan. 2006. Disponível em: <<http://www.advancednutrition.com.br/publique/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?inford=157&sid=33>>. Acesso em: 16 fev. 2006.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE ENDOCRINOLOGIA E METABOLOGIA. Campanha escola saudável. *Sociedade Brasileira de Endocrinologia e Metabologia*, Brasília, 2005. Disponível em: <http://www.endocrino.org.br/campanha_000.php>.

www.endocrino.org.br/campanha_000.php>. Acesso em: 14 fev. 2006.

UNIVERSIA. Evento inédito discute papel da propaganda na obesidade infantil. *Universia*, Brasil, 24 ago. 2005. Disponível em: <http://www.universia.com.br/html/noticia/noticia_dentrodocampus_cchdi.html>. Acesso em: 16 fev. 2006.

VIUNISKI, Nataniel. Projeto escola saudável: a ABESO aposta nessa idéia. *Revista Abeso*, São Paulo, a. 4, n. 16, out. 2003. Disponível em: <http://www.abeso.org.br/revista/revista16/projeto_escola.htm>. Acesso em: 14 fev. 2006.