

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Julho-Setembro/2006 – Ano 43 – Nº 171



F. Rebolo, “Paisagem”. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 43 • nº 171

Julho/setembro – 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: Francisco Rafael Amorim dos Santos, Andréa Garcia da
Silva Pinto e Diana Augusta Luz Formiga

REVISÃO DE PROVAS: Carlos Felipe Wanderley, Cláudia Pantuzzo, Daniele Silva Costa
e Thaise dos Santos Leandro

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 171 · julho/setembro · 2006

Paulo Vargas Groff	Constituição de 1988 e reformas 7
André Ramos Tavares	Justiça Constitucional e suas fundamentais funções 19
Juliano Taveira Bernardes	Declaração parcial de inconstitucionalidade formal e seus limites: veto judicial? 49
Américo Bedê Freire Júnior	Restrição a direitos fundamentais: a questão da interceptação de <i>e-mail</i> e a reserva de jurisdição 55
Paulo Roberto dos Santos Corval	Os valores sociais da livre iniciativa 63
Thomas da Rosa de Bustamante	Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas: análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy 81
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr. 91
Roberto Bueno	A filosofia jurídica da democracia: Bobbio, um <i>work in progress</i> 107
Mario J. A. Oyarzábal	Dispensa de traduções para efeitos de imigração no Mercosul 125
Cláudio Oliveira Ribeiro	Autonomia e universalismo como condicionantes da política externa brasileira 133
Grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional e o Perfil dos Novos Ministros do STF”	O STF e a Corte Suprema dos Estados Unidos da América: autonomia e impasses 155
Fábio Martins de Andrade	Reforma do Poder Judiciário: aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante 177
Paulo Fernando Mohn	Autonomia municipal, centralização e liberdade 199
Antônio Silveira Neto e Érica Cristina Paiva Cavalcante	O mercado de consumo e a prestação de serviços advocatícios 211
Vladimir da Rocha França	Temas diversos sobre a concessão de direito real de uso celebrada por sociedade de economia mista 225
Respício Antônio do Espírito Santo Jr. e Fábio Cardoso Correia	O capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras 233
Luciano Brandão Alves de Souza	Apreciações sobre o controle externo 259

José de Ribamar Barreiros Soares	O controle externo da Administração Pública pelas Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil	265
Bruno Amaral Machado	Duas “leituras” sobre a construção jurídica da impunidade	277
Letícia Balsamão Amorim	Sobre a pretensão de correção da lei injusta	285

Resenha Legislativa

Artigo de contribuição da Consultoria Legislativa do Senado Federal

Jayne B. S. Santiago e Tatiana Feitosa de Britto	A educação nas prisões	299
--	------------------------	-----

Artigo de contribuição da Consultoria de Orçamento, Fiscalização e Controle do Senado Federal

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt	Contratações públicas e fundações de apoio	307
---------------------------------------	--	-----

Constituição de 1988 e reformas

Paulo Vargas Groff

Sumário

Introdução. 1. Modalidades de reforma na Constituição de 1988. 1.1. Emenda Constitucional. 1.2. Revisão Constitucional. 2. Reformar a Constituição? 2.1. Necessidade de reformar a Constituição. 2.2. Conseqüências de reformar a Constituição. 2.3. Limites para reformar a Constituição. 3. Nova Constituição? 3.1. Ausência de justificativa para uma nova Constituição. 3.2. Conseqüências negativas de uma nova Constituição. Considerações Finais.

Introdução

A Constituição Federal promulgada em 5 de outubro de 1988 completou seus 18 anos. As leis, e a Constituição em especial, são para terem vida longa, mas, na história político-constitucional brasileira, as nossas Constituições foram de curta duração. E mesmo a que permaneceu por mais tempo, a Constituição de 1824, que durou 65 anos, isso não significou que ela tenha tido ampla aplicação e efetividade, e além do mais estávamos longe de ter uma Constituição e uma vida política democrática.

O ideal, no nosso ponto de vista, seria ter uma Constituição moderna e avançada, em consonância com as teorias atuais do constitucionalismo moderno, como é o caso da Constituição brasileira de 1988, mas que não fosse demasiado extensa. Porém, a realidade é que a Constituição de 1988 é demasiadamente extensa, e a análise que vamos fazer neste texto é a partir dessa realidade incontornável.

Paulo Vargas Groff é Doutor em Direito pela Université de Paris I (Panthéon-Sorbonne), Mestre em Ciência Política pela Université de Paris III (Sorbonne Nouvelle), Bacharel em Direito pela UNISINOS; Professor da Graduação, da Especialização e do Mestrado da URI (Campus de Santo Ângelo); Pesquisador e Advogado.

Passados 18 anos da promulgação da Constituição de 1988, e tendo ela passado por várias reformas, fazemos os seguintes questionamentos: quais as modalidades de reforma previstas na Constituição de 1988? Qual a necessidade de reformar a Constituição? Quais as conseqüências de reformar a Constituição? Quais os limites que devem ter as reformas da Constituição? E, finalmente, por que não seria necessária uma nova Constituição?

1. Modalidades de reforma na Constituição de 1988

Primeiramente é importante assinalar a diferença entre poder constituinte originário e poder constituinte derivado.

A idéia de poder constituinte nasceu na revolução francesa, nos escritos do abade Siéyès (1988, p. 117-118), embora teoricamente já pudesse ser encontrada nas obras de John Locke (CANOTILHO, 1998, p. 67), ao tratar do direito de resistência do povo. A teoria de Siéyès atribuía todo o poder à nação, que era a titular do poder constituinte. Porém a nação não exerce diretamente o poder constituinte, mas sim os representantes da nação (constituintes), eleitos por esta. Segundo a teoria moderna, o titular do poder constituinte é o povo, mas quem o exerce são os representantes do povo, reunidos em Assembléia constituinte.

Existem duas espécies de poder constituinte: o poder constituinte originário e o poder constituinte derivado.

O poder constituinte originário (inicial ou inaugural) cria o Estado. Esse poder é incondicionado e ilimitado. É incondicionado, porque não se vincula a qualquer regra formal previamente estabelecida, e ilimitado, porque não se subordina ao direito positivo existente (inclusive às cláusulas pétreas). É, portanto, um poder soberano e não se submete a nenhum outro poder. Para os defensores dos direitos naturais, e também numa concepção de constituição moderna, os direitos humanos seriam uma li-

mitação material ao poder constituinte originário. O poder constituinte originário é exercido por representantes do povo, eleitos para elaborar uma nova Constituição.

O poder constituinte derivado (ou constituído, instituído, secundário ou de segundo grau) conhece limitações constitucionais, estando sujeito ao controle de constitucionalidade. É um poder derivado, pois retira a sua força do poder constituinte originário. É um poder subordinado, porque se encontra limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, às quais não poderá contrariar, sob pena de inconstitucionalidade; e condicionado, porque seu exercício deve seguir as regras previamente estabelecidas na Constituição.

Faz-se ainda necessário esclarecer o significado do termo reforma que é empregado neste texto. O termo reforma é dado para as alterações parciais que são efetuadas na Constituição vigente, pelo poder constituinte derivado. Então, é o poder constituinte originário, ao elaborar a nova Constituição, que atribui poderes ao poder constituinte derivado para alterar a Constituição, de acordo com os limites materiais (cláusulas pétreas) e formais (*quorum*, turnos de votação e sessão única ou bicameral). De acordo com a Constituição Federal de 1988 (art. 60, §2º, CF; e art. 3º, ADCT), o poder constituinte derivado é o Congresso Nacional.

A Constituição Federal de 1988 previu duas modalidades de reforma: por Emenda Constitucional e por Revisão Constitucional.

1.1. Emenda Constitucional

As disposições sobre a Emenda Constitucional estão previstas no art. 60:

“Art. 60 – A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: I – de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; II – do Presidente da República; III – de mais da metade das Assembléias Legislativas das unida-

des da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º – A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º – A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º – A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I – a forma federativa de Estado;
- II – o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III – a separação dos Poderes;
- IV – os direitos e garantias individuais.

§ 5º – A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

A iniciativa de projeto de Emenda Constitucional tem sido geralmente do Presidente da República ou dos parlamentares. Apesar da previsão de uma participação das Assembléias Legislativas dos Estados federados, na proposição de alterações à Constituição, isso nunca ocorreu. Essa hipótese, se por um lado gera uma maior dificuldade de proposição, por outro lado traria mais legitimidade, ao ser proposta pela maioria das Casas parlamentares dos Estados brasileiros. Do mesmo modo, teria sido salutar se o constituinte originário houvesse previsto a participação das Assembléias Legislativas dos Estados na ratificação dos projetos de Emendas Constitucionais aprovados pelo Congresso Nacional, pelo *quorum*

de maioria absoluta, desde que representassem a maioria da população brasileira. Isso ampliaria o poder constituinte derivado brasileiro e geraria mais autenticidade ao sistema federativo brasileiro.

A Constituição de 1988, no artigo 60, parágrafo primeiro, estabelece uma limitação de ordem formal, chamada também pela doutrina de limitação circunstancial, para a alteração da Constituição. Essa limitação refere-se a vigência de intervenção federal, de Estado de defesa ou de Estado de sítio. Nessas circunstâncias, a Constituição não pode ser alterada, pois, em situações de instabilidade como essas, pode o chefe do Poder Executivo se aproveitar para concentrar mais poderes, como inúmeras experiências históricas podem bem demonstrar em qualquer parte do mundo. A Constituição não inclui outras situações de instabilidade política, como, por exemplo, a crise que o país viveu em 2005, com denúncia de corrupção (mensalão) envolvendo a Presidência da República e o Congresso Nacional. Em situações como essa, também deveria ser vedada a alteração da Constituição, especialmente se o conteúdo da alteração implicasse mudança da estrutura de poder. As mudanças estruturais devem ser realizadas em momento de serenidade e não em circunstâncias em que as paixões políticas possam impedir a construção de decisões mais amadurecidas e duradouras, que criam obstáculo à continuidade do Estado acima das questões governamentais e partidárias.

O parágrafo segundo do artigo 60 prevê o procedimento para a aprovação da Emenda Constitucional, afirmando que o projeto deve ser aprovado em cada Casa do Congresso, em dois turnos de votação em cada Casa, com o *quorum* de 3/5 dos votos dos membros de cada Casa, em cada turno de votação. Aqui precisamente está presente a rigidez constitucional, ao prever uma dificuldade maior para a alteração da Constituição do que para as demais normas. Esse *quorum* de 3/5 é o maior dentro do processo

legislativo, contando ainda com a exigência de dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional¹.

O parágrafo terceiro do artigo 60, ao prever que o projeto de Emenda será promulgado pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, está reservando apenas ao Congresso Nacional a participação no processo legislativo, que se conclui com a promulgação e a publicação. Portanto, não ocorre a participação do Presidente da República, como no procedimento legislativo referente às Leis Complementares e às Leis Ordinárias, por meio da sanção ou do veto e da promulgação.

Afora essas limitações de ordem formal, o Congresso Nacional pode livremente alterar a Constituição Federal, encontrando limitações apenas para certas matérias, que são consideradas “cláusulas pétreas”. Essas cláusulas pétreas estão no artigo 60, parágrafo quarto, que proíbe a deliberação de proposta tendente a abolir a Federação; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de Poderes; e os direitos e as garantias individuais. A Constituição não está vedando ao poder constituinte derivado tratar dessas matérias; apenas visa impedir que questões relevantes, referentes à estrutura e organização do Estado e aos direitos fundamentais, sejam diminuídas em sua essência. Todavia, nada impede o aperfeiçoamento desses temas relevantes. Além desses temas expressos no parágrafo quarto, seria ainda considerado cláusula pétrea implícita o próprio artigo 60, estabelecido pelo poder constituinte originário, e também, nesse entender, as matérias previstas no Título I da Constituição, referente aos Princípios Fundamentais.

1.2. Revisão Constitucional

A outra modalidade de reforma, a Revisão Constitucional, está prevista no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: “A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da

maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral”.

A revisão foi prevista para ocorrer após cinco anos da promulgação da Constituição, e ela se realizou conforme previsto, tendo resultado em seis Emendas Constitucionais de Revisão.

A Revisão constitucional, em comparação com a Emenda constitucional, oferece uma maior facilidade formal para a reforma da Constituição, uma vez que exige um *quorum* menor, de maioria absoluta, e também um só turno de votação em sessão que reúne a Câmara dos Deputados e o Senado Federal.

O texto sobre a Revisão deixa transparecer a existência de uma única revisão, na data prevista. O STF também manifestou esse entendimento em julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, ao afirmar que a revisão é cabível “uma só vez” (STF – ADI 921 MC/PR). Nesse mesmo julgamento, afirmou o STF que as limitações do parágrafo quarto do artigo 60 (cláusulas pétreas) aplicam-se também à Revisão.

Apesar do entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de uma única revisão constitucional, tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 157/03, prevendo a instalação de uma Assembléia de Revisão Constitucional para fevereiro de 2007. O professor Eduardo Carrion (2006, p. 6-7) aponta diversas inconstitucionalidades desse projeto, e entre elas o fato de trazer uma nova modalidade de reforma, não prevista no texto original da Constituição.

2. Reformar a Constituição?

A Constituição necessita ser reformada? Quais as conseqüências de reformar a Constituição? Quais os limites das reformas constitucionais?

2.1. Necessidade de reformar a Constituição

Quando a Assembléia Nacional Constituinte elabora e promulga uma nova Cons-

tuição, tem ciência de que ela vai ser aperfeiçoada com o passar do tempo. Isso porque nenhuma norma é perfeita, mesmo no momento da sua promulgação, e, com o passar do tempo, deve-se ajustar às novas necessidades da sociedade. Desse modo, os próprios textos das Constituições prevêem a possibilidade de suas alterações. No caso da Constituição de 1988, foram previstas duas modalidades de reforma: por Emenda Constitucional (art. 60), como meio ordinário de alteração; e por Revisão Constitucional (art. 3º, ADCT), como meio extraordinário, conforme foi abordado acima.

Faz-se necessário alterar a Constituição para que a Constituição jurídica e a Constituição real, segundo a diferenciação realizada por Lassalle (1998, p. 47), não se distanciem, e se possa manter a efetividade (eficácia social) da Constituição. A adequação à realidade também é condição para a eficácia (jurídica) da Constituição, para que ela possa ter força normativa (HESSE, 1991, p. 16).

No caso brasileiro, tem-se uma Constituição bastante extensa, tratando dos mais variados temas, inclusive de alguns que podem ser considerados como não sendo materialmente constitucionais. Mesmo os materialmente constitucionais são tratados à exaustão, para uma Constituição. Além disso, os constituintes não se contentaram em criar muitos artigos na Constituição, eles criaram artigos com muitos parágrafos, incisos e alíneas. Dessa maneira, ter que realizar algumas reformas em nível de Estado implica necessariamente alteração da Constituição, pois, se o tema é relevante, certamente foi tratado pela Constituição. E nesse aspecto é negativo ter uma Constituição extensa (analítica), pois se impõe a necessidade da sua alteração. Uma Constituição mais sintética teria mais condições de se preservar das alterações mais frequentes.

2.2. Conseqüências de reformar a Constituição

A lei deve ser do conhecimento de todos, segundo estabelecem os diferentes sistemas

jurídicos. No sistema brasileiro, o art. 3º da LICC – Lei de Introdução ao Código Civil estabelece que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. Então, o povo tem que procurar conhecer as leis do seu país. O fato de a lei ser alterada com frequência impede ou cria dificuldade para o seu conhecimento. Além disso, quando surge uma nova norma, faz-se necessário um prazo para que o sentido da norma seja melhor apreendido e, finalmente, consolidado. E conhecer a lei em verdade significa conhecer o sentido da lei, e mais precisamente conhecer a interpretação dada pelos Tribunais que aplicam as leis. A situação é por demais complexa para o povo, e mesmo para os operadores do direito. Aliás, conhecer as leis é um dos pressupostos para a construção de um Estado democrático e de direito. As leis devem estabelecer um padrão de comportamento, devem ser do conhecimento de todos, e devem ser aplicadas indistintamente em relação às pessoas, uma vez verificada a situação fática nela prevista. A Constituição, como Lei maior, Lei Fundamental, com mais razão deve ser do conhecimento de todos, e, ainda, mais preservada que as demais normas. Assim sendo, as alterações frequentes da Constituição geram ainda maior dificuldade para o seu conhecimento, pelo fato de implicar a necessidade de atualização em relação às suas alterações, o que implica também atualização da matéria em nível doutrinário e jurisprudencial.

As mudanças frequentes da Lei, dificultando o seu conhecimento, geram uma sensação de insegurança jurídica, por não se saber se a norma está ou não em vigor e, caso tenha sofrido alteração, qual é o sentido que lhe vão atribuir os Tribunais. O princípio da segurança jurídica hoje ocupa um lugar central no ordenamento jurídico, e a sua desconsideração coloca em jogo o sistema como um todo.

A alteração frequente também contribui para o descrédito da Constituição. O argumento lógico popular é que, se ela precisa

de alteração freqüente, é porque não é uma boa Constituição. Passa-se a impressão de que alterar a Constituição tem a mesma dificuldade de alterar qualquer lei, desaparecendo a idéia de rigidez (Constituição rígida). E, finalmente, passa-se a impressão de que as normas constitucionais não têm solidez, são instáveis e, conseqüentemente, são frágeis.

2.3. Limites para reformar a Constituição

Apesar de o Congresso Nacional ter competência para reformar a Constituição, faz-se necessário, para preservar a supremacia da Constituição, que as alterações sejam evitadas.

2.3.1. Legitimidade para realizar as reformas

O poder constituinte derivado, que, no caso brasileiro, é o Congresso Nacional, tem competência para alterar a Constituição. Isso não significa que pouco a pouco possa ser feita uma nova Constituição, ainda que não exista formalmente proibição de tratar de todas as matérias constitucionais, com exceção das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, CF). No entanto, podemos nos questionar acerca da legitimidade do Congresso Nacional para alterar a Constituição. Fazendo-se uma comparação com o modo de eleição e de composição da Assembléia Nacional Constituinte e do Congresso Nacional, podemos verificar que não existe diferença substancial entre eles no que se refere a legitimidade. Podemos então afirmar que a Assembléia Nacional Constituinte, que criou a Constituição de 1988, e o Congresso Nacional, que tem competência para reformar a Constituição, possuem a mesma legitimidade, pois ambos exercem o poder e agem em nome do povo, que é o soberano, titular do poder constituinte. É essa também a posição de Hauriou (1968, p. 311), ao afirmar que, na essência, a fundação e a revisão das constituições são sempre medidas de cunho revolucionário, no sentido de que se operam mediante a participação da soberania nacional – poder majoritário – em nome da

liberdade política. Desse modo, diante do fato de não haver, na essência, diferença de legitimidade entre as duas instâncias de representação, cremos que seja mais salutar alterar a Constituição em função das necessidades surgidas e dos novos anseios populares, adequando a Constituição à nova realidade, sem a pressão do tempo, do que o contrário.

Para uma maior legitimidade das alterações da Constituição, as emendas constitucionais deveriam ser submetidas a referendo popular do povo brasileiro. Isso também deveria ocorrer, no nosso entender, por ocasião da elaboração de uma nova Constituição, que, além disso, deveria passar pela aprovação da maioria das Assembléias Legislativas dos Estados e do Distrito Federal. Este último requisito acreditamos que não seria necessário no caso da emenda constitucional, pois o Senado Federal, como representação dos Estados, participa da aprovação da emenda constitucional em relação de igualdade com a Câmara dos Deputados.

O jurista Paulo Bonavides (1985, p. 110) defende que toda Emenda à Constituição deveria obter a aprovação de 2/3 das Assembléias dos Estados federados. Tal procedimento ocorre em algumas Federações. Nos Estados Unidos, nos termos do artigo V da Constituição de 1787, é necessário que 2/3 dos membros das duas Casas do Congresso proponham as Emendas, que devem ser ratificadas pelos órgãos legislativos ou pelas convenções de 3/4 dos Estados. No Canadá, faz-se necessária uma resolução do Parlamento federal e resoluções das Assembléias legislativas de pelo menos 2/3 das províncias, cujas populações somadas representem pelo menos 50% da população total do país. Na Alemanha, é necessário obter apenas a aprovação de 2/3 dos membros de o Bundesrat (Senado). Isso tem justificativa no fato de o Bundesrat ser composto de delegados indicados pelos governos dos Länder (Estados). Na Suíça, país da democracia semidireta, o povo e os Cantões (Estados) têm sempre a última palavra

(CROISAT, 1992, p. 59). Dessa maneira, a Constituição Federal da Confederação helvética, de 29 de maio de 1874, prevê:

“Art. 118. A Constituição Federal pode em qualquer momento ser revisada completa ou parcialmente;

Art. 119. A revisão completa da Constituição Federal deve ocorrer pela via legislativa federal;

Art. 123. A Constituição Federal revisada completamente ou parcialmente entra em vigor e em aplicação quando for aceita pela maioria dos cidadãos que participam da votação, e pela maioria dos cantões (referendo ligado a ratificação pelos cantões).”

Foi a Constituição suíça de 1848 que introduziu o “referendo” obrigatório em matéria constitucional, prevendo também que as alterações da Constituição estariam sujeitas a aprovação ou rejeição das Assembléias primárias.

A Constituição brasileira prevê a existência do referendo como uma forma de exercício da soberania popular (artigos 14), apesar do fato de não estar prevista para o caso de revisão da Constituição. Pode-se bem dizer que esse instrumento da democracia direta não faz ainda parte da cultura política brasileira, embora esteja previsto na Constituição Federal, nas Constituições dos Estados federados e nas Leis Orgânicas de grande parte dos Municípios brasileiros.

Poderia argumentar-se que, nos Estados federais, a participação dos Estados na revisão e na alteração da Constituição faz-se normalmente pela sua representação no Senado Federal. Assim, o domínio pelos Estados mais populosos pode ser equilibrado pela representação simétrica dos Estados no Senado. Mas, no caso brasileiro, as Regiões que têm menos habitantes dispõem da maioria dos representantes no Senado Federal e na Câmara dos Deputados, o que retira parte da legitimidade do Congresso Nacional para alterar a Constituição.

Rousseau afirmou, no seu Contrato Social, que “toda lei que o povo em pessoa

não ratificou é nula”; “não é uma lei” (BERMEJO, 1994, p. 133). E essa afirmação adquire ainda maior sentido quando a lei é a Constituição, a Lei Maior.

2.3.2. Regra de ouro: “não toquem na Constituição”

O fato de legitimarmos o Congresso Nacional na realização das reformas não significa que ele possa alterar livremente a Constituição.

Deveria ser observada a seguinte regra de ouro, antes de se proceder a alteração da Constituição: “A Constituição não sofrerá qualquer alteração, salvo interesse maior da sociedade” ou, então, “Não toquem na Constituição”. Faz-se, então, necessário constituir-se uma cultura de preservação máxima da Constituição, criar-se uma cultura de respeito à Constituição. A Constituição é a Carta Política de um povo e, portanto, a Lei Maior do povo. Ela somente deveria ser alterada para se tornar mais útil, admirada e respeitada pelo Povo. Ela é a Lei Sagrada do Povo, e somente pode ser tocada por necessidade imperiosa desse povo, e não simplesmente pela pura vontade política ou vaidade dos governantes. Há que haver um limite ao caráter impulsivo de se querer alterar a Constituição a todo o instante, ou a cada novo governo. Hoje se altera a Constituição como se altera qualquer lei, sem qualquer pudor, apesar das regras de rigidez constitucional. Não se questionam qual lei estão alterando. Neste momento é como se todas as leis fossem iguais, e, conseqüentemente, a Constituição perde a sua supremacia.

Um dos meios de se assegurar a supremacia da Constituição é a chamada rigidez constitucional, que é o fato de haver regras diferenciadas para a alteração da Constituição, estabelecendo uma dificuldade maior para a alteração da Constituição do que para as demais leis. Todavia, a Constituição rígida não deve-se resumir ao fato de haver regras especiais para a sua alteração, pois isso representa essencialmente a exigência de um *quorum* maior para a mudan-

ça da Constituição, o que não tem sido difícil de se conseguir. Faz-se, isso sim, necessária a efetivação do princípio da intangibilidade da Constituição, para que ela deixe de ser flexível na prática, apesar de formalmente rígida.

Mesmo quando for imperiosa a alteração da Constituição, as mudanças devem ser as mínimas possíveis, para não dificultar a compreensão pelo povo. Por exemplo, para um artigo, ao ser alterado, que tenha vários parágrafos, incisos e alíneas, em vez de serem criados novos parágrafos, incisos e alíneas, em substituição aos anteriores, poder-se-ia criar um novo artigo apenas com um “caput”, remetendo-se aquela matéria para ser tratada por Lei Complementar. Desse modo já se simplificaria o entendimento da Constituição, e se evitaria ter de alterá-la novamente cada vez que tiver que modificar uma regra específica. Exemplo desse enxugamento da Constituição foi a alteração realizada no art. 192, que trata do sistema financeiro nacional. Esse artigo tinha três incisos e três parágrafos, e com a Emenda constitucional n. 40, de 29 de maio de 2003, ficou apenas com um “caput”, remetendo a regulamentação da matéria para as leis complementares. Todavia, exemplo contrário a que se está propondo, que torna a Constituição ainda mais extensa, é a alteração ocorrida no artigo 62, que trata da Medida Provisória. Nesse caso, o art. 62, que tinha apenas um parágrafo único, com a Emenda constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001, passou a ter doze parágrafos, e sem previsão de lei complementar para a sua regulamentação.

Uma das restrições que alguns poderiam colocar ao que acaba de ser proposto poderia ser quanto ao *quorum*. Em relação a isso, pode ser respondido que a Lei Complementar já requer um *quorum* qualificado de maioria absoluta, mas se poderia ainda prever as mesmas exigências para aprovação de Emenda Constitucional, com *quorum* qualificado de 3/5 dos membros e dois turnos de votação em cada Casa². A Lei Com-

plementar já tem esse papel de explicitar ou densificar a Constituição, e não é lei federal, mas nacional, sendo aplicável a toda Federação.

Além disso, poderia ser estabelecido que a Constituição pudesse ser alterada somente em determinados períodos do ano. Por exemplo, no mês de novembro, em homenagem à República. Isso evitaria que as pessoas fossem pegas de surpresa a qualquer momento, com as alterações da Constituição. Desse modo se saberia e se procuraria saber acerca das alterações na Constituição, que certamente ocorreriam num determinado período previamente estabelecido.

As reformas não podem tocar na essência da Constituição, senão estaremos diante de uma nova Constituição, e certamente de uma Constituição desfigurada e desprovida de unidade. Mas o que significa manter a essência da Constituição? A nosso ver, manter a essência da Constituição de 1988 é não abolir os princípios fundamentais (Título I) e os direitos fundamentais (Título II).

É preciso, ainda, criar uma cultura de respeito à Constituição, restabelecendo a sua supremacia jurídica e social. Desse modo, para que a Constituição tenha maior valor, quatro fatores são fundamentais: controle de constitucionalidade, rigidez constitucional, eficácia jurídica e eficácia social (efetividade).

3. Nova Constituição?

O que se coloca também é a questão de saber quando se pode apenas reformar a Constituição vigente, e quando se faz necessário elaborar uma nova Constituição. Ou, em outras palavras, o que justifica uma nova constituição?

3.1. Ausência de justificativa para uma nova Constituição

Passados 18 anos da promulgação da Constituição de 1988, não existem os mínimos motivos que possam levar à conclusão de que a atual Constituição não é mais útil para o Estado e a sociedade brasileira.

Evidentemente que uma Constituição não consegue agradar a todos os interesses, mas é importante que os interesses da maioria do povo prevaleçam sobre os interesses exclusivamente minoritários. A Constituição busca sempre a harmonização dos interesses existentes na sociedade, buscando também preservar os interesses das minorias. Ela é um verdadeiro pacto político constituído no seio da sociedade, e pressupõe, conforme Carl Schmitt (1993, p. 195), a existência de um pacto social anterior.

As reformas ocorridas até o presente momento não tocaram na essência da Constituição (Título I e Título II). Desse modo, na nova Constituição somente se justificaria caso fosse diminuir os princípios esculpidos nos títulos I e II da Constituição. Isso, no nosso entender, seria absolutamente desnecessário, porque o conteúdo ali previsto está em perfeita sintonia com a doutrina mais atual do constitucionalismo moderno, o que torna a Constituição brasileira uma referência para os outros sistemas constitucionais.

A Constituição de 1988 é considerada por muitos juristas como uma das (se não a mais) mais modernas e progressistas Constituições do mundo. Certamente a aventura de uma nova Constituição colocaria em risco essa conquista do constitucionalismo brasileiro, sem a mínima garantia de que uma nova Constituição pudesse estar tão em sintonia com o constitucionalismo mais avançado.

A Constituição está sujeita a reformas? Existem reformas que devam ser realizadas na Constituição de 1988? A resposta para as duas questões é sim. Todavia, não é o fato de ser necessária a realização de reformas pontuais que vai justificar a realização de uma nova Constituição. Não se troca de Constituição por existirem algumas alterações a serem realizadas, pois é da própria natureza das Constituições e das leis em geral a sua atualização, de acordo com as novas necessidades. Como acima foi afirmado, a essência da Constituição de 1988 é

da maior qualidade e não precisa ser alterada, então o mais pode ser aos poucos modificado, com todo o cuidado.

Na história política brasileira, é possível constatar que as Constituições surgiram com as mudanças de regimes políticos, ou quando era rompida a normalidade democrática por regimes autoritários, ou o inverso, quando a ditadura dava lugar à normalidade democrática. Neste momento da realidade política brasileira, nada disso ocorre.

É necessário criar uma cultura de respeito pela Constituição. A relação do povo com a Constituição deve ser eternizada. Uma Constituição deve ser para toda a vida, a não ser que ela não sirva mais para a vida da maioria dos cidadãos, para uma vida digna.

3.2. Conseqüências negativas de uma nova Constituição

As conseqüências negativas de uma nova Constituição incluem as mesmas conseqüências negativas das reformas da Constituição, e outras conseqüências próprias de uma nova Constituição.

Visualizamos três principais conseqüências negativas de uma nova Constituição no momento presente da história política brasileira: o desaparecimento da Constituição atual sem ter atingido o seu objetivo; a ausência de garantia de que as conquistas da Constituição atual serão mantidas na próxima Constituição; e, finalmente, a necessidade de se validar todo o ordenamento jurídico com a vinda de uma nova Constituição. Cada uma dessas conseqüências negativas, por si só ou combinadas, justifica a desnecessidade de uma nova Constituição.

O desaparecimento da Constituição atual sem ter atingido o seu objetivo seria algo frustrante. A Constituição vigente tem apenas 18 anos, sendo uma Constituição razoavelmente nova. Grande parte do povo ainda desconhece a Constituição. A grande maioria dos dispositivos constitucionais ainda não foram interpretados pelo Supremo Tribunal Federal, que é o guardião da Constituição. Em decorrência disso, não se

tem uma posição definitiva sobre o sentido da maioria dos dispositivos constitucionais. Existem muitos dispositivos constitucionais que estão à espera de regulamentação, não tendo atingido ainda a plena eficácia jurídica. Tem-se ainda um problema de concretização real da Constituição (efetividade ou eficácia social) entre o povo brasileiro. E sem se esquecer do fato de que estamos falando de uma Constituição que gerou uma grande expectativa no povo brasileiro e está sintonizada com os princípios maiores do constitucionalismo moderno.

A ausência de garantia de que as conquistas da Constituição atual serão mantidas na próxima Constituição representa um risco alto demais a correr, sem a expectativa de grandes ganhos. A Constituição de 1988 é constituída dos mais nobres valores no que se refere à construção de um Estado democrático de direito e no que se refere aos direitos fundamentais. Dificilmente haveria ampliação dos direitos fundamentais, sendo que essa ampliação hoje é possível dentro da atual Constituição, sem abrir mão dos direitos já assegurados. Desse modo, no que se refere aos direitos fundamentais, é preferível a reforma, por meio de Emenda Constitucional, quando não haveria risco de perdas, mas apenas ganhos, a se arriscar numa nova Constituição, com grandes chances de perdas e sem garantia da manutenção dos direitos atuais.

A necessidade de se validar todo o ordenamento jurídico com a vinda de uma nova Constituição, ou seja, de todas as normas infraconstitucionais, representaria uma perda de tempo e de energias que não se justificam. É possível imaginar o que seria neste momento da história brasileira a vinda de uma nova Constituição verificando o que ocorre com a Constituição atual, após 18 anos, como apontado acima, na primeira consequência negativa. O Poder Judiciário brasileiro já está suficientemente sobrecarregado de processos judiciais, isso para não afirmar categoricamente que o nosso sistema processual recursal está completamente

falido. As consequências seriam sem sombra de dúvida desastrosas para a maioria do povo, a não ser para uma minoria que aposta na falência do sistema, com a consequente postergação das decisões judiciais e da justiça.

Talvez uma das únicas consequências positivas de uma nova Constituição seja o fato de uma Assembléia Nacional Constituinte poder mobilizar a sociedade em torno de discussões das matérias constitucionais, como ocorreu em 1987 e 1988. Muito embora naquela época a discussão tenha sido prejudicada pela proximidade com a ditadura militar, e em decorrência disso pela existência de um receio de participação política ou mesmo pela ausência de uma cultura de participação. Por outro lado, esse efeito positivo momentâneo poderia, em seguida, perder a sua essência em função das várias e significativas consequências negativas trazidas por uma nova Constituição. Além do mais, seria um preço muito alto a ser pago para se viver um momento constituinte.

Considerações finais

As reformas são necessárias, uma vez que temos uma Constituição muito extensa que deve-se adequar às novas exigências da sociedade.

As consequências principais da reforma são que ela contribui para o desconhecimento da Constituição, gera insegurança jurídica e gera descrédito da Constituição.

As reformas devem ter limites bem definidos. A regra de ouro deve ser evitar as reformas. No entanto, sendo elas necessárias, é preferível que sejam realizadas pelo Congresso Nacional, em períodos predeterminados e gradualmente, com a posterior aprovação mediante referendo popular, a ser realizada uma revisão total de uma só vez. Quanto ao conteúdo, seria salutar aproveitar as reformas para colocar as novas matérias na Constituição de um modo mais sintético, remetendo a sua regulamentação geral para a Lei Complementar, para preser-

var a Constituição de novas reformas sobre as mesmas matérias.

Finalmente, entendemos não se fazer necessária uma nova Constituição porque a essência da Constituição atual não precisa ser alterada, pois traz uma Constituição moderna e progressista, em acordo com os atuais princípios do constitucionalismo. Além disso, uma nova Constituição traria as seguintes conseqüências negativas: o desaparecimento da Constituição atual sem ter atingido o seu objetivo; a ausência de garantia de que as conquistas da Constituição atual seriam mantidas na próxima Constituição; e, finalmente, a necessidade de se validar todo o ordenamento jurídico com a vinda de uma nova Constituição.

Notas

¹ Com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, o *quorum* de 3/5 e os dois turnos de votação em cada Casa do Congresso Nacional podem ser adotados para a aprovação de Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos.

² A Emenda Constitucional n. 45, de 2004, estabeleceu que os Tratados e Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Referências

BERMEJO, Romualdo. Référendum/plébiscite/initiative. In: ROUGEMONT, Denis de (Dir.). *Dictionnaire international du fédéralisme*. Paris: Bruylant, 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

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

CARRION, Eduardo Kroeff Machado. Especialista analisa proposta de revisão da carta e alerta para inconstitucionalidade. *Jornal da Ajuris*, Porto Alegre, p. 6-7, fev. 2006.

CHANTEBOUT, Bernard. *Droit constitutionnel et science politique*. 13. ed. Paris: A. Colin, 1996.

CROISAT, Maurice. *Le fédéralisme dans les démocraties contemporaines*. Paris: Montchrestien, 1992.

HAURIU, Maurice. *La teoría de la institución y de la fundación: ensaio de vitalismo social*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1968.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

SCHMITT, Carl. *Théorie de la constitution*. Paris: PUF, 1993.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *O que é o terceiro estado?* Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 1988.

Justiça Constitucional e suas fundamentais funções

André Ramos Tavares

Sumário

1. Significado de uma teoria das funções como categorias fundamentais da Justiça Constitucional. 1.1. Considerações iniciais. 1.2. Teoria unitarista e pluralista das funções do Tribunal Constitucional. 2. Fundamentos e consequências da teoria das funções. 2.1. Fundamento teórico para a totalidade das funções próprias: supremacia e guarda da Constituição no Estado Constitucional de Direito. 2.2. *Vis expansiva*: uma exacerbação? 2.3. Explicitação da proposta. 3. Autonomização das funções novas (recentes) e implícitas (originárias-ocultas). 3.1. Estado da arte. 3.2. Terminologia: esclarecimentos; 3.3. Autonomização das funções. 3.4. Estatuto constitucional-funcional. 4. As funções e suas tipologias. 4.1. Funções estruturais (próprias) e funções impróprias. 5. Função interpretativa. 5.1. Esclarecimentos. 5.2. Conceito operacional. 5.3. Espécies. 5.4. Limites da função interpretativa. 6. Função estruturante. 6.1. Conceito operacional. 6.2. Natureza normativa da função estruturante e seu *status* constitucional. 6.3. Âmbitos de controle normativo da constitucionalidade. 6.4. Função cassatória (corte de superposição). 6.5. O controle das violações aos direitos fundamentais. 6.6. Reforço de validade legislativa como função estruturante. 7. Função arbitral. 7.1. Conceito operacional. 7.2. Âmbitos de manifestação da função arbitral. 7.3. Decisão de término constitucional do artrato. 8. Função legislativa. 8.1. Conceito de função legislativa. 8.2. Espécies. 9. Função governativa. 9.1. Distinções preliminares. 9.2. Tribunal Constitucional e governo de juízes. 9.3. Identificação tópica da dimensão funcional governativa. 9.4. Função governativa: consequências e limitações. 10. Considerações finais.

André Ramos Tavares é Professor dos Cursos de Doutorado e Mestrado em Direito da PUC/SP; Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP; *Visiting Research Scholar* na Cardozo School of Law – New York; Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Constitucional do CEU/SP; Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais.

1. Significado de uma teoria das funções como categorias fundamentais da Justiça Constitucional

1.1. Considerações iniciais

Este ensaio terá como objeto a análise da Justiça Constitucional dentro do quadro de funções do Estado, embora isso não signifique a tentativa de legitimar-se um Estado-Moloch ou Leviathan (Cf. CANOTILHO, 2006, p. 113-116). A abordagem centralizar-se-á no Tribunal Constitucional, não porque desconsidera a implementação da Justiça Constitucional por outros órgãos, mas porque é o Tribunal Constitucional o órgão incumbido de exercê-la em caráter definitivo.

Uma teoria das funções não escapa de ser uma teoria da prática de determinado encargo. A teorização acerca das funções desenvolvidas pelo Tribunal Constitucional deve objetivar uma construção científica sustentável que indique as atribuições dessa instituição e forneça os aportes teóricos necessários para distingui-las entre si, não sem uma referibilidade mínima (pressuposta ou explícita) à experiência dos Estados.

O pressuposto, portanto, será o órgão central relacionado com a Justiça Constitucional. Assim, preferir-se-á, a um desenvolvimento e uma divisão material das funções do Estado, a “ordem dos *centros* explicativos dos próprios poderes, vale dizer dos *órgãos* (...) estatais considerados nas funções características e normais a esses atribuídas” (ALESSI, 1966, p. 14, tradução nossa). Isso não significa, evidentemente, pretender sustentar o “Estado em branco” de que fala Canotilho (2006, p. 115). Apenas ocorre que um estudo com esse alcance permite vislumbrar com maior nitidez o papel desempenhado, na sua integralidade, pela figura amplamente difundida e adotada do Tribunal Constitucional.

Serão apresentadas, aqui, como *categorias fundamentais* (estruturais), aqueles elementos de estudo necessários para compreender um instituto ou instituição. Entre elas, destaca-se a dimensão funcional. Uma per-

quirição acerca do Tribunal Constitucional depende, pois, da definição de cada uma das suas funções e da elucidação das diversas ligações entre elas. Somente o estudo das funções do Tribunal Constitucional permite a compreensão do seu papel no atual cenário político e orgânico do Estado contemporâneo ocidental. A análise desenvolvida a seguir enfocará essa dimensão funcional (compreendida como categoria fundamental).

Utilizar-se-á, como ponto de partida, a “origem” da existência de diversificadas funções como atribuições próprias (categorias fundamentais) da Justiça Constitucional. Em seguida, passar-se-á a seu estudo individualizado¹. Esse estudo envolve a identificação de cada uma dessas funções, sua fundamentação com a demonstração da respectiva estrutura, bem como as diferenciações (ou não) quanto às demais funções e implicações entre elas.

1.2. Teoria unitarista e pluralista das funções do Tribunal Constitucional

Pela teoria clássica, três seriam as funções e “poderes” do Estado: a função executiva, a legislativa e a judicial. Contudo, desde o início das teorizações acerca desse tema, pôde-se constatar a dificuldade em estabelecer com precisão essas categorias e suas distinções. Com apoio recorrente a Montesquieu e Madison, contudo, a tríade foi mantida, não sem maiores críticas (Cf. ACKERMAN, 2000). Interessa, particularmente para a presente tese, a função jurisdicional, porque aproximadamente é sempre indicada ou lembrada por ocasião da atividade de um Tribunal Constitucional.

Essa função jurisdicional, em sua vertente judicial, foi considerada, por muitos autores, uma função decorrente da executiva: mera execução da lei pelo magistrado, como o administrador também deve executar a lei. Se se considerar o tema da função jurisdicional mais a fundo, será possível constatar, igualmente, sua proximidade com a função legislativa.

Diante disso, importa destacar, na linha de Malberg (2001, p. 630, tradução nossa), que a distinção das funções do Estado não se baseia exclusivamente no aspecto material (executiva, legislativa e judicial), mas também no formal (incluindo a dimensão orgânica). É com base neste que se especifica a função jurisdicional:

“(…) do ponto de vista das condições nas quais se exerce, ou seja, do ponto de vista orgânico, a jurisdição encontra-se erigida pelo direito público moderno como função especial, claramente separada das outras duas, com suas próprias regras e seus órgãos particulares, e que constitui assim, em certo sentido, um terceiro poder, que aparece, no direito positivo, como inteiramente diferente da legislação e da administração”.

Ou seja, a análise formal implica a constatação de regras próprias para a função jurisdicional, diferenciando-a da executiva propriamente dita. Também implica o reconhecimento da existência de órgãos particulares para desempenharem referida função, o que é mais um elemento de distinção formal. Essa lição se aplica, como se demonstrará, para o caso da função (ou conjunto de funções) desempenhada(s) pelo Tribunal Constitucional.

Nessa linha, é preciso admitir a função de *fiscalização* (defesa) e de *aplicação* (cumprimento) da Constituição, que tem sido reconhecida aos tribunais constitucionais. Não o fazer significaria, como observa Malberg (2001), ignorar aspectos formais e pretender reduzir tudo ao aspecto de fundo, comum a todas as funções.

Nessa concepção aqui combatida, a função do Estado, hoje, poderia ser uma só: aplicar a Constituição, o que englobaria desde a função de legislar para o bem comum como administrar, fiscalizar e julgar. Tanto a função poderia ser unicamente a de aplicar a Constituição que qualquer edição ou execução de uma lei, de um decreto ou a prática de qualquer outro ato ou fato, no

modelo atual, não ocorrem desvinculadas das normas constitucionais, argumento que serviria para confirmar a unicidade de funções. Pode-se dizer que, realmente, no Estado Constitucional, a Constituição é o centro do universo jurídico, e, com isso, seria possível sustentar teoricamente que a função do Estado é a de aplicar (incluindo garantir) essa Constituição.

Uma decisão do Tribunal Constitucional pode ser, materialmente falando, idêntica àquela adotada pelo Poder Legislativo, assim como àquela decisão tomada normalmente pelo Executivo. A diferença está em que a primeira deve exclusivamente direcionar-se para a aplicação da Constituição. O *motivo-finalidade* (aspecto formal do ato, na lição de MALBERG, 2001) é diferenciado. O legislador edita atos normativos para regular a vida em sociedade. O Tribunal Constitucional pode editar atos (decisórios) com cunho normativo, mas com a exclusiva *finalidade de defesa da Constituição*.

Ter-se-ia, nesses termos até aqui explorados, uma *teoria unitarista* das funções do Tribunal Constitucional. A esse órgão corresponderia uma função, inovadora na teoria clássica das funções do Estado, mas, de qualquer sorte, respeitando a construção doutrinária clássica “um órgão, uma função” – a defesa e o cumprimento da Constituição.

Mas, mesmo dentro desse contexto (defesa e cumprimento da Constituição), é necessário realizar uma nova diferenciação, tendo em vista a existência de regras próprias e diversas funções (apesar de serem estas reconduzíveis a uma só, e que seria aquela função de defesa-aplicação da Constituição).

A distinção é imprescindível, na medida em que há funções formalmente distintas, cumprindo realizar um desmembramento para fins de análise e esclarecimento da estrutura de cada uma das funções. É preciso realizar, pois, no âmbito da Justiça Constitucional, uma subdistinção entre “novas” (distintas) categorias de funções (fundamen-

tais). Todas, contudo, reconduzíveis à função de aplicação e garantia da Constituição. A teoria unitária e a teoria pluralista, nesse ponto, encontram-se em sintonia.

As novas distinções são propostas tendo como pressuposto maior distinção formal, que identifica “uma” função própria do Tribunal Constitucional (um órgão, uma função), mas se realizam, a partir dela, novas diferenciações, ou subdistinções, para melhor esclarecer a existência e as particularidades de cada uma delas em relação às demais.

Não se pode jamais olvidar que as diversas funções que se apresentam a seguir são, na realidade, próprias da Justiça Constitucional, diferenciadas de todas as demais existentes em um Estado por força daquele pressuposto (motivo-finalidade). Isso faz com que se possa falar em funções legislativas de um Estado, e não apenas em uma função legislativa². Trata-se, aqui, de uma distinção resultante da diferença de perspectiva com que se maneja o fenômeno, sendo, no caso, essencial a perspectiva formal (finalidade-motivo), pois, quanto ao aspecto material (conteúdo), nenhuma distinção se apresenta.

Por fim, tem-se de distinguir (na perspectiva geral) a função do Tribunal Constitucional daquela realizada pelo Poder Judiciário. Evidentemente que tal distinção se realiza, especialmente, no plano formal. Materialmente ambas poderiam ser reconduzidas a uma só: execução (do Direito, da Constituição). Formalmente falando, enquanto a função do Poder Judiciário ocorre mediante a observância do contraditório, considerado “requisito processual-estrutural essencial da atividade jurisdicional” (CAPPELLETTI, 1993, p. 16), o mesmo não sucede necessariamente ou segundo o mesmo padrão e intensidade com o Tribunal Constitucional (ANGIOLINI, 1998, p. 3-26). De outra parte, neste não se reduz a eficácia das decisões a alcançar as partes do processo, sendo primordialmente decisões com efi-

cácia *erga omnes*. Por fim, o Judiciário existe, basicamente, para resolver as situações de conflito social-concreto, enquanto o Tribunal Constitucional está ordenado para a defesa da Constituição (como representação abstrata da vontade social).

2. Fundamentos e conseqüências da teoria das funções

2.1. Fundamento teórico para a totalidade das funções próprias: supremacia e guarda da Constituição no Estado Constitucional de Direito

Os tribunais constitucionais, como notou Tremps (1985, p. 111), atuam em todos os casos que impliquem aplicação da Constituição. Retomando-se os fundamentos teóricos da idéia unitarista, pode-se afirmar que a totalidade das funções (fundamentais) a eles atribuíveis está alicerçada, basicamente, em duas premissas: (i) a colocação da Constituição como *lex superior*, pois, não havendo supremacia da Constituição, não haverá lugar para tribunais constitucionais e (ii) a necessidade de que a Constituição contemple um Tribunal Constitucional e a ele atribua sua guarda.

É na conjugação desses dois fatores que se sustenta o conjunto de funções que a seguir são exploradas. Assim, o Tribunal Constitucional é o órgão máximo de garantia da supremacia da Constituição, e seu surgimento encontra-se atrelado ao surgimento e à evolução do Estado Constitucional de Direito.

Todas as funções do Tribunal Constitucional são responsáveis por incrementar e expandir a já amplamente reconhecida força normativa da Constituição (Cf. CARRILLO, 1994, p. 7). Nas palavras do ex-Presidente da Corte de Constitucionalidade da Guatemala: “A justiça constitucional adquire especial importância no Estado moderno porque constitui o meio pelo qual se logra a plena vigência das normas contidas nas leis fundamentais” (PINTO ACEVEDO, 1997, p. 591, tradução nossa).

Na medida em que o Direito constitucional desenvolveu-se e assumiu proeminente lugar no cenário jurídico hodierno, também os tribunais constitucionais, a ele atrelados, foram impulsionados, lentamente, nesse processo de reconhecimento e reforço das constituições. Sua presença é considerada imprescindível, e suas funções foram gradualmente alargadas. O Tribunal Constitucional é, concomitantemente, partícipe e garante do governo, da normatividade (Estado de Direito), da governabilidade e da constitucionalidade, entre outras funções que já se podem indicar.

2.2. Vis expansiva: *uma exacerbação?*

A função – se se quiser, ainda aqui, colocar dessa forma – do Tribunal Constitucional, no momento presente, é altamente complexa. Contudo, a existência de funções que vão além do mero controle da constitucionalidade das leis não chega a ser, no estágio atual, uma premissa doutrinariamente reconhecida. Do ponto de vista do Direito positivo, trata-se de verdade reconhecida não como teoria das funções, mas sim como real diversidade de atribuições conferidas a determinados tribunais constitucionais, muitas das quais sem qualquer relação com categorias fundamentais (estruturais) da teoria da Justiça Constitucional.

Mas é fato notoriamente admitido que um amplo rol de funções próprias do Tribunal Constitucional tem sido determinado aos diversos tribunais constitucionais, “um formidable complejo de competencias” (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 157). Poder-se-ia crer que há, nesse elenco de funções, uma exacerbação (consciente ou não) do Tribunal Constitucional. Na realidade, contudo, trata-se, mais propriamente, de uma realidade inafastável, carecendo de sistematização (raramente encontrável na doutrina) e de análise mais acurada das necessidades que, além do controle das leis, derivam imediatamente de uma Constituição, para garantir-se sua supremacia (a teoria, aqui, sustenta-se na idéia de função unitá-

ria como ponto de partida para seu próprio desmembramento e elucidação).

Uma das razões básicas para o não-reconhecimento (nem empírico nem doutrinário) de uma teoria das funções da Justiça Constitucional consiste na intensa preocupação doutrinária com o tema do controle de constitucionalidade das leis. Dessa exacerbada preocupação decorrem algumas impropriedades e confusões, que se podem resumir brevemente na tendência a considerar única essa função de controle (mais corretamente, única seria, como visto, a função de cumprimento e defesa da Constituição), obscurecendo uma necessária ampliação dos horizontes da teoria da Justiça Constitucional.

O fundamento de qualquer função do Tribunal Constitucional é a aplicação da supremacia constitucional. Como salientou Schwartz (1996, p. 26), para manter referida supremacia na prática, é necessário “[...] recusar a confirmação de atos do Legislativo ou Executivo que entrem em conflito com os dispositivos constitucionais”.

A lição do constitucionalista norte-americano, como se nota, faz referência a toda uma gama de atos estatais que podem estar em conflito com a Constituição, e não apenas atos normativos, a merecerem a recusa por parte do Tribunal Constitucional. Quando se fala em controle de atos do Estado em geral, e não apenas em controle das leis, há um natural alargamento do campo de atuação do Tribunal Constitucional, e que merece ser devidamente estudado.

Mas, não obstante ampliada a específica função de controle da constitucionalidade, nem por isso deve ser ela considerada a função-matriz, a partir da qual se desenham as funções estruturantes que adiante se analisam, como parece ter pretendido Black Jr. (1960, p. 223, tradução nossa):

“*Judicial review* tem duas funções primárias – aquela de marcar a atuação governamental com a chancela da legitimidade, e aquela de checar os ramos políticos do governo quando

ultrapassam campos proibidos a eles pela Constituição tal como interpretada pela Corte”.

A busca por uma função-matriz ou fundante de todas as demais é inadequada e impossível.

Algumas das funções do Tribunal Constitucional surgem porque há, no atual estágio de desenvolvimento do Direito, certo receio ou desconfiança da Constituição, ela própria (em parte) submetida ao jogo eventual das maiorias parlamentares.

Desde o momento em que a classe política percebeu que para manipular o sistema era necessário manipular não apenas as leis, mas também a Constituição, esta perde em boa parte seu sustentáculo teórico de lei imutável (ou raramente mutável), passando a sofrer constantes “ataques” ou “reformas”. Viabilizou-se a imposição de valores de certo grupo aos demais, por força de alteração da Constituição, ocasionando, não raras vezes, fenômeno idêntico àquele no qual se assistiu ao abuso praticado por meio das leis.

Nesse momento, surgem os dois últimos “redutos” de defesa do constitucionalismo e da democracia (constitucional): as denominadas “cláusulas pétreas” e as “cláusulas abertas”. As primeiras restam imunizadas quanto às vontades político-partidárias eventuais. As segundas permitem que mesmo o campo de atuação dessa atividade partidária possa ser fiscalizado com maior intensidade e rigor, porque o Tribunal Constitucional poderá manipular modificações constitucionais de cláusulas abertas, jogando seu entendimento (interpretação) como o mais adequado no contexto constitucional geral. Mesmo as emendas à Constituição passam a sofrer o controle do Tribunal Constitucional, e esse controle é realizado com maior rigor do que o próprio controle da constitucionalidade das leis (função inaugural).

Apesar da forte tendência doutrinária a considerar pacífica a tese do controle de constitucionalidade das emendas à Consti-

tuição, sua realização prática tem alcance muito maior do que o alcance próprio da função original de controle da constitucionalidade das leis.

Em síntese conclusiva, constata-se, pois, (i) uma complexidade envolvendo a função originária de controle da constitucionalidade das leis; (ii) um alargamento do campo de atos sindicáveis por meio desse controle; (iii) uma função que se pode considerar um alargamento daquela originária, mas com distinções bastante profundas, consistente em controlar as reformas constitucionais.

2.3. Explicitação da proposta

Realiza-se, doravante, uma análise particularizadora das funções do Tribunal Constitucional, com uma proposta classificatória que habilite albergar todas as funções encontráveis e desejáveis de um Tribunal Constitucional que, ao mesmo tempo, forneça uma idéia acerca do papel que cada uma dessas funções desempenha.

3. Autonomização das funções novas (recentes) e implícitas (originárias-ocultas)

3.1. Estado da arte

O Tribunal Constitucional tem desempenhado, ao longo da História, no mundo, papel de grande relevo nos últimos anos. Apesar de sua relevante e equilibrada atuação, ainda se questiona seu poder, sua atuação política, sua atividade corretiva da do legislador e, por fim, sua capacidade interpretativa. Isso sem engendrar-se qualquer modelo substitutivo que não contemple a mera transferência de suas funções para os demais “poderes” clássicos (Executivo ou Legislativo).

É a Constituição o *locus* adequado para perscrutar-se acerca das funções a serem exercidas pelo Tribunal Constitucional. Nessa lição, compreende-se uma completa liberdade de previsão (constituente-originária) de quais serão exatamente essas funções em determinado contexto histórico-pontual.

Na prática constitucional de cada Estado, portanto, é verificável (não desejável) um conjunto de atividades incongruentes com a natureza (originária e doutrinária) atribuível a um Tribunal Constitucional. É correto afirmar, na realidade histórica, que há funções muito distintas atribuídas aos diversos tribunais constitucionais existentes (Cf. CARRILLO, 1994, p. 7; GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 137).

Os constituintes devem procurar evitar arrolar essas funções estranhas ao Tribunal Constitucional, funções que não envolvem a supremacia da Constituição (Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 137), salvo pela circunstância (formal irrelevante) de também serem funções contidas na Constituição.

Parece haver certo consenso na doutrina autorizada e especializada acerca da existência de diversas categorias funcionais fundamentais na Justiça Constitucional. Isso, contudo, é abordado quase sempre secundariamente ou como questão não problematizante, havendo poucos estudos preocupados em esclarecer quais seriam exatamente essas funções e o fundamento para uma adequada “separação” dessas diversas funções. Pode-se afirmar que não há uma construção teórica sistematizada e objetiva sobre o tema.

Em termos teóricos, contudo, é preciso traçar com precisão quais seriam as funções estruturais.

3.2. Terminologia: esclarecimentos

Fala-se, entre as funções estruturais, de “funções implícitas e novas”. Quanto às denominadas *funções implícitas*, como se pode facilmente deduzir, são aquelas exercidas desde o início histórico do Tribunal Constitucional, embora pouca atenção lhes tenha sido dispensada. As *novas funções*, ao contrário daquela denominada “função histórico-originária” e de suas correlatas, encontram-se, ainda, em processo de evolução e consagração em diversos estados.

(i) Não há dúvida de que, desde sua criação e consagração, o Tribunal Constituci-

onal passou a desempenhar funções de grande envergadura dentro de cada sistema político (Cf. PORRAS NADALES, 1986, p. 19). Em parte, por nele (Tribunal) terem sido depositadas muitas esperanças pela sociedade, ao que o Tribunal Constitucional tem correspondido com um alargamento de suas funções. (ii) De outra parte, diversas constituições, em face da falência dos demais “poderes”, têm igualmente depositado no Tribunal Constitucional funções especiais e relevantes, do ponto de vista do governo e da governabilidade. Congregam-se, portanto, (i) funções históricas (embora ocultas) e (ii) funções novas (emergentes).

Por fim, é proposta uma função que maximize a funcionalidade tanto das eleições diretas como do próprio Tribunal Constitucional.

3.3. Autonomização das funções

É preciso retomar a discussão acerca da teoria unitarista, para definitivamente esclarecer se as funções atribuídas ao Tribunal Constitucional seriam autônomas realmente ou, ao contrário, apenas decorrências diretas da única função, que se estabeleceria como a de controle da constitucionalidade das leis, função inaugural, ou, mais amplamente, a função de cumprimento da Constituição.

A função básica e primordial dos tribunais constitucionais deve ser a de aplicar a Constituição, especialmente contra as leis que a violem. Essa é a competência nuclear, na expressão de Enterría (1983, p. 137). Poder-se-ia dizer que essa é a função-matriz. Contudo, isso não quer significar (i) que toda aplicação da Constituição deva passar pelo crivo do Tribunal Constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 42), ou (ii) que seja monopólio deste aplicar a Constituição (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 65 et seq), ou, ainda, (iii) que o Tribunal Constitucional exerça uma única função (JOACHIM FRIEDRICH, 1946, p. 221), consistente na aplicação da Constituição ou, mais especificamente, no controle da constitucionalidade das leis (KELSEN, 1928, p. 31).

Se se quiser, ao Tribunal Constitucional compete, sempre, a aplicação da Constituição. Essa constatação envolve inúmeras outras atividades para além do mero controle, inclusive transbordando da mera aplicação, já que quem aplica precisa previamente interpretar. Portanto, seria extremamente simplista a idéia de alocar no Tribunal Constitucional a função exclusiva de aplicar a Constituição. Não há, como pretendeu Friedrich (1946, p. 221), uma natural tendência a fundir todas as funções do Tribunal Constitucional. Esse posicionamento esclarece muito pouco ou quase nada sobre as funções desenvolvidas, na atualidade, por um Tribunal Constitucional, sendo inadmissível e insustentável na busca de uma teoria consistente e universalizante acerca das categorias fundamentais da Justiça Constitucional.

Como apenas a função de controle tem merecido atenção, é comum confundir o fundamento das funções com essa função específica e, assim, passar a admitir que há uma função única, uma função-tronco, da qual as demais derivam. É preciso realizar um esforço para superar essa propensão a confundir fundamento e função inaugural. O fundamento de todas as funções é comum, o que não significa a possibilidade de reduzi-las a uma única função-tronco. Sustenta-se, pelos motivos expostos, a autonomia das demais funções.

3.4. Estatuto constitucional-funcional

Todas as funções próprias a serem exercitadas pelo Tribunal Constitucional devem ser categoricamente inseridas na respectiva Constituição, sendo inviável e inaceitável que se possam fazer depender da lei (e, pois, do Parlamento, como “poder” constituído). É assente na doutrina a idéia de que a “jurisdição” de um Tribunal Constitucional deve ser recebida diretamente do legislador constitucional (MARQUES, 1961, p. 9).

Questão preliminar nessa temática refere-se à própria possibilidade de controle das leis sem que haja previsão constitucional

expressa nesse sentido. Foi o que ocorreu com a Corte Suprema norte-americana, que estabeleceu a *judicial review* sem qualquer amparo em texto expresso da Constituição ou mesmo da vontade precisa dos constituintes. A questão, contudo, coloca-se apenas para o caso de controle da constitucionalidade a ser realizado difusamente pelo Judiciário.

No caso do controle direto concentrado, é absolutamente imprescindível a referência constitucional expressa. É necessário, pois, o que Favoreu (1994, p. 28) denomina “estatuto constitucional do Tribunal”, alocando-o, em sua estrutura e categorias funcionais, fora do alcance dos demais “poderes”. O *locus* para a indicação das funções (próprias) do Tribunal Constitucional é, exclusivamente, a Constituição, podendo, é certo, ser desenvolvidas por leis ou mesmo pelo regimento do Tribunal Constitucional.

Só a Constituição poderá regradar as funções do Tribunal Constitucional, embora nem todas as funções que lhe sejam atribuídas em um específico ordenamento constitucional sejam automaticamente funções próprias. Mas o inverso é imprescindível: todas as funções, ainda que próprias, devem se fazer presentes na Constituição.

4. As funções e suas tipologias

4.1. Funções estruturais (próprias) e funções impróprias

Como se ressaltou, há duas grandes categorias de funções que se podem constatar na realidade constitucional concreta, apartadas sob o signo da necessária ou prescindível vinculação ao Tribunal Constitucional: (i) funções próprias e (ii) funções impróprias.

(ii) As *funções impróprias* são aquelas que determinada realidade estatal imputa ao Tribunal Constitucional ignorando a posição e a natureza dessa instituição. São funções que não se compadecem com a posição de garante da Constituição, descolando-se da categoria de funções que são es-

truturais (próprias) a qualquer Justiça Constitucional.

(i) As *funções* chamadas *próprias* são aquelas que pertencem a um Tribunal Constitucional por sua natureza e desenvoltura. São as funções estruturais da Justiça Constitucional, responsáveis por sua identificação e caracterização final. Todas as funções próprias são essenciais, e delas não se pode desvencilhar o Tribunal Constitucional, sob pena de grave prejuízo para a Constituição e o sistema jurídico.

A categoria das *funções próprias* pode ser repartida, por seu turno, em diversas outras, reagrupáveis a partir de alguns critérios classificatórios.

Assim, como já se assinalou, as funções próprias podem ser, do ponto de vista histórico, (i) funções originárias (incluindo algumas que restaram ocultadas pela doutrina e prática constitucionais) e (ii) funções recentes (“novas”). Essa classificação obedece, exclusivamente, a critérios cronológicos de surgimento e de exercício das funções, não apresentando, portanto, o necessário interesse científico para fins de construção de uma dogmática jurídica. O critério é relevante, contudo, para realizar o elenco completo das funções estruturais do Tribunal Constitucional. São elas: (i) função de controle das leis; função de árbitro dos “poderes”; função interpretativa; função de governo; função estruturante; função arbitral; (ii) função legislativa e função comunitária.

Essas funções próprias podem ser, ainda, agrupadas em duas outras grandes tipologias: (i) funções emancipadas e (ii) funções agregadas. (i) Seriam emancipadas aquelas funções cujo exercício pudesse solicitar-se diretamente ao Tribunal Constitucional. (ii) As funções agregadas, ao contrário, dependeriam da provocação prévia ou concomitante do Tribunal Constitucional para o exercício de uma função emancipada (direta), sendo exercida no contexto desta última.

Não há como negar, realmente, que há funções cujo exercício não pode ser solicita-

do diretamente ao Tribunal Constitucional (como as funções de interpretação e de governo), admitindo-se apenas quando do exercício de alguma outra função (emancipada). Somente algumas são ou podem ser “auto-suficientes” na perspectiva da sustentação de um pedido ao Tribunal. Contudo, isso não é critério suficiente para estabelecer uma classificação das respectivas funções estruturais da Justiça Constitucional, especialmente tendo em vista a imbricação e a proximidade entre muitas dessas funções.

Há, ainda, diversos outros critérios possíveis. Pelo critério do controle das leis, podem ser arroladas e agrupadas sob um mesmo signo tanto a função arbitral quanto a estruturante. Pelo critério da produção normativa, devem ser lembradas as funções de interpretação, legislativa, estruturante e governativa. Pelo critério da instrumentalidade, alinha-se apenas a função de interpretação.

Sublinhe-se que esses variados critérios classificatórios, e outros que se poderiam construir, apenas acabam por agrupar ou apartar as funções já identificadas consoante elementos e características comuns que se possam estabelecer entre as funções assim comparadas.

Todo o discurso aqui apresentado volta-se para a identificação das funções estruturais de um Tribunal Constitucional, funções essas que serão justificadas como tais em análise tópica de cada uma delas.

Porém, antes de passar ao estudo individual das funções estruturais, cabe tecer algumas anotações pertinentes às *funções impróprias*. Há – e provavelmente sempre haverá – em diversos ordenamentos jurídicos pontuais, por força das respectivas constituições, funções desempenhadas pelo órgão “Tribunal Constitucional” que são incompatíveis com ele enquanto instituição imprescindível ao Estado Constitucional. É o que aqui se denomina “funções impróprias”.

São atividades que, no discurso técnico de uma teoria funcional da Justiça Constitucional, devem ser eliminadas, porque não

fazem parte da natureza do Tribunal Constitucional e não encontram fundamento para serem exercidas por esse órgão, salvo o fundamento formal do comando constitucional de determinada realidade estatal.

A função administrativa (em sentido estrito), a de desenvolvimento do Direito privado (infraconstitucional), a revisão do Direito estadual (contencioso estadual) e a atividade consultiva do Tribunal Constitucional são funções não essenciais a este, porque não relacionadas à garantia da superioridade da Constituição ou a seu cumprimento (incluindo sua defesa).

Particularmente quanto à função administrativa, lembra Cappelletti (1993, p. 81): “Sempre como administradores, evidentemente, agem também os juízes quando organizam sua atividade ou a atividade dos tribunais a que pertencem”.

Em relação ao desenvolvimento do Direito privado, há duas situações: (i) tratar-se de mero contencioso de direito federal comum; (ii) as constituições poderiam contemplar em seu bojo questões próprias dessa seara. As soluções servem quanto ao Direito estadual (ou regional, ou municipal). No primeiro caso (i), não se pode permitir que o Tribunal Constitucional seja um Tribunal comum, de revisão do Direito (VELLOSO, 1993, p. 229). Na segunda hipótese (ii), embora possa haver algum interesse, jamais, contudo, em sua totalidade, a ponto de justificar uma atividade do Tribunal Constitucional vocacionada a cobrir a amplitude desses segmentos da área jurídica.

A atividade de caráter consultivo aproxima-se mais de uma atividade meramente administrativa. A Corte Constitucional emite pareceres, oferecendo uma opinião, quando consultada.

Por fim, é preciso analisar uma função em particular, a função judicial. Desde que a Justiça Constitucional é capitaneada por um Tribunal, ou por um órgão comumente designado nesses termos, deve-se verificar se se trata de um Tribunal na acepção corrente do termo.

Inseridas nesse amálgama denominado “função judicial”, seria possível reconhecer, formal e materialmente, várias e diferenciadas funções. Não há dúvida de que o Tribunal Constitucional atua também nessa seara. Especificamente, exercerá tal função quando desempenhar a função aqui denominada cassatória, ou seja, aplicará o Direito ao caso concreto por solicitação advinda de um modelo recursal ou incidental.

A função cassatória, contudo, deverá ser excepcional, porque há de estar ligada, necessariamente, à Constituição (revisão de natureza constitucional das demais decisões do Judiciário). É inadmissível, como função essencial a um Tribunal Constitucional, servir apenas como instância recursal (terceira ou quarta instância revisora), com uma ampla “função revisora” (CORRÊA, 1986, p. 55), especialmente das questões cujos limites sejam apenas infraconstitucionais. Tratar-se-ia de criar uma “suprema terceira instância”, que desnaturaria a própria idéia de Tribunal Constitucional (WAHL; WIELAND, 1997, p. 14).

Quando o Tribunal Constitucional confunde-se com um Tribunal judicial, todas as funções próprias do Judiciário serão, *ipso facto*, transferidas àquele. Isso costuma ocorrer sempre que o Tribunal Constitucional é apresentado como Tribunal Supremo. Ocorre que, em tais circunstâncias, boa parte dessas funções é imprópria e, assim, interferirá na eficiência do Tribunal Constitucional.

5. Função interpretativa

5.1. Esclarecimentos

A interpretação, enquanto atividade a ser desenvolvida, é o “(...) discurso que se insere entre o sujeito que interpreta e a coisa a ser interpretada” (VIOLA; ZACCARIA, 2001, p. 111, tradução nossa).

Aqui se tem em mira, especialmente, a interpretação da Constituição. A preocupação é, portanto, com o reconhecimento da existência dessa atividade no seio do Tribu-

nal Constitucional, procurando determinar sua natureza, especificidades e limites.

Evidentemente que o Tribunal Constitucional, como qualquer outro tribunal, opera a interpretação de qualquer texto que lhe seja submetido a apreciação para aplicação. Mas a interpretação das leis não cabe como função própria do Tribunal Constitucional a não ser para fins de controle de constitucionalidade das leis e, por vezes, no desempenho da função de corte de cassação. Essa parcela da atividade, que se reconhece também no âmbito da interpretação ao Tribunal Constitucional, não integrando o círculo da Justiça Constitucional, será afastada das teorizações a seguir formuladas.

Outro pressuposto é a constatação de que a Constituição e as leis em geral não hospedam a solução total, objetiva e definitiva para as controvérsias sociais ou mesmo jurídicas. É necessária a intermediação subjetivo-judicial para a finalização da representação jurídica.

5.2. Conceito operacional

Compreender a função interpretativa, exercida pelo Tribunal Constitucional, depende de algumas considerações preliminares. A primeira delas decorre da diferenciação entre enunciado, como o texto escrito, e norma, como dispositivo construído pelo operador do Direito a partir de um ou mais enunciados.

A jurisprudência não pode construir novos enunciados, na medida em que essa atividade pertence ao legislador com exclusividade. Como regra geral, os enunciados constituem verdadeiras barreiras interpretativas para o operador do Direito e, em particular, para o Tribunal Constitucional, em sua atividade de elucidação da norma vigente. Assim, devem ser analisados (com as ressalvas acima indicadas) como limites à interpretação da Constituição.

A segunda elucidação diz respeito à posição, perante a estrutura hierárquica do Direito, daquela parcela da decisão do Tribunal Constitucional que promove a inter-

pretação do Direito, particularmente da Constituição.

Como se poderá verificar adiante, a decisão propriamente legislativa do Tribunal Constitucional estará posicionada no patamar das leis. A decisão interpretativa, por sua vez, ocupa posição superior à das leis em geral (PÉREZ ROYO, 1998, p. 55), podendo-se mesmo chegar a reconhecer *status* constitucional, havendo quem fale de um “valor especial” (MONCADA, 2001, p. 499). Isso porque, embora o fundamento de validade das decisões constitucionais seja a Constituição, idêntico ao fundamento de validade das leis, as decisões de um Tribunal Constitucional ocupariam o mesmo estalão das normas constitucionais em sentido estrito (Constituição originária), já que poderiam “derrogar” as leis e estas não poderiam derrogar as primeiras.

Uma terceira nota deve ser feita, desta vez em relação à natureza da função interpretativa. Afastada a concepção judicial mecanicista e legislativo-iluminista, importa reconhecer o caráter normativo das decisões interpretativas, como integrantes do denominado “ciclo de produção do Direito”³.

O grau de criatividade na interpretação das normas intensifica-se em se tratando de normas constitucionais. O amplo espaço interpretativo de que goza o Tribunal Constitucional leva alguns à conclusão de que este consiste em um “poder constituinte permanente” (SCHIMITT, 1928, p. 105), um “congresso constituinte permanente” (como consideraram os norte-americanos), uma espécie de “poder constituinte *ratione materiae*” (FARIAS, 1996, p. 180). Como observa Paulo Bonavides (2001, p. 137), “por essa via tem desempenho um poder constituinte extraconstitucional do ponto de vista do formalismo (...) ou seja, um tribunal que, à margem do poder constituinte formal, exercita materialmente atos configurativos de verdadeira atividade constituinte.”

O Tribunal Constitucional, em realidade, mais do que aplicar, acaba por completar a

Constituição, como concluiu Eisenmann (1986, p. 216). O grande perigo, nessa atuação dos tribunais constitucionais, encontra-se no assenhoreamento da Constituição e de seu significado.

Uma variante interessante da mera interpretação constitucional está na construção de súmulas pelo Tribunal Constitucional. A criação de “diretivas” gerais, de “súmulas” do pensamento (interpretação) do Tribunal, para serem generalizadamente assumidas pelos demais centros de “poder”, constitui, inegavelmente, uma atuação de ordem normativa. Vem inserir-se em um processo de progressiva (e ilimitada) retração do âmbito de atividade do Parlamento. Contudo, a circunstância de a edição de súmulas implicar a redação de um enunciado não deve turvar a clara atuação interpretativa que representam: “Há que examinar toda a sentença para poder abstrair a *ratio decidendi*, que valerá como futuro critério de decisão” (ASCENSÃO, 1987, p. 217).

5.3. *Espécies*

Para fins de maior detalhamento e melhor elucidação da atividade interpretativa a cargo do Tribunal Constitucional, essa atividade pode ser dividida em três segmentos: (i) interpretação principiológica; (ii) interpretação evolutiva; (iii) interpretação desenvolvimentista das liberdades públicas.

São facetas de uma mesma e única realidade: a função interpretativa. O destaque desses segmentos da função geral de interpretação não significa a criação de tipologias autônomas, nem a construção de uma classificação geral. Visa a demonstrar que a interpretação pode variar em grau de intensidade e, ademais, pode apresentar finalidades específicas, ao lado da finalidade maior de interceder na elucidação e construção da norma.

Desde o momento em que as constituições contemporâneas passaram a ser reconhecidamente principiológicas, a estrutura do Direito passou a transformar-se profundamente, porque importantes decorrências

são observadas daquela aparentemente inofensiva consagração de princípios constitucionais.

A consagração de normas constitucionais de caráter aberto (princípios) limita a atuação da lei e demanda um processo de preenchimento, a ser implementado pelo órgão incumbido de zelar pela guarda da Constituição. Por esse motivo, sofreu severas críticas. Consoante Schmitt (1928), por exemplo, a principiológica constitucional representaria “tirania dos valores”, capaz de conduzir à derrocada do Estado legislativo e à instauração do “Estado jurisdicional”.

Mas, apesar das críticas, é notório que o Direito Constitucional encontra-se, na atualidade, totalmente “envolvido e penetrado pelos valores jurídicos fundamentais dominantes na comunidade” (MIRANDA, 1988, p. 198). E, não obstante se reconheça que toda interpretação (não apenas a principiológica) é atividade não mecânica, a interpretação opera com maior intensidade no campo dos princípios constitucionais e dos direitos humanos. Além de demandarem maior intensidade interpretativa, esses setores têm recebido atenção especial por parte da sociedade, que deposita suas esperanças de ajustamento e desenvolvimento normativo dessas matérias no próprio Tribunal Constitucional (caráter místico da instituição).

Como reconhece Esser (1961, p. 27, tradução nossa), em lição que se pode aproveitar diretamente para os princípios constitucionais, na atualidade: “(...) os princípios do direito tampouco são elementos estáticos de uma construção escolástica fechada, mas *topoi*, pontos de vista discricionários da estimativa jurisprudencial, base autorizada e legal da argumentação”.

A segunda espécie interpretativa à qual aqui se refere é a interpretação evolutiva, que se identifica por sua finalidade, mais específica. É uma das funções mais relevantes, exercidas pelo Tribunal Constitucional: adaptar “o texto da Constituição às situações históricas cambiantes” (GARCÍA DE

ENTERRÍA, 1983, p. 139-140), o que permite a sobrevivência longa de um mesmo texto de Constituição.

Assim, ao Tribunal Constitucional incumbe conduzir a Constituição de um texto descompromissado a uma *living Constitution*, para utilizar a expressão que ganhou o título da obra de McBain (1948) e de Padover (1964). Trata-se de realização que tem sido amplamente reconhecida pela doutrina, uma necessidade de tornar a Constituição um documento vivo (FERRAZ, 1986, p. 130), que não pode ser considerada como “norma estática e fixada no tempo” (ROCHA, 1991, p. 86). Na doutrina, essa perspectiva tem sido identificada como *mutação (informal)* da Constituição (JELLINEK, 1991, p. 16).

Por fim, refere-se aqui, como segmento da função interpretativa, a interpretação desenvolvimentista da “jurisdição constitucional das liberdades”. Focaliza-se a função promotora dos direitos fundamentais por meio de seu desenvolvimento, que se opera pela interpretação sempre ampliativa e beneficiadora, e que não deixa de ser uma dimensão protetora dos mesmos (Cf. sobre o tema e a separação de poderes: ACKERMAN, 2000, p. 641 et seq.). Há um caráter acentuadamente criativo, na compreensão de Cappelletti (1993, p. 61 et seq.), do resultado dessa “jurisdição constitucional das liberdades”. Quer dizer que o grau de criatividade aqui é maior do que o presente na atividade jurisdicional em geral.

Se, por um lado, as normas que consagram direitos fundamentais são estabelecidas em termos vagos e imprecisos, por outro, o desenvolvimento de um direito fundamental não está imune a dificuldades paradoxais, como a restrição de um outro direito fundamental. É nesse setor que igualmente se encontrarão as denominadas políticas públicas e sua exigibilidade, para fins de implementação de alguns dos direitos fundamentais que delas dependem.

Saliente-se, aqui, não haver óbice técnico a impedir que a interpretação consagra-

da (madura e reiterada) do Tribunal Constitucional possa ser sintetizada (sumulada) em breves enunciados (enuncação) que sirvam à tarefa de esclarecer (em termos de segurança jurídica) qual a solução para as demais situações idênticas⁴.

5.4. Limites da função interpretativa

A interpretação efetuada pelos tribunais constitucionais apresenta seus limites, para além dos quais extravasa da legitimidade constitucional. Os limites são tanto de ordem processual quanto substancial. Os limites processuais fazem parte da própria essência do processo que deve ser trilhado por um Tribunal Constitucional (CAPPELLETTI, 1993, p. 24).

Quanto aos limites substanciais ou materiais, como já decidiu o Tribunal Constitucional espanhol: “Não pode (...) tratar de reconstruir uma norma que não esteja devidamente explícita em um texto, para concluir que esta é a norma constitucional” (S.T.C. de 8 abr. 1981, apud PÉREZ GORDO, 1983, p. 56-7, tradução nossa). Ademais, há limites decorrentes da opção política adotada pela própria Constituição, embora essa opção seja passível de certa margem de interpretação a ser operada pelo Tribunal.

Problemática específica e de grande alcance, cujo perigo da escassa análise decorre do escamoteamento da função criadora pelas pseudoteorias da mera execução do Direito na atividade julgadora, encontra-se na não-incidência do princípio da proibição do efeito retroativo. A retroatividade das decisões judiciais interpretativas (que opera fora de qualquer questionamento) é fruto da ficção de que o Tribunal Constitucional apenas declara o Direito.

Por outro lado, mostra-se necessário, aqui, sublinhar a necessidade de que a interpretação seja explicitada pelo Tribunal Constitucional. Ao Tribunal Constitucional é defeso promover uma leitura isolada da Constituição, sem maiores esclarecimentos ou demonstrações. O próprio método utilizado, suas vantagens e as preocupações do

Tribunal devem ser, por este, apresentadas no próprio contexto decisório. Trata-se de uma dimensão comunicativa, que, se não é a própria interpretação, é, contudo, imanente a essa atividade.

6. Função estruturante

6.1. Conceito operacional

Denominar-se-á *estruturante* a função por meio da qual se promove a adequação e a harmonização formais do ordenamento jurídico, consoante sua lógica interna e seus próprios comandos relacionados à estrutura normativa adotada.

O que o Tribunal Constitucional realiza, no exercício da denominada função estruturante, é a manutenção do edifício jurídico-normativo, consoante as diretrizes de funcionamento deste, constantes na Constituição. Trata-se da calibração do sistema, eliminando os elementos (normativos) indesejáveis (incongruentes), as práticas e omissões inconciliáveis com os comandos constitucionais. Mas não se busca, por meio dessa função, apenas impor o princípio da não-contradição interna, mas igualmente obter um “funcionamento prático” do ordenamento (PÉREZ LUÑO, 1997, p. 206).

Tudo o que se relacionar com a *estrutura básica do edifício jurídico* será considerado função estruturante. A função estruturante incorporará, portanto, aquela que é a função considerada inaugural, ou seja, o controle da constitucionalidade das leis e atos normativos. Em síntese, nessa função se compreende o controle do respeito à hierarquia e à distribuição de competências.

6.2. Natureza normativa da função estruturante e seu status constitucional

O exercício da função estruturante envolve, necessariamente, como efeito direto, uma natureza propriamente normativa, um *lawmaking process* (Cf. TRIBE, 2000, p. 216). É preciso constatar, porém, que, ao contrário da função legislativa (em sentido estrito), a presente função apresenta *status* cons-

titucional e resultado de patamar igualmente constitucional (tal como ocorre com a função interpretativa da Constituição). Isso porque o conflito entre fontes do Direito de estatura diferenciada é resolvido por um ato de estatura idêntica àquela do ato hierarquicamente superior violado.

Algumas peculiaridades do controle de constitucionalidade sustentam essa constatação: (i) os efeitos da decisão de inconstitucionalidade de um ato normativo, quando proclamada pelo Tribunal Constitucional, não apenas equivalem (de imediato) aos efeitos de um legislador negativo (derrogação), mas também alcançariam o legislador do futuro, impedindo-o de atuar no sentido de apresentar lei de idêntico conteúdo ao daquela anteriormente anulada (TAVARES, 1998, p. 120); (ii) os poderes do Tribunal Constitucional são de “destruição maciça” (ANDRADE, 1995, p. 79) por permitirem a eliminação retroativa do ato normativo, ou de seus efeitos. Esse tipo de atuação não é reconhecido ao legislador, que, comumente, tem de respeitar as situações pretéritas, não podendo legislar para o passado.

Há que se atentar, contudo, para o abandono da tese da nulidade absoluta da lei inconstitucional, que tornou possível ao Tribunal Constitucional modular (dosar) a eficácia temporal de suas decisões (de reconhecimento da inconstitucionalidade). Com isso, foi-lhe conferida uma função de caráter acentuadamente político (ANDRADE, 1995, p. 79), com o que se revela, novamente, uma conotação legislativa.

6.3. Âmbitos de controle normativo da constitucionalidade

No contexto da função estruturante, inserem-se as denominadas técnicas recentes (contemporâneas) de decisão da Justiça Constitucional, para as quais é imprescindível supor a distinção entre norma e enunciado. Nesses casos, o que se verifica é o desenvolvimento de uma função interpretativa pelo Tribunal Constitucional, para

fins de construção da norma a partir dos enunciados disponíveis da lei.

Um exemplo é a *interpretação conforme a Constituição*, em que se explora o enunciado da lei e as normas que dele se poderiam obter, para realizar uma seleção daquelas que seriam inconstitucionais, oferecendo pelo menos uma que esteja em consonância com a Constituição. Essa técnica é espécie de função estruturante na medida em que afasta aquelas interpretações consideradas incompatíveis com a Constituição, selecionando a que lhe seja congruente.

O controle de constitucionalidade não se restringe às leis. Nada impede que se questione acerca de uma função genérica para controlar a adequação (conformidade) de todo e qualquer ato normativo inferior a seu imediatamente superior, na escala hierárquica, quando haja pertinência (conexão) constitucional. É o caso de se inserir, pois, nesse controle, como objeto dele, o ato normativo inferior à lei, como o decreto do Poder Executivo.

Por outro lado, ele pode alcançar os atos normativos de quaisquer esferas da federação e também os tratados internacionais, conforme a postura que, em relação a esses, a Constituição assuma. Admite-se, ainda, o controle contra a infração às regras regimentais das casas legislativas, tendo em vista a importância de que se reveste a atividade produtora de normas. E, caso exista razão para tanto, nada impede o controle de normas já revogadas.

Mesmo as questões políticas não se podem excluir da apreciação judicial, especialmente quando ocorra lesão a direitos constitucionais (DI PIETRO, 2000, p. 593), uma vez que, no Estado Constitucional, não há espaço senão para governos limitados. O grau de fiscalização pode variar (DI PIETRO, 1991, p. 93-94), mas não a existência dessa.

6.4. Função cassatória (corte de superposição)

Além do controle recursal da constitucionalidade de leis e atos normativos, outros recursos podem ter por mérito a aplicação

(equivocada) de lei ou mesmo da Constituição ao mundo concreto. Nessa hipótese, realiza-se um controle da aplicação das leis, um controle da “microconstitucionalidade” (FAVOREU, 1992, p. 41) que, em muitos casos, está inserido na consideração, por parte do Tribunal Constitucional, na leitura da lei, da interpretação que dela se tem feito e de sua aplicação, no que se denomina “*diritto vivente*”.

Entretanto, o controle da aplicação das leis em geral não deve ser função do Tribunal Constitucional, salvo nessa especialíssima situação, em que se utilize, na realidade, da função cassatória, e desde que haja outros elementos de conexão constitucional ou para obter o “*diritto vivente*” como uma das interpretações a serem adotadas para a norma. Decidiu o Tribunal Constitucional espanhol, a esse respeito, com toda a pertinência para uma teoria da Justiça Constitucional, que: “(...) não compete, pois, ao Tribunal, em sua função de órgão decisório dos recursos de inconstitucionalidade, julgar o maior ou menor acerto com que os operadores jurídicos estejam levando a cabo seu trabalho de aplicação” (S.T.C. 8 abr. 1981, apud PÉREZ GORDO, 1983, p. 59).

A lição é válida especialmente se se considerar que todos os tribunais realizam interpretação da Constituição ao aplicarem o Direito (CARRILLO, 1995, p. 34), do que decorreria um elemento de “conexão” para fins de alcançar sempre, via recursal (quando existente), o Tribunal Constitucional, inviabilizando-o, pois geraria o que com toda precisão Buzaid (1972, p. 149) denominou “crise funcional”.

6.5. O controle das violações aos direitos fundamentais

Com a sua consagração em âmbito constitucional, tamanha importância acabou assumindo a tutela dos direitos fundamentais, que se passou a considerar uma “*giuridizione costituzionale delle libertà*”, na consagrada expressão cunhada por Cappelletti (1976). Trata-se, portanto, de

reconhecer os direitos fundamentais e sua proteção adequada como elemento catalisador para fins de análise específica. Nesse sentido, é inegável que a função estruturante desempenha uma “garantia suplementar das liberdades individuais” (RAMOS, 2000, p. 41).

Entre as finalidades perseguidas no controle de violação aos direitos fundamentais, destaca-se a de preservá-los (após lhes atribuir o exato conteúdo pela função interpretativa). Essa espécie de controle integra a função estruturante uma vez que se ocupa em assegurar a supremacia de uma parcela apenas da Constituição: aquela referente aos direitos fundamentais.

Há *defesa (objetiva)* dos direitos fundamentais pelo *controle direto da constitucionalidade das leis e atos normativos*, justamente quando promovem o desafio da Constituição. Essas hipóteses são regidas pelas mesmas conclusões indicadas para o modelo de controle dos atos normativos em geral.

Pode haver, ainda, a *defesa desses direitos no modelo concreto*, pelo Tribunal Constitucional. Nessa última hipótese, o controle não é direto, mas sim norteado por um caso concreto e admitido apenas pela via recursal ou pela incidental. Em tais circunstâncias, aplicam-se as conclusões apontadas para a situação em que o Tribunal Constitucional atua como Corte de Cassação⁵.

A posição que o Tribunal Constitucional pode ocupar como Corte de Cassação, no que pertine aos direitos fundamentais, é extremamente delicada tendo em vista a teoria da vinculação dos particulares a direitos fundamentais (eficácia jurídica horizontal dos direitos fundamentais). Admitindo-se a vinculação direta de particulares (em suas relações privadas) ao rol de direitos fundamentais constitucionalmente positivados, seria inevitável que juízes e tribunais passassem a se utilizar, em suas decisões, de fundamentos constitucionais diretos. Com isso, grande parte dos conflitos entre os particulares, anteriormente considerados meramente civis, envolvendo direitos fun-

damentais, seriam automaticamente transformados *em* ou considerados *conflitos propriamente constitucionais*. Isso permitiria a elevação do processo até o Tribunal Constitucional, em todas as hipóteses, dependente apenas da provocação da parte interessada.

Por fim, pode-se promover a defesa dos direitos fundamentais quando violados por atitudes ou fatos, transpondo-se o controle para além do campo dos atos normativos. Essa faixa que extrapola o campo normativo, portanto, estaria totalmente fora da denominada função estruturante, porque não se trata de manter a estrutura do ordenamento normativo. Em termos diversos, trata-se aqui da elucidação dos fatos e sua (eventual) repressão, o que afeta a norma apenas no plano de sua eficácia real (social), não sendo um problema estritamente relacionado à estrutura normativa do Direito.

6.6. *Reforço de validade legislativa como função estruturante*

Como desdobramento do controle normativo, encontra-se a possibilidade de confirmação da constitucionalidade, legalidade ou legitimidade do ato objeto de fiscalização (JOBIM; MENDES, 1995, p. 141). Realmente, o Tribunal Constitucional não é chamado apenas para se pronunciar negativamente, vale dizer, pela inconstitucionalidade das leis ou atos normativos estatais. Muito pelo contrário, poderá igualmente ser conclamado para declarar a legitimidade de determinada lei, apondo-lhe o “timbre da constitucionalidade”. Esse tipo de mecanismo transforma o Tribunal Constitucional que o exerce em órgão de reforço da validade das leis, ao ratificar a constitucionalidade dessas como resultado final desse processo de verificação.

Com decisões desse naipe, o Tribunal Constitucional promove a confirmação máxima de uma lei ou ato normativo, exercendo sua função de estruturador do sistema normativo, reconhecendo e ratificando os

elementos normativos que fazem parte desse sistema jurídico específico. Ainda que o resultado final seja a revalidação da lei ou ato normativo, isso é feito para fins de manutenção de certa segurança do sistema normativo (com seus elementos fora de qualquer suspeita).

7. Função arbitral

7.1. Conceito operacional

A *função arbitral*, da mesma forma que a *função estruturante*, realiza o acertamento dos conflitos do sistema. A perspectiva de cada uma é, porém, totalmente diversa. A primeira, ao contrário da função estruturante, não envolve questões técnicas de hierarquia voltadas para a normalização do sistema normativo, mas sim exclusivamente de competência. Considera-se exercício de função arbitral apenas na hipótese de se reportar o Tribunal Constitucional à atuação normativa ou material dos “poderes”, procurando solver os eventuais conflitos que surjam, fundamentada exclusivamente na preocupação de superar o atrito entre entidades constitucionais.

A escolha do termo “arbitral” leva em consideração a proximidade dessa função com a idéia de “mediador”. O Tribunal Constitucional resolve as divergências sobre a repartição de “poderes” entre autoridades ou órgãos do Poder, em função “análoga à de um árbitro que resolva os conflitos entre as autoridades que têm poderes divididos funcionalmente de acordo com alguma forma de separação de poderes” (JOACHIM FRIEDRICH, 1946, p. 220, tradução nossa).

Pode-se considerar que há uma tendência natural, inerente à Constituição, aos conflitos entre os “poderes” (MURPHY, 1975, p. 268). Assim, é da responsabilidade direta do Tribunal Constitucional assegurar o equilíbrio do sistema de “poderes”, e somente o Tribunal tem condições de fazê-lo com a objetividade necessária (Cf. GARCÍA DE ENTERRÍA, 1983, p. 191).

E essa atuação do Tribunal Constitucional não se impõe somente nos momentos de crise. Mesmo no mais completo equilíbrio entre os órgãos constitucionais, nem por isso deverá o Tribunal Constitucional ficar inerte. É que poderá ocorrer que um órgão esteja, com o beneplácito ou não de outro órgão, usurpando as funções deste. Em tais circunstâncias, caberá a intervenção do Tribunal Constitucional para garantir a separação promovida constitucionalmente. Presupor um conflito aberto para, só nessa situação, admitir o desenvolvimento de uma função arbitral significaria, em muitas circunstâncias, anuir com uma posição constitucionalmente insustentável.

A quantificação da atividade do Tribunal Constitucional, no exercício da função arbitral, irá variar conforme a forma de distribuição dos “poderes” e das competências territoriais na Constituição. Assim, nos casos em que a distribuição seja vaga, certamente que a atuação do Tribunal Constitucional será maior (e mais delicada). Quando o modelo, ao contrário, já está bem estruturado, seja pela preocupação constitucional maior, seja pela experiência histórica, será pouca a margem para disputas e, conseqüentemente, para a participação intermediadora do Tribunal Constitucional.

7.2. Âmbitos de manifestação da função arbitral

Dá-se o exercício da função arbitral, primeiramente, em eventual *conflito entre os “poderes”*. Há uma responsabilidade na determinação das funções dos demais poderes constitucionais que coube aos tribunais constitucionais (Cf. PÉREZ GORDO, 1983, p. 26) como intérpretes últimos da Constituição, numa espécie de contencioso entre os poderes.

Trata-se, aqui, do exercício da função interpretativa do Tribunal Constitucional, acoplada com a arbitral, considerado que é ele última instância deliberativa. Na ocorrência de conflito, procede o Tribunal à re-colocação dos órgãos conforme sua leitura

das funções constitucionalmente atribuídas a cada um deles.

Em segundo lugar, variando a teoria que se adote quanto à conceituação e classificação dos poderes, o tema da *proteção das minorias políticas* poderá inserir-se entre as funções de tribunal arbitral do Tribunal Constitucional. Assim, se se admitir que há, no cenário político, apenas um poder de ação e um poder de oposição, as minorias poderão ser justamente esse “poder de oposição”, e, nesses casos, os conflitos a serem solucionados serão conflitos entre “poderes” ou, mais propriamente, forças atuantes no cenário político. Nessa situação, é imprescindível que o Tribunal Constitucional promova a defesa das minorias legislativas (pacificação) como forma de assegurar a democracia (pluralismo político).

Sua atuação, na função arbitral, pode ainda englobar *situações em que o conflito envolva o próprio Tribunal Constitucional*. Uma hipótese é o conflito entre Tribunal Constitucional e Poder Judiciário, especialmente no âmbito da aplicação e interpretação constitucionais.

Esses atritos passaram a ser observados na maioria dos sistemas, por força da sobreposição da jurisdição constitucional à jurisdição comum, no que se tem considerado uma desconfiança na magistratura ordinária, que tem suas decisões revisitadas pelo Tribunal Constitucional. É necessário, pois, como acentua Tremps (1985, p. 204, tradução nossa), “(...) a busca de vias de coordenação e inter-relação entre Poder Judiciário e Tribunal Constitucional através de técnicas processuais que assegurem a unidade interpretativa e garantam a segurança jurídica”.

Outra possibilidade consiste no conflito entre Tribunal Constitucional e Poder Executivo. Diversas decisões tomadas pelo Tribunal Constitucional levam em consideração aspectos políticos de seus efeitos. Assim foi a mudança de inclinação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte no caso das leis do *New Deal*. Esse

talvez seja o caso mais célebre da História dos Tribunais Constitucionais, tendo ficado evidente que há um elemento político que atua no processo desenvolvido pelo Tribunal Constitucional. E essa função, assim exercida, é, patentemente, uma função arbitral, na medida em que determinada decisão esteja orientada para manter a governabilidade.

Outrossim, em variadas situações o conflito também poderá projetar-se entre o Tribunal Constitucional e o Poder Legislativo. E isso ocorre não pelo controle das leis (caso de função nitidamente estruturante), mas sim pela relutância deste último em observar o marco definido por aquele, no exercício da função interpretativa, estruturante, governativa ou puramente arbitral.

As chances de um atrito são grandes quando o Tribunal faz emanar decisões que devem ser diretamente observadas pelo Poder Legislativo, como quando “reduz” o campo de atuação de determinada Casa Legislativa (em virtude de repartição federativa de competências) ou quando indica a interpretação adequada da norma constitucional (para fins de posterior atuação legislativa). Na eventualidade de concretizar-se esse embate, a solução que o sistema apresenta é a coerção do Legislativo, que deve ater-se às decisões advindas da Justiça Constitucional, o que pode gerar profunda crise institucional, irrompendo as discussões acerca da legitimação democrática.

A função arbitral tem, ainda, relevo para o *controle dos partidos políticos*. Justifica sua abordagem publicista no contexto da Justiça Constitucional a circunstância de serem instituições inseparáveis do constitucionalismo democrático. Não se pode ignorar a importância que essas *associações privadas com funções constitucionais* (CANOTILHO, 2000, p. 313) assumem no contexto do “poder”. Diante disso, é inevitável a necessidade de considerar arbitral a posição do Tribunal que solucione os conflitos envolvendo questões partidárias (limites de atuação).

Por fim, os tribunais constitucionais são reconhecidamente o foro mais adequado para o desenvolvimento da função de *garante do equilíbrio entre territórios autônomos* dentro de um mesmo Estado. Como realça Kelsen (1928, p. 58), “(...) a proteção deste limite constitucional das competências entre Confederação e Estados-membros é uma questão política vital, bem sentida como tal no Estado federativo, onde a competência sempre dá lugar a lutas apaixonadas”. A atuação de um Tribunal federal, nessa matéria, permite que se promova uma harmonização do entendimento acerca das competências de cada entidade integrante do Estado (CATINELLA, 1934, p. 50).

O conflito entre entidades territoriais pode ocorrer no plano normativo ou no plano executivo (material). Ambos são espécies próprias da função arbitral. Nos regimes federais, têm-se as controvérsias entre estados (*controversies between states*), mais agravadas que aquelas originadas de controvérsia entre territórios não autônomos, pelo que seu estudo e detalhamento têm sido uma constante da doutrina.

O controle federativo exercido pela função arbitral é, contudo, distinto do mero controle de leis, ainda quando aquele controle (federativo) incida (eventualmente) sobre leis, pois sua finalidade básica será a manutenção não de certa estrutura normativa, mas sim da estrutura federativa, surgindo a anulação da lei dessa preocupação primordial. Quando se desenvolve no plano material (não normativo), esse conflito entre entidades territoriais pode assumir variadas formas, entre as quais situam-se as discussões referentes aos limites dos territórios de estados federados e aquelas referentes às hipóteses de “intervenção federal”. De qualquer maneira, para se tornar sindicável pelo Tribunal Constitucional, o conflito entre entidades de uma federação deve constituir-se na linha demarcatória da Constituição.

E, se o Tribunal Constitucional é um tribunal da federação, é decorrência lógica que seus integrantes sejam indicados pelos es-

tados também. Essa é uma importante lição a se extrair da dissociação funcional aqui proposta. Reconhecendo-se a magnitude de uma função como a arbitral, com todos os seus consectários, fica mais realizável qualquer discurso que pretenda demonstrar a necessidade de que compareça o componente federativo na composição dos membros de um Tribunal Constitucional.

7.3. *Decisão de término constitucional do atrito*

A atuação do Tribunal Constitucional no âmbito da função arbitral deve promover um adequado equacionamento do atrito surgido, eliminando-o. A decisão, nesses casos, operará, inexoravelmente, uma interpretação constitucional para determinar os limites, os contornos precisos, constitucionalmente estabelecidos, para cada um dos poderes ou entidades envolvidas no conflito estabelecido. Esse tipo de decisão pode ser considerado uma decisão de interrupção (constitucionalmente estabelecida) do atrito entre as entidades constitucionais. Formará, ademais, um comando genérico aplicável indiscriminadamente para todas as situações futuras nas quais se pudesse repetir a mesma ocorrência.

8. *Função legislativa*

8.1. *Conceito de função legislativa*

Entende-se, para propósitos deste trabalho, como *função legislativa* o desenvolvimento de atividade da qual resulta a composição inaugural de comandos com efeitos de caráter geral.

Função legislativa inovadora foi, por muitos, considerada própria e exclusiva atividade do legislador, cometida ao respectivo órgão (Parlamento). Reconhecia-se apenas a este a possibilidade de impor comandos válidos de maneira inaugural no sistema normativo. É o cenário que se pretende suplantado na atualidade.

No caso específico da Justiça Constitucional, os elementos que ainda poderiam

servir para traçar uma linha demarcatória espessa entre legislação e jurisdição desaparecem quase que plenamente. Pode-se dizer, contudo, que o Tribunal Constitucional não detém, entre suas funções, qualquer permissivo para invadir competências próprias do Poder Legislativo, como anota Gordo (1983, p. 54).

A função legislativa difere da função interpretativa, não obstante existir em ambas o caráter criativo (da perspectiva jurídica). A distinção decorre de vários fundamentos.

Basicamente, a função legislativa poderá ser uma função autônoma dos tribunais constitucionais (embora bastante limitada). Quer dizer que podem ser incitados a exercer essa atividade como finalidade última de um processo. E a função interpretativa, como ressaltado, é uma atividade instrumental e, nessa medida, desempenhada pelo Tribunal Constitucional quando do exercício das mais diversas funções, incluindo a atividade legislativa.

Outra importante distinção diz respeito justamente ao “patamar de lei”. Isso porque a interpretação promovida pelo Tribunal Constitucional, quando relativa à Constituição (já que, como se sabe, pode ser dirigida também à lei), apresenta, certamente, patamar (força) de norma constitucional, e não de norma legal. No exercício de função legislativa, em sentido estrito, o Tribunal Constitucional produz decisões com patamar de lei.

Nas decisões interpretativas, há uma coincidência de âmbitos materiais entre as decisões do Tribunal Constitucional e a de outros órgãos constitucionais, de maneira que o conflito se resolve em termos de hierarquia (e não de competência distinta – que no caso não há). Por essa e outras razões, considera-se que o *status* dessas últimas decisões só poderia ser o de norma constitucional.

Quando, por sua vez, o Tribunal Constitucional exerce sua função legislativa, é porque a recebeu diretamente da Constituição (fundamento constitucional), mas com essa

qualidade (*status*) de norma legal. Quer significar que sua decisão poderá ser afetada (alterada ou reformada), em algumas situações (como nos casos de normatização para superar os casos de omissão do legislador), por meio de lei ou emenda aprovada pelo próprio Parlamento.

Uma terceira peculiaridade da função legislativa em sentido estrito consiste no seu fundamento: uma partilha de competências. Ou seja, as decisões legislativas da Justiça Constitucional devem estar ancoradas em uma específica repartição de competências constitucionais. (i) Por vezes, há uma atribuição de competência sucessiva (na omissão do legislador, a competência transfere-se para o Tribunal Constitucional). (ii) Pode haver, contudo, uma atribuição direta de competência exclusiva (ao Tribunal Constitucional pertence o poder de editar normas sobre certas matérias, que ficam, nessa medida, subtraídas da esfera de atuação do legislador).

8.2. Espécies

A primeira das funções legislativas pontuais que se poderiam identificar em um Tribunal Constitucional refere-se à rara *competência legislativa em sentido estrito*. Ela ocorre quando a Constituição, ao estabelecer as competências legislativas de diversos órgãos e entidades (federativas, v.g.), contempla também o Tribunal Constitucional. Um exemplo de matéria cuja regulamentação lhe pode ser atribuída é a processual (CAPPELLETTI, 1993, p. 80-81.)

Ilustração dessa competência encontra-se na História constitucional brasileira, tendo a Constituição de 1967/69 cotemplado o Supremo Tribunal Federal com ampla competência normativa (MELLO FILHO, 1984, p. 272). Ficou determinado, no art. 119, § 3º, c, daquela Constituição, que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal poderia estabelecer “c) o processo e o julgamento dos feitos de sua competência originária ou recursal e da argüição de relevância da questão federal”. Nesses exatos termos, tinha-se

o Supremo Tribunal Federal legislando, legitimamente, em matéria processual. Essas normas eram veiculadas por meio de seu Regimento Interno.

A segunda atuação do Tribunal Constitucional de caráter legislativo ocorre no *controle preventivo de constitucionalidade*. É certo tratar-se de processo constitucional, mas sua natureza pré-positiva caracteriza-o mais fortemente como processo tipicamente legislativo, nada mais que um “estágio” neste (CAPPELLETTI, 1971, p. 5). Daí a preferência por inseri-lo na categoria das funções legislativas do Tribunal Constitucional. É a participação direta do Tribunal Constitucional, ao lado do Legislativo, no processo de formação das leis.

O sistema sempre reverenciado, quando se fala em controle preventivo da constitucionalidade das leis, é o francês. O Conselho Constitucional francês tem uma função preventiva que é impositiva (necessária), para o caso das leis orgânicas, e outra eventual, a cargo da provocação de certos órgãos ou autoridades, em matéria de ratificação de tratados internacionais e demais leis.

Desempenha também função legislativa o Tribunal Constitucional, quando do *controle das omissões* (lacunas normativas) inconstitucionais. Trata-se de superar uma lacuna legislativa inconstitucional, decorrente da negativa (objetivamente falando) parlamentar em atuar. A verificação dessa lacuna é condição para que atue o Tribunal Constitucional como órgão dotado da capacidade legislativa superveniente, provisória (superável por decisão posterior do Parlamento em legislar) e específica (pontual).

Duas conclusões são relevantes, para o presente estudo, quanto à omissão inconstitucional. (i) É certo que sua superação envolve produção legislativa. (ii) Essa produção não é fruto – como normalmente se afirma – de um processo interpretativo, mas sim de uma típica função legislativa. Sobre esse ponto, importa ressaltar que a realização da função legislativa, na perspectiva que aqui

se propõe (superação de lacunas), pressupõe o desenvolvimento prévio de uma função de controle. Isso não quer significar que se possam confundir ambas atuações. Tanto isso é verdade que a mera constatação da inconstitucionalidade por omissão não significa atividade legislativa, devendo o Tribunal, para caracterizar esta, prosseguir sua atividade e apresentar uma solução ao caso.

O Tribunal Constitucional atua, ainda, no exercício de função legislativa, quando profere *decisões aditivas, redutoras e substitutivas da legislação*. Nessas ocasiões, o Tribunal Constitucional atua para “corrigir” o legislador, que por vezes ter-se-á se equivocado (tendo como parâmetro seus limites constitucionais).

Contudo, como observa Canas (1996, p. 399-400), esse modo de proceder não pode se dar senão em situações especiais, sob pena de o Tribunal tornar-se um “manipulador” das normas emanadas do legislativo:

“(…) ele pode, designadamente, corrigir uma norma legislativa (ou outra) inconstitucional, quando essa norma estiver claramente heterodeterminada por normas da constituição. Ou seja: naqueles casos em que a constituição não deixa ao legislador nenhuma margem de conformação (ou liberdade ‘imaginativa’ [...]), ou deixa uma margem mínima, se aquele tiver contrariado a vontade constitucional, indo para além daquilo que ela lhe permitia”.

Finalmente, a *elaboração do próprio regimento* pelo Tribunal Constitucional deve ser compreendida como uma atribuição normativa. Trata-se de atividade normativa com força legislativa, de menor dimensão, mas sem que isso a descaracterize como propriamente legislativa. O fundamento constitucional dessa atividade atribuída ou reconhecida ao Tribunal pode ser considerado implícito (RUGGERI, 1977, p. 121). Basta verificar que, organizando o Tribunal Constitucional em certo sentido, suas fun-

ções serão exercidas de modo correspondente (PANUNZIO, p. 1970, p. 19).

Ao se falar em natureza legislativa, pode surgir a dificuldade de coordenar essa natureza com a idéia de “regulamento”, normalmente considerado fonte secundária do Direito, reportando-se a uma lei ou norma anterior e superior. Mas, considerando-se tanto o aspecto da inovação no sistema jurídico quanto a generalidade e abstratividade da norma, tem-se uma argumentação favorável à natureza legislativa desse instrumento. Outrossim, como sustenta Panunzio (1970, p. 123 et seq.), esse tipo de atividade, que vem qualificada como interna ao Tribunal Constitucional, conta, em realidade, com eficácia externa, o que ratifica o posicionamento afeiçoado anteriormente para esse regimento: atividade propriamente legislativa.

9. Função governativa

9.1. Distinções preliminares

A função de governo é considerada por muitos meramente política, como o fez Smend (1985, p. 221). No estágio atual, considera-se, contudo, mais adequado seu enquadramento como típica função jurídica de vertente política. Ainda que se pudesse falar em distinção entre Justiça e Governo (BLUNTSCHLI, 1885, p. 204), essa dualidade não pode ser incorporada organicamente (num mesmo órgão se poderá reconhecer o exercício de ambas).

É comum, contudo, a referência a uma função política (*merely or purely political questions*), querendo significar, com ela, em realidade, uma função política de governo ou, mais simplesmente, uma função de governo, por vezes sendo ambas expressões usadas como sinônimas (OLIVERIA, 1978, p. 20). Nesse sentido, no Supremo Tribunal Federal do Brasil, em decisão relatada por Celso de Mello, tem-se a explicitação da idéia de que esse Tribunal desempenha “típica função política ou de governo” (DIÁRIO DA JUSTIÇA, 1990, p. 3048).

Assim, governo e política têm sido idéias intrinsecamente associadas para fins de sua caracterização. Não obstante essa constatação, que inclui a positividade dessa proximidade, para parte da doutrina, a função política, na realidade, não se deveria confundir com a função de governo.

Verifica-se que *função política* é aquela que apresenta a *característica da discricionariedade*. É nesse sentido que em muitas ocasiões se atribui natureza política ao Tribunal Constitucional. Assume este uma linha de direção do país: “(...) na história atual esta instituição tem influenciado profundamente, para melhor ou pior, o curso da nação” (JACKSON, 1955, p. 22, tradução nossa). Quando se pretende destacar essa função governativa, objetiva-se justamente demonstrar a influência nas diretrizes da sociedade provocadas por uma instância decisória “para-Congressual”.

A *função de governo*, em conceito mais estrito que assim se procura adotar, seria aquela atrelada à *direção do Estado*, à *persecução de seus fins primários*, na acepção de Alessi (1966, p. 200-201), ou seja, o interesse próprio da coletividade.

Evidentemente que a maior parte dessa orientação encontra-se, no constitucionalismo atual, encartada nas próprias normas constitucionais, cabendo ao Estado apenas sua realização (e não a escolha dos fins). Em alguns casos, a discricionariedade chega mesmo a desaparecer. Dessa forma, se se pretender caracterizar os atos políticos como os atos discricionários, evidentemente que nem todos os atos de governo serão necessariamente atos políticos nessa acepção da palavra, porque a maior parte encontra-se constitucionalmente determinada sem margem para a interferência da vontade do executor, ou com uma margem bastante reduzida (Cf. DI PIETRO, 1991, p. 93-97).

Há, ainda, outra sorte de limitação e de vinculação do Estado-governo que está naquela que Bökenforde (1993, p. 127-129) denominou função teórico-estatal dos direitos fundamentais:

“Se se atribui aos direitos fundamentais um conteúdo jurídico-objetivo na forma de normas-princípio, isto é, de mandatos de otimização com validade universal que transcende à relação Estado-cidadão, voltam então os objetivos estatais – que já se perdiam – como mandatos de atuação orientados para um fim e referidos a âmbitos materiais ou vitais de direito fundamental. Sua admissão e sua execução é constitucionalmente obrigada – com uma margem de configuração no tipo e modo de execução” (BÖKENFORDE, 1993, p. 128, tradução nossa).

Em síntese, a função de governo atuaria em campo mais restrito que a função política.

9.2. Tribunal Constitucional e governo de juízes

É opinião largamente aceita a de que a Suprema Corte norte-americana não apenas julga segundo a lei, mas entra no mérito da política legislativa, praticando então o que foi estigmatizado como “governo dos juízes”. Deve-se admitir, naquela máxima, uma carga de veracidade inclusive em sua aplicação ao Tribunal Constitucional.

A lei e os decretos presidenciais, como atos de governo por excelência, desde que puderam ser contrastadas pelo Tribunal Constitucional, carregaram a este a inexorável natureza governativa, expressa por meio de suas decisões.

Outrossim, se se considera a Constituição como um texto aberto, e que justiça e felicidade estarão melhor asseguradas pelo Direito não com tentativas de defini-las eternamente, mas antes atendendo a um processo governamental pelo qual suas dimensões sejam especificadas ao longo do tempo (ELY, 1998, p. 89), então é inevitável um órgão capaz de cumprir esse processo e conduzir isentamente às decisões finais. Se o papel é atribuído ao Tribunal Constitucional (GUERRA FILHO, 2000, p. 102-103), tem-

se, por consequência, que este Tribunal exerce esse processo governamental.

Pode-se estabelecer a capacidade governativa do Tribunal Constitucional especialmente porque a separação de “poderes” não pode ser compreendida, como visto, em termos rígidos, e a proteção dos direitos fundamentais opera mais por força de sua declaração do que da referida separação propriamente dita. A complexidade do Estado de Direito impede que se proponha e sustente uma visão “míope” da separação de poderes como limitativa da atuação governativa do Tribunal Constitucional.

Resta indagar se o Tribunal Constitucional pode assumir uma função governativa no sentido estrito apontado, e em que medida pode fazê-lo.

Na teoria de Gaudemet (1966, apud QUEIROZ, 1990, p. 104), com sua classificação binária, ter-se-ia, no Tribunal Constitucional, o reconhecimento do que o autor denominou “poder de controle”, um “poder de oposição política”, contraponto do poder político de ação e, nessa medida, certamente um contrapoder político. Ferreira Filho (1994, p. 12 et seq.), em sua análise das funções do Poder Judiciário, que se pode aplicar, parcialmente, às funções do Tribunal Constitucional, indica um controle de natureza *política*.

Não resta dúvida de que o Tribunal Constitucional deve atuar no âmbito de uma dimensão que se pode denominar “político”-governativa. Essa caracterização está reconhecida pelos autores (Cf. FERREIA FILHO, 2000, p. 4).

9.3. Identificação tópica da dimensão funcional governativa

No exercício da função arbitral, sendo-lhe franqueado determinar a competência dos demais “poderes”, o Tribunal Constitucional exerce uma função também de governo. Nessa seara, o Tribunal Constitucional acaba por impor certa abertura da política, porque admite diversos atores e seus argumentos. Com isso, o processo promo-

ve concomitantemente uma participação popular maior e, assim, um governo participativo.

Igualmente, ao preservar as minorias contra as maiorias, e impedir que estas governem isoladamente, inegavelmente tem-se no Tribunal o exercício de uma função de governo, no sentido de um governo aberto (que respeite a diversidade, as minorias, as oposições eventuais, o pluralismo). Evita-se, dessa maneira, o chamado modelo de Westminster, como o denominou Lijphart (1991, p. 22 et seq.), ou seja, o modelo de domínio puro da maioria. Essa é, indubitavelmente, uma função de governo que só pode ficar a cargo de um órgão neutro (em termos políticos).

De outra parte, quando ocorre o fracasso dos políticos (do Parlamento e do Executivo), ou quando há uma divisão de opiniões que impede a tomada de uma decisão, remete-se o problema para o Tribunal Constitucional (LIMBACH, 1999, p. 93). Isso é uma decorrência da supremacia constitucional e do poder de controle atribuído ao Tribunal Constitucional (RODRIGUES, 1991, p. 13).

A ameaça de recorrer ao Tribunal Constitucional costuma ser seriamente considerada pelo círculo político na tomada das decisões (LIMBACH, 1999, p. 101-102). Evidentemente que essa situação “força” uma decisão política mais adequada, pelo temor de que se possa, com uma decisão “inadequada” ou “polêmica”, acabar por transferir o poder de governo para o Tribunal Constitucional. O “medo” dessa ocorrência afeta, certamente, a própria decisão a ser adotada, funcionando sempre como “mito” da repreensão do Tribunal Constitucional.

No exercício da função denominada estruturante e, especialmente, no controle da constitucionalidade das leis (função inaugural), manifesta-se, concomitantemente, a função de governo (LOEWENSTEIN, 1970, p. 314). No momento em que se estabelece um Tribunal com poderes de “nulificar” as leis (que é expressão de uma atividade pró-

pria de governo), é automático reconhecer-lhe, igualmente, a função de governo (ou *indirizzo politico*) ou, em um primeiro momento, uma função de “contragoverno”, que se deve assumir, enfim, como função de governo propriamente dita.

Essa função de governo decorrerá, igualmente, do controle de outros atos do Estado. Nessa hipótese, determinado ato praticado pelo Estado poderá ser extinto, ou mesmo substituído por outro (que tenha base direta na Constituição), por ação do Tribunal Constitucional. Disso resultará, inevitavelmente, uma modificação dos planos do poder responsável pelo ato, como o Executivo (SAENZ ELIZONDO, 1991, p. 45).

Sobre a conotação “política” da função de controle das leis, anotou Kelsen (1981, p. 241, tradução nossa):

“Quando o legislador autoriza o juiz a valorar, dentro de certos limites, interesses entre desiguais e a decidir o contraste em favor de um ou de outro, atribui-lhe um poder de criação do direito e, portanto, um poder que dá à função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que – seja puramente em maior medida – à legislação”.

A lei é, inegavelmente, um instrumento de governo (o ato de governo por excelência). Não se pode ignorar que são as leis do Legislativo aquelas que imprimem o sentido e alcance das diretrizes do Estado. Sua extinção, por qualquer órgão, implica um ato que será inevitavelmente considerado, da mesma maneira, exercício de uma função de governo.

No exercício de sua função interpretativa, o Tribunal Constitucional inegavelmente adota ações de governo. Isso está identificado por Ferreira Filho (2000, p. 4), quando observa, relativamente à Justiça Constitucional, que: “(...) na interpretação sempre se insinuam elementos ideológicos, portanto, posições políticas”.

Outra participação governativa do Tribunal Constitucional, que merece também destaque, ocorre quando este define os di-

reitos fundamentais e os protege. Em sua definição, acaba por definir também quais as práticas permitidas e quais as exigidas do Estado. Na proteção, que ocorre especialmente por meio da função cassatória, o Tribunal Constitucional define quais as condições que devem ser implementadas pelo Estado para permitir efetivamente o exercício dos direitos fundamentais declarados.

Não se trata, aqui, de exigir o cumprimento de direitos fundamentais na concepção de liberdades públicas, nem de desenvolver sua interpretação ou integração, mas sim de exigir e impor a criação de condições fáticas favoráveis para o exercício do catálogo de direitos fundamentais declarado. Vislumbra-se, pois, nessas circunstâncias a presença de uma função tipicamente governativa, porque o Tribunal Constitucional acabará por determinar os âmbitos de atuação exigíveis do Estado.

Pode-se reconhecer, por fim, dentro desse contexto, a possibilidade de que o Tribunal Constitucional proceda a um controle da oportunidade (de um ato, de uma lei, de uma determinação normativa) em face das finalidades primárias consagradas na Constituição. Assim, embora a decisão se insira normalmente no quadro próprio do Executivo, este, em virtude das circunstâncias de fato nas quais operará a determinação, acaba por viciá-la (DUVERGER, 1948, p. 137).

9.4. Função governativa: consequências e limitações

Pode-se vislumbrar duas conseqüências do exercício, pelo Tribunal Constitucional, de funções próprias de governo. Primeiramente, assinala-se que o Tribunal Constitucional (i) desenvolve função governativa e (ii) está franqueado o acesso de qualquer interessado, então (iii) promove uma participação popular no poder por meio do acesso à Justiça Constitucional. Surge, nesse ponto, para o Tribunal Constitucional, um aspecto mais democrático (efetivamente democrático) do que geralmente admitido para

os demais “poderes”. Isso se manifesta, com maior intensidade, quando se constata que há uma função legislativa desempenhada pelo Tribunal Constitucional, para a qual a legitimação ativa permaneça a mesma legitimação geralmente admitida.

Em segundo lugar, poder-se-á sustentar, desde a premissa da função governativa, que o Tribunal Constitucional, quando existente, implicará a adoção de um sistema “misto” de governo, porque compartilhado o poder (de governo) entre órgãos que apresentam forma e natureza diferentes. O Tribunal Constitucional consubstanciará a parte não-eleita desse sistema, norteadas não por princípios políticos, mas por injunções jurídicas.

Em relação às suas limitações, como argumenta Cox (1976, p. 99), é inquestionável que o Tribunal atua no âmbito “político” (*rectius*: de governo), restando saber apenas em que grau pode fazê-lo. A atuação no âmbito funcional governativo, que pode implicar uma sorte de discricionariedade inevitável, não justifica o repasse ao Tribunal Constitucional da tarefa de dirigir o estado e as políticas legislativas.

Há, efetivamente, limites intransponíveis para o Tribunal Constitucional no exercício dessa categoria funcional específica: (i) não pode atuar de ofício; (ii) encontra-se circunscrito aos programas governativos constitucionalmente incorporados; (iii) deve respeitar, dentro da condicionante anterior, os âmbitos de atuação próprios dos demais “poderes”.

Mas, em virtude da especial posição que ocupa o Tribunal Constitucional no seio do Estado, ter-se-á, no tema aqui tratado, muito mais (como possibilidade) uma *self-restraint*.

10. Considerações finais

O estudo aqui realizado permite desenvolver a tese, extremamente sintética, de que a Justiça Constitucional se ocupa com a defesa (tutela) da Constituição, verdadeiro lu-

gar-comum na doutrina tradicional. Essa referência, apesar de sua generalidade, permite que se forme, de imediato, algumas idéias sobre o significado dessa tutela, mas também desencadeia uma série de equívocos e confusões teóricas. Daí a necessidade de seu esclarecimento, o que se realizou a partir da concepção de que as funções (fundamentais) representam esse detalhamento do núcleo central em torno do qual sempre se formou a idéia de Justiça Constitucional.

A verificação de que a Justiça Constitucional desenvolve tarefas para além do sempre referido e propagado controle da constitucionalidade das leis acaba promovendo certo impacto na (forma de) análise e aproximação de assuntos e preocupações também centrais à própria Justiça Constitucional. Assim é que os elementos do denominado processo constitucional objetivo e o tema, tão caro à teoria clássica, da legitimidade de um Tribunal Constitucional (envolvendo questões como o recrutamento de seus integrantes e o tempo máximo de exercício desse cargo) devem ser avaliados não apenas em função daquela tarefa de controle de leis, mas sim em contemplação a toda a gama de extensas funções exercidas (ou exercitáveis) pela instituição do Tribunal Constitucional, em consonância com a contemporânea teoria da Constituição.

O presente texto pretende contribuir para a ampliação dos horizontes da discussão nacional sobre os tribunais constitucionais (ou cortes supremas que exerçam também o papel de Justiça Constitucional), excessivamente centralizada no modelo “clássico”, que parece vislumbrar apenas o controle da constitucionalidade das leis, olvidando-se a discussão das demais funções essenciais da Justiça Constitucional, do fundamento e alcance de seu exercício.

Notas

¹ Por questões relacionadas à realidade brasileira, apenas o estudo da função “comunitarista”, ori-

ginalmente concebida e integrada nesta teoria (TAVARES, 2005), será deixada de lado neste ensaio.

² A função legislativa não pertence exclusivamente ao Parlamento, como na clássica teoria da separação dos poderes. Quando exercida pelo Tribunal Constitucional, embora apresentando a mesma denominação, distingue-se pelo motivo-finalidade e ganha conotação própria.

³ Não se deve confundir com atividade legislativa em sentido estrito, conceito aqui adotado para fins de identificação dessa categoria específica de função (adiante desenvolvida).

⁴ Os problemas de sua implementação no Brasil são discutidos em TAVARES (2005, p. 345-359).

⁵ No exercício da função de Corte de Cassação, o Tribunal Constitucional está habilitado a receber recursos contra violações de direitos constitucionais. A função cassatória de um Tribunal Constitucional justifica-se exatamente nesse ponto. Como anteriormente sublinhado, o Tribunal Constitucional não pode constituir-se em última corte de revisão de casos concretos. É necessário um elemento de conexão constitucional. Este surge precisamente com a tutela dos direitos fundamentais.

Referências

ACKERMAN, Bruce. The new separation of powers. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 113, n. 3, 2000.

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. Milano: Giuffrè, 1966. 1 v.

ANDRADE, J. C. Vieira de. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria. In: LEGITIMIDADE e legitimação da justiça constitucional: Colóquio no 10º do tribunal constitucional. Coimbra: Coimbra, 1995.

ANGIOLINI, Vittorio. Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi. In: _____. *Il contraddittorio nel giudizio sulle leggi: atti del seminario di Milano svoltosi il 16 e 17 maggio 1997*. Torino: G. Giappichelli, 1998. (Quaderni del Gruppo di Pisa).

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os acórdãos com força obrigatória geral do tribunal constitucional como fontes do direito. *Revista do Curso de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, Uberlândia, v. 16, n. 1-2, dez. 1987.

BLACK JR., Charles L. *The people and the court: judicial review in a democracy*. New York: The Macmillan Company, 1960.

BLUNTSCHLI, M. *Le droit public général*. Tradução de M. Armand de Riedmatten. 2. ed. Paris: Librairie

rie Guillaumin, 1885. (Économistes et Publicistes Contemporains).

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés; Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BUZOID, Alfredo. *Estudos de direito*. São Paulo: Saraiva, 1972. 1 v.

CANAS, Vitalino. Tribunal constitucional: órgão de estratégia legislativa?. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 27, n. 2, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, [2000].

_____. *Brançosos e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. Coimbra: Almedina, 2006.

CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial review in the contemporary world*. Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, 1971.

_____. *Juízes legisladores?*. Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1993.

_____. *La giurisdizione costituzionale delle libertà*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 1976.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del estado*. Tradução de José Lión Depetre. México: Facultad de Derecho; Unam: Fondo de Cultura Económica, 2001. (Sección de Obras de Política y Derecho).

CARRILLO, Marc. *La tutela de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1995.

_____. Prólogo. In: FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Tradução de Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994.

CATINELLA, Salvatore. *La corte suprema federale nel sistema costituzionale degli Stati Uniti d'America*. Padova: CEDAM, 1934.

CORRÊA, Oscar Dias. *A crise da constituição, a constituinte e o supremo tribunal federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

COX, Archibald. *The role of the supreme court in american government*. Oxford: Oxford University, 1976.

DIÁRIO DA JUSTIÇA, Brasília, 20 mar. 1990.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

DUVERGER, Maurice. *Manuel de droit constitutionnel et de science politique*. 5. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1948.

EISENMANN, Charles. *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'Autriche*. Paris: Economica, 1986. (Collection Droit Public Positif, dirigée par Louis Favoreu).

ELY, Jonh Hart. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University, 1998.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução de Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

FARIAS, Paulo José Leite. A dimensão comunicativa da suprema corte. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 3, n. 131, jul./set. 1996.

FAVOREU, Louis. *Los tribunales constitucionales*. Tradução de Vicente Villacampa. Barcelona: Ariel, 1994.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição*. São Paulo: M. Limonad, 1986. (Jurídica Max Limonad, n. 1).

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 198, out./dez. 1994.

_____. O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (leis nº 9.868, de 10 de novembro, e nº 9.992, de 3 de dezembro de 1999). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 220, abr./jun. 2000.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1983.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: IBDC/CB, 2000.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.

JACKSON, Robert H. *The supreme court in the american system of government*. Cambridge: Harvard University, 1955.

- JELLINEK, Georg. *Reforma y mutación de la constitución*. Tradução de Christian Förster. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (Clássicos Políticos).
- JOACHIM FRIEDRICH, Carl. *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática: en Europa y America*. Tradução de Vicente Herrero. México: Fondo de Cultura Económica, 1946.
- JOBIM, Nelson; MENDES, Gilmar Ferreira. A reforma do judiciário: o Supremo Tribunal Federal na revisão constitucional de 1994: parte II. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 202, out./dez. 1995.
- KELSEN, Hans. La garantie jurisdictionnelle de la constitution: la justice constitutionnelle. *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, abr./jun. 1928.
- _____. *La giustizia costituzionale: a cura di Carmelo Geraci: premesse di Antonio la Pergola*. Milano: Giuffrè, 1981. (Civiltà del Diritto, 41).
- LIJPHART, Arend. *Las democracias contemporáneas: un estudio comparativo*. Tradução de Elena de Grau. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1991.
- LIMBACH, Jutta. Papel y poder del tribunal constitucional. *Teoría y realidad constitucional*, Madrid, n. 4, 2. sem. 1999.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução: Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1970.
- MARQUES, José Frederico. *Observações e apontamentos sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal*. 1961. 90 f. Dissertação (livre-docente de direito constitucional) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1961.
- McBAIN, Howard Lee. *The living constitution: a consideration of the realities and legends of our fundamental law*. New York: The MacMillan Company, 1948.
- MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1988. 2 t.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. *Estudos de direito público*. Coimbra: Coimbra, 2001.
- MURPHY, Walter F. *Congress and the court: a case study in the american political process*. 5. ed. Chicago: The University of Chicago, 1975.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.
- PADOVER, Saul K. *A constituição viva dos Estados Unidos*. Tradução de A. Della Nina. São Paulo: Ibrasa, 1964. (Clássicos da Democracia, 28).
- PANUNZIO, Sergio P. *I regolamenti della corte costituzionale*. Padova: Cedam, 1970. (Pubblicazioni dell'istituto di Diritto Pubblico della Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Roma, v. 18).
- PÉREZ GORDO, Alfonso. *El tribunal constitucional y sus funciones*. Barcelona: Bosch, 1983.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1997.
- PEREZ ROYO, Javier. *Las fuentes del derecho*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1998. (Temas Clave de la Constitución Española).
- PÉREZ TREMPES, Pablo. *Tribunal constitucional y poder judicial*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985. (Colección Estudios Constitucionales).
- PINTO ACEVEDO, Mynor. La competencia y la corte de constitucionalidad: documentação e direito comparado. *Boletim do Ministério da Justiça*, Lisboa, n. 71-72, 1997.
- PORRAS NADALES, Antonio J. Conflictos entre órganos constitucionales del estado y principio de división de poderes. *Revista de Estudios Políticos Nueva Epoca*, Madrid, n. 52, jul./ago. 1986.
- QUEIROZ, Cristina M. *Os actos politicos no estado de direito: o problema do controle jurídico do poder*. Coimbra: Almedina, 1990.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *O controle concentrado de constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas*. São Paulo: IBDC, 2000.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991. (Coleção Jurídica).
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte de Warren (1953-1969): revolução constitucional*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.
- RUGGERI, Antonio. *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*. Milano: Giuffrè, 1977. (Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche, Economiche, Politiche e Sociali della Università di Messina, n. 103).
- SÁENZ ELIZONDO, Maria Antonieta. Algunas reflexiones sobre la naturaleza, función y significado de la jurisdicción constitucional. *Revista de Ciencias Jurídicas*, San Jose, n. 70, 1991.
- SCHMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928.

SCHWARTZ, Bernard. *Direito constitucional americano*. Tradução de Carlos Nayfeld. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SMEND, Rudolf. *Constitución y derecho constitucional*. Tradução de José María Beneyto Pérez. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1985.

TAVARES, André Ramos. *Teoria da justiça constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: IBDC, 1998.

TRIBE, Laurence H. *American constitutional law*. 3. ed. New York: The Foundation, 2000. 1 v.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O Supremo Tribunal Federal, corte constitucional: uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da constituição. *Direito Público*, São Paulo, v. 93, n. 4, 1993.

VIOLA, F.; ZACCARIA, G. *Diritto e interpretazione*: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto. Roma: Laterza, 2001. (Manuali Laterza, 125).

WAHL, Rainer; WIELAND, Joachim. La jurisdicción constitucional como bien escaso. *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, a. 17, n. 51, set./dez. 1997.

Declaração parcial de inconstitucionalidade formal e seus limites: veto judicial?

Juliano Taveira Bernardes

Em matéria de controle abstrato de constitucionalidade, já se registram vários precedentes do STF em que, embora reconhecidos vícios no processo legislativo, a declaração de inconstitucionalidade atinge somente parte do diploma promulgado. O presente ensaio, sem maiores pretensões, visa apenas a esclarecer se essa declaração parcial de inconstitucionalidade pode ser aceita dogmaticamente, e, em caso positivo, quais são os limites dela.

O estudo remete ao problema da chamada *inconstitucionalidade formal*, expressão a designar a relação de incompatibilidade do ato normativo fiscalizado em face dos limites constitucionais atinentes ao processo mediante o qual se o elabora. Lei formalmente inconstitucional é a aprovada em processo legislativo defeituoso sob o ponto de vista das normas constitucionais que o regulam. Esse tipo de defeito se contrapõe à *inconstitucionalidade material*, que se caracteriza sempre que a desconformidade constitucional decorra da análise da substância do ato normativo questionado. Assim, lei materialmente inconstitucional é a que possui conteúdo incompatível com o sistema constitucional utilizado como respectivo parâmetro de validade.

No que interessa ao presente ensaio, a inconstitucionalidade formal pode dar-se: (a) pelo descumprimento de norma constitucional sobre o processo legislativo próprio e adequado à espécie; (b) pela desobediência a circunstância impeditiva de atuação

Juliano Taveira Bernardes é Juiz Federal, Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás e Mestre em “Direito e Estado” pela Universidade de Brasília.

do órgão legislativo, como no caso de emenda constitucional aprovada durante o estado de sítio (CF, art. 60, § 1º)¹. De sua vez, a inconstitucionalidade formal pelo descumprimento de norma constitucional sobre o processo legislativo próprio e adequado ocorre em três situações: (a.1) quando são desobedecidas normas constitucionais relativas à competência para iniciar o processo legislativo; (a.2) pela contrariedade a normas constitucionais concernentes à competência para elaborar o ato normativo, hipótese também chamada por parte da doutrina como *inconstitucionalidade orgânica*; ou (a.3) pelo desacato a normas constitucionais referentes às formalidades ou à tramitação do processo legislativo no órgão competente (Cf. ROCHA, 1991, p. 107-109).

Nas hipóteses (b) e (a.2), é indivisível o defeito que gera a inconstitucionalidade. Daí, como todos os dispositivos² da proposta aprovada estão contaminados, a declaração de invalidade abrange integralmente o diploma normativo.

Contudo, isso não ocorre necessariamente quanto às situações (a.1) e (a.3), casos em que se pode reconhecer a inconstitucionalidade de apenas parte do texto aprovado. Para ilustrar, na situação (a.1), se o ato normativo viola regras constitucionais de iniciativa legislativa especial (reservada ou vinculada), mesmo com a superação do raciocínio da Súmula 5 do STF³, o vício pode resumir-se aos dispositivos originários da emenda parlamentar indevidamente apresentada à proposta do órgão titular da iniciativa (BRASIL, 2005b).

E também na situação (a.3) é cabível adstringir a inconstitucionalidade aos dispositivos aprovados em desacato à norma constitucional referente às formalidades ou à tramitação do processo legislativo, sem afetar o restante do diploma promulgado. Por exemplo, se a lei ordinária invade campo temático de lei complementar, são inconstitucionais exclusivamente os dispositivos invasores⁴. No mesmo sentido, ao julgar a ADInMC 2.031/DF (BRASIL, [200-?]a) e a

ADIn 2.031/DF (BRASIL, [200-?]b), o STF reconheceu que o Senado Federal aprovara emenda substancial à proposta vinda da Câmara dos Deputados, porém não enviou o novo texto do projeto à Casa de origem. Por isso, a Corte declarou a inconstitucionalidade parcial da Emenda Constitucional 21, de 18/03/99, somente quanto ao § 3º do art. 75 incluído no ADCT, mas reputou válidos os demais dispositivos da EC 21/99, pois devidamente aprovados pelas duas Casas.

Entretanto, mesmo nessas situações (a.1) e (a.3), é indevida a correção de vícios formais pela declaração de inconstitucionalidade só de partes do dispositivo defeituoso, ainda que constitucional todo o restante do diploma normativo a que ele pertencer.

Essa orientação, contudo, não foi aplicada pelo STF no julgamento da ADInMC 3.472/DF (BRASIL, 2005a), razão pela qual esse precedente se torna paradigmático para ilustrar a tese defendida neste estudo.

Cuidava-se de julgamento de medida cautelar formulada em ação direta de inconstitucionalidade a discutir o processo de formação da Emenda Constitucional 45, de 08/12/2004, cujo § 1º do art. 5º fora promulgado com a seguinte redação:

“Art. 5º O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação ou escolha dos seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final.

§ 1º Não efetuadas as indicações e escolha dos nomes para os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público dentro do prazo fixado no *caput* deste artigo, caberá, respectivamente, ao Supremo Tribunal Federal e ao Ministério Público da União realizá-las.”

O pedido era para suspender liminarmente as expressões “e do Ministério Público”, “respectivamente” e “e ao Ministério

Público da União”, porque o Senado Federal teria promovido emendas substanciais no dispositivo questionado sem o submeter à reapreciação da Câmara dos Deputados.

A proposta enviada pela Câmara ao Senado, e que não retornara à Casa iniciadora, continha este teor:

“Art. 42. O Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público serão instalados no prazo de cento e oitenta dias a contar da promulgação desta Emenda, devendo a indicação e escolha de seus membros ser efetuada até trinta dias antes do termo final. § 1º Não efetuadas as indicações e escolha dos nomes para os Conselhos Nacional de Justiça e do Ministério Público dentro do prazo fixado no *caput* deste artigo, caberá ao Supremo Tribunal Federal realizá-las.”

Logo, pela simples comparação do texto final com o texto vindo da Câmara, houve mesmo falha no processo legislativo da EC 45/2004. Segundo constou do voto do Ministro-Relator:

“A norma de competência assim concebida desdobra-se em três elementos de identificação: (1) a hipótese normativa de sua incidência: omissão de indicações ou escolhas no prazo assinado; (2) o objeto da competência atribuída: suprir a omissão verificada; e (3) o sujeito a quem atribuída essa competência supletiva.

Os dois primeiros elementos mantiveram-se incólumes à revisão do Senado. No terceiro, porém, relativamente ao Conselho Nacional do Ministério Público, a mesma competência que a Câmara aprovara outorgar ao Supremo Tribunal Federal é transferida, pela emenda votada solitariamente pelo Senado, ao Ministério Público da União.”

Contudo, o deferimento da medida cautelar consagrou uma *terceira* regra, que não fora nem a deliberada pela Câmara, tampou-

co a aprovada pelo Senado: o dispositivo procedente da Câmara permitia que o STF suprisse a omissão em indicar ou escolher nomes para o Conselho do Ministério Público; a regra aprovada pelo Senado transferiu essa prerrogativa ao “Ministério Público da União”; mas a norma criada pela decisão do STF, simplesmente, eliminou tal faculdade.

Ou seja, nenhuma das Casas congressuais deliberou no sentido de deixar vácuo de competência. Esse vácuo só surgiu com a norma a que passou a corresponder o dispositivo após a suspensão da eficácia das expressões “e do Ministério Público”, “respectivamente” e “e ao Ministério Público da União”. Ademais, o STF expurgou a primeira das expressões (“e do Ministério Público”), que tinha sido regularmente aprovada tanto pela Câmara quanto pelo Senado.

Certo, esse mesmo efeito de estabelecer uma regra diversa da legislada é freqüentemente registrado quando se empreende controle abstrato de inconstitucionalidades materiais. Sempre que suspende expressões lingüísticas contidas na disposição impugnada por causa de defeitos substanciais, o tribunal permite surgir norma diversa da instituída pelo órgão legislativo⁵.

Mas a diferença ontológica entre os dois casos é enorme.

Quando aprova lei em procedimento que desrespeita limites formais previstos na Constituição, o legislador acaba por “violiar” norma constitucional, mas essa violação ocorre de modo muito diferente do que se o legislador aprovasse lei cujo conteúdo fosse inconstitucional.

Neste último caso, a inconstitucionalidade (material) é reparada simplesmente dando-se prevalência à norma constitucional “violada”. Como há antinomia entre duas normas (uma inferior vs. outra superior), resolve-se a inconstitucionalidade pela mera prevalência da superior. Daí ser possível eliminar o vício somente pelo expurgo das expressões lingüísticas que põem a norma inferior em antinomia com a superior.

No primeiro caso (de inconstitucionalidade formal), por sua vez, inexistente propriamente antinomia entre a Constituição e a norma legal. A violação não decorre em si da norma legislada (norma-produto), mas dos atos ligados à formação dela. Logo, é descabido aproveitar partes do dispositivo irregularmente aprovado, pois o conserto do que de válido restasse dele não se obtém com o simples reconhecimento da superioridade da norma constitucional violada. Seria necessário que o órgão controlador pudesse voltar no tempo e retificasse o procedimento que violou a norma paramétrica utilizada na fiscalização do processo legislativo.

No controle da inconstitucionalidade material, o objeto recai sobre o mesmo dispositivo aprovado em processo legislativo regular. Não há dúvidas quanto à origem da norma legislada (a norma existe), embora nela se reconheça defeito de conteúdo que lhe prejudica a validade (a norma é inválida). Ao contrário, quando o tribunal reputa formalmente inconstitucional algum dispositivo, porém opta por suspender apenas expressões dele, para tentar salvar o restante do preceito, a corte termina por se transformar numa instância corretora do próprio processo legislativo.

Em outras palavras, a declaração de inconstitucionalidade formal cujo objeto incide sobre partes do texto de um dispositivo legal implica invadir competências legislativas por meio da reflexa “aprovação” de proposta diversa da aprovada pelo órgão competente. Para evitar a declaração de invalidade de todo o dispositivo, o tribunal institui uma nova norma que tecnicamente pode ser considerada inexistente (pelo menos do ponto de vista a conceituar a existência como resultado positivo da operação de retroagir o ato até se chegar ao órgão competente para editá-lo)⁶. Trata-se de uma intempestiva espécie de “emenda parlamentar” feita por órgão judicial, que substitui o legislador no próprio trabalho de “produção” do dispositivo. Daí a inviabilidade te-

órica da declaração de inconstitucionalidade parcial em casos tais.

Antes de prosseguir, outro importante aspecto da inconstitucionalidade parcial. Quanto ao objeto, a inconstitucionalidade parcial pode ser entendida (Cf. MORAIS, 2002, p. 179-180): (1) num *sentido amplo*, em que o caráter parcial da inconstitucionalidade é aferido em face da totalidade de um mesmo diploma normativo⁷; ou (2) num *sentido restrito*, no qual a índole parcial da inconstitucionalidade é contrastada em função da totalidade de um único dispositivo que possa ser decomposto em mais de uma norma. Neste último caso, a inconstitucionalidade parcial divide-se ainda em: (2.a) *horizontal*, se a declaração de inconstitucionalidade gera efeito ablativo de expressões lingüísticas contidas no texto do dispositivo impugnado, com o aproveitamento do restante do texto na extração de norma(s) válida(s); ou (2.b) *vertical* (ou qualitativa), hipótese em que a declaração de inconstitucionalidade, sem afetar ou reduzir o texto do dispositivo, repercute sobre alguma(s) interpretação(ões) que dele se extrai(em), tal como ocorre na declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto.

Então, somadas essas últimas observações com as que foram ditas antes, afigura-se claro que as argumentações deste estudo estavam a se referir somente à inconstitucionalidade parcial do tipo “horizontal”. Daí, cabe perguntar se, em matéria de vícios formais, deve-se também reputar indevida a declaração da inconstitucionalidade parcial “vertical”.

A resposta é positiva: se a inconstitucionalidade formal não leva em consideração o conteúdo do preceito, o vício a que ela se refere reside somente no próprio trabalho de elaboração textual das propostas legislativas, e não nas interpretações que destas podem ser extraídas. Logo, o que se pode corrigir mediante a declaração de inconstitucionalidade parcial do tipo “vertical” são exclusivamente desconformidades substanciais (inconstitucionalidades materiais). Por

isso mesmo, o STF vem considerando meras irregularidades, e não inconstitucionalidades, as alterações de texto em projetos legislativos promovidas pela Casa revisora, mesmo sem a aprovação da Casa de origem, quando tais alterações não impliquem modificação substancial na proposta original⁸.

Para concluir, em razão da independência das funções estatais, o controle judicial abstrato da constitucionalidade formal não pode alterar o sentido (*i.e.*, a norma) decorrente do dispositivo atingido pela falha no processo legislativo. A declaração de inconstitucionalidade não deve poupar expressões lingüísticas ou interpretações obtidas do dispositivo impugnado. Pelas mesmas razões que o veto presidencial, deverá abranger “texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea” (§ 2º do art. 66 da CF/88).

Notas

¹ Parte da doutrina menciona, ainda, a inconstitucionalidade formal por intempestividade da elaboração legislativa, como no caso de lei aprovada fora do prazo de aprovação fixado na Constituição (Cf. ROCHA, 1991, p. 109-110). Certamente se trata de um vício do processo legislativo, mais exatamente de uma hipótese de inconstitucionalidade por omissão que se manifesta durante o atraso em se aprovar o ato. Porém, uma vez produzido, o problema da demora não contamina o ato normativo. Ele é válido para todos os efeitos, razão pela qual não parece ter utilidade prática esse outro tipo de inconstitucionalidade formal, não pelo menos para o presente ensaio.

² Neste texto, a expressão “dispositivos” está empregada de acordo com o que dispõe o parágrafo único incluído no art. 12 da LC 95, de 26/02/98, pela LC 107, de 26/04/2001. Refere-se, portanto, a artigos, parágrafos, incisos, alíneas ou itens empregados na formulação legislativa.

³ Dizia o texto da súmula revogada pelo STF no julgamento da Representação 890/GB (BRASIL, [200-?]:c): “A sanção do projeto supre a falta de iniciativa do poder.”

⁴ A menos que o órgão legislativo não seja em princípio o competente para editar ambas as leis mencionadas, como no caso a envolver lei ordinária estadual e lei complementar federal, hipótese em que se exteriorizaria a situação (a.2), *i.e.*, uma in-

constitucionalidade orgânica. Da mesma forma, não haverá inconstitucionalidade se a norma invasora limitar-se a reproduzir norma idêntica baixada pelo órgão competente (nesse último sentido, cf. Acórdão 212/86 do Tribunal Constitucional português).

⁵ Aqui, “disposição” difere-se de sentido que se está empregando à palavra “dispositivo”. Significa cada enunciado lingüístico pertencente a uma fonte de direito. A seu turno, “norma” é o conteúdo de sentido resultante da interpretação da disposição. Logo, do ponto de vista interpretativo, as disposições formam o objeto, e as normas o resultado da interpretação. Sobre as diferenças entre “disposição” e “norma”, por todos, Cf. GUASTINI, 1998, p. 16 et. seq.

⁶ Segundo Marcelo Neves (1998, p. 43), “pertencem ao sistema jurídico todas as normas que possam retrotrair imediata ou mediadamente ao núcleo normativo que estabelece os órgãos e/ou fatos básicos da produção jurídica.”. O ilustre autor também agrega ao conceito de pertinência (existência) a circunstância de a norma não ainda haver sido revogada ou expulsa por invalidez. Todavia, parece que a circunstância de ter sido expulsa por tal motivo não tem a ver com a existência em si da norma. A expulsão por decorrência da invalidez está relacionada com os efeitos depreciativos que incidem em face dos atos inválidos, o que parece conduzir à idéia de subtração da respectiva *eficácia*. De outro lado, a revogação liga-se à *vigência* da norma. Tanto é que uma norma revogada pode remanescer eficaz (ultra-atividade), caso típico do direito adquirido. Cf. NORONHA, 1998, p. 91-110.

⁷ Exemplo: a inconstitucionalidade a atingir somente alguns dos dispositivos integrantes de certo diploma que possui outros dispositivos não defeituosos.

⁸ Nesse sentido, por todos, Cf. o julgamento da ADC 3/DF, rel. Min. Nelson Jobim, BRASIL, 2003, p. 43.

Referência

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3. Relator: Min. Nelson Jobim. Distrito Federal, [200-?]. *Diário da Justiça da União*, Brasília, p. 45, 9 maio 2003.

_____. Superior Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.031. Relator: Min. Octávio Gallotti. Distrito Federal, [200-?]. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 182, p. 3, [200-?]a.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.031. Relator: Min. Ellen Gracie. Distrito Federal, [200-?]. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 188, p. 1, [200-?]b.

_____. _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.472 Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Distrito Federal, [200-?]. *Informativo STF*, n. 392, 2005a.

_____. _____. Representação Pública n. 890/GB. Relator: Min. Oswaldo Trigueiro. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, Brasília, v. 69, p. 625, [200-?]c.

_____. _____. Súmula n. 5. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 8 abr. 2005b.

GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça constitucional: garantia da constituição e controle da constitucionalidade*. Coimbra: Coimbra, 2002. 1 t.

NEVES, Marcelo. *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. São Paulo: Saraiva, 1988.

NORONHA, Fernando. Retroatividade, eficácia imediata e pós-atividade das leis: sua caracterização correta, como indispensável para solução dos problemas de Direito intertemporal. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 23, abr./jun.1998.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Constituição e constitucionalidade*. Belo Horizonte: Lê, 1991.

Restrição a direitos fundamentais

A questão da interceptação de *e-mail* e a reserva de jurisdição

Américo Bedê Freire Júnior

Sumário

1. Introdução. 2. Os direitos fundamentais e suas restrições. 3. A interceptação de *e-mail* sem observância da reserva de jurisdição. 4. A interceptação de *e-mail* por ordem judicial. 5. Conclusões.

1. Introdução

No atual estágio do direito constitucional, é incontroversa a posição altaneira dos direitos fundamentais, bem como a necessidade de sua efetivação. Todavia, deve-se reconhecer limites à teoria geral dos direitos fundamentais e buscar um equilíbrio na materialização desses direitos.

De plano, as posições extremadas não devem ser adotadas. Sobre o tema, Paulo Cunha (2000, p. 44) pondera com precisão:

“julgamos que há duas formas ainda de os não levar a sério: pelo maximalismo e pelo minimalismo.

Os maximalistas não levam a sério os direitos fundamentais porque, ao pretenderem que a tudo se aplicam, ao tudo com eles prometerem, afinal os banalizam e os tornam irremediavelmente inoperantes. A má moeda expulsa a boa, e os inexistentes e quiméricos direitos fundamentais acabam por minar a credibilidade dos direitos fundamentais efectivos e praticáveis.

De modo simétrico, os minimalistas não levam a sério os direitos fun-

Américo Bedê Freire Júnior é Juiz Federal Substituto em Vitória-ES, Mestre em Direitos Fundamentais-FDV e Professor da Graduação e Pós graduação da FDV.

damentais, porque, de tanto criticarem a real impraticabilidade ou utopia de certos direitos, acabam por contaminar também de invencível cepticismo todos os direitos. Incapazes de aceitar senão uma malha muito tênue de protecção, não vêem que é preciso renovar as defesas, sob pena de a trans-lúcida teia tudo deixar passar...”

É preciso buscar a efetividade dos direitos fundamentais, fazendo com que o povo possa sentir em seu cotidiano o avanço teórico pulverizado nas diversas contribuições sobre o tema em análise.

Frise-se que o objetivo deste breve texto é analisar a extensão da protecção ao direito à intimidade no que tange à interceptação¹ de *e-mails*.

Inicialmente, será exposta uma breve contextualização do tema de restrição a direitos fundamentais e, em seguida, será tratada a questão da interceptação de *e-mail* profissional e da interceptação de *e-mail* pessoal.

2. Os direitos fundamentais e suas restrições

Tema envolto de polémica, a noção de restrição aos direitos fundamentais comporta, na doutrina comparada e nacional, uma dupla situação.

Os defensores da chamada teoria externa, que será utilizada no presente texto², afirmam a possibilidade de existirem dois momentos lógicos distintos, a saber, o momento da fixação do direito e da criação de restrições, constitucionais ou legais, a esses direitos. A outra teoria, conhecida como teoria interna dos direitos fundamentais, sustenta, em síntese, que as restrições a direitos fundamentais não são na verdade restrições, mas sim limites que configuram o próprio direito³.

Reconhecida a possibilidade de existirem restrições⁴ aos direitos fundamentais, é de se fixar que a questão relativa à interceptação de *e-mail* deve ser analisada sob o enfoque do direito à privacidade e não do al-

cance do inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal⁵, até porque, salvo a aceitação de mutação constitucional (Cf. FERRAZ), o dispositivo constitucional previsto no inciso XII do artigo 5º em nenhum momento teve por objetivo regular a interceptação de *e-mails*. Logo, inviável a adoção de parâmetros constitucionais fixados para situações diversas para a resolução do problema em testilha.

Também não há que se falar, no Brasil, em um direito fundamental à protecção em face do uso da informática. Na Espanha, diversamente, Juan Ubillos (1997, p. 776) leciona:

“El art 18 de la Constitución dice, en su cuarto apartado, que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. El precepto que tiene como único precedente lo dispuesto en el art 35 de la Constitución portuguesa, remite al legislador la regulación de esta materia, lo que no es óbice para que la doctrina deduzca del mismo el reconocimiento de un derecho fundamental a la autodeterminación informativa”.

De fato, a questão da interceptação de *e-mails* deve ser vista sob o prisma do direito à intimidade.

O conceito de intimidade não é uníssono⁶, inclusive diversos autores diferenciam a intimidade do direito à vida privada, porém essa distinção não será relevante para nosso trabalho.

Ada Pellegrini Grinover (apud VALENTINO, 2003) pontifica:

“(…) como o poder legalmente reconhecido a um sujeito (individual ou coletivo) de autonomamente determinar o limite entre os quais um outro sujeito pode: a) obter ou usar idéias, escritos, nomes, retrato ou outros elementos próprios da individualidade do próprio sujeito; b) obter informações que lhe digam respeito ou que impliquem em fatos de que ele possa

ser responsável; c) penetrar fisicamente, ou através de meios escusos, na esfera estritamente pessoal de seus interesses e atividades”.

Uadi Bulos (2000, p. 104) afirma que “a Intimidade é o modo de ser do indivíduo, que consiste na exclusão do conhecimento alheio de tudo quanto se refere ao mesmo indivíduo (Adriano de Cupis). Revela a esfera secreta da pessoa física, sua reserva de vida, mantendo forte ligação com a inviolabilidade de domicílio, com o sigilo de correspondência e com o segredo profissional”.

Essa esfera de proteção do indivíduo, no entanto, não pode ser absoluta, podendo sofrer restrições, seja com a intervenção do Poder Judiciário, seja, até mesmo, com a discussão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais.

Nenhum direito fundamental é absoluto, como lembra Isaiah Berlin (apud NOVais, 1996, p. 288) “nenhum homem é livre de fazer o mal; impedi-lo é libertá-lo”. Deveras os direitos fundamentais não podem servir de escudo para a prática de crimes ou de atos ilegais ou mesmo imorais, constata-se claramente a necessidade de restrições aos direitos fundamentais.

Admitida a possibilidade de se restringir a intimidade, devemos discutir a possibilidade de interceptação de *e-mails* sem ordem judicial, para depois examinarmos a interceptação mediante ordem judicial.

3. A interceptação de e-mail sem observância da reserva de jurisdição

A questão, nesse momento, é discutir se o particular pode, independentemente de ordem judicial, interceptar o conteúdo de *e-mail*. Trata-se de mais um aspecto prático da chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁷.

Pode-se primeiramente discutir o monitoramento eletrônico dos empregados de uma empresa⁸.

Numa primeira posição, pode-se citar o posicionamento de Renato Opice Blum e Juliana Canha (apud Paiva, 2002):

“No Brasil, a legislação, em tese, proíbe o monitoramento de correios eletrônicos, excetuando-se os casos de prévia ciência do empregado e de ordem judicial. Dessa forma, as empresas brasileiras que quiserem interceptar comunicações terão de se precaver por meio de políticas internas e elaboração de contratos com os empregados, comunicando-os, previamente, que serão monitorados”.

Particularmente, entendo que, independentemente de ordem judicial ou prévia ciência do empregado, é possível que a empresa efetue o controle do *e-mail* profissional. Com efeito, não há que se falar em proteção à intimidade, na hipótese em que o empregado está utilizando o *e-mail* da empresa, uma vez que não se trata de um instrumento concebido para a veiculação de assuntos privados.

Sobre o tema, vale a pena transcrever a ementa de recente decisão do TST⁹, que com propriedade pontificou:

“NÚMERO ÚNICO PROC: RR - 613/2000-013-10-00
PUBLICAÇÃO: DJ - 10/06/2005
PROC. Nº TST-RR-613/2000-013-10-00.7
ACÓRDÃO
1ª Turma
JOD/rla/jc
PROVA ILÍCITA. “E-MAIL” CORPORATIVO. JUSTA CAUSA. DIVULGAÇÃO DE MATERIAL PORNOGRÁFICO.

1. Os sacrossantos direitos do cidadão à privacidade e ao sigilo de correspondência, constitucionalmente assegurados, concernem à comunicação estritamente pessoal, ainda que virtual (*e-mail* particular). Assim, apenas o *e-mail* pessoal ou particular do empregado, socorrendo-se de provedor próprio, desfruta da

proteção constitucional e legal de inviolabilidade.

2. Solução diversa impõe-se em se tratando do chamado *e-mail* corporativo, instrumento de comunicação virtual mediante o qual o empregado louva-se de terminal de computador e de provedor da empresa, bem assim do próprio endereço eletrônico que lhe é disponibilizado igualmente pela empresa. Destina-se este a que nele trafeguem mensagens de cunho estritamente profissional. Em princípio, é de uso corporativo, salvo consentimento do empregador. Ostenta, pois, natureza jurídica equivalente à de uma ferramenta de trabalho proporcionada pelo empregador ao empregado para a consecução do serviço.

3. A estreita e cada vez mais intensa vinculação que passou a existir, de uns tempos a esta parte, entre Internet e/ou correspondência eletrônica e justa causa e/ou crime exige muita parcimônia dos órgãos jurisdicionais na qualificação da ilicitude da prova referente ao desvio de finalidade na utilização dessa tecnologia, tomando-se em conta, inclusive, o princípio da proporcionalidade e, pois, os diversos valores jurídicos tutelados pela lei e pela Constituição Federal. A experiência subministrada ao magistrado pela observação do que ordinariamente acontece revela que, notadamente o *e-mail* corporativo, não raro sofre acentuado desvio de finalidade, mediante a utilização abusiva ou ilegal, de que é exemplo o envio de fotos pornográficas. Constitui, assim, em última análise, expediente pelo qual o empregado pode provocar expressivo prejuízo ao empregador.

4. Se se cuida de *e-mail* corporativo, declaradamente destinado somente para assuntos e matérias afetas ao serviço, o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do direito de pro-

priedade do empregador sobre o computador capaz de acessar à INTERNET e sobre o próprio provedor. Instar presente também a responsabilidade do empregador, perante terceiros, pelos atos de seus empregados em serviço (Código Civil, art. 932, inc.III), bem como que está em xeque o direito à imagem do empregador, igualmente merecedor de tutela constitucional. Sobretudo, imperativo considerar que o empregado, ao receber uma caixa de *e-mail* de seu empregador para uso corporativo, mediante ciência prévia de que nele somente podem transitar mensagens profissionais, não tem razoável expectativa de privacidade quanto a esta, como se vem entendendo no Direito Comparado (EUA e Reino Unido).

5. Pode o empregador monitorar e rastrear a atividade do empregado no ambiente de trabalho, em *e-mail* corporativo, isto é, checar suas mensagens, tanto do ponto de vista formal quanto sob o ângulo material ou de conteúdo. Não é ilícita a prova assim obtida, visando a demonstrar justa causa para a despedida decorrente do envio de material pornográfico a colega de trabalho. Inexistência de afronta ao art. 5º, incisos X, XII e LVI, da Constituição Federal.

6. Agravo de Instrumento do Reclamante a que se nega provimento.”

Parece-me irretocável o raciocínio, segundo o qual há plena possibilidade de fiscalização de *e-mail* corporativo. Ademais, pode-se fundamentar esse controle também na teoria do abuso de direito (Cf, SOUZA, 2005), pois, ao utilizar o *e-mail* para fins diversos do trabalho, o empregado abusa de seu direito. Pouco importa, para tal fim, que o empregado esteja no ambiente do trabalho ou no horário do trabalho, uma vez que se trata de um instrumento vinculado à atividade laboral.

Tratamento diverso deve ser dado ao *e-mail* particular. Nessa hipótese, à primeira

vista, estamos diante de nítida manifestação da intimidade¹⁰, devendo ser reconhecida a incidência desse direito fundamental em face dos particulares.

Ubillos(1997, p. 777) assevera de modo geral:

“En cualquier caso, parece claro que este limite no se impone solo a los organismos públicos. Si el constituyente hubiese querido restringir el campo de aplicación de esta garantía, lo habría indicado expresamente. Pero no había entonces, ni hay ahora razón alguna para excluir su eficacia frente a los operadores privados. Es evidente que el uso indebido de la informática constituye una grave amenaza para las libertades (resulta ya tópico aludir al peligro de contaminación de las libertades en las sociedades tecnológicamente avanzadas) con independencia de la naturaleza pública privada de quien almacena o maneja los datos”.

Não pode haver, então, como regra, a interceptação por particulares de *e-mail* pessoal sem a observância da reserva de jurisdição.

Questão diversa verifica-se quando o titular do direito à intimidade a ele renuncia. Nesse particular, Roxana Borges (2005, p. 106) pontua que:

“Embora esteja prevista, em sede constitucional, a proteção à intimidade da pessoa, pode um sujeito dispor, relativamente, de sua intimidade. Nos dias de hoje isso acontece com frequência crescente, e a disponibilidade tem ocorrido não apenas no que tange à permissão de acesso à intimidade como também à autorização para divulgação da intimidade das pessoas”.

Exemplos de renúncia à intimidade ocorrem quando o usuário da *internet* utiliza as chamadas salas de bate-papo¹¹, ou quando o *e-mail* é direcionado para determinadas comunidades, ou mesmo na utilização do *site* de relacionamentos denominado *Orkut*.

Trata-se de hipóteses restritas em que é possível a interceptação sem ordem judicial.

4. A interceptação de e-mail por ordem judicial

Não existindo previsão constitucional expressa que proteja o *e-mail* da interceptação judicial e sendo a regra a possibilidade de utilização de todos os meios de prova a fim de comprovar a existência, ou não, de determinado fato¹², não há óbice para que o juiz determine a interceptação de *e-mail*.

É interessante ressaltar que essa determinação não é exclusiva para fins penais, sendo viável inclusive em processo civil (por exemplo, em ação de divórcio fundada em infidelidade¹³; ação de investigação de paternidade; atos de improbidade administrativa e quejandos) ser determinada a interceptação de *e-mail*.

Obviamente, a decisão judicial deve ser fundamentada e o contraditório diferido para momento posterior à produção da prova, devendo o magistrado – à luz de cada caso concreto e com a observância das técnicas de ponderação – aquilatar a conveniência, oportunidade e compatibilidade de restrição do direito fundamental.

Sabe-se que hoje existe relativo consenso de que a proporcionalidade deve ser analisada a partir de seus três elementos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

No caso da interceptação de *e-mails*, a adequação consiste na própria possibilidade de o fato que se pretende provar ser transmitido por *e-mail*. Por exemplo: não se pode imaginar uma interceptação de *e-mail* a fim de justificar a identidade de alguém.

O requisito da ponderação consiste em verificar se é possível provar o fato de outro modo, já que, se não for o único meio de prova hábil, não se justifica a intervenção judicial na esfera da intimidade.

Por fim, não se pode banalizar a interceptação de *e-mails*, de modo que apenas em

situações de maior gravidade o magistrado deve autorizá-la.

5. Conclusões

A humanidade ainda caminha no sonho de materialização dos direitos fundamentais. Contudo, insta reconhecer que tais direitos não são absolutos, sendo, por conseguinte, válido o reconhecimento de restrições a direitos fundamentais.

A inviolabilidade do *e-mail*, no Brasil, tem seu suporte constitucional na proteção à intimidade.

Como vimos, é preciso distinguir o *e-mail* corporativo do *e-mail* pessoal. Em relação ao *e-mail* corporativo, é possível a interceptação independentemente de reserva de jurisdição. Em relação ao *e-mail* pessoal, a regra é a impossibilidade de interceptação por particulares, sendo que o juiz pode, no âmbito penal e civil, desde que fundamentadamente, autorizar sua interceptação.

Deve ser respeitado o princípio da proporcionalidade para que o juiz, à luz de cada caso concreto, autorize a interceptação de *e-mails*.

Notas

¹ A palavra interceptação será utilizada no sentido fornecido por Denilson Pacheco (2005, p. 901): "Interceptação é o recebimento ou a captação de mensagem ou informação por terceira pessoa (ou dispositivo) diversa do emissor ou do receptor (destinatário), ou seja, por alguém que não é um dos comunicadores. Interceptor é aquele ou aquilo que capta a mensagem ou informação que não lhe foi destinada.

² Ao se adotar a teoria externa, não se afirma que na configuração dos direitos fundamentais não possa existir um conteúdo jusnaturalista, apenas concorda-se com a impossibilidade de previamente estabelecer o conteúdo de cada direito fundamental.

³ Sobre o conceito de teoria interna e externa dos direitos fundamentais, ver BIAGI, 2005; QUEIROZ, 2003.

⁴ Jorge Novais (2003, p 247) conceitua restrição: "Partimos de um conceito abrangente de restrição, ou seja, entendida como acção ou omissão estatal

que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jus-fundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado, afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental".

⁵ Inciso XII do artigo 5º: "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual penal";

Frise-se que "durante um congresso de Direito Eletrônico na cidade de São Paulo em 2000, o Ministro Nelson Jobim comentou a tendência do STF de considerar a violação do correio eletrônico não como violação de correspondência (inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal), mas da privacidade (inciso X do mesmo artigo), mostrando a tendência de não se equiparar o correio eletrônico a carta em nosso sistema legal." (CALVO, 2005).

⁶ Szaniawski (2005, p. 301-302) aponta que : "...Cumpre-nos, ainda, ressaltar algumas controvérsias em relação à expressão direito a intimidade. Apesar de os doutrinadores, na sua maioria, utilizarem indiferentemente os termos direito ao respeito à vida privada ou direito à vida privada e intimidade da vida privada ou ainda direito à intimidade e, ainda, direito ao resguardo e direito à reserva, para designar o direito de estar só, na expressão de Costa Jr, longe dos olhos, ouvidos e das indiscrições alheias, algumas distinções são apresentadas, não sendo unânime o pensamento que as considera expressões sinônimas. Dotti, apoiado em Herbarre e Urabeyen, distingue os conceitos intimidade e de vida , sendo o primeiro um conceito mais restrito do que vida privada, consistindo a intimidade num sentimento que nasce do fundo do ser humano, sendo sua natureza essencialmente espiritual, enquanto que o de vida privada, mais amplo, estender-se-ia a outras manifestações não tão espirituais

⁷ Obra de referência no Brasil é SARMENTO, 2004.

⁸ "Segundo a agência de notícias Reuters, mais de um terço dos norte-americanos que usam a *internet* no trabalho têm suas atividades *on line* monitoradas pelos patrões, citando a *privacy foundation*, uma organização não-governamental de defesa da intimidade na rede mundial de computadores já são 14 milhões de trabalhadores, ou 35% de todos os empregados americanos, que são controlados dessa forma, que se expande pelo baixo custo que representa para as empresas (5,25 dólares/emprego) e pela ausência de proibição legal. A média mundial da utilização desse controle também é ele-

vada, alcançando 27 milhões entre 100 milhões de empregados”. (FONTES JUNIOR, 2006, p 132)

⁹ Íntegra do Acórdão obtida diretamente do próprio site do TST.

¹⁰ Apesar de ser necessário reconhecer que a utilização de *e-mail*, ou, de um modo geral, da *internet*, é de algum modo incompatível com o sigilo e resguardo que a intimidade exige.

¹¹ Ver decisão do STJ HC 18116/SP e a recente decisão do STF publicada no HC 84561/PR. Todavia, na hipótese em questão, houve decisão judicial autorizando a interceptação.

¹² Devemos lembrar a existência de um direito constitucional à produção de provas. Eduardo Cambi leciona: “A noção de direito público subjetivo à prova encontra seus fundamentos normativos na Constituição, podendo ser implicitamente deduzida das garantias constitucionais do devido processo legal, da ação, da ampla defesa e do contraditório ou ser explicitamente reconhecida a partir da regra contida no artigo 5º §2º, CF, que incorpora, no ordenamento jurídico brasileiro, o art 8.2 da Convenção americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), bem como o art 14.1 do Pacto internacional dos direitos civis e políticos. Essas garantias constitucionais do processo asseguram meios e resultados, porque têm a dupla função de proporcionar instrumentos processuais adequados à solução dos conflitos de interesses e viabilizar resultados úteis e eficazes àqueles que recorrem ao Judiciário na esperança de serem os seus problemas resolvidos da maneira mais justa possível”. (CAMBI, 2006, p 18).

¹³ Trata-se de questão polêmica o encontro fortuito de provas. Quando, por exemplo, o cônjuge casualmente tem acesso a *e-mail* que comprova o adultério, parece-me que nessa hipótese, independentemente de ordem judicial, essa prova é considerada válida. Em outro contexto, mas chegando à mesma conclusão, vale a pena transcrever: “Prova obtida por meio de interceptação e gravação de conversas telefônicas do cônjuge suspeito de adultério: não é ilegal, quer à luz do Código Penal, quer à luz do Código Brasileiro de Telecomunicações, e pode ser moralmente legítima se as circunstâncias do caso justificam adoção, pelo outro cônjuge, de medidas especiais de vigilância e fiscalização (TJRJ, Ag Instr 71111, rel Dês José Carlos Barbosa Moreira, j. 07.11.1983 RF 286/270) . No corpo do acórdão, bem observa o processualista carioca que a adoção de medidas de vigilância e fiscalização, por um cônjuge – por qualquer deles, convém salientar – em relação ao outro pode, sem dúvida, revelar-se moralmente reprovável (quando não constitui mero sintoma de estado mental patológico) e até configurar injúria grave ao cônjuge espionado, se se resolve em inútil e arbitraria imposição de vexame, que nenhum dado objetivo justifica. Mas

a valoração mudará se houver motivos sérios para que se suspeite da prática de atos incompatíveis com o resguardo da fé conjugal. Em casos tais, não repugna forçosamente à ética a utilização, pelo cônjuge que receia, com algum fundamento, estar sendo ofendido, ou na iminência de o ser, dos expedientes ao seu alcance para inteirar-se da verdade e registrá-la” (CAMBI, 2006, p 111).

Referências

BIAGI, Claudia Perroto. *A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais na jurisprudência constitucional brasileira*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 1997.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos de personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CALVO, Adriana Carrera. O uso indevido do correio eletrônico no ambiente de trabalho. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 638, 7 abr. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6451>>. Acesso em: 15 maio 2006.

CAMBI, Eduardo. *A prova civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

CUNHA, Paulo Ferreira. Direitos humanos e fundamentais. In: _____. *Teoria da constituição*. Lisboa: Verbo, 2000. 1 v.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: M. Limonad, 1986.

FONTES JUNIOR, João Bosco. *Liberdades fundamentais e segurança pública*. Rio de Janeiro: Lúmen júris 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Lisboa: Coimbra, 2003.

_____. Renúncia a direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais*. Lisboa: Coimbra, 1996. 1 v.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2005.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. O monitoramento do correio eletrônico no ambiente de trabalho. *Jus*

Navigandi, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3486>>. Acesso em: 15 maio 2006.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais*. Lisboa: Coimbra, 2002.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen júris, 2004.

SOUZA, Luiz Sergio Fernandes de. *Abuso de direito processual: uma teoria pragmática*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VALENTINO, Cyrilston Martins. As exceções ao sigilo das correspondências e comunicações na constituição de 1988. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 65, maio 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4029>. Acesso em: 15 maio. 2006.

Os valores sociais da livre iniciativa

Paulo Roberto dos Santos Corval

Sumário

1. Introdução. 2. Livre iniciativa: tensão político-ideológica e origem liberal-capitalista. 3. Estado Constitucional e dignidade da pessoa humana. 4. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento da República. 5. Conclusão.

1. Introdução

Desatadas as amarras cognitivas e metodológicas do positivismo jurídico¹, reaproxima-se o direito da política, da filosofia, da economia e de todas as ciências que, de alguma forma, objetivam compreender o ser humano e a sociedade.

Outrora hermético e adstrito aos dogmas de sua lógica interna, abre-se o direito aos valores dispersos na sociedade pluralista², difundindo sua específica linguagem no cenário político-social.

Dá-nos conta disso o movimento de retorno ao direito³ e sua aproximação à moral⁴, certo que as questões jurídicas das últimas décadas não encontram solução nos estreitos limites dos textos normativos positivados⁵. Fortifica-se, por conseguinte, o controle normativo do Judiciário.

À democracia, antes atrelada ao exercício do voto e à composição de maiorias, acrescenta-se novo critério de legitimação, consistente na capacidade de fazer eficazes os direitos fundamentais do homem⁶.

Não por outro motivo acentua Stephen Griffin (1996, p. 7), discorrendo sobre o cons-

Paulo Roberto dos Santos Corval é Assessor na Procuradoria Regional da República da Segunda Região – MPF e Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional na Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

tucionalismo norte-americano, que se deve também reconhecer a existência de um deslocamento da teoria jurídica, notadamente a constitucional, em direção à política, salientando, ainda, que, na construção do sentido da norma, participam, com igual relevância, os cidadãos e todas as instâncias de governo, não se afigurando adequada a assunção pela Corte Suprema do papel de intérprete máximo dos valores sociais⁷.

Aos cidadãos, em especial, incumbirá intensificar a participação na vida coletiva, promovendo, na contramão do individualismo exacerbado produzido pela difusão do medo e da insegurança neste início de século⁸, mais democracia.

Sob tal inspiração, discorrer-se-á sobre a inserção da idéia de livre iniciativa na Constituição de 1988. No item 2, apresenta-se uma síntese da configuração dos distintos posicionamentos político-ideológicos, destacando-se aquele que serve de fundamento ao conceito liberal de livre iniciativa. Considera-se, no ponto 3, a inserção da livre iniciativa no Estado Constitucional, que lhe fornece novo arrimo axiológico-normativo a partir da noção de dignidade da pessoa humana. O item 4 trata da interpretação do art. 1º, IV, da Constituição de 1988, concluindo-se no item 5.

Objetiva-se, no fim, deixar claro que o art. 1º, IV, da Constituição de 1988 não cuida de estabelecer a “livre iniciativa”, mas os “valores sociais da livre iniciativa” como fundamento da República Federativa do Brasil, tendo em vista o distinto pressuposto político-ideológico da Constituição de 1988 – norteada pela dignidade da pessoa humana. Igualmente, espera-se apontar de maneira clara, ainda que não exaustiva, algumas das implicações de referida interpretação na dogmática constitucional, bem como consignar a necessidade de se conferir “força política” à Constituição a fim de ver concretizadas suas normas num momento histórico – início do século XXI – em que se constatam fortes indícios de crise do Estado Democrático Constitucional.

2. Livre iniciativa: tensão político-ideológica e origem liberal-capitalista

Definir as vertentes do pensamento político é tarefa árdua. Abordagens históricas, filosóficas e jurídicas, por vezes contraditórias, sobrepõem-se umas às outras e não nos permitem alcançar uma conceituação útil. É o que ocorre, por exemplo, com o liberalismo. Para Georges Burdeau (1979, p. 44):

“Assim como existe uma fé comunista que se recusa a confundir o marxismo com as deformações da era estalinista, assim, há também, no pensamento liberal, exigências que não podem ignorar a pretexto de terem sido traídas quando o liberalismo serviu de justificação ao imperialismo das classes dirigentes da sociedade industrial”.

Ausente unanimidade, acredito facilitar a compreensão dos diferentes posicionamentos político-ideológicos pôr em destaque duas questões de base: i) a preponderância do *indivíduo* (autonomia privada) ou da *coletividade* (soberania popular) nas explicações dos fenômenos sociais, associando-se, à primeira, a supremacia do valor *liberdade* e, à segunda, o predomínio da *igualdade*⁹; ii) a possibilidade de agrupar as relações sociais em dois conjuntos distintos: relações *pessoais* ou *existenciais* e relações *econômicas* ou *patrimoniais*.

No que tange à supremacia da *autonomia privada* ou da *soberania popular*, pode-se inferir – de forma redutora, não se nega – que o *liberalismo* seria caracterizado pela maior importância conferida ao indivíduo e à liberdade, enquanto nas *visões socializantes* prevaleceriam a coletividade e a igualdade.

Por sua vez, tomando por base a crítica de Alain Touraine (2002) à sociedade contemporânea, constata-se que a tensão entre a preferência, de um lado, pelo par indivíduo e liberdade e, de outro, pela díade coletividade e igualdade manifesta-se em duas categorias diferentes de relações sociais: as referentes à *existência moral da pessoa* e as relacionadas às *relações patrimoniais*.

Segundo Touraine (2002, p. 104-106), quatro forças agem na crise da modernidade ao longo do século XX: a sexualidade, o consumo, a empresa e a nação. Relacioná-las, segundo o autor, é o desafio que entende solucionado ao se distinguir “a ordem da mudança e a ordem do ser, associadas anteriormente na idéia de modernidade (...)”, separando, de igual modo, “a ordem pessoal da ordem coletiva”.

De acordo com o sociólogo francês (TOURAINÉ, 2002, p. 107):

“Essas duas dicotomias [mudança e ser / ordem pessoal e coletiva] integram-se facilmente. À esperança de uma modernização endógena, do triunfo das luzes da razão e das leis

da natureza afastando ilusões da consciência, às falsidades das ideologias e à irracionalidade das tradições e dos privilégios sucede o reconhecimento brutal das forças cuja diversidade desorganiza o campo social e cultural. A idéia de modernidade é substituída pela ação modernizadora; esta mobiliza forças não modernas, liberta o indivíduo e a sociedade até então prisioneiros das leis impessoais da razão depois de terem sido da lei divina”.

Num esboço de suas idéias – úteis aqui para ratificar a diversidade que apontamos entre as relações patrimoniais e existenciais –, apresenta Tourain o seguinte quadro:

-----	SER	MUDANÇA
Ordem individual	Sexualidade	Consumo
Ordem coletiva	Nação	Empresa

Destarte, simplificando a compreensão de fenômenos de maior complexidade, é possível asseverar que liberalismo e socialismo (entendido na sua acepção mais ampla) configuram extremos entre os quais se constata variações de preferências quanto à supremacia do indivíduo, da liberdade, da coletividade e da igualdade tanto no que toca às relações existenciais como nas relações econômicas ou patrimoniais.

Michael Rosenfeld (2003), discorrendo sobre a inserção da mudança paradigmática proposta por Denninger¹⁰ na cultura nor-

te-americana, aponta quatro posições políticas divergentes que caminham na direção do que vem de se expor. Segundo o autor, os posicionamentos político-ideológicos nos Estados Unidos divergem na escolha entre “intervencionismo e abstenção estatal em dois domínios distintos: o das regulações econômicas e de bem-estar e o da moral, da ética e da cultura” (ROSENFELD, 2003, p. 56). Num resumo de sua compreensão do espectro político norte-americano, expõe Rosenfeld tabela que, aqui, tomaremos de empréstimo:

Posição	Regulação Econômica e Social	Moral, Ética e Cultura
Progressista	Intervenção do Estado	Abstenção do Estado
Libertária	Abstenção do Estado	Abstenção do Estado
Conservadora	Abstenção do Estado	Intervenção do Estado
Populista de Direita	Intervenção do Estado	Intervenção do Estado

A preponderância da liberdade e do indivíduo, nessa perspectiva, alcança sua concretização na *dupla abstenção* libertária. Ao

Estado, aí, restaria garantir apenas as necessidades básicas da vida coletiva: segurança, educação, saúde e alguns outros ser-

viços de infra-estrutura (BURDEAU, 1979, p. 46). Na seara econômica, em específico, predomina o livre-cambismo (Cf. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, v.z, p. 717)¹¹ e o sistema capitalista, evitando-se intervenções nas relações éticas e culturais.

Em meio a semelhantes orientações, de raízes lockeanas, surge a ideia de livre iniciativa como qualificação da liberdade individual na esfera econômica e, por isso, perfeitamente substituível pela expressão livre iniciativa econômica, abarcando a liberdade de concorrência e a liberdade de empresa ou indústria.

As questões econômicas, aí, sobrepujam as existenciais. Ao contrato e à propriedade outorga-se tutela quase absoluta, assegurando um espaço supostamente intangível de autogoverno. A empresa é vista como fonte de riquezas livremente acumuladas, dependendo, tão-só, da ação do indivíduo no livre jogo de mercado.

Sobre a origem liberal da livre iniciativa, salienta Gastão Alves de Toledo (2004, p. 176), citando Celso Ribeiro Bastos:

“A liberdade de iniciativa é uma expressão ou manifestação no campo econômico da doutrina favorável à liberdade. O liberalismo vem a ser um conjunto de ideais, ou concepções, com uma visão mais ampla, abrangendo o homem e os fundamentos da sociedade (...) A liberdade de iniciativa consagra tão-somente a liberdade de lançar-se à atividade econômica sem encontrar peias ou restrições do Estado (...)”.

Não se olvide que o quadro apresentado por Rosenfeld refere-se à sociedade norte-americana, construída sobre alicerces ideológico liberal. A posição que o autor denomina conservadora, por exemplo, também se verifica em recantos não liberais, marcados por forte autoritarismo. É o que destaca Bercovici (2004) ao se reportar à doutrina do Estado Total de Carl Schmitt, que serviu de arrimo ao governo nazista.

Para “salvar” a democracia alemã, Schmitt (1982) teria proposto um *Estado Total Qualitativo* (BERCOVICI, 2004, p. 101): *autoritário* no domínio político, garantindo a unidade em detrimento do pluralismo que emperra o funcionamento do Estado, e *fiador da liberdade individual econômica*, capaz de evitar a politização da economia – e seu indesejado pluralismo – e de intervir na esfera econômica apenas para neutralizar conflitos. A economia, assim, segundo Bercovici (2004; 2005), fica subordinada às instâncias estatais, mas é preservada como ordenamento social privado, certo de que se trata de uma “administração econômica autônoma” que separa o Estado de um “domínio econômico público, mas não estatal”, distinto da “democracia econômica” defendida por Heller e pelo partido social-democrata.

Nos últimos anos, nada obstante, assiste-se a uma guinada na direção progressista – para utilizar a terminologia de Rosenfeld (2003). Socioliberais ou *libero-sociais*, apegando-se ao pensamento de Rousseau (2004, p. 35), acentuam o respeito às condições mínimas de subsistência para assegurar a própria liberdade¹². Nessa linha, os trabalhos de Burdeau (1979), em *O Liberalismo*, e de Rawls (2000), em *O Liberalismo Político*. Contudo – e nisso se afastam do filósofo de Genebra – mantêm-se ainda distantes de uma crítica contundente às desigualdades sociais e econômicas, privilegiando o liberalismo nas relações existenciais como forma de combater a intolerância e garantir a convivência pacífica das culturas.

Não se restringem a essas visões, por óbvio, as matizes complexas da atualidade. Entre os extremos liberais e socializantes, muitas são as combinações de preferências no que toca à supremacia do indivíduo, da liberdade, da coletividade e da igualdade tanto na relações existenciais como nas relações econômicas ou patrimoniais.

Ainda que variadas as manifestações ideológicas, contudo, pode-se apontar no cenário político hodierno, com alguma cer-

teza, tendência no sentido da redução do distanciamento entre liberais e coletivistas. Disso dá conta o advento de concepções políticas que, a exemplo do liberal-socialismo e da democracia-social, tentam superar a tensão entre autonomia privada/liberdade e soberania popular/igualdade.

Nessa direção, igualmente, tem-se a abordagem crítico-deliberativa de Habermas, sobre a qual discorre Paulo Calazans (2002, p. 117, 118, 121):

“A co-originalidade das noções de soberania popular e direitos humanos, tal qual preconizada pelo constitucionalismo moderno, sucumbiu à evidente constatação – hoje materializada através do embate entre as perspectivas liberal e republicana – de que a imposição de limites externos baseados nos direitos humanos ao legislador afeta sensivelmente a noção de autonomia política da comunidade (...)

A posição de HABERMAS situa-se em um eixo meridiano que postula a superação dialética de duas vertentes antagônicas da teoria política: o republicanismo cívico e o liberalismo (...)

Em *Between Facts and Norms*, HABERMAS afirma sua proposta de composição das concepções liberal e comunitária (...).”

Ressaltar *essa convergência entre liberdade, igualdade, indivíduo e coletividade é significativo*, uma vez que *parece haver sido a opção da Constituição da República ao adotar a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, norteador de todo o ordenamento jurídico*.

Não se afirma aí espécie de “centralismo” político-partidário. Não se trata disso. Antes, cuida-se de constatar que, nas mais diversificadas visões político-ideológicas, a história recente tem revelado uma certa preocupação comum com valores até então absolutamente inconciliáveis. Continuam, mais do que nunca, os embates, as discus-

sões e a luta contra a dominação de setores com maior poder que, por esse motivo, precisam ser confrontados com o instrumental democrático.

Todavia, a partir da síntese promovida pela dignidade humana, a arena político-jurídica ganha novo fôlego. A efetividade dos direitos humanos – de garantia e de prestação – já é matéria corrente na doutrina e começa a ecoar na jurisprudência. A necessidade de respeitar as minorias e de reconhecer a expressiva interferência política do Judiciário segue igual rumo. Afirma-se o caráter normativo dos princípios e a existência de valores que asseguram unidade ao ordenamento jurídico. Configura-se o *Estado Constitucional*, no qual os discursos político-ideológicos têm que, necessariamente, levar em consideração a dignidade da pessoa humana, seja para assegurar a prevalência da liberdade, seja para fazer predominar o valor da igualdade, promovendo, ainda que a contragosto de alguns, a democracia.

3. *Estado Constitucional e dignidade da pessoa humana*

A filosofia liberal e o constitucionalismo clássico produziram um Estado formal, o Estado de Direito (*Rechtsstaat*), cuja preocupação maior era conter o arbítrio do poder absoluto. Zagrebelsky (1995, p. 23), citando Otto Mayer, caracteriza o Estado de Direito Liberal (i) pela supremacia da lei sobre a Administração, (ii) pela subordinação dos direitos do cidadão somente à lei, restringindo a discricionariedade administrativa, e (iii) pela presença de juízes independentes para aplicá-la quando houvesse litígio entre os cidadãos.

A despeito das conquistas contra o absolutismo, o Estado Liberal não conseguiu avançar na implementação de melhores condições de vida para a população, deixando muito a ser feito para alterar as mazelas sociais denunciadas por Rousseau (2002, p. 227) nos primórdios do liberalismo:

“Possuímos físicos, geômetras, químicos, astrônomos, poetas, músicos, pintores, mas não temos cidadãos; ou então se ainda nos restam, dispersos nos campos abandonados parecem indigentes e desprezados. Tal é o estado a que estão reduzidos, tais são os sentimentos, concedidos por nós, aos que nos dão o pão e o leite de nossos filhos”.

Alguns mecanismos de tutela de direitos sociais foram concretizados no Estado de Bem-estar por força das reivindicações dos movimentos operários e das crises do sistema capitalista no fim do século XIX e início do século XX. Todavia não foram suficientes para reduzir as desigualdades sociais constatadas, principalmente nos países de terceiro mundo, e impedir o contínuo crescimento da acumulação de capital nas mãos de parcela diminuta da população. Na Constituição de Weimar, por exemplo, os direitos sociais compuseram o cerne do debate que culminou com a teorização do já citado Estado Total de Carl Schmitt – forte e livre-cambista – e com a ascensão do nazismo (Cf. BERCOVICI, 2004).

Além do mais, o Estado de Bem-estar social não obistou o predomínio livre-cambista, hoje encarnado no neoliberalismo, tendo em vista haver sido erigido para preservar os interesses do capital em face da crise da primeira metade do século XX. É o que preleciona Eros Grau:

“A busca do desenvolvimento, ademais, impunha a formalização de uma aliança entre o setor privado – isto é, a burguesia – e o setor público, este a serviço daquele.

Cumprir que se enfatize, de toda a sorte, a circunstância de que, embora o capitalismo reclame a estatização da economia, o faz tendo em vista a sua própria integração e renovação. Essa estatização não configura passo no sentido de socialização/coletivização.

(...) é justamente a fim de impedir tal substituição – seja pela via do so-

cialismo, seja mediante a superação do capitalismo e do socialismo – que o Estado é chamado a atuar sobre o plano econômico”. (GRAU, 2004, p. 24, 30).

Com o término da II Guerra Mundial, a tônica dos discursos passa a ser o respeito à *dignidade humana* e aos *direitos fundamentais* que a concretizam, conquanto perdurem os embates político-ideológicos entre posições liberais e socializantes. As reivindicações em prol da efetivação de *direitos sociais fundamentais*, da *igualdade dos gêneros* e das *escolhas sexuais*, bem como os *movimentos contra o racismo* nos Estados Unidos e na África do Sul, revelam a insuficiência das estruturas do Estado e, especialmente, do direito, em face das novas demandas. O direito inicia sua trajetória de superação do positivismo e se reencontra com a moral, vindo a Constituição ser, de fato, centro axiológico-normativo do ordenamento jurídico.

Consolida-se, na segunda metade do século XX, o Estado Constitucional de que cuida Zagrebelsky (1995):

“La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del Estado constitucional. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por tanto de subordinación, a un estrato alto de derecho establecido por la Constitución (...). Si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual, se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho”.

Resumindo os pontos principais que caracterizam o Estado Constitucional no século XX e as transformações do direito

originadas da progressiva constitucionalização, escreve Paolo Comanducci (2002, p. 16):

“En el ordenamiento italiano, también (...) se ha producido una progresiva ‘constitucionalización’ del derecho. Se trata de un proceso al término del cual el derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos (...) Seguyendo a Guastini, las principales condiciones de constitucionalización son: 1) existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; 2) la garantía jurisdiccional de la Constitución; 3) la fuerza vinculante de la Constitución (que no es un conjunto de normas programáticas sino preceptivas); 4) la ‘sobreinterpretación’ de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); 5) la aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; 6) la interpretación adecuada de la ley”.

Acrescente-se no rol o elemento básico do Estado Constitucional consistente, repita-se, na *dignidade da pessoa humana*, que consolida os valores fundamentais da ordem social e serve de amálgama unificador do sistema jurídico-político.

O significado axiológico e normativo da dignidade da pessoa humana é explicitado por Maria Celina Bodin (2003, p. 113). A dignidade representa a qualidade própria e inerente à espécie humana, seguindo-se a distinção kantiana entre *preço*, “que representa um valor exterior e manifesta interesses particulares”, e *dignidade*, valor interior e de interesse geral.

A introdução da dignidade da pessoa humana como fundamento da República renova um ambiente de humanismo, no qual

a vulnerabilidade humana será protegida onde quer que se manifeste, seja nas questões relacionadas aos valores exteriores (econômicos), seja naquelas referentes à dimensão interna da pessoa (sua existência).

Na continuidade de seu texto, reconhecendo que a inserção normativa da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988 corre o risco de não passar de discurso retórico, indica a autora critérios para tornar eficaz o mandamento constitucional. Defende, assim, a possibilidade de implementar a dignidade humana se forem destacados os *quatro postulados* em que se desdobra, associando-os a *quatro princípios* já conhecidos e utilizados no âmbito político-jurídico:

“O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrada em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado.

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade” (MORAES, 2003, p. 117).

Ao colocar, de um lado, os princípios da *solidariedade* e da *igualdade* e, de outro, os princípios da *liberdade* e da *integridade psicofísica*, Maria Celina (2003) deixa claro a já afirmada síntese que a dignidade da pessoa humana é capaz de promover entre a lógica da prevalência da soberania popular e da igualdade e a lógica da supremacia da autonomia privada e da liberdade. Afinal, ambas compõem seu conteúdo jurídico e axiológico.

No Estado Constitucional, portanto, já não se trata de fazer predominar, *a priori*, a autonomia individual sobre a soberania

política ou vice-versa. O principal é implementar aquele valor – liberdade ou igualdade – que, na situação específica, melhor promova a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, onde a desigualdade socioeconômica está entre as maiores do mundo e ofusca as questões existenciais, pode-se afirmar que, para privilegiar a dignidade humana, a economia, a política e o direito deverão, obrigatoriamente, ser guiados por uma lógica igualitária que seja ponderada quando da efetivação de medidas concretas e se mantenha alerta à pressão exercida por aqueles que se beneficiam da conjuntura opressiva e não revelam interesse algum em mudar o estado das coisas.

A Constituição Econômica, em específico, deverá dirigir a economia no que for necessário à concretização da vida digna. Tarefa difícil, sem dúvida, e que precisará do empenho de toda a sociedade para afastar o imaginário liberal e autoritário que se consolidou em nossa história e vem acolhendo, com facilidade, a ideologia neoliberal ditada pelos países detentores do poderio político, econômico e militar sem aventar soluções adequadas para a realidade brasileira¹³ (BERCOVICI, 2004, p. 168).

4. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento da República

A teor do art. 1º, IV, da Constituição Federal:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e o Distrito Federal, constitui-se em estado democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”.

A interpretação dominante postula que à livre iniciativa seja atribuído um valor fundamental intrínseco, arrolando-a, por isso, como alicerce da República Federativa do Brasil.

Em artigo publicado no jornal Folha de São Paulo logo após a entrada em vigor da Constituição, Miguel Reale (1988, p. A-3) afirmava que a livre iniciativa é

“a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição das riquezas, assegurando não apenas a livre escolha das profissões e das atividades econômicas, mas também a autônoma eleição dos processos ou meios julgados mais adequados à consecução dos fins visados”. Para ele, “liberdade de fins e de meios informa o princípio da livre iniciativa, conferindo-lhe um valor primordial, como resulta da interpretação conjugada dos citados artigos 1º e 170.”

Posição semelhante manifestou o Ministro Marco Aurélio em voto proferido na ADPF 46-7/DF:

“É de ressaltar que os preceitos tidos por violados são essenciais à ordem constitucional vigente, configurando princípios e fundamentos da República Federativa do Brasil, como a livre iniciativa – comando este previsto no artigo 1º, inciso IV (...).

A liberdade de iniciativa constitui-se em uma manifestação dos direitos fundamentais do homem, na medida em que garante o direito que todos têm de se lançar ao mercado de produção de bens e serviços por conta e riscos próprios, bem como o direito de fazer cessar a atividade (...).

A eficiência do Poder Público, então, será dimensionada não pelo número de atividades que preste diretamente à população, mas na medida em que consiga manter o mercado plenamente saudável para a livre iniciativa e a livre concorrência das empresas privadas”.¹⁴

Dissertando sobre os princípios constitucionais da ordem econômica, Lafayette Josué Petter (2005, p. 164) destaca que o art. 1º, IV, da Constituição Federal estabeleceu a

livre iniciativa por fundamento da República: “(...) pondere-se que, devido ao fato de a livre iniciativa ser também fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, IV), ela não se reveste de fundamento tão-só da ordem econômica, mas afeta a compreensão de qualquer preceito do texto constitucional”.

Para Marcos Juruena (1999, p. 7 e 93), a menção à livre iniciativa no art. 1º, IV, configura opção de caráter filosófico e pragmático no sentido de afastar a presença estatal da atividade produtiva, servindo de base retórica ao processo de desestatização no país:

“Efetivamente, o programa brasileiro [de desestatização] tem um caráter filosófico, qual seja, o de que a atividade produtiva compete à iniciativa privada, cabendo ao Estado zelar para que seja mantido o bem-estar social. Trata-se de princípio que norteia o funcionamento do Estado brasileiro e vem estampado logo no artigo inaugural da Carta Magna (inciso IV).

A idéia de ‘modernização da gestão do Estado’ está intimamente ligada à necessidade de maior eficiência e atendimento às expectativas da sociedade (...)

Daí por que, em países como o Brasil, em que se assegura constitucionalmente a livre iniciativa como fundamento da República, como direito do indivíduo e como primado da ordem econômica, o Estado deve se concentrar na gestão de serviços públicos e não na produção de riqueza, papel da iniciativa privada (...).”

Nesse sentido, posicionam-se os comentaristas da Constituição de 1988, conforme apurou Fábio Leite (2000, p. 46): “Isso inobstante, os comentaristas da Constituição de 1988, ao procederem à análise do artigo 1º, IV, do texto constitucional, são praticamente uníssonos ao afirmarem que o mencionado dispositivo elege a livre iniciativa como um princípio fundamental da nova ordem constitucional”.

Vinculam-se essas leituras à dupla ausência do pensamento liberal-capitalista clássico, arrimado na prevalência do indivíduo e da liberdade nas relações existenciais e, notadamente, nas relações econômicas. De modo geral, concebem a livre iniciativa apenas como *livre iniciativa econômica*, inferindo daí a opção constitucional por uma economia capitalista calcada no equilíbrio do livre mercado.

A predominância de semelhante orientação no Brasil parece advir de a Constituição de 1988 haver nascido no contexto da expansão neoliberal dos anos 80, sob influência dos governos Thatcher (Inglaterra) e Reagan (USA) (ANDERSON, 1995), e do fato de a história brasileira carregar o estigma da devastadora combinação de liberalismo e autoritarismo.

Em entrevista ao O Globo do dia cinco de junho, Leda Paulani (2005, p. 38), autora do livro *Modernidade e discurso econômico*, esclarece-nos o aspecto ideológico do neoliberalismo, que nasce “como doutrina, e não como teoria econômica”, e difunde rapidamente “a crença de que a sociedade organizada pelo mercado é a melhor que o homem já foi capaz de construir (...)”, sendo aceito com facilidade porque, continua Paulani, a “doutrina neoliberal fala muito ao senso comum. Afirmações como ‘ninguém pode gastar mais do que ganha’ etc. podem ser verdadeiras no plano doméstico, mas são falaciosas no plano macroeconômico. Elas passam a ser vistas como verdade porque de fácil compreensão”.

Não é outro o motivo pelo qual o texto constitucional – marcado por acentuada influência comunitária (CITADINO, 2004) – sucumbiu nos seus primeiros anos de vida aos postulados do neoliberalismo implementado nos governos de Fernando Henrique Cardoso (OLIVEIRA, 1995). Basta comparar as metas do Consenso de Washington¹⁵ com as emendas constitucionais de nº 5 a 15, nº 19 e nº 20 para comprovar a assertiva.

É tão acentuada a força da ideologia neoliberal que renomados constitucionalistas

brasileiros de tendência igualitária mantêm a referência à livre iniciativa como fundamento da República, ainda que sustentando sua relativização no cotejo com a dignidade da pessoa humana. É o que faz, por exemplo, José Afonso da Silva (2000, p. 765-766):

“Esse embate entre o liberalismo (...) e o intervencionismo ou socialismo repercute nos textos das constituições contemporâneas, com seus princípios de direitos econômicos e sociais (...).

Essa característica teleológica confere-lhes relevância e função de princípios gerais de toda a ordem jurídica (...) tendente a instaurar um regime de democracia substancial (mas ainda distante de uma democracia socialista), ao determinarem a realização de fins sociais, através da atuação de programas de intervenção na ordem econômica, com vistas à realização da justiça social.

(...) a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV)”.

Em igual direção escreve Paulo Bonavides (1997, p. 339): “Tocante aos direitos sociais básicos, a Constituição define princípios fundamentais, como os valores sociais do trabalho e a livre iniciativa”.

Observa Fábio Leite (2000, p. 49) que alguns comentadores da Constituição de 1988 “estabelecem uma relação complementar entre o trabalho e a livre iniciativa, onde esta assume um caráter inequivocamente secundário”, tudo a indicar que, embora se esforcem por separar a livre iniciativa da sua origem liberal, partem da premissa de ser ela fundamento da República Federativa do Brasil.

Não são essas, todavia, as únicas possibilidades de interpretação do art. 1º, IV, da Constituição de 1988 nem se afiguram as mais adequadas.

Na análise gramatical, constata Fábio Leite (2000) que, da inserção dos *valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* como fundamento da República Federativa do Brasil, só duas alternativas são possíveis: i) ou o dispositivo se refere *ao valor social do trabalho e ao valor social da livre iniciativa*, ii) ou *aos valores sociais do trabalho e aos valores sociais da livre iniciativa*. Não haveria espaço, portanto, para advogar a tese da livre iniciativa – e não o(s) seu(s) valor(es) social(is) – como fundamento da República.

No primeiro sentido, manifesta-se Eros Roberto Grau (2004, p. 191), para quem o art. 1º, IV, da Constituição de 1988 “enuncia como fundamento da República Federativa do Brasil *o valor social da livre iniciativa*”.

A salientar que as leituras predominantes colocam, de um lado, *o valor social do trabalho* e, de outro, *a livre iniciativa*, sustenta que o fundamento da República Federativa do Brasil é *o valor social da livre iniciativa*, privilegiando os valores igualitários e socializantes. Separa, então, o significado da livre iniciativa mencionada no art. 1º, IV, daquele constante do art. 170, *caput*, da Constituição Federal.

O inciso IV do art. 1º, para o autor, refere-se a uma garantia da liberdade “amplamente considerada”, ou seja, ao “atributo inalienável do homem, desde que se o conceba inserido no todo social e não exclusivamente em sua individualidade” (GRAU, 2004, p. 191). Daí vincular a livre iniciativa à liberdade de trabalho e asseverar que, no âmbito da Constituição de 1988, a liberdade econômica não é desdobramento da noção de propriedade.

A liberdade de iniciativa econômica no art. 170 abarca, segundo Eros Grau (2004, p. 188), reportando-se ao magistério de Antônio Souza Franco, a *iniciativa privada, cooperativa, autogestionária e pública*. Surge como expressão do *princípio da legalidade*, como limite à ação estatal, assumindo uma dupla face ao longo da evolução do Estado liberal: liberdade de comércio e indústria e livre concorrência:

“a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico): a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado – liberdade pública; a.2) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei – liberdade pública;

b) liberdade de concorrência: b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal – liberdade privada; b.2) proibição de formas de atuação que deteriorem a concorrência – liberdade privada; b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes – liberdade pública”.

Liberdade de iniciativa, nesse caso, não se apresenta como direito fundamental, mas constitui “liberdade mundana, positivada pela ordem jurídica”. Nada impede, portanto, venha a sofrer restrições estabelecidas pela sociedade em decorrência de haver outros valores – esses sim fundamentais – de maior expressão para a vida em comum. Não lhe atribui o ordenamento preferência ou preponderância, consistindo, repita-se, em liberdade positivada, cujo regime é aquele definido pela ordem jurídica: “o direito de liberdade econômica só tem existência no contexto da ordem jurídica, tal como o definiu a ordem jurídica.” (GRAU, 2004, p. 189).

De tudo isso, conclui Eros Grau (2004, p. 192) ser inadequado “atribuir exclusivamente à contemplação constitucional do princípio da livre iniciativa – do seu valor social (...) – a consagração constitucional do sistema capitalista”.

Fábio Leite (2000), por sua vez, defende que o art. 1º, IV, da Constituição de 1988 trata *dos valores sociais do trabalho e dos valores sociais da livre iniciativa*.

Concebendo-se no plural o sintagma, a interpretação desenvolvida por Eros Grau não seria descartada, mas ampliada, tendo em vista que a expressão “os valores sociais

da livre iniciativa” não só abrange “o valor social da livre iniciativa” como viabiliza maior abertura ao indigitado inciso IV, a fim de que norma constitucional alcance sua máxima efetividade.

Ao longo de sua exposição, salienta Leite (2000) que, no contexto do liberalismo oitocentista, a liberdade de iniciativa já era submetida a algumas limitações, certo de que, no Brasil, a Constituição de 1934 previa expressamente que a liberdade econômica seria garantida dentro dos limites necessários à implementação da justiça e da existência digna. A partir daí, assevera, restaria evidente não haver contradição na permanência da livre iniciativa nos textos constitucionais de matiz social, ao contrário do que ocorreu, por exemplo, no debate alemão sobre a constituição de Weimar, quando Carl Schmitt (1982) defendia a incompatibilidade entre as duas partes da constituição – a liberal, de caráter sintético, e a social, dirigente¹⁶.

Destarte, a incorporação da livre iniciativa no texto da Constituição de 1988 “não só não permite o retorno ao individualismo do século XVIII, como parece fechar de vez a porta a esta tentativa, eis que a exaltação às virtudes individuais da livre iniciativa pareceria ser o grande trunfo que os liberais conservadores imaginavam encontrar na nova Constituição”. Afinal, continua o autor, “ainda que a Constituição não elencasse os valores sociais da livre iniciativa como um de seus fundamentos, o intérprete, ainda assim, não se escusaria de determinar o significado da livre iniciativa de acordo com a dignidade da pessoa humana” (LEITE, 2000, p. 69).

Da visão sistemática da Constituição, arrimada na supremacia da dignidade humana, Fábio Leite (2000) enumera aqueles que, no seu entender, sem qualquer pretensão de exaustividade, constituem *os valores sociais da livre iniciativa* que fundamentam a República Federativa do Brasil: i) *igualdade*, no sentido de igualdade de pontos de partida, isto é, de oportunidade e de participa-

ção econômica e social; ii) *livre concorrência*, não como garantia de atuação da mão invisível do mercado, mas para impedir abuso de poder econômico; iii) *proteção dos consumidores*.

De comum às duas interpretações tem-se que, inserida no Estado Constitucional voltado à valorização da pessoa humana, a concepção liberal-capitalista da livre iniciativa restou superada, afastando-se também sua reencarnação neoliberal.

Sem embargo, há diferenças, ao menos no que tange à abrangência e à extensão, em se postular um ou outro entendimento, devendo prevalecer aquele que enxerga no art. 1º, IV, da Constituição Federal *os valores sociais da livre iniciativa* como fundamento da República Federativa do Brasil, a fim de melhor acentuar a opção política da Constituição de 1988 e favorecer a busca da máxima efetividade de sua normas, deixando claro, na direção do que preleciona Eros Grau, que se deve distinguir a livre iniciativa aí referida daquela constante do art. 170.

A livre iniciativa, tanto no art. 1º, IV, como no art. 170, configura desdobramento da liberdade considerada na perspectiva substancial, abrangendo a resistência ao poder e as reivindicações por melhores condições de vida. Cuida-se de “liberdade real, material, atributo inalienável do homem, desde que se o conceba inserido no todo social” (GRAU, 2004, p. 191), de descrever a liberdade “como *sensibilidade* e *acessibilidade* a alternativas de conduta e de resultado”, não se podendo entender como livre” (...) aquele que nem ao menos sabe de sua possibilidade de reivindicar alternativas de conduta e de comportamento – aí a *sensibilidade*; e não se pode chamar livre, também, aquele ao qual tal acesso é sonogado – aí a *acessibilidade*” (GRAU, 2004, p. 185).

Somente quanto à livre iniciativa do art. 170 – submetida, é claro, ao preceito fundamental do art. 1º, IV –, da análise sistemática da Constituição extraem-se os valores arrolados por Fábio Leite, além de ser possível, seguindo sua própria advertência, in-

cluir outros. Seria o caso, por exemplo, da tutela do meio ambiente.

A *igualdade de oportunidades* decorre de forma bastante clara dos artigos 3º, 6º, 7º e 170, *caput* e incisos VII e VIII da Constituição Federal. A *livre concorrência* erigida para impedimento do abuso de poder, além de densificação do regime republicano, encontra guarida expressa no artigo 170, § 4º. A *defesa do consumidor* está prevista nos artigos 5º, XXXII, e 170, V, e a *proteção do meio ambiente* nos artigos 170, VI, e 225.

O art. 1º, IV, da Constituição de 1988 continuará a servir de supedâneo para tais *valores sociais*, inferidos do art. 170. Outro, contudo, será seu conteúdo normativo. O art. 1º, IV, trata de consolidar opção jurídico-política no sentido de conciliar os valores da liberdade e da igualdade nas diversas relações patrimoniais e existenciais, protegendo a ação criadora do ser humano e não diretivas meramente econômicas às forças de produção e consumo.

Reconhecer os *valores sociais da livre iniciativa* como fundamento da República Federativa (art. 1º, IV), assim inspirados, implicará, no mínimo, *quatro diretivas de interpretação* capazes de, no Estado Constitucional, fornecer critérios razoavelmente seguros para sua efetivação:

(i) torna definitivo que a livre iniciativa, na acepção liberal – livre iniciativa econômica –, não é fundamento da República, consubstanciando, tão-só, princípio setorial da ordem econômica (art. 170) sujeito a todas as limitações inerentes à opção pela supremacia axiológico-normativa da *dignidade humana* e dos *valores sociais da livre iniciativa*;

(ii) consolida no plano jurídico e político-ideológico a prevalência da igualdade e da solidariedade sem descuidar das conquistas concernentes à liberdade;

(iii) configura cláusula geral de liberdade naquilo em que ela é necessária à própria existência digna do ser

humano nas relações existenciais e patrimoniais, não se devendo utilizar, para tanto, do princípio da legalidade estabelecido no art. 2º, II, da Constituição Federal, nem associá-la à noção de propriedade;

(iv) permite arrolar, de forma não exaustiva, valores fundamentais que, no contexto do Estado Constitucional, referem-se à livre iniciativa de que cuida o art. 170 da Constituição.

Assumir *os valores sociais da livre iniciativa* na direção aqui postulada, acredito, muito contribuiria para o debate da dogmática constitucional.

A partir da primeira diretiva, seria possível afirmar que a *livre iniciativa econômica* (CF, art. 170) não configura preceito fundamental apto, por exemplo, a ser invocado em eventual *arguição de descumprimento de preceito fundamental*, ou a servir de base para que se conceba a ordem econômica capitalista imune a reformas constitucionais.

Levando em conta a segunda diretiva, institui-se parâmetro de controle de constitucionalidade de normas que objetivem retirar da Constituição direitos fundamentais sociais, somando argumento no sentido de que tais direitos também estariam inseridos na proteção do art. 60, § 4º.

Da terceira diretiva extrai-se que a Constituição adota conceito de liberdade necessariamente atrelado à dimensão social do homem, superando-se o atomismo liberal nas relações econômicas e existenciais sem deixar de assegurar a liberdade necessária para que o ser humano mantenha sua dignidade. Presta-se o dispositivo a servir de *cláusula geral de liberdade*, deixando o artigo 2º, II – geralmente invocado para tanto –, somente como base normativa do princípio da legalidade.

Tomadas em conjunto, essas três primeiras assertivas afastam a interpretação prevalente no sentido de que do art. 173 da Constituição Federal¹⁷, em especial dos conceitos indeterminados de “segurança nacional e relevante interesse coletivo”, extrai-

se norma destinada a obstar, na maior medida possível, que o Estado intervenha diretamente na atividade econômica de produção.

Segundo a doutrina majoritária, o Estado atua na atividade econômica propriamente dita apenas em caráter subsidiário e supletivo, guiado pelo princípio da proporcionalidade. Nessa direção defende Marçal Justen Filho (2005, p. 559) que a subsidiariedade é simples manifestação da proporcionalidade no âmbito da ação econômica do Estado:

“A solução constitucional brasileira não deixa margem de dúvida. Somente em situações excepcionais o Estado desempenhará atividade econômica propriamente dita. A atuação direta do Estado não é justificável (...) Aplica-se o princípio da proporcionalidade, o que significa que somente se legitimará a intervenção estatal se outra alternativa não for mais satisfatória (...) O princípio da subsidiariedade impõe o dever de intervenção supletiva do Estado (...), que se legitima apenas quando a iniciativa privada for incapaz de solucionar de modo adequado e satisfatório certa necessidade.”

Em harmonia com a alocação *dos valores sociais da livre iniciativa* como fundamento da República, no entanto, a subsidiariedade não revela nenhum imperativo absoluto. Antes, deve ser substituída pela idéia de *atuação ponderada*. Não se institui, assim, predominância da iniciativa privada na produção de riquezas, mas *equiparação* a ser resolvida por deliberação social e política. Outra não é a razão de se referir no art. 173, § 1º, às noções de segurança nacional e relevante interesse social, “conforme definidos em lei”. A alusão à *lei* não exige apenas seja observada determinada formalidade, mas sua essência democrática de instrumento de manifestação da sociedade.

Na quarta diretiva, têm-se os *valores sociais* que informam e consubstanciam princípios e regras da ordem econômica, seja ela

explorada pelo Estado, seja por particularidades. Em resumo: a *igualdade*, no sentido de igualdade de pontos de partida, isto é, de oportunidade e de participação econômica e social; a *livre concorrência*, não como garantia de atuação da mão invisível do mercado, mas para impedir abuso de poder econômico; a *proteção dos consumidores*; e a da *tutela do meio ambiente*.

Muitos outros desdobramentos podem ser indicados, bem como outras diretivas podem vir a ser arroladas. Aqui, no entanto, acredito bastarem as breves ponderações acima para ilustrar a relevância de se conceber como fundamento da república os *valores sociais da livre iniciativa*.

5. Conclusão

A Constituição de 1988 privilegia a igualdade e a solidariedade, estabelecendo no seu art. 1º, IV, os *valores sociais da livre iniciativa* como fundamento da República em detrimento do imaginário liberal, autoritário e patrimonialista enraizado na cultura brasileira. De nada valeria o dispositivo, contudo, se não vivêssemos em um Estado Constitucional Democrático, que abre (e pode abrir ainda mais) caminhos reais para o exercício da capacidade criativa de construção da vida social.

Mais do que reconhecer a *força normativa* da Constituição – essencial sem dúvida –, é preciso atribuir-lhe *força política*. Sua real efetividade depende da intensa participação democrática da sociedade e da crença de que é possível transformar a realidade. No Brasil, fatigado de desigualdades, sendo de todos conhecidas as estatísticas da pobreza e da miséria, impende, principalmente, crer na efetivação de uma ordem econômica pautada pela justiça que fomenta políticas voltadas para as necessidades públicas e que não sejam ditadas por interesses de empresas e governos alienígenas.

Nessa direção, salienta Bercovici (2005), a teoria da Constituição Dirigente, que pretende por intermédio da Constituição resol-

ver se não todos a maior parte dos problemas da sociedade, resta superada. Não que devam ser descartadas suas conquistas, porém a ela deve ser acoplada uma visão política e mutacional¹⁸:

“A Teoria da Constituição Dirigente é uma Teoria da Constituição sem Teoria do Estado e sem política. É justamente por meio da política e do Estado que a Constituição vai ser concretizada.

Embora sua juridicidade seja essencial, a Constituição não pode ser entendida isoladamente, sem ligações com a teoria social, a história, a economia e, especialmente, a política. A Constituição real e a Constituição normativa estão em constante contato, em relação de coordenação. Condiționam-se, mas não dependem, pura e simplesmente, uma da outra.” (BERCOVICI, 2005, p. 41).

Força política, reitere-se, é medida urgente para efetivar as normas da Constituição sem olvidar o fato de que iniciamos o século XXI ante indícios de crise do Estado Democrático Constitucional. O *discurso em torno das medidas de emergência* ressurgiu com o ataque terrorista de 11 de setembro¹⁹ e, entre nós, pode vir a encontrar acolhida – se já não encontra – em pelo menos duas áreas: na seara penal, assiste-se ao apelo à segurança contra o aumento da criminalidade; no âmbito político-econômico, sob o pálio da necessidade e da urgência, tem-se a ampliação das atividades legislativas do Poder Executivo, bem como a manutenção de uma estrutura econômica de acumulação de capital que não se mostra sequer preocupada em fomentar distribuição de renda.

Atendo-nos à segunda problemática, é ver que o mundo vivencia uma nova geopolítica monetária. Estado e política, na direção da doutrina de Schmitt (1982)²⁰, encontram-se separados, e a retaliação econômica – muitas vezes associada à força militar – torna-se o novel fundamento da sobera-

nia. Se a participação da sociedade na condução de seu destino já se achava defasada pela falta de representatividade no sistema democrático liberal, agora, em tempos de globalização, concentradas as principais decisões políticas nos centros internacionais de investimento, achamo-nos governados pela lógica da *emergência econômica permanente*. É o que assinala Bercovici (2004, p. 173) ao comentar a ditadura constitucional de Rossiter:

“Rossiter destaca que, além das leis de emergência promulgadas pelo Poder Executivo e da lei marcial (ou estado de sítio), uma nova característica dos poderes de emergência seria a interferência governamental nas liberdades políticas e econômicas, particularmente o direito à propriedade. Antes, limitavam-se aos direitos individuais tendo em vista o bem-estar coletivo. Hoje, dá-se o contrário: a utilização atual dos poderes de emergência caracteriza-se por limitar os direitos da população em geral para garantir a propriedade privada e a acumulação capitalista.” – grifou-se.

E ainda:

“O estado de exceção permanente está se espalhando por toda a parte, tendendo a coincidir com o ordenamento normal, no qual, novamente, torna tudo possível (...) o estado de exceção está se tornando uma estrutura jurídico-política permanente e o paradigma dominante de governo na política contemporânea.” (BERCOVICI, 2004, p. 180).

Outra não é a problemática que afeta o Brasil, acostumado à sucessão de planos milagrosos para salvar a economia, a ocupar a periferia do capitalismo e à acumulação do capital estruturada na exploração do subdesenvolvimento.

Tratar dos *valores sociais da livre iniciativa* (CF, art. 1º, IV), nesse cenário, constitui uma das alterações formuladas pela Constituição de 1988 para deixar abertas as al-

ternativas que levem o país a percorrer novos caminhos e alcançar destino mais adequado aos milhares de pessoas que nele vivem. Dependerá, apenas, da capacidade de efetivarmos no âmbito político-jurídico seu vasto conteúdo normativo.

Acertadas, portanto, as palavras de Antônio Carlos Costa (2005, p. 7), em artigo publicado no jornal O Globo sob o título *A saída é pela Democracia*:

“Por tudo isso é que precisamos sonhar com uma democracia que nos traga, além da liberdade, justiça. Uma democracia viva. Mas, por onde começar? (...) a resposta a ser dada tem que partir da convicção de que sem participação do povo brasileiro em massa, protestando com a Constituição Federal nas mãos, mudanças não ocorrerão.”

Notas

¹ Quanto à superação do positivismo jurídico, ver Alexy (2001). Consigna o autor, logo na introdução, reportando-se a Karl Larenz: “Ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados”. E prossegue: “Em um grande número de casos, a afirmação normativa singular que expressa um julgamento envolvendo uma questão legal não é uma conclusão lógica derivada de formulações de normas pressupostamente válidas, tomadas junto com afirmações de fatos comprovados ou pressupostamente verdadeiros”.

² Sobre o pluralismo como característica de um novo paradigma, ver Denninger (2003).

³ Nesse sentido, ler Citadino (2003). Consoante a autora, “a promulgação da *Constituição cidadã*, cujo sistema de direitos fundamentais, como vimos, informa todo o ordenamento jurídico, é certamente a expressão definitiva daquilo que Pierre Bouretz designa como movimento de retorno ao direito no país”.

⁴ De acordo com Antônio Maia, dois elementos caracterizam essa mutação teórica: a proposta de uma nova grade de inteligibilidade à compreensão das relações entre direito, moral e política e uma crítica a concepções positivistas no campo do direito. (MAIA ; SOUZA NETO, 2001, p. 57-99).

⁵ É o que acentua Zagrebelsky (1995, p. 9): “Lo que es verdaderamente fundamental, por el mero hecho de serlo, nunca puede ser puesto, sino que debe ser siempre presupuesto. Por ello, los grandes problemas jurídicos jamás se hallan en las constituciones, en los códigos, en las leyes, en las decisiones de los jueces o en otras manifestaciones parecidas del derecho positivo con las que jueces trabajan, ni nunca ha encontrado allí su solución. Los juristas saben bien que la raíz de sus certezas y creencias comunes, como la de sus dudas y polémicas, está en otro sitio. Para aclarar lo que de verdad les une o les divide es preciso ir más al fondo o, lo que es lo mismo, buscar mas arriba, en lo que no parece expreso”.

⁶ Trata-se aí da legitimação *a posteriori*, ou seja, da constatação de que a legitimação democrática também é alcançada pela via da tutela dos direitos, conforme preleciona Calazans (2002).

⁷ Para uma crítica da atuação do Poder Judiciário e da Corte Constitucional como o “próprio monarca substituído”, ver MAUS, 2000, p. 183-203. Sobre quem são os intérpretes da Constituição na sociedade pluralista (cf. HÄRBELE, 1997).

⁸ Sobre o tema, ver Bauman (2000, p. 24): “Em o mal-estar da pós-modernidade (Jorge Zahar, 1998), argumento que, se Freud estivesse escrevendo seu livro agora, 70 anos depois do que o fez, provavelmente teria de mudar o diagnóstico: os problemas e desgostos mais comuns atualmente são, como antes, produtos de trocas, mas agora é a segurança que se sacrifica diariamente no altar da liberdade individual em expansão. No caminho para o que quer que se suponha uma maior liberdade individual de escolha e expressão pessoal, perdemos uma boa parte da segurança fornecida pela civilização moderna e mais ainda da segurança que prometia.”

⁹ O debate liberal-comunitário tem aí suas premissas, bem como a discussão da filosofia política em torno de uma metodologia individualista ou funcionalista. Nessa direção, confira-se Steven (2003).

¹⁰ O texto de Denninger a que se refere Rosenfel é aquele já citado na nota 2.

¹¹ “(...) em sua acepção mais simples e limitada, o livre cambismo é uma doutrina favorável à liberdade econômica (...) é a visão mais pura e integral do liberalismo (...) O atual credo livre-cambista (...) é, pois, assim entendido, uma forma de individualismo que não há de se confundir, porém, com o anarquismo individualista (...)”.

¹² No pensamento de Rousseau, (2004, p. 27) há o que poderíamos chamar de uma liberdade ontológica, não-individualista. Daí escrever o filósofo que: “renunciar à própria liberdade é renunciar a qualidade de homem, os direitos da humani-

dade, nossos mesmos deveres”. E, ainda: “o que o homem perde pelo contrato social é a liberdade natural e um direito sem limites a tudo o que tenta atingir; ganha a liberdade civil e a propriedade de tudo o que possui. Para não vos enganardes nessas compensações, cumpre distinguir bem a liberdade natural, que só tem por termo as forças do indivíduo, da liberdade civil, que é limitada pela vontade feral; e a possessão, que é só efeito da força, ou o direito do primeiro ocupante, da propriedade, que não pode ser fundada a não ser num título positivo. Além do sobredito, pudera-se ajuntar à aquisição do estado civil a liberdade moral, que só faz o homem verdadeiramente senhor de si”.

¹³ “Como afirmou José Luís Fiori, falta, ainda, uma teoria sustentável sobre o estado periférico latino-americano”. E ainda: “O estado desenvolvimentista latino-americano não precisa apenas expandir o sistema econômico existente, mas deve criar um novo”.

¹⁴ Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>

¹⁵ Para uma crítica sobre a adoção do plano econômico traçado no consenso de Washington, ver FIORI (1998, p. 11-21).

¹⁶ Sobre a Constituição de Weimar, ver BERCOVICI (2004, p. 30). E ainda: Rossiter (2005). Jacobson; Schilink, (2002).

¹⁷ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores. (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998*)

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado.

§ 3º A lei regulamentará as relações da empresa pública com o Estado e a sociedade.

§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular". Texto da Constituição disponível no site www.planalto.gov.br.

¹⁸ Sobre a mudança constitucional numa acepção não meramente dogmática, ver VIEIRA; DUARTE, (2005).

¹⁹ Nessa direção, conferir Corval (2005, p. 222).

²⁰ Sobre o tema, ver BERCOVICI (2004).

Referências

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTIL, Hablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- BAUMAN, Zigmunt. *Em busca da política*. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2000.
- BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.
- _____. *Constituição econômica e desenvolvimento: uma leitura a partir da constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfanco. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000, v. 1-2.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BURDEAU, Georges. *O liberalismo*. Rio de Janeiro: Publicações Europa-América, 1979.
- CALAZANS, Paulo Murillo. Aporia do estado de direito: notas sobre a legitimação dos textos constitucionais perante a autonomia política e a proteção dos direitos fundamentais. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, n. 21, ago./dez. 2002.
- CITADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2003.
- _____. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- COMANDUCCI, Paolo. Formas de (neo)constitucionalismo: um análise metateórico. *Revista Isonomia*, Alicante, n. 16, abr. 2002. Disponível em: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_06.pdf>. Acesso em: [200-?].
- COSTA, Antônio Carlos. A saída é pela democracia. *O Globo*, Rio de Janeiro, 04 jun. 2005. Opinião, p. 7.
- DENNINGER, Erhard. Segurança, diversidade e solidariedade ao invés de liberdade, igualdade e fraternidade. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003.
- FIORI, José Luís. *Os moedeiros falsos*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 1998.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRIFFIN, Stephen M. *American constitutionalism: from theory to politics*. Princeton: University Press, 1996.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1997.
- JACONBSON, Arthur J.; SCHILINK, Bernhard (Org.). *Weimar: A jurisprudence of crisis*. Tradução Belinda Cooper. Berkeley: University of California Press, 2002.
- LEITE, Fábio. Os valores sociais da livre iniciativa como fundamento do estado brasileiro. *Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, n. 16, jan./jul. 2000.
- MAIA, A. C. S. C.; SOUZA NETO, C. P. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Org.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- MARÇAL, Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. *Novos Estudos*, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

- MORAES, Maria Celina Bodim de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- OLIVEIRA, Francisco. Balanço do neoliberalismo. In: SADER, Emir; GENTIL, Hablo (Org.). *Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995.
- PAULANI, Leda. O neoliberalismo não era o único caminho. *O Globo*, Rio de Janeiro, 5 jun. 2005, Economia, p. 38.
- PETTER, Lafayette Josué. *Princípios constitucionais da ordem econômica: o significado e o alcance do art. 170 da constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- REALE, Miguel. Inconstitucionalidade de congelamentos, *Folha de São Paulo*, p. A-3, 19 out. 1988.
- ROSENFELD, Michael. O constitucionalismo americano confronta o novo paradigma constitucional de Denninger. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, dez. 2003.
- ROSSITER, Clinton. *Constitutional dictatorship: crisis government in the modern democracies*. 3. ed. New Jersey: Transaction Publishers, 2005.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Discurso sobre as ciências e as artes. In: _____. *O contrato social e outros escritos*. São Paulo: Cultrix, 2002.
- _____. *Do contrato social*. São Paulo: M. Claret, 2004.
- SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1982.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização: privatização, concessões e terceirizações*. 2. ed. Rio de Janeiro: L. Juris, 1999.
- STEVEN, Lukes. et al. *Debates in contemporary political philosophy: an anthology*. New York: Routledge, 2003.
- TOLEDO, Gastão Alves de. *O direito constitucional econômico e sua eficácia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.
- VIEIRA, José Ribas; DUARTE, Fernanda (Org.). *Teoria da mudança contitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 1995.

Sobre a justificação e a aplicação de normas jurídicas

Análise das críticas de Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos princípios de Robert Alexy

Thomas da Rosa de Bustamante

Sumário

1. Introdução. 2. Princípios e otimização em Robert Alexy. 3. A argumentação jurídica como *discurso de aplicação* e as críticas de Günther e Habermas à teoria dos princípios. 4. A réplica de Alexy e a adequação da sua teoria dos princípios à dogmática jurídica contemporânea.

1. Introdução

Busca-se no presente trabalho analisar até que ponto as objeções formuladas por Klaus Günther e Jürgen Habermas à teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy conseguem comprometer o conceito de *princípio jurídico* como *mandado de otimização*, correntemente utilizado para, com a máxima da proporcionalidade, resolver o problema da colisão entre direitos fundamentais.

Analisa-se, também, a viabilidade de se compreender o discurso jurídico como um *discurso de aplicação* de normas válidas, como propõem Günther (2004) e Habermas (2005), bem como as conseqüências práticas dessa concepção para a teoria da argumentação jurídica em geral.

O trabalho se acha dividido da seguinte maneira: na seção 2, resumem-se as principais teses da teoria dos princípios de Alexy (1993, 1997a, 1997b, 1999, 2003a, 2003b), buscando compreender o sentido da *otimização* de princípios jurídicos e o caráter ideal de tal espécie de normas; em seguida, na seção 3, voltam-se as atenções para a distinção entre *justificação* e *aplicação* de normas

Thomas da Rosa de Bustamante é Professor da Universidade Federal de Juiz de Fora, Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Advogado.

jurídicas e morais (GÜNTHER, 2004), bem como para a crítica segundo a qual Alexy (2003a), ao definir os princípios como *mandados de otimização*, ou seja, como *ótimos de Pareto*, comprometeria o seu caráter deontológico, à custa de sua força normativa e da controlabilidade racional das ponderações jurídicas; na seção 4, finalmente, analisa-se a resposta de Alexy a ambas objeções, com o intuito de verificar se elas são ou não suficientes para afastar a aplicação do modelo alexyano às colisões de direitos fundamentais em geral.

2. Princípios e otimização em Robert Alexy

Alexy adota um conceito semântico de norma jurídica que, em muitos aspectos, se aproxima do de Hans Kelsen. Assim como Kelsen, Alexy (1997b, p. 50) diferencia *norma* – conteúdo de sentido de uma prescrição ou dever-ser – de *enunciados normativos* – que materializam lingüisticamente as normas estabelecidas pelas autoridades competentes – chegando à seguinte conclusão: “uma norma é o significado de um enunciado normativo”, é aquilo que um enunciado normativo expressa. Como o próprio Alexy (1997b, p. 50) salienta, Kelsen (2003), com a expressão *norma*, “designa que algo deve ser ou suceder, especialmente que uma pessoa deve se comportar de uma determinada maneira”, de modo que, excluídos os elementos voluntaristas presentes na concepção kelseniana – segundo os quais uma norma seria um “ato de vontade” –, há uma significativa proximidade entre as duas concepções.

No entanto, Alexy se afasta de Kelsen quanto ao caráter necessariamente hipotético de todas as normas jurídicas (KELSEN, 2001), pois, ao lado das regras jurídicas, que contêm *determinações* e, por conseguinte, “só podem ser cumpridas ou não” – de modo que “se uma regra é válida, então deve se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos” –, existe uma outra classe de normas, os princípios, que “ordenam que

algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (ALEXY, 1997b, p. 86-87).

Apenas as primeiras – regras – teriam um caráter hipotético-condicional – de modo a permitir a *subsunção* de comportamentos em sua hipótese de incidência –, uma vez que os princípios possuiriam um *caráter ideal* que implicaria a possibilidade de eles serem cumpridos “em diferentes graus”, o que permitira que eles fossem definidos como *mandados de otimização*, “que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também das jurídicas” (ALEXY, 1997b, p. 86-87).

Como conseqüência dessa distinção lógico-estrutural, os *conflitos de regras* e as *colisões de princípios* são solucionados de maneiras diferentes. No caso das regras, ou se insere numa delas uma “cláusula de exceção” – que elimine o conflito – ou então se declara a invalidade de, pelo menos, uma delas. Para Alexy (1997b, p. 88), o conflito entre regras se opera no nível da validade jurídica, que não é gradual. Uma norma só pode valer ou não valer juridicamente. Quando uma regra possui validade e é aplicável a um caso, isso significa que valem também suas conseqüências jurídicas, tendo em vista que as regras constituem *razões definitivas*^{*}.

No caso de colisão de princípios, um deles deve ceder ao outro, porém sem que o princípio afastado seja declarado inválido ou tenha de ser criada uma cláusula de exceção. Diante de algumas circunstâncias, prevalece o princípio jurídico P₁; noutros casos, poderá vir a prevalecer o princípio P₂. Os conflitos entre princípios não se dão na dimensão da validade, mas na dimensão do peso. Eventual colisão entre dois princípios jurídicos há de ser resolvida pela

^{*} Essa conclusão é, contudo, temperada em certas passagens da Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy (1997, p. 98-103), quando se atribui também às regras um certo caráter *prima facie*, embora distinto do dos princípios.

via do estabelecimento de certas “condições de prioridade” entre princípios. Estes se aplicam pelo método da *ponderação*, mediante o qual se verifica o peso dos princípios em conflito, sendo que do resultado de tal procedimento se obtém uma *regra* construída a partir da otimização dos princípios em jogo. Fala-se, portanto, numa *Lei de Colisão* que pode ser enunciada da seguinte forma: “as condições diante das quais um princípio precede a outro constituem o suposto de fato de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio precedente” (ALEXY, 1997b, p. 94).

Como se nota, adscrive-se sempre uma *regra* de cada ponderação de princípios, à qual se podem subsumir os fatos que estão sendo discutidos em cada caso concreto. Essa regra, obviamente, deve conter as *condições de prioridade* – do caso concreto – entre os princípios em disputa, de modo que, a cada nova ponderação – e especificação de novas condições de prioridade –, desenvolve-se cada vez mais um *sistema de prioridades prima facie* entre os princípios jurídicos em disputa.

De acordo com Alexy (2001, p. 675), os direitos fundamentais “têm a estrutura de mandados de otimização”, o que o leva a colocar o princípio da proporcionalidade “no centro da dogmática dos direitos fundamentais”. Essa máxima jurídico-metodológica estaria, nessa perspectiva, implícita na própria definição de “princípio”, de modo que, onde quer que exista um sistema de princípios jurídicos, ela deveria ser aplicada. Seus dois primeiros subprincípios – da *adequação* e da *necessidade* – referem-se à “otimização relacionada àquilo que é faticamente possível” (ALEXY, 2003a, p. 135), ao passo que o terceiro subprincípio – da *proporcionalidade em sentido estrito* – refere-se à *ponderação*, a qual compreende a otimização em função das *possibilidades jurídicas* de cada caso.

“O princípio da adequação exclui a adoção de medidas que obstruam a realização de pelo menos um princípio sem promover qualquer outro princípio ou a finalidade

para a qual foi adotado” (ALEXY, 2003a, p. 135), sendo expressão da idéia de *ótimo de Pareto*: “uma posição pode ser aprimorada sem detrimento para outra”.

O mesmo se aplica, também, ao princípio da necessidade. “Esse princípio exige que, entre dois meios para se promover P¹, que sejam, em linhas gerais, igualmente eficazes, seja escolhido aquele que interfira menos em P²” (ALEXY, 2003a, p. 135). Assim, se existir um meio igualmente adequado e que interfira menos em um princípio, “uma posição pode ser aprimorada sem custo para a outra”.

A proporcionalidade em sentido estrito, por seu turno, refere-se à “otimização relativa às possibilidades jurídicas” ou, mais especificamente, à ponderação de princípios, possuindo conteúdo idêntico a uma regra de argumentação que Alexy denominou “lei de ponderação”. Eis o seu teor: “quanto maior o grau de não satisfação, ou interferência de um princípio, maior deve ser a importância em se satisfazer o outro” (ALEXY, 2003a, p. 136). A colisão de princípios seria, portanto, resolvida com fundamento em um *juízo sobre a importância* de cada um dos princípios concorrentes no caso concreto.

Esse juízo sobre a importância de cada um dos princípios poderia ser decomposto em pelo menos três estágios: o primeiro seria uma questão de se estabelecer o grau de não satisfação, ou interferência, no primeiro princípio (P¹); o segundo, um juízo sobre a importância de se satisfazer o princípio colidente (P²); e, finalmente, o terceiro responderia à questão sobre se a satisfação do princípio P² é ou não suficientemente importante para justificar a restrição em P¹. Cada uma das duas primeiras dimensões poderia ser classificada de acordo com uma escala triádica, segundo os estágios “leve”, “moderada” e “séria”, de modo que uma interferência *leve* em um princípio (P¹) poderia, pelo menos *prima facie*, ser justificada caso as razões para a satisfação de outro princípio (P²) fossem consideradas *sérias*.

A grande questão deste trabalho, que permanece em aberto, é a seguinte: *pode ser elaborada uma justificação racional para a ponderação de princípios, no sentido de Robert Alexy?* Como veremos, Günther (1995; 2004) e Habermas (2005) acreditam que não. A seguir, mostrar-se-á por quê.

3. A argumentação jurídica como discurso de aplicação e as críticas de Günther e Habermas à teoria dos princípios

O ponto nuclear da crítica de Habermas (2005) ao modelo elaborado por Robert Alexy para a colisão de direitos fundamentais – o qual os concebe como princípios que, por causa do *caráter ideal* e da dimensão de peso ou importância que os caracteriza, devem ser ponderados segundo a máxima da proporcionalidade – está na definição de princípios como *mandados de otimização*.

Ao definir dessa maneira os princípios, Alexy estaria atribuindo a tal espécie de normas uma estrutura teleológica que “desvaneceria o sentido deontológico de sua validade” (HABERMAS, 2005, p. 278). Com efeito, Habermas, com fundamento na distinção entre princípios e *policies* – elaborada por Ronald Dworkin (1968) –, vislumbra um *momento de incondicionalidade* para as pretensões jurídicas individuais fundadas em princípios, as quais exigiriam que os direitos subjetivos – fundados nesses mesmos princípios – fossem compreendidos como “*trunfos* em uma espécie de jogo em que os indivíduos defendem suas pretensões justificadas frente ao risco de vê-las sobrepujadas por fins coletivos” (HABERMAS, 2005, p. 273).

Esse caráter teleológico transformaria os princípios de normas em valores, de modo que a validade originariamente incondicional que os caracterizaria seria substituída por uma incontrolável relação de simples preferência, segundo parâmetros que não poderiam ser universalizáveis e nem muito menos controláveis racionalmente.

Para Habermas (2005, p. 328),

“as normas obrigam a seus destinatários sem exceção e por igual a praticar um comportamento, ao passo que os valores devem ser entendidos apenas como preferências intersubjetivamente compartilhadas (...). As normas se apresentam com uma *pretensão binária de validade* e são ou bem válidas ou inválidas; frente aos enunciados normativos, assim como frente aos enunciados assertóricos, só podemos tomar postura com um ‘sim’ ou um ‘não’, ou então nos abstermos de julgar.”

Nos valores, por sua vez, essa codificação binária estaria ausente das suas pretensões de validade, eis que eles poderiam ser realizados de forma meramente *gradual* ou aproximativa, o que os tornaria vinculantes apenas de forma relativa, e não absoluta, como aconteceria nas normas de modo geral (HABERMAS, 2005, p. 328).

Em vista desse caráter deontológico – que está ausente nos valores –, as normas nos diriam o que é *obrigatório* fazer, ao passo que os valores nos informariam apenas o que é melhor ou “recomendável”. Ademais – e esse é um dos pontos mais importantes da crítica – as normas demandariam que se adotasse sempre a solução *correta*, o que implica que a ação exigida por elas seja “boa para todos e por igual”, e não apenas *para nós* ou para um determinado âmbito cultural (HABERMAS, 2005, p. 328).

Essa crítica, se for considerada pertinente, fere de morte a teoria dos princípios de Alexy, pois retira do raciocínio com princípios um elemento que, segundo seu próprio autor, é uma característica essencial de todo ato de produção ou aplicação do direito: a *pretensão de correção* – no sentido de “*correção moral* ou *substancial*”.

De acordo com Habermas, “as normas e princípios, em virtude do sentido deontológico de sua validade, podem pretender uma *obrigatoriedade geral* e não uma *preferibilidade particular* ou *especial*”, possuindo uma

capacidade de justificação – em termos universais – muito maior que os valores. Esses, por seu turno, haveriam de ser “postos caso a caso em uma relação ou ordem transitiva com os demais valores”, sem com que haja critérios racionais para estabelecer ou controlar as posições ou hierarquias que se estabelecem entre eles. Como afirma Habermas (2005, p. 332), “para isso [ou seja, para estabelecer essa relação ou ordem transitiva] faltam critérios racionais”, razão pela qual “a ponderação ou sopesamento de valores se efetua ou bem de forma discricionária e arbitrária, ou bem de forma não reflexiva, quer dizer, conforme *standards* ou hierarquias a que se está acostumado”.

Assim, a solução para se levar a sério o caráter deontológico dos princípios, longe de concebê-los como mandados de otimização e submetê-los ao crivo do princípio da proporcionalidade, seria subtraí-los de uma “análise de custo-benefício”, visualizando-os como mandamentos absolutos e binariamente codificados, cujas eventuais colisões haveriam de ser resolvidas por meio de um *discurso de aplicação* pautado pelo *princípio da universalidade* (GÜNTHER, 2004; HABERMAS, 2005, p. 333).

Ao propor tal solução, Habermas (2005) expressamente remete o leitor à tese de Klaus Günther sobre os *discursos de aplicação* no direito e na moral, que pretende fornecer um método para a superação de colisões de normas cuja validade se toma como pressuposta, embora ambas não possam ser seguidas pelo mesmo destinatário e ao mesmo tempo.

Diferentemente de Alexy, para Günther (2004, p. 39) “o reconhecimento de que não há norma que não contenha referência situacional alguma, por mais tênue que seja, é indiscutível”, de modo que “qualquer norma moral [ou jurídica] se caracteriza por ser ‘impregnada de caso’”.

Todas as normas teriam a mesma estrutura hipotético-condicional, o mesmo código binário – retratado na formulação condicional do tipo *se, então* – e, portanto, as mesmas propriedades lógicas e deontológicas.

O que haveria, na realidade, não seria normas que possuem uma estrutura diferente ou um caráter *prima facie* mais ou menos acentuado – de um lado os *princípios*, mandados de otimização, de outro as *regras*, mandados definitivos –, mas diferentes *situações de aplicação* das mesmas normas. Para Günther (2004, p. 314-315), o que haveria seriam diferentes *comportamentos de colisão*, de modo que “a distinção entre regras e princípios diz respeito menos à estrutura das normas do que à sua aplicação em situações concretas, nas quais a aplicação imparcial de normas demanda a consideração de todos os sinais característicos”.

Em vez de dizer “há normas do tipo *regra*” e “há normas do tipo *princípio*”, sendo que os conflitos entre as primeiras são resolvidos na dimensão da validade – que é invariável – e as colisões entre os últimos são resolvidas na dimensão de peso – que é gradual –, Günther prefere concluir que, no primeiro caso, há um *comportamento colisivo* na dimensão da *fundamentação* da *validade* das normas jurídicas – ou, como diz Günther, há uma “colisão interna” – ao passo que no segundo há um *comportamento colisivo* na dimensão da *aplicação* das normas, consideradas todas as características do caso concreto – ou, simplesmente, uma “colisão externa”.

Subjaz a essa idéia a distinção entre *justificação* e *aplicação* de normas morais e jurídicas. No primeiro caso – discursos de justificação –, está em jogo o reconhecimento da *validade* de cada norma, de modo que o discurso se volta para a generalizabilidade e universalizabilidade das normas em questão. Um discurso de justificação em que se verifique uma *colisão* diz respeito a normas que não podem ser generalizadas ao mesmo tempo, ou seja, que simplesmente não podem subsistir no mesmo sistema e simultaneamente (GÜNTHER, 1995).

No segundo caso – discurso de aplicação –, não há qualquer disputa acerca da validade ou pertinência de uma norma a um dado sistema de referências, mas a *aplica-*

ção imparcial dessas mesmas normas a uma dada situação concreta, consideradas todas as circunstâncias e características do caso.

Günther (1995; 2004) reconhece, desde o início, a impossibilidade de existir uma “norma perfeita” capaz de prever, abstratamente, todas as suas hipóteses de aplicação, de sorte que o discurso de justificação das normas em geral se processa mediante certas condições de limitação decorrentes da incapacidade geral de se prever – de antemão – todas as situações em que a norma deverá ser aplicada e, eventualmente, excepcionada. Por conseguinte, remete-se para um momento posterior – o da atual aplicação da norma às hipóteses abstratamente reguladas por ela – o debate sobre a sua adequação ao contexto fático e jurídico sobre o qual vai incidir.

Elabora-se, assim, uma versão frágil do princípio “U” de Habermas, que pode ser expressa da seguinte maneira: “Uma norma é válida se as conseqüências e os efeitos colaterais de sua observância puderem ser aceitos por todos, sob as mesmas circunstâncias, conforme os interesses de cada um, individualmente” (GÜNTHER, 2004, p. 67). Essa versão “frágil” do princípio da universalidade – habermasiana – tem a peculiar característica de inserir em “U” as variáveis do momento atual e do estágio de conhecimento em que se processa o discurso de justificação das normas jurídicas e morais em geral. Noutros termos, “só serão consideradas [na justificação da validade das normas] as conseqüências e os efeitos colaterais [da sua aceitação] que previsivelmente resultarem da observância geral da norma. Com isso, ‘U’ ostenta um indício que faz com que sua aplicação fique condicionada ao estado do conhecimento presente no momento” (GÜNTHER, 2004, p. 66).

Como expressamente salienta Günther (2004, p. 68), nessa “versão mais fraca de ‘U’, desistimos, por antecipação, da intenção de saber exatamente, para cada situação na qual uma norma seja aplicável, que características situacionais seriam relevan-

tes para os interesses de todos os afetados”, de modo que o discurso sobre a justificação das normas em geral encerra-se com as informações que estiverem disponíveis no momento do seu reconhecimento.

Assim, deixa-se para um momento posterior a tarefa de determinar exatamente cada uma das situações em que as normas jurídicas válidas devem ser aplicadas, de acordo com o contexto temporal e cognitivo da aplicação dessas normas. Por conseguinte, Günther vê o discurso jurídico não apenas como um “caso especial do discurso prático” – como faz Alexy (1997a) –, mas como um “caso especial do discurso prático de aplicação” (GÜNTHER, 1995) que tem como referência precípua não a validade de uma norma, mas a sua situação de aplicação adequada segundo um princípio de coerência que se assemelha, em linhas gerais, à idéia de integridade no sentido de Ronald Dworkin (1968).

Para sintetizar todo esse procedimento em uma fórmula simples, pode-se dizer que esses “discursos de aplicação combinam a pretensão de validade de uma norma com o contexto determinado, dentro do qual, em dada situação, uma norma é aplicada” (GÜNTHER, 2004, p. 79).

Esse procedimento, de resolução dos casos de comportamento colisivo de normas com base em um discurso de aplicação regulado pelo princípio “U”, é aceito por Günther (1995; 2004) e Habermas (2005) como um modelo mais racional que o de Alexy para a dogmática dos direitos fundamentais. Passa-se agora, porém, a analisar a razoabilidade dessas objeções.

4. A réplica de Alexy e a adequação da sua teoria dos princípios à dogmática jurídica contemporânea

Cabe agora responder à pergunta: as objeções de Habermas (2005) e Günther (1995; 2004) desmontam o modelo dos princípios concebido por Alexy? Ou, com maior precisão, pode-se perguntar: entender os

princípios como mandados de otimização desmonta o seu caráter deontológico e, nesse sentido, normativo? A ponderação é um procedimento que pode ser justificado de forma racional?

Para responder adequadamente a esses questionamentos, cumpre, antes de tudo, revisar algumas das respostas que o próprio Alexy já forneceu às críticas mencionadas na seção anterior, bem como refletir sobre as conseqüências de se aceitar ou não as objeções de Habermas (2005) e Günther (1995; 2004), como se passa a fazer nos parágrafos que se seguem.

1) Inicialmente, cumpre considerar a réplica de Alexy (2003b, p. 104-105) à objeção de Günther segundo a qual “não existiriam princípios, senão normas que se aplicam de diferentes maneiras”; para Günther, a distinção entre regras e princípios não radicaria na estrutura das normas, mas em um “diferente modo de tratamento” que o aplicador do direito daria às normas em questão, uma vez “consideradas todas as circunstâncias” (fáticas e jurídicas) de uma situação de aplicação.

Argumenta Alexy (2003b, p. 105) que essa “consideração de todas as circunstâncias do caso”, proposta por Günther (1995; 2004), é nitidamente distinta da “otimização”. Em linhas gerais, sustenta Alexy (2003b, p. 105) que

“a consideração de todas as circunstâncias do caso também é possível na aplicação de normas que podem ser cumpridas ou descumpridas [e não só na argumentação por princípios], ao passo que a otimização pressupõe uma norma que pode ser cumprida em diferentes graus. É bem certo que a otimização implica a consideração de todas as circunstâncias, mas a consideração de todas as circunstâncias não implica a otimização, de modo que aparece com clareza cardeal que a crítica de Günther (1995; 2004) se equivoca no objeto que pretende atacar: a otimização”.

A idéia de otimização permanece intacta uma vez que em nada se opõe à aplicação imparcial das normas jurídicas válidas nem à consideração de todas as circunstâncias do caso nos discursos de adequação, sendo na verdade um problema diverso do enfrentado por Günther (1995; 2004). Bem entendida, a otimização é nada mais do que uma conseqüência natural da “possibilidade de cumprimento gradual” que emana da “dimensão de peso” dos princípios jurídicos, sendo útil e necessária para explicar a possibilidade de *restrição* de direitos fundamentais diante de possibilidades fáticas e jurídicas.

2) Ademais, mesmo reconhecendo, como se deve fazer, a razoabilidade da distinção teórica entre os conceitos de justificação – reconhecimento/fundamentação da *validade* de uma norma – e aplicação – sua utilização adequada, com referência a uma situação concreta –, ou seja, mesmo admitindo a diferenciação analítica desses dois conceitos, daí não se pode inferir que o *discurso jurídico* possa prescindir de algum desses dois momentos, ou, como quer Günther (1995; 2004), que a atividade central dos juristas volta-se para os “discursos de aplicação”, e não para os de “justificação”.

Pelo contrário, um exemplo utilizado pelo próprio Günther, mas retomado por Alexy (1993), desmente essa hipótese; com efeito, imaginemos que uma norma N¹, segundo a qual “deve-se cumprir as promessas que se tenha feito a um amigo”, e outra norma N², que estabelece o “dever de ajudar pessoas doentes que necessitem de assistência”, entrem em conflito em um caso concreto: eu prometo a Smith eu irei à sua festa, mas Jones, caído doente, me pede para lhe prestar assistência.

Em um caso como esse, são necessárias “novas interpretações” das situações factuais, que levam à “mudança, modificação ou revisão” do conteúdo semântico das normas em questão (ALEXY, 1993, p. 163; GÜNTHER, 2004, p. 79).

Para que seja possível uma aplicação adequada (coerente) do sistema normativo,

é necessário, como salienta Alexy (1993, p. 163), *modificar* uma das normas, que, em tese, poderia ser utilizada para a solução do caso; no exemplo, pode-se estabelecer a norma N^1_k , cujo conteúdo seria: “alguém que tenha prometido fazer uma coisa tem a obrigação de fazê-la, exceto se, posteriormente, descobrir que um amigo em dificuldades necessita de ajuda ao mesmo tempo” (ALEXY, 1993, p. 164).

No entanto, ao examinarmos com precisão, veremos que N^1_k revela um “conteúdo normativo adicional em relação a N^1 e N^2 ” (ALEXY, 1993, p. 165). Como se vê, para a aplicação adequada de N^1 , com referência a N^2 , é necessário criar uma *nova norma concreta* (N^1_k), a qual, também, necessita ser *justificada* (ALEXY, 1993, p. 165); portanto, ao contrário do que diz Günther, os discursos de aplicação necessariamente incluem, também, discursos de justificação.

Sintetizando esse raciocínio, “o fato de qualquer discurso de aplicação necessariamente incluir um discurso de justificação, do qual o resultado do primeiro dependa, proíbe contrapor discursos de aplicação e discursos de justificação, como duas formas distintas de discurso” (ALEXY, 1993, p. 169).

Por outro lado, mesmo na aplicação de *normas isoladas* (fora dos conflitos como os narrados acima), antes dos discursos de justificação de normas jurídicas – ou seja, do resgate discursivo da validade dessas normas –, não é correto dizer que existam normas em sentido próprio, mas meras expectativas normativas geradas pelos textos jurídicos ainda carentes de interpretação. Assim, se o debate jurídico fosse reduzido aos discursos de aplicação de normas jurídicas válidas, como quer Günther, seriam negligenciados tanto os processos de interpretação das normas escritas em geral quanto a questão da análise da própria constitucionalidade de cada enunciado normativo particular, pois essas questões acabariam sendo jogadas *para fora* do “discurso jurídico”.

É provável, portanto, que as “diferenças de comportamento” a que se refere Günther

(1995; 2004) – quando fala em “colisões internas” e “colisões externas” – sejam na verdade “diferentes interpretações” do mesmo texto, e não “diferentes aplicações” da mesma norma.

3) Já quanto às objeções de Habermas (2004), Alexy questiona inicialmente a premissa habermasiana de que todas as normas necessariamente devam ter um *caráter absoluto*, sendo essa característica constitutiva do próprio conceito de norma. Argumenta Alexy (2003b, p. 125) que

“A terceira propriedade deste conceito forte do caráter deontológico, segundo a qual o devido é absoluto e universal de tal modo que pretende ser bom para todos em igual medida, apresenta problemas quando se trata de normas jurídicas. Como o próprio Habermas enfatiza, as normas jurídicas, diferentemente das normas morais, ‘em geral não estabelecem o que é bom para todos os homens; elas regulam a vida em comum dos cidadãos em uma comunidade jurídica concreta’. Então elas não podem ser normas, caso se siga o conceito estrito de caráter deontológico.”

Essa passagem, por si só, já demonstra que é um exagero criticar a teoria de Alexy unicamente pelo fato de os princípios não serem passíveis de universalização incondicional “para todos em igual medida”, pois um tal caráter absoluto é simplesmente *inexigível para qualquer norma jurídica*.

Ademais, se todas as normas tivessem necessariamente um *código binário* tão forte que, “frente aos enunciados normativos”, nós só pudéssemos adotar uma postura de um “sim” ou um “não”, como propõe Habermas (2005), não faria muito sentido um *discurso de aplicação* com poderes tão amplos para o aplicador do direito quanto o proposto por Günther (1995; 2004) e encampado pelo próprio Habermas.

Adicione-se, também, embora Alexy não tenha expressamente adotado essa linha de argumentação, que, do ponto de vista práti-

co, faz muito pouca diferença definir princípios como *mandados de otimização* – e, assim, permitir juízos ponderados sobre o grau de aplicação dessas normas nos casos concretos – ou adotar a posição de Habermas (2005) e sustentar que todas as normas jurídicas possuem uma estrutura binária, mas podem ter sua aplicação afastada com fundamento em um *discurso de aplicação* baseado na idéia de coerência. Nos dois casos, há *juízos* e *valorações* muito semelhantes, sendo que as “escolhas” e “preferências” do intérprete influem sobre o resultado de forma muito parecida, sendo no mínimo ingênuo imaginar que num dos casos possa haver algum tipo de “preferência” ou “escolha” que esteja ausente no outro. Bem entendidas as coisas, o que importa na hora de optar por uma das duas vertentes teóricas é a capacidade de fundamentação que cada uma delas é capaz de fornecer, e nesse ponto a teoria de Alexy parece apresentar importantes vantagens, haja vista que as regras da razão prática às quais a ponderação está vinculada (ALEXY, 1997a; 1997b) fornecem critérios de verificação da racionalidade das decisões mais abrangentes e seguros que os propostos por Günther (1995; 2004) para o discurso de aplicação. Com efeito, sua teoria possui um leque limitado de regras de argumentação para fiscalizar as decisões jurídicas em geral, pois acaba circunscrita ao princípio “U” – que também está indiscutivelmente incorporado à teoria da argumentação jurídica de Alexy – e a uma concepção de coerência que possui caráter excessivamente fluido e subjetivo.

4) Finalmente, ao contrário do que imaginara Habermas, Alexy (2003a, p. 136-140; 2003b, p. 127-137) consegue demonstrar por exemplos que sua concepção de *otimização* não é incompatível com a pretensão de *correção* ilocucionariamente pressuposta em todos os atos de produção e aplicação do direito. Alexy chegou a formular dois exemplos para tanto, valendo mencionar aqui pelo menos o primeiro. Alexy (2003a, p. 136) se refere, neste exemplo, a uma decisão da

Corte Constitucional Alemã acerca dos avisos de saúde que a lei obrigatoriamente exige sejam colocados nas embalagens de cigarros às expensas dos produtores. Na ocasião, decidiu a corte que a colocação de avisos acerca da nocividade do tabaco seria uma interferência *leve* na liberdade de exercício de qualquer atividade econômica, ao passo que, por outro lado, um completo banimento de todos os produtos do tabaco poderia constituir uma interferência *séria* no mesmo princípio. Da mesma forma, ao analisar as razões que justificavam a interferência, a corte entendeu que os riscos à saúde que resultam do ato de fumar são altos, de modo que as razões que justificavam a interferência no princípio da liberdade de exercício de atividade econômica eram *fortes*. Assim, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito – que estabelece uma escala triádica para medir a intensidade de interferência em um princípio e o grau de satisfação do outro, segundo o parâmetro “leve”, “médio” e “intenso” – impõe a conclusão de que a exigência de impressão dos avisos nas embalagens de produtos derivados do tabaco estava permitida pelos princípios constitucionais em questão.

Como se percebe, a questão de saber se a ponderação é ou não compatível com a pretensão de correção intrinsecamente pressuposta em todos os contextos institucionais de produção do direito depende unicamente de se admitir a possibilidade de juízos corretos acerca dos graus de interferência e satisfação dos princípios em rota de colisão. Ora, ao contrário do que sustenta Habermas (2005), nada está a indicar a impossibilidade de se formularem juízos racionalmente fundamentados acerca do grau de interferência nos aludidos princípios constitucionais, em especial se se vincular, como faz Alexy, o processo de ponderação a uma teoria da argumentação jurídica capaz de fornecer parâmetros para avaliar a racionalidade desses juízos. Habermas parece, assim, não deixar claro por que seria, *a priori*, impossível um procedimento racional de

justificação – pautado pelo próprio princípio “U”, além de outras regras de argumentação – para justificar juízos e interpretações sobre a intensidade de cumprimento dos princípios colidentes.

Mutatis mutandis, é de se esperar um mínimo de eficiência da racionalidade prática, a fim de permitir que se possa falar em uma *justificação* dos resultados da ponderação segundo parâmetros procedimentais tais como os fornecidos pelo código da razão prática de Alexy, os quais se espraiam por todos os juízos e valorações que, inevitavelmente, têm lugar na prática jurídica cotidiana.

Conclui-se, portanto, que a construção teórica dos direitos fundamentais como “princípios” deve ser mantida, haja vista sua funcionalidade para a prática jurídica e a possibilidade de – assim como em qualquer terreno sobre o qual uma teoria da argumentação se debruce, para o fim de formular standards para aferir a racionalidade da decisão encontrada – justificar os resultados da ponderação a partir de parâmetros fornecidos pela própria racionalidade prática.

Referências

ALEXY, Robert. Justification and application of norms. *Ratio Juris*, Oxford-Malden, v. 6, n. 2, p. 157-170, 1993.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997a.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997b.

_____. My philosophy of law: the institutionalization of reason. In: WITGENS, L. (Ed.). *The law in philosophical perspectives*. Dordrecht; Boston; London: Kluwer, 1999.

_____. Constitutional rights, balancing and rationality. *Ratio Juris*, Oxford-Malden, v. 16, n. 2, p. 131-140, 2003a.

_____. Sobre la estructura de los principios jurídicos. In: ALEXY, R. *Tres escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução de Carlos B. Pullido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003b.

ATIENZA, M. Entrevista a Robert Alexy. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, n. 24, p. 671-687, 2001.

DWORKIN, Ronald. Is law a system of rules?. In: SUMMERS, Robert (Ed.). *Essays in legal philosophy*. Berkeley: University of California Press, 1968.

GÜNTHER, Klaus. Um concepto normativo de coerencia para la teoría de la argumentación jurídica. *Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, n. 17-18, p. 271-302, 1995.

_____. *Teoría da argumentação no direito e na moral: justificação e aplicação*. Tradução de Cláudio Molz. São Paulo: Landy, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez: Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005.

KELSEN, Hans. Causalidade e imputação. In: _____. *O que é justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: M. Fontes, 2001.

_____. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2003.

O realismo jurídico em Oliver Wendell Holmes Jr.

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy

Oliver Wendell Holmes Jr. é a referência mais recorrente no realismo jurídico norte-americano. Jurista militante e filósofo dileitante, Holmes levou o pragmatismo jurídico ao limite, atuando como juiz da Suprema Corte norte-americana, de 1902 a 1932, discordando freqüentemente de opiniões formalistas, o que lhe valeu o epíteto *the great dissenter*, o que, vertido para nossa linguagem forense, indica algo próximo de *prolador de votos vencidos*. Suas opiniões foram com o tempo confirmadas e, nesse sentido, Holmes antecipou as grandes mudanças da jurisprudência norte-americana, que marcaram o século XX. No entanto, paradoxos e ambigüidades marcam sua trajetória, objeto do presente artigo.

Holmes nasceu em 1841 e faleceu em 1935, três anos depois de ter-se aposentado da Suprema Corte. Seu pai, Oliver Wendell Holmes Sr., lecionou medicina na Universidade Harvard e foi um dos mais conhecidos escritores norte-americanos do século XIX. Vivendo em Boston, Holmes Jr. freqüentou e conviveu com a elite do pensamento norte-americano, a exemplo de Charles Sanders Peirce e de William James, com quem se reunia freqüentemente, em agremiação filosófica que fundaram, o *Clube Metafísico*. O pai de Holmes também havia estudado direito, embora, ao que consta, odiasse o estudo de leis e de antecedentes jurisprudenciais, tendo abandonado o curso, justificando sinceramente a atitude, ao afir-

Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy é Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Hubert Humphrey Fellow na Universidade de Boston. Procurador da Fazenda Nacional em Brasília. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília.

mar que lhe era desagradável estudar direito (Cf. BOWEN, 1944, p. 59); a opção subseqüente foi a medicina, embora a literatura representasse seu maior interesse. Em carta de 1831, o pai de Holmes havia escrito que a advocacia é a profissão daqueles que querem a selvageria, enquanto a medicina é a ocupação de comedores de ópio que amam as desilusões (Cf. BOWEN, 1944, p. 61). Holmes viveu com o pai até os 30 anos, e dele dependeu financeiramente até essa idade (Cf. BOWEN, 1944, p. 258). E foi na casa do pai que ele foi residir assim que se casou (Cf. BOWEN, 1944, p. 261), embora nora e sogro não se dessem muito bem (Cf. BOWEN, 1944, p. 263).

Holmes lutou na guerra civil norte-americana, experiência que lhe marcou profundamente. Serviu como tenente. Foi ferido várias vezes, quase perdeu um dos pés, caiu preso entre os confederados, conseguiu retornar a Boston, graduou-se em direito; a partir de então, desenvolve-se sua prolífica carreira. Sentiu medo da guerra, e teria desde então desenvolvido percepção de profunda desconfiança para com a bondade humana (Cf. BOWEN, 1944, p. 154). No último ferimento, quase perdeu a perna. Ficou por nove meses distante dos sangrentos campos de batalha. O retorno à família foi triunfal (Cf. BOWEN, 1944, p. 184). Holmes era um abolicionista (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 42).

Freqüentou Harvard por tradição familiar, fazendo-o como seu pai, tios e primos fizeram antes dele (Cf. BOWEN, 1944, p. 115). É indiscutivelmente o maior nome do pensamento jurídico norte-americano, ao qual imprimiu percepções e soluções práticas e pragmáticas, distanciando-se de problemas conceituais e metafísicos que marcavam (e marcam) o pensamento jurídico europeu. Holmes é o primeiro juiz moderno a adquirir *status* de celebridade. Desde sua morte, Holmes tem sido festejado por muitos e condenado e criticado por outros tantos. Passado mais de meio século de sua morte, Holmes é ainda tema de biografias e de estudos analíticos (Cf. HOEFLICH, 2002, p. 398).

Depois de concluir o curso de direito, Holmes advogou, fez pesquisas de história jurídica e foi convidado para lecionar em Harvard. Charles Eliot estava à frente da faculdade de Direito em Harvard. Convidou uma série de jovens talentosos para lecionar: Holmes, John Gray, Henry Adams, John Fiske (Cf. BOWEN, 1944, p. 255). Holmes aceitou a proposta, porém deixou bem claro que abandonaria o magistério se eventualmente fosse apontado para a magistratura, carreira que havia escolhido. No modelo norte-americano, não há concursos para o recrutamento de juizes. Trata-se de indicação política. Juizes estaduais são apontados pelos governadores. Juizes federais e de tribunais federais superiores, a exemplo da Suprema Corte, são indicados pelo presidente da república, e posteriormente são sabatinados pelo senado. Em 8 de dezembro de 1882, Holmes foi indicado para uma vaga na Suprema Corte de Massachusetts. Holmes estava lecionando em Harvard por apenas dois meses. Deixou os alunos no meio das aulas, não teria consultado ou informado seus colegas de magistério superior. O diretor da faculdade de direito teria tido notícia da ida de Holmes para a Suprema Corte de Massachusetts pelos jornais (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 37). Holmes deixou a faculdade sem tomar o cuidado de aguardar a contratação de um sucessor, como era hábito (Cf. BOWEN, 1944, p. 297).

Segundo os detratores de Holmes, seu plano era o de ser reconhecido como o maior jurista do mundo (*the greatest jurist in the world*) (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 34). Contraditório, Holmes professava certa simpatia por práticas de eugenia, bem como refutava a validade do direito natural, o que lhe granjeou a desconfiança e a antipatia de segmentos católicos (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xvii). Por outro lado, manteve casamento de 60 anos com Fanny Dixwell, convivência que os americanos vêem como um *monumento ao matrimônio*, o que provoca em um admirador a observação de que Holmes não fora apenas um gran-

de jurista; ele teria sido também um grande intelectual, uma grande pessoa, um grande americano, um homem de uma grande vida (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xv). Holmes visitava semanalmente o túmulo da esposa; conta-se que, quando Fanny morreu, Holmes teria escrito que ela, por 60 anos, havia feito da vida uma poesia para ele (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 35).

Porém nem tudo pode-se confirmar como imaculadamente perfeito. Há suspeitas de que Holmes tivera uma amante inglesa, aristocrática, conhecida como Lady Castledown (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 20). Ao que consta, Holmes teria escrito 103 cartas para Lady Castledown, cartas que ainda existem, conforme intrigante ensaio escrito por David Seipp (1997, p. 535), professor de história do direito na Universidade de Boston, de quem fui aluno, e que defendeu que Holmes teria escrito seu trabalho *The Path of the Law* em estado de grande paixão e euforia amorosa, e que o texto fornece indícios de redação apaixonada, romanticizada.

Holmes é o herói do direito norte-americano (*the hero of American law*). Benjamin Cardozo o reputava senhor de todo o direito e da filosofia do direito, o mais perfeito jurista de seu tempo. Felix Frankfurter teria dito que Holmes era o filósofo que se tornou rei. Frankfurter ainda dizia que por séculos homens que jamais teriam ouvido falar de Holmes estariam movimentando-se na extensão de seu pensamento. Charles Wyzanski afirmara que, como a estátua *A Vitória de Samotrácia*, Holmes era o ápice de cem anos de civilização. Thomas Grey afirmara que Holmes fora o maior oráculo do pensamento jurídico norte-americano. Karl Llewellyn tinha Holmes como a mente mais distinta de seu tempo. Morton Horwitz reputava Holmes o único pensador jurídico nos Estados Unidos. Para Richard Posner, Holmes é a mais ilustre figura do direito norte-americano. Para Harry Kalven e Hans Zeisel, Holmes seria o mais perfeito ideal buscado por um advogado norte-americano. Declarou-se que a indústria automobi-

lística teve Henry Ford, que o jazz contou com Louis Armstrong, que Hollywood teve Marilyn Monroe, que o baseball contou com Babe Ruth e que o direito orgulhava-se de Oliver Wendell Holmes Jr. (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 15). Holmes foi beatificado, o que ensejou questão intrigante. Afinal, como um homem brutalizado pela guerra civil tornou-se o grande oráculo do direito norte-americano? Sem dúvidas, ele era brilhante, trabalhava duro e com seriedade, escrevia prosa cativante e, ao que consta, era pessoa de charme extraordinário (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 181), um *causeur*. Para autora entusiasta, a história de Holmes confunde-se com a história dos Estados Unidos (Cf. BOWEN, 1944, p. xi).

A trajetória jurídica e filosófica de Holmes é dividida em três fases. A primeira delas refere-se a Holmes exercendo a advocacia, em relação à qual muito pouco se interessa; ele advogou com seu irmão Ned, por pouco tempo (Cf. BOWEN, 1944, p. 255). Holmes desencantou-se com a advocacia (Cf. BOWEN, 1944, p. 270). A segunda fase marca momento matizado pela pesquisa que propiciou seus dois livros, *The Common Law* e *The Path of the Law*. Nessas obras, encontram-se os pontos principais de seu pensamento, bem como do realismo jurídico, que há quem prefira chamar de movimento de pragmatismo jurídico (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xi). A visão de Holmes em relação a matéria contratual é indicativa bem eloqüente do pragmatismo normativo. Não há, para Holmes, obrigação absoluta e potestativa de o contratante cumprir o pactuado, no que se refere a seus elementos intrínsecos. Dado que contratos fazem previsão de perdas e danos, além de cláusulas que estipulam multas e penalidades pela não adimplência do pactuado, o recolhimento de valores, para Holmes, pura e simplesmente, anula qualquer obrigação moral subjacente. Para Holmes (1991, p. 315), “quando se diz que um contrato é anulável, assume-se que um contrato foi celebrado, mas que também pode ser destruído, dependen-

do da escolha de uma das partes contratantes”. Nesse sentido, o de interpretação do direito à luz de opções que possibilitem a maximização da riqueza, é que Holmes é reputado como o antecessor mais ilustre do movimento *law and economics*, direito e economia. Holmes incitava os juízes a estudarem economia e estatística, bem como pregava que as motivações políticas, sociais e econômicas das decisões deveriam ser claramente identificadas (Cf. SEIPP, 1997, p. 517).

É nesses dois livros que Holmes fundamenta concepções seminais para o realismo jurídico, propugnando que o direito não é lógica, é experiência, e disseminando a metáfora do *bad man*, do bandido. Segundo esta última idéia, que retomarei mais à frente, o bandido está apenas interessado nas conseqüências que viverá se violar a lei. E nada mais. É assim que pensaríamos em relação ao direito, isto é, o que acontecerá se não cumprirmos a lei. Nessas obras se compreende a proposta fundamental de Holmes, que dá conta de que conhecer o direito é saber de antemão como os juízes vão julgar determinados casos. O juízo de previsibilidade, por parte do advogado, especialmente, é, para Holmes, o núcleo do exercício da profissão, que não esconderia tantos segredos assim; a advocacia seria um ofício prático, como outro qualquer; nada de ciência, de epistemologia, de problematizações metafísicas, de cogitações transcendentais, de lógica binária, de conjuntos aporéticos (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xi). Holmes rejeitava a lógica e a história, porque ambas forneciam apenas disfarces retóricos para as decisões jurídicas (Cf. SEIPP, 1997, p. 517).

No livro *The Common Law*, Holmes criticou o formalismo, corajosamente afirmando que a decisão judicial não é a mera aplicação de um precedente, embora, bem entendido, insinuasse que um bom juiz inconscientemente julgava de acordo com os padrões médios da sociedade em que vivia (Cf. BOWEN, 1944, p. 275). Holmes hostilizou o

pensamento de Christopher Columbus Langdell, antigo diretor de Harvard, que havia firmado o formalismo jurídico nos Estados Unidos (Cf. BOWEN, 1944, p. 281).

The Path of the Law é texto cuja abertura é antológica. A retórica de Holmes (1992, p. 160) emerge com todo esplendor:

“Quando estudamos direito, não estamos tratando de um mistério, porém de uma profissão muito conhecida. Estudamos o que devemos buscar ao falarmos com um juiz, ou como aconselhar as pessoas de modo que elas evitem problemas e fiquem distantes dos tribunais. A razão pela qual o direito é uma profissão, os motivos pelos quais as pessoas pagam advogados que as representem junto aos juízes, reside no fato de que, em sociedades como a nossa, o comando da força pública está concentrado em juízes, que movimentam toda força do Estado, se necessário, para o implemento das decisões judiciais. As pessoas querem saber sob quais circunstâncias e até onde elas correm riscos de se encontrarem em face do que é muito mais forte do que elas, e conseqüentemente isso se torna um negócio a resolver, quando tal perigo é fonte de temor. O objeto de nosso estudo, então, é previsão, é a previsão da incidência da força pública como instrumento das cortes de justiça”.

O direito como mecanismo conceitual de previsão é tema central nas reflexões de Holmes. E ele esforçava-se para não confundir a previsão jurídica com base nas tendências e no comportamento de quem diz o direito, da mera leitura e do simples exercício estatístico dos precedentes judiciais:

“Boa parte de nossas previsões quando generalizadas e reduzidas a um sistema não formam um todo tão grande ou de difícil manejo. Elas se apresentam como um corpo finito de dogmas que pode ser dominado dentro de um lapso razoável de tempo.

Trata-se de um grande engano quando nos assustamos com o crescimento do número de julgados e de precedentes judiciais. Os julgados de uma determinada jurisdição ao longo de uma geração levam em conta o conjunto do direito disponível, interpretando esse conjunto a partir dos pontos de vista da época na qual o direito é aplicado. Podemos reconstruir esse conjunto (...) a utilização de julgados antigos é prioritariamente histórica (...)" (HOLMES, 1992, p. 161).

É nesse livro, *The Path of the Law*, que Holmes evidencia quem é o consumidor do direito; o *bandido*, o *fora da lei*, o *bad man*, para usarmos a figura de linguagem que ele criou. É para ele, o *bad man*, que o direito foi criado; é ele o consumidor do direito (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 144). O criminoso, o *bad man*, é anunciado, da forma seguinte:

"Pode se ver que um criminoso tem tanta razão quanto tem um homem correto para evitar as forças públicas, que representam a justiça, e disso conseqüentemente pode se deduzir a importância prática da distinção entre moralidade e direito. Um homem que não liga nada para uma regra ética praticada por seus vizinhos provavelmente não ligará muito para evitar ser forçado a pagar alguma coisa na tentativa de ficar fora da cadeia, se isso conseguir" (HOLMES, 1992, p. 161).

Holmes desconfiava da separação entre direito e moral (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 150). David Seipp (1997, p. 543) investigou as prováveis fontes literárias do *bad man* de Holmes, identificando-o em um livro de 1896, que Holmes certamente teria lido, de autoria de Melville Davisson Post, com o título *The Strange Schemes of Randolph Mason*. Para Seipp (1997, p. 543), o *bad man* de Holmes pode ser qualquer advogado, ou qualquer advogado que aconselhe um bandido, e que se pode tornar tão mau quanto o criminoso que ajuda. Holmes teria sido abalado na infância pelas notícias de um crime

horrrível que ocorrera em Boston, e que consistira no assassinato e no esquartejamento de um certo Dr. George Parkman, que ouviu falar em casa, porque seu pai havia testemunhado no caso. Para Seipp (1997, p. 545), Holmes percebia que eventuais distinções entre direito e moral não devem emergir de generalizações abstratas, porém devem surgir de representações concretas, como as que teve na infância, e com a concepção do criminoso que nominou de *bad man*. O *bad man* serviria a um propósito pragmático. Para Holmes (1992, p. 162),

"se você quer conhecer o direito (...) basta olhar para a situação como um criminoso, que liga apenas para as conseqüências materiais que tal conhecimento propicia a ele prever, e não como uma pessoa correta, que encontra razões para sua conduta, tanto no direito como fora do direito, nas vagas sanções ditadas por sua consciência".

Uma última fase mostra-nos Holmes exercendo a magistratura nas cortes supremas, em Massachusetts, e depois em Washington. Holmes trabalhava freneticamente e redigia seus votos com espantosa velocidade e precisão (Cf. BOWEN, 1944, p. 316). Holmes criou e desenvolveu a teoria moderna do federalismo, distanciando-se de idéias formalistas que fracionavam o modelo em feições verticais e horizontais. Holmes percebia que o federalismo deveria ser convergente, prospectivo, e que o regime que fundamenta o pacto federativo centra-se menos na repartição convencional de competências abstratas e mais em engenharias constitucionais peneiras de criatividade, na mira do bem comum. Holmes concebeu projeto de limitação de intervenções do judiciário, o *judicial self-restraint*, idéia que será apropriada pela guinada à direita que a Suprema Corte norte-americana vem desenvolvendo, desde a ascensão dos conservadores republicanos, a partir da administração Ronald Reagan, condicionante de um minimalismo judicial preocupante.

Holmes também insistia na flexibilidade da interpretação constitucional. Para Holmes, a constituição não é necessariamente um ser vivo e mutante; no entanto, gerações presentes não são prisioneiras do passado. Soluções pretéritas não são necessariamente as mais adequadas para os dias em que vivemos. Holmes desconfiava do tradicionalismo como justificador da autoridade, a usarmos concepção weberiana. Holmes também desenvolveu princípio exegético relativo a questões de liberdade de expressão, garantindo-a, de modo relativo, na medida em que critério de perigo claro e eminente (*clear and present danger*) deveria ser o único a orientar o intérprete. Holmes posicionava-se ao lado do trabalhador em questões trabalhistas (Cf. BOWEN, 1944, p. 317). Holmes rejeitava também o jargão dos especialistas, escrevendo do modo menos formal possível (Cf. BOWEN, 1944, p. 274).

Embora recorrentemente discordando de seus colegas da Suprema Corte, Holmes fazia-o com retórica impressionante, elegante. Seu voto no caso *Commonwealth v. Perry* (115 Mass. 117, 28 N.E. 1126- 1891) principia da forma como segue, colocada em português, com os prejuízos naturais da inexistência de uma hermenêutica diatópica, que propicie esperanto jurídico incontestável:

“Eu tenho o desprazer de discordar de meus pares. Tenho submetido extensivamente meus pontos de vista e, considerando-se a importância da questão trazida a juízo, sinto-me obrigado a tornar pública, por meio de breve passagem, as razões de minha discordância, não obstante o respeito e a deferência que tenho para com o julgamento daqueles em face de quem eu discordo” (HOLMES, 1992, p. 123).

No caso *Northern Securities Company v. United States* (193 U.S. 197- 1904), um elegante exórdio anuncia a discordância:

“Não consigo concordar com o julgamento da maioria desta Corte, e, embora eu pense que seja desnecessá-

rio e indesejável, como regra, anunciar um voto vencido, sinto-me obrigado a fazê-lo nesse caso e então explico as minhas razões. Grandes questões e questões complicadas fazem um péssimo direito. Porque os grandes julgamentos são chamados de grandes, não tanto pela importância que têm em delinear a jurisprudência a ser seguida, mas prioritariamente porque um acidente qualquer provocou um demasiado interesse no caso, apelando para sentimentos que distorcem o julgamento. Interesses imediatos exercem uma pressão hidráulica no julgador, fazendo aquilo que era claro parecer duvidoso (...)” (HOLMES, 1992, p. 130).

Em carta endereçada a Harold Laski, Holmes (1992, p. 218) dizia não gostar de ser maculado como o discordante, o homem do voto vencido, dizendo que “estava expressando suas expressões jurídicas e não lutando numa rinha”. No seu mais famoso voto vencido, no caso *Lochner v. New York* (198 U.S. 45- 1905), Holmes (1992, p. 306) principiou de modo epigramático:

“Eu sinto muito em não poder concordar com o julgamento que está sendo proferido no presente caso, e sinto que é minha obrigação de expressá-lo. Este caso está sendo julgado a partir de uma teoria econômica com a qual uma boa parcela da população deste país certamente não concorda. Se consistisse a questão meramente em se saber se eu concordo com essa teoria, eu deveria estudá-la muito mais a fundo antes de expressar minha opinião. Porém realmente sinto não ser essa a minha obrigação, porque acredito que minha concordância ou minha discordância em nada se relacionam com o direito que a maioria tem de expressar suas opiniões jurídicas”.

Nesse mesmo julgado, que tratava de proibição de que donos de padaria contratassem padeiros para jornadas de trabalho

superiores a dez horas, Holmes condenou o liberalismo econômico, observando que a constituição norte-americana não sufragava as estatísticas sociais de Herbert Spencer, pensador inglês que pregava o darwinismo social (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 62). Holmes preferia ouvir e julgar a partir das sustentações orais dos advogados norte-americanos, desprezando petições e memoriais que lhe eram enviados (Cf. BOWEN, 1944, p. 316).

Holmes cunhou epigramas mais recorrentes e frases mais famosas do linguajar jurídico norte-americano. Segundo Holmes (1992, p. 306), “proposições gerais não decidem casos concretos”. É sua a mais eloquente passagem do realismo jurídico norte-americano:

“A vida do direito não tem sido lógica: tem sido experiência. As necessidades sentidas em todas as épocas, as teorias morais e políticas que prevalecem, as intuições das políticas públicas, claras ou inconscientes, e até mesmo os preconceitos com os quais os juízes julgam, têm importância muito maior do que silogismos na determinação das regras pelas quais os homens devem ser governados. O direito incorpora a história do desenvolvimento de uma nação através dos séculos e não pode ser tratado como se compreendesse tão-somente axiomas e corolários de livros de matemática. De modo a se saber o que é o direito, deve se saber o que ele tem sido e qual a tendência que há de se transformar. Deve se consultar alternativamente a história e as teorias jurídicas existentes” (HOLMES, 1991, p. 1).

A imagem de que o direito não é lógica, é experiência, é, no sentir de Richard Posner, a “mais famosa sentença que Holmes jamais teria escrito” (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 92). Para Holmes (1991, p. 2), “até cachorros sabem a diferença entre tropeçar e levar um chute”, passagem desconcertante, que revela a simplicidade provocante. Excertos de

Holmes influenciaram, inegavelmente, o modo como os advogados norte-americanos pensam sobre o direito (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 85). No entanto, no dizer dos críticos de Holmes, com exceção de cinco parágrafos, o livro *The Common Law* seria confuso, túrgido, não obstante reputado como o melhor acabado trabalho sobre teoria do direito nos Estados Unidos (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 125). Por outro lado, Holmes transitava em campos conceituais distintos do que o pensamento jurídico de sua época havia assentado como correto (Cf. SEIPP, 1997, p. 550).

Holmes liderou uma revolta contra o formalismo jurídico, atacando o conceitualismo que havia triunfado em Harvard, no tempo de Christopher Columbus Langdell (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 113). De qualquer modo, é em Holmes que a esquerda e a direita do pensamento jurídico norte-americano paradoxalmente radicam seus pontos de vista. Trata-se da *teoria da ferradura*, e que percebe em Holmes as raízes do pragmatismo do movimento *law and economics*, bem como o antiformalismo do grupo radical do *critical legal studies*. Em relação a este último grupo, Holmes vincula-se na medida em que anunciava que juízes decidem “mais ou menos de acordo com as preferências e preconceitos pessoais” (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 1). É que, para Holmes, o direito acaba redundando no exercício de um poder orientado para a satisfação de interesses pessoais (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 2). O pragmatismo jurídico que Holmes concebeu persiste na concepção de direito ensinado nas escolas norte-americanas. O ceticismo que marca seu pensamento influencia críticos e neoliberais.

Holmes preocupava-se com questão pedagógica central na experiência jurídica. O que deve estudar o aluno de direito? O que deve estudar o advogado, o juiz? Qual o sentido de uma preparação especializada? Qual a importância de uma educação jurídica generalista? A citação é longa, porém provocante e atual:

“Por vezes ouço um desejo expresso por um impaciente, dizendo que o ensino tem que ser mais prático. Lembro-me então de um sábio que dissera a um amigo meu quando este último começava a sua vida profissional: ‘Não estude muito direito não’, e eu penso que possamos imaginar momentos em que esse conselho seja útil. Porém ainda algo muito mais útil foi a mim dito (...) quando alguém não menos sábio me falava que ‘o negócio do advogado é conhecer o direito’. Era propósito daquele professor de Harvard que seus alunos estudassem e conhecessem direito (...) E penso que o professor estava totalmente correto, não apenas em relação aos fins que perseguia, porém também no que toca aos meios que propunha para que tais fins fossem alcançados. Sim, esta faculdade tem sido, e espero que continue, um grande centro no qual advogados ganham e aperfeiçoam conhecimentos, e do qual os jovens, muito mais inspirados pelos exemplos do que pelos ensinamentos, continuavam avançando, não para imitar o que seus mestres têm feito, porém para viverem livremente suas vidas (...) As pessoas formadas por esta faculdade [Harvard] podem nem sempre ser os que mais conhecem o modo de avançar na profissão (...) porém são orgulhosos na convicção de que o conhecimento para o qual consagraram suas vidas é consagrado para assuntos que realmente interessam ao mundo. Trata-se do conhecimento do pensamento abstrato, da ciência, do belo, da poesia e da arte, de cada flor da civilização, na busca de um solo generoso que as abrigue e alimente. Se não encontram esse solo, as flores morrem. Porém o mundo precisa muito mais das flores do que as flores precisam de vida” (HOLMES, 1992, p. 223).

Holmes (1992, p. 224) lembrou alguém que lhe dissera que na Rússia havia muitos especialistas na classe média, enquanto nas classes mais altas havia muito mais gente civilizada. Holmes imaginava professores de direito que fossem recrutados entre os que melhor produzissem nas respectivas gerações. Para Holmes (1992, p. 226), os professores de direito deveriam oxigenar a produção de seus alunos. Holmes é de um tempo em que a América ainda desprezava advogados, em benefício de comerciantes, que não obstante ganhavam a vida de modo questionável, segundo estudo biográfico de Holmes (Cf. BOWEN, 1944, p. 202). Quando Holmes estudou direito, ele complementou a educação pessoal com intermináveis leituras que incluíam Montesquieu, Platão, Hume, Locke, Hobbes, Mill, Spencer. E ainda, lembra-se, Thomas Jefferson havia aconselhado que estudantes de direito fizessem de todos os campos do conhecimento uma esfera de aprendizado pessoal; bacharéis, segundo o conselho de Thomas Jefferson (orientação que Holmes seguiu fielmente), deveriam ler ciências naturais, história, *belles-lettres*, crítica literária, retórica, oratória, e deveriam ler do nascer do sol à hora de dormir, o tempo todo (Cf. BOWEN, 1944, p. 203). No tempo em que Holmes foi para a faculdade de direito, vivia-se o ocaso e a decadência do generalismo pregado por Jefferson, assistia-se ao desenvolvimento do pensamento especializado e formal, que Holmes criticou ao longo de sua vida (Cf. BOWEN, 1944, p. 214).

Holmes recusou outras oportunidades de trabalho, como chefiar uma embaixada. Holmes adorava o que fazia, gostava do direito, e pretendia transformar suas idéias em jurisprudência, no sentido americano do termo, isto é, em filosofia do direito. Holmes pretendia demonstrar como soluções particulares decorrem e envolvem teoria geral, e pretendia fazê-lo com estilo (Cf. HOLMES, 1992, p. 29). Holmes dizia admirar um conhecido advogado de Boston, Charles Loring. É que a sogra de Holmes reputava

Lorging como um grande homem e como um advogado excepcional, porque ele jamais teria aceitado uma causa na qual não acreditasse. Holmes (1992, p. 45) arrematava dizendo que isso se devia ao modo sardônico como Lorging via suas causas...

Holmes era um realista, no sentido próprio e pessoal da própria conduta. Em artigo publicado em revista jurídica, escreveu que sempre perguntava pelo preço das coisas, que procurava o quanto custava qualquer interesse que tinha, especialmente quando estava obstinado com algo mais luxuoso (Cf. HOLMES, 1992, p. 119). Individualista, Holmes acreditava que uma aceitação tácita de que os interesses sociais são comuns indicava falsidade (Cf. HOLMES, 1992, p. 122). Para Holmes, leis circunstanciam aspectos empíricos da vida social. Em passagem canonizada pelo movimento *critical legal studies*, Holmes (1992, p. 122) escreveu que a lei é instância por meio da qual um grupo que detém o poder impõe aos menos poderosos ônus e obrigações desagradáveis.

O individualismo de Holmes é bem explicitado em carta a Harold Laski, na qual Holmes escreveu que não via nenhum direito de seu vizinho ter parte do pão que ele, Holmes, havia ganho. E também escreveu para Laski, na mesma carta, que “os direitos de um determinado grupo são aqueles pelos quais o grupo tem lutado” (Cf. HOLMES, 1992, p. 141). Para Holmes (1992, p. 147), os juizes têm tendência à ingenuidade, eram pessoas de mentalidade média, quando deveriam assumir um pouco de Mefistófeles. É que todos precisaríamos ser educados para o óbvio, isto é, para aprendermos a transcender de nossas próprias condições e circunstâncias, de modo a deixarmos espaço para coisas que acreditamos, a fim de que realizemos nossas idéias com pequenas revoluções, que se fariam ordeiramente, mediante mudança bem comportada do direito que nos rege.

Holmes (1992, p. 147) definia o direito como um corpo de crenças triunfantes na

batalha das idéias, traduzidas em ação. Em discurso feito em banquete entre advogados em 1902, Holmes (1992, p. 151) dizia ver o direito como um todo orgânico, como uma reação da tradição em face de tendência, desejos e necessidades da comunidade. E com muita simplicidade, embora com imenso sentido realista, Holmes (1992, p. 163) observou que a profecia do que juizes e cortes fazem e decidem de fato, e nada mais do que isso, e nada mais pretensioso, é que se deve entender por direito.

No entanto, é recorrente também em Holmes (1992, p. 173) atitude de veneração para com o direito, e particularmente para com o direito norte-americano. E o excerto seguinte parece comprovar a assertiva:

“Eu venero o direito, especialmente o nosso modelo jurídico [o norte-americano], que reputo como um dos mais vastos produtos da mente humana. Ninguém sabe melhor do que eu o incontável número de grandes intelectos que tem se dedicado em melhorar ainda mais esse modelo jurídico (...) não se trata de um sonho hegeliano, porém uma parte da vida dos homens. Mas pode se criticar também aquilo que se reverencia” (HOLMES, 1992, p. 173).

Outro suposto paradoxo é revelado por surpreendente afirmação de Holmes (1992, p. 176), para quem “a teoria é o meu tema e não pormenores práticos (...) a teoria é a mais importante parte do dogma do direito, como o arquiteto é a figura mais importante na construção de uma casa”. E ainda, Holmes curva-se à tradição, ao passado, ao pacto que a cultura jurídica norte-americana tem com o precedente, com a jurisprudência. É que, em discurso proferido em Harvard, em 25 de junho de 1895, Holmes (1992, p. 184) afirmava que “o direito, tanto quanto dependa de seu estudo, é, de fato, como tem sido dito, o governo dos vivos por meio dos mortos”. Para Holmes (1992, p. 218), “o direito não é campo de estudo para artistas ou poetas; é um chamado para pensadores”.

Certo sentido de interdisciplinariedade também é revelado, em nota conclusiva a palestra dada em Harvard, em 17 de fevereiro de 1886:

“Se o seu tema de estudo é o direito, o caminho exige o estudo da antropologia, da ciência do homem, da economia política, da teoria da legislação, da ética e de várias sendas que conduzem a uma visão de vida (...) Para dominar qualquer campo do conhecimento, você deve dominar todos aqueles que se aproximam de seu tema principal; de modo que, para conhecer alguma coisa, você deve conhecer tudo” (HOLMES, 1992, p. 219).

A definição de cultura em Holmes é assustadoramente pragmática. Para Holmes (1992, p. 23), “cultura evidentemente significa ter mais madeira em estoque do que madeira na fornalha, uma quantidade suficiente para que você não seja obrigado a ir cortar mais madeira”. Holmes repudiava a lógica, e sua eventual utilidade na concepção e na prática do direito, observando que é falácia se imaginar que o desenvolvimento do direito seria o resultado da utilização de métodos lógicos (Cf. HOLMES, 1992, p. 166). Para Holmes (1991, p. xiii), os juízes primeiro decidem; e depois encontram a razão e a justificativa lógica para o julgamento feito e para a decisão tomada. E de modo mais conclusivo:

“(…) A preparação de advogados é um treinamento em lógica. Os processos de analogia, separação e dedução são aqueles nos quais o advogado se sente com maior familiaridade. A linguagem das decisões judiciais é basicamente uma linguagem lógica (...) Porém a certeza lógica é uma ilusão e certamente não é marca do destino humano. Por detrás da lógica reside um juízo de relativo valor e importância, referente a leis e teses que estão competindo, marcando com frequência um julgamento desarticulado e inconsciente (...) Pode se dar para qual-

quer conclusão uma forma lógica. Pode-se sempre se encontrar uma condição implícita em um determinado contrato. Mas, por que essa específica condição foi escolhida?” (HOLMES, 1992, p. 167).

Holmes (1991, p. 338) insistia que os parâmetros de uma decisão são puramente práticos, e que jamais poderiam ser apreendidos da gramática ou da lógica. O pragmatismo de Holmes o afasta do culto ao passado e a veneração para com sutilezas dos raciocínios silogísticos. Holmes pretende-se um prático. E o seguinte excerto é ilustrativo dessa imagem:

“Devemos tomar cautela para com as ciladas da reverência ao passado. Devemos nos lembrar que nosso interesse no passado reside tão-somente nas luzes que eventualmente ele poderia jogar em nosso presente. Eu espero o tempo em que o papel protagonizado pela história na explicação dos dogmas do direito seja muito pequeno, e, ao invés de uma pesquisa ingênua, deveríamos gastar nossas energias nos fins que buscamos e na indagação às razões pelas quais desejamos tais fins. Um passo nesse sentido dá-se com a recomendação para que todo advogado estude economia. O presente divórcio entre as correntes da economia política e da teoria do direito parece-me uma prova do quanto ainda devemos progredir em nossos estudos de filosofia. No presente estado da economia política, de fato, aproxima-se de novo da história (...) porém na verdade se exige que sopeemos os objetivos das leis que temos, os meios para que possamos conquistá-los, bem como os custos que tudo isso envolve. Aprendemos que, para que possamos obter algo, devemos abrir mão de outras coisas. Nos ensinam que devemos comparar as vantagens que obtemos com as desvantagens decorrentes daquilo que perde-

mos. Devemos saber bem o que fazemos quando escolhemos” (HOLMES, 1992, p. 174).

Nas decisões que redigia, Holmes explicava sua visão de mundo, de ciência, mostrando-se muitas vezes além de seu tempo e das discussões que agitavam a sua época. No caso *Towne v. Eisner* (245 U.S. 418-1918), Holmes (1992, p. 287) escreveu que “não é necessariamente verdade que a palavra ‘renda’ signifique a mesma coisa na constituição e nas leis (...) uma palavra não é um cristal, transparente e imutável; é a pele que encobre um pensamento vivo e pode variar muito de tamanho e de conteúdo de acordo com a circunstância e com o tempo em que seja utilizada”. É que, para Holmes (1992, p. 298), na teoria da fala, “o seu nome significa você e o meu nome significa eu, e os dois nomes são diferentes (...) eles são palavras diferentes”.

Holmes possuía referencial próprio para questões de criminologia. Criticava as escolas criminológicas da época que se concentravam no criminoso e não no crime. Afirmou que, se o criminoso é sujeito doente, movido por necessidade orgânica, a exemplo dos motivos que impulsionam uma cascavel para que morda, seria mais doentio ainda falar-se nos métodos tradicionais de encarceramento, para controle do marginal. Por outro lado, segundo Holmes (1992, p. 171), se o crime, como uma conduta humana normal, é questão de imitação, a punição bem poderia servir para diminuir a criminalidade. Outro passo sugere uma criminologia própria em Holmes (1991, p. 42):

“Tem sido pensado que o motivo determinante da punição seja a reabilitação do criminoso; isto é, o objetivo é de impedir que o criminoso cometa outros crimes e que as pessoas em geral cometam crimes similares; e isto é uma retribuição. Poucos iriam sustentar que o primeiro destes propósitos é apenas um. E se fosse assim, todo prisioneiro deveria ser colocado em liberdade assim que ficasse claro que ele

jamais voltaria a cometer o mesmo crime, e se não há cura nem remédio para o prisioneiro, ele nem mesmo deveria ser punido. Certamente seria difícil conciliarmos a pena de morte com essa doutrina”.

E ainda no mesmo assunto:

“Deve ser levado em conta, por outro lado, que, se o objeto da punição é a prevenção, a mais pesada punição deve ser usada como ameaça quando os mais fortes motivos determinam sua utilização; e as leis primitivas parecem ter às vezes aderido a esse princípio. Porém se alguma ameaça irá barrar um homem que age sob a paixão e o calor do momento, uma ameaça inferior à pena de morte seria suficiente, e conseqüentemente a pena de morte tem sido, no entanto, excessiva” (HOLMES, 1991, p. 61).

Para Holmes (1991, p. 91), “um ato é sempre uma contração muscular voluntária, e nada mais”. Holmes (1991, p. 94) lembra-nos Spencer ou Darwin, ao perceber no ato criminoso *contrações musculares espasmódicas*. Holmes já foi indicado como o Nietzsche norte-americano (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xxviii). Era um cético, como Nietzsche, e bem sabia que o direito não consiste na busca de um maior bem para um maior número de pessoas, como quer a grande narrativa utilitarista; o direito é questão de quem leva o quê, é o interesse próprio na busca do poder (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 2). Em carta para Felix Frankfurter, Holmes escreveu que concordava plenamente em “que o direito deveria ser um bem se refletisse a vontade das forças dominantes em uma determinada comunidade, mesmo que se nos mandasse diretamente para o inferno” (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 59). Holmes sugere-nos que o direito é política, e que juízes e advogados defendem a neutralidade apenas quando o resultado os interessa (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 63).

A eugenia é questão freqüente no tempo de Holmes que, sobre o assunto, manifes-

tou-se diversas vezes. A crença na eugenia é sinal de pensamento progressivo no tempo em que Holmes viveu (Cf. POSNER apud HOLMES, 1992, p. xxix). Difícil julgá-lo com os olhos de hoje, a usarmos o modelo de Thomas Kuhn, que, em seu livro seminal, escreveu que “cada revolução científica altera a perspectiva histórica de uma comunidade que a experimente” (KUHN, 1996, p. xi). Embora tenha confessado não ter lido Darwin ou Spencer, em carta a Morris Cohen, datada de 5 de fevereiro de 1919, Holmes (1992, p. 110) afirmou que indiretamente conhecia esses autores, “que estavam no ar”. Tendente a autorizar a esterilização de doentes mentais, no caso *Buck v. Bell* (274 U.S. 200- 1927), Holmes (1992, p. 103) escreveu que “a experiência tem mostrado que a hereditariedade protagoniza importante papel na transmissão da insanidade e da imbecilidade”. Em passagem hoje assustadora, no mesmo julgado, Holmes (1992, p. 124) escreveu que:

“É melhor para todo o mundo que, ao invés de esperarmos que se executem descendentes de criminosos, ou deixar que eles morram de fome por conta da imbecilidade, a sociedade deve se prevenir contra aqueles que são manifestamente inadequados para a continuidade da espécie humana. O princípio que justifica a vacinação compulsória da população é amplo o suficiente para que se cortem as trompas de Falópio. Três gerações de imbecis já é demais”.

Holmes percebia a vida como uma competição (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 21), concepção que transborda Spencer e Darwin, pensamento dominante na virada do século XIX para o século XX. A vida lembraria uma corrida de cavalo, de barco, uma expedição para o Pólo Norte, um mergulho nas cataratas do Niágara, um duelo de espadas (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 22). Inadequados para a competição deveriam ser exterminados, e a afirmação, colhida diretamente de um crítico, é constrangedora para o

leitor contemporâneo (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 27). Foi Holmes quem cogitou da *esterilização de imbecis*, em julgado de 1927, que sustentou legislação nesse sentido (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 28). Holmes aproximar-se-ia de um darwinismo social, que defendia que a pobreza, o sofrimento e a fome, bem como a guerra, seriam métodos que a natureza estaria utilizando para eliminar os inadequados à sobrevivência (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 49). O ceticismo ético de Holmes é manifestado na veneração que seus julgados refletem em relação à luta e às metáforas daí advindas (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 52). O crítico de Holmes afirma que seus julgados revelam falta de simpatia para com direitos e pretensões de estrangeiros (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 64).

Holmes também parece pós-moderno para o leitor atual, na medida em que firmemente rejeitava a metafísica, especialmente mediante sistemático repúdio às abstrações jurídicas totalizantes, embora, ainda ambigualmente, tivesse escrito que “civilização é a redução do infinito para o finito” (HOLMES, 1992, p. 143). Em missiva para Harold Laski, datada de 1º de agosto de 1925, Holmes (1992, p. 142) escreveu que não ligava para direitos abstratos, bem como abertamente escreveu que falhava em respeito pelo conceito de igualdade. Isso torna muito ambígua sua posição em relação à questão social, e aceitação de que o capitalismo admitiria a luta de classes como um indicativo de competição, em sentido antípoda ao conceito do marxismo, e em relação convergente com o darwinismo social que marcava seu modo de pensar. É exatamente o que se percebe na leitura de voto de Holmes no caso *Vegeahn v. Guntner* (167 Mass. 92, N.E. 1077- 1896). No referido julgado, Holmes (1992, p. 126) escreveu que

“Tenho visto sugestão dando conta de que o conflito entre patrões e empregados não é uma competição. Porém eu corro o risco de afirmar que nenhum de meus colegas nesta corte

iria se basear nessa sugestão. Se a política sobre a qual se baseia nosso direito é centrada na expressão bem definida 'livre competição', poderíamos substituí-la por 'livre luta pela vida'. Certamente esta política não é limitada por lutas entre pessoas da mesma classe competindo pelos mesmos objetivos. Ela se aplica a todos os conflitos de interesses na vida”.

Holmes (1992, p. 127) defendia o direito de greve e o fez em voto vencido no caso *Plant v. Woods* (176 Mass. 492, 57 N.E. 1011-1900), da seguinte forma:

“Embora eu ache que a greve seja um instrumento legal na luta universal pela vida, eu também sei que também é pura fantasia supormos que por esse método o trabalho asseguraria uma maior parcela de produção no capital (...) acho que seja legal um grupo de trabalhadores tente ganhar mais, embora o façam às custas de alguns colegas, e que com essa finalidade fortaleçam os sindicatos pelos boicotes e pelas greves”.

Holmes (1992, p. 128) também defendia a função social da propriedade, e o fez de modo enfático:

“Se um homem detém metade do trigo no país e anuncia sua intenção de queimá-lo, tal abuso de propriedade não seria tolerado. O povo iria matá-lo antes que ele queimasse o trigo”.

A posição de Holmes (1992, p. 129) quanto à tributação era firme no sentido de vincular exações com resultados sociais:

“Tributos, quando pensamos em termos de resultados, significam tomada de parte do produto anual de um país para os propósitos do governo, e não pode significar nada mais do que isso. Qualquer que seja o modo de imposição, tributos devem ser suportados pelo consumidor, isto é, especialmente pelos que trabalham e lutam pela comunidade (...)”.

Retornando-se à relação de Holmes com a metafísica, em epístola dirigida a Harold Laski, datada de 27 de janeiro de 1929, Holmes (1992, p. 107) lembrou um fato de sua infância que bem ilustra sua rusga contra o abstrato:

“Quando eu era ainda um garoto, meu pai ensinou uma lição filosófica perguntando-me que gosto tem o sal. Ele me disse que eu não poderia respondê-lo, do mesmo modo que eu não conseguiria ensinar a um cego como são as cores. Há muitas questões em relação às quais deve se saber a resposta de antemão, ou jamais se poderá saber algo sobre elas”.

Holmes também repudiava a história, que deve ser recontada na medida em que o tempo passa, e que, por essa razão, é volátil e pouco confiável. Em carta também escrita para Harold Laski, e datada de 11 de março de 1922, Holmes (1992, p. 56) comentou Edward Gibbon e Foustel de Coulanges para concluir que a “história deve ser reescrita porque é a seleção de tendências de causas ou de antecedentes pelos quais nos interessamos, e que mudam a cada 50 anos”. Bem entendido, Holmes criticava a história como referencial de verdade absoluta. Acreditava, porém, que a história adequadamente fomentava a compreensão do direito. Escreve que “o estudo racional do direito é ainda em grande parte o estudo da história (...) a história deve ser componente do estudo do direito, porque sem ela não conseguimos entender o objetivo preciso das normas jurídicas, que é nossa obrigação conhecer” (HOLMES, 1992, p. 170). Porém, insistia, no futuro deveria estudar-se estatística e economia (Cf. HOLMES, 1992, p. 170). A percepção que Holmes tinha da história é paradoxal e ambígua. Em outra passagem:

“Devo usar a história do direito tanto quanto seja necessário para se explicar uma concepção ou para se interpretar uma regra, mas nada além disso (...) Outro engano (...) consiste em se pedir muito da história. Come-

çamos com um homem completamente maduro. Deve ser levado em conta que os mais antigos bárbaros, cujos costumes são considerados, têm muitos dos mesmos sentimentos e paixões que presentemente possuímos”.

Holmes incentivava a leitura desinteressada. Para ele, “não lemos romances para ganharmos informação ou instrução (...) lemos porque queremos divertimento, porque queremos emoção, porque queremos nos sentir mais elevados (...)” (HOLMES, 1992, p. 48). A leitura dos clássicos, para Holmes, consistia em grande conquista de uma vida dedicada ao estudo (Cf. HOLMES, 1992, p. 52). Holmes leu Hemingway, a quem referiu-se como “um jovem americano que vive em Paris” (HOLMES, 1992, p. 53). Holmes lia muito, e em línguas originais, a exemplo de Tucídides, que estudou em grego (Cf. HOLMES, 1992, p. 60). Conhecia também Shakespeare, Melville, Balzac e toda a literatura erudita e elegante de seu tempo (Cf. HOLMES, 1992, p. 61 et seq.).

Holmes filosofava constantemente. Em um programa de rádio, levado ao ar em 1931, Holmes explicava sua longevidade e sua tenacidade em viver. Segundo ele, a morte, com frequência, aproximava-se de seus ouvidos e sussurrava: estou chegando... (Cf. HOLMES, 1992, p. 21). Conhecia Hume e Kant, a quem imputava responsabilidade por seu despertar de um sono dogmático (Cf. HOLMES, 1992, p. 51). Holmes teria lido com prazer Aristóteles, e essa alegria ele descreveu em carta para Lewis Einstein, datada de 23 de julho de 1906, na qual confidenciou o bem-estar que a leitura do estagirita lhe causava (Cf. HOLMES, 1992, p. 58). Holmes também se interessou por Hegel, cujos pormenores no pensamento, no entanto, não lhe cativaram (Cf. HOLMES, 1992, p. 63). Dizia que é nossa obrigação uma dedicação total à vida, uma aceitação de nossas obrigações, de nossas limitações e de nossa ignorância; devemos oferecer nossos corações ao destino (Cf. HOLMES, 1992, p. 6). Simplesmente, quando se chega ao topo

de uma colina, não há nada mais a ser feito do que descermos... (Cf. HOLMES, 1992, p. 10).

Insistia que devemo-nos dedicar com seriedade ao trabalho, e nos entregarmos nas horas de divertimento, quando não se exige muito de nossa conduta (Cf. HOLMES, 1992, p. 17). Sempre cheio de energia, Holmes (1992, p. 21) na velhice afirmava que “a corrida se encerrou, porém o trabalho não está completo quando ainda se tem energia para lutar”. Em outra carta a Harold Laski, entre tantas que escreveu, datada de 20 de agosto de 1926, Holmes lembrou que o exército o havia ensinado algumas grandes e importantes lições. Estar preparado para a catástrofe. Resistir firmemente aos aborrecimentos. Além disso, por mais experiência de vida que se acredite possuir, sempre há vezes em que se aprende com aqueles que reputamos jovens e inexperientes (Cf. HOLMES, 1992, p. 77).

O pragmatismo em Holmes fica definitivamente desenhado em discurso proferido em 7 de março de 1900, em Boston, quando Holmes (1992, p. 79) afirmou solenemente que o fim da vida é a vida em si, que a vida é ação, e que a vida consiste na utilização perene de nossos poderes e forças. Alguns anos antes, em 1884, em cerimônia militar, Holmes (1992, p. 81) afirmara que a guerra e a luta exigem que o combatente acredite em seus propósitos, e que se empenhe totalmente. E o direito seria a incorporação institucional de idéias que triunfaram no embate do pensamento (Cf. HOLMES, 1992, p. 147).

Holmes era a favor da pena de morte, e nesse sentido seu voto no caso *Storti v. Commonwealth* (175 Mass. 549, 60 N.E. 210-1901), quando suscitou uma execução tão rápida e tão indolor quanto possível (as *swiftly and painlessly as possible*), o que, no seu entendimento, não contrariava a constituição norte-americana, que veda penas cruéis (Cf. HOLMES, 1992, p. 301). Na noite em que os anarquistas italianos Sacco e Vanzetti foram executados, Holmes negou

um último *habeas corpus* em favor dos réus (Cf. ALSCHULER, 2000, p. 73). Trata-se de mais um paradoxo, que plasma personalidade centrada na realidade, e que a reflete, em todas suas ambigüidades e aporias.

Referências

- ALSCHULER, Albert W. *Law without values*. Chicago: Chicago University Press, 2000.
- BOWEN, Catherine Drinker. *Yankee from Olympus*. Boston: Little Brown, 1944.
- FISHER III, William W. et al (Ed.). *American legal realism*. New York: Oxford University Press, 1993.
- HOEFLICH, Michael M. Holmes, Oliver Wendell Jr. In: HALL, Kermit (Ed.). *The Oxford companion to american law*. New York: Oxford University Press, 2002.
- HOLMES JÚNIOR, Oliver Wendell. *The common law*. New York: Dover, 1991.
- _____. *The essential Holmes*. Chicago: Chicago University Press, 1992.
- KUHN, Thomas S. *The structure of scientific revolutions*. Chicago: Chicago University Press, 1996.
- SEIPP, David. Holmes-s Path. *Boston University Law Review*, Boston, v. 77, p. 515-558, jun. 1997.

A filosofia jurídica da democracia

Bobbio, um *work in progress*

Roberto Bueno

Sumário

1. Diálogos teóricos, políticos e filosóficos na obra bobbiana. 2. A filosofia bobbiana e sua relação com os conceitos do formalismo jurídico kelseniano. 3. Bobbio: funcionalismo e historicismo como métodos de abordagem do fenômeno jurídico. 4. Em torno ao historicismo e ao positivismo. 5. Hermenêutica e o fenômeno das lacunas no ordenamento jurídico. 6. Considerações finais.

1. Diálogos teóricos, políticos e filosóficos na obra bobbiana

O enquadramento de um filósofo do direito e da política da estirpe e da dimensão de Bobbio em uma e tão-só determinada corrente de pensamento de modo preciso é tarefa sobejamente ingrata, acaso considerada realmente factível. Tal dificuldade em classificar sua ampla produção leva à adoção de uma metodologia que é a de aproximações temáticas e bastante objetivas ao seu pensamento. Com esse procedimento é possível aproximar Bobbio de uma ou outra corrente em temas pontuais sem, no entanto, pretender fixá-lo, de modo excludente, a uma só linha filosófica. A essas dificuldades soma-se o fato de que o pensador em questão não deixou em muitos momentos a ambigüidade de lado, em outros tantos trabalhou com conceitos em paralelo, aliás, um de seus métodos prediletos, sem que em alguns casos procedesse a um exame exaustivo da matéria em questão.

Roberto Bueno é Professor da Faculdade de Direito da Unisep.

Em uma primeira visão amplificada da filosofia bobbiana, ela demonstra uma evidente aversão a rótulos. Essa é uma prática do turinês desde seu período de juventude, quando na Itália o cenário filosófico e político era todavia disputado por idealistas, espiritualistas, positivistas e neokantianos. Em que pese a multiplicidade de opções, Bobbio preferiu trabalhar com a oposição de categorias, às vezes até ambíguas, a filiar-se a um ou outro *ismo*, ou, como disse Rossi (2005, p. XVII), que “*preferiva servirsi di un procedimento analitico inteso a stabilire distinzioni, magari opposizioni*”. Seguramente esse é um método filosófico bastante promissor no que tange ao debate e à imersão no mundo das idéias, bem mais do que aquele que busca, por meio de certezas e pré-conceitos, afirmar seus pontos de partida, dogmas e axiomas de todo tipo.

Bobbio sempre fez referência, e expressamente, à forma com que se autopercebia no rol dos pensadores. Já no prólogo a uma de suas obras, na primeira edição de sua *Contribuição a Teoria do Direito*, dizia clara e expressamente que “não me considero um filósofo neopositivista [...]” – oportunidade em que rechaçava, então, boa parte daqueles que o vinculavam de modo direto a essa corrente – “[...] nem tampouco um filósofo analítico no sentido estrito da palavra”¹. O que era, então, Bobbio? Em princípio, como todo filósofo, era alguém que, diante das perplexidades da vida, dedicava-se fundamentalmente à procura de respostas, e o fazia enfrentando questões específicas e espinhosas nos campos do direito e da política.

Qualquer dessas possibilidades assinadas não deixaria de causar transformações sobre a interpretação bobbiana em matéria política. Além dessa clareza no sentido de desvincular-se das matrizes filosóficas apontadas, ele sustentava que nunca sequer pensara que alguma vez poderia estar filiado a uma dessas correntes. No entanto, paralelamente a essa postura que poderíamos denominar como “independente”

frente a tantas, e influentes, linhas doutrinárias, também é certo que o próprio filósofo reconhece ter sofrido forte atração pelo neopositivismo tanto como pela filosofia analítica. Em suas palavras, no ano de 1979, reconhecia que tinha se sentido “fortemente atraído pelo neopositivismo e pela filosofia analítica durante os anos em que tinha começado a ocupar-se continuamente da teoria geral do direito e da metodologia da ciência jurídica” (PECES-BARBA, 1990, p. 11). Sem embargo, o reconhecimento da influência sofrida de modo algum facultou-lhe concluir sobre sua decisiva filiação a essas correntes, pois o autor arrematava acerca de suas incertezas dizendo que “nunca tinha se considerado um neopositivista nem tampouco um filósofo analítico no sentido estrito da palavra” (PECES-BARBA, 1990, p. 11). Parece, portanto, que Bobbio distingue abertamente o “sentir-se fortemente atraído” do “estar filiado a alguma corrente”.

Seu maior envolvimento com a filosofia analítica assim como com o denominado neopositivismo deu-se durante os anos em que esteve ocupado mais diretamente com a Teoria Geral do Direito e da Metodologia² da Ciência Jurídica. Esse foi o período que teve início em sua juventude e que na maturidade (o qual é possível determinar como sendo o do segundo quartel dos anos quarenta, período que sucede à última grande guerra) desembocou em sua migração para o campo da Ciência Política. O período imediatamente anterior à guerra compreende o espaço temporal dos anos trinta. É do ano de 1934 que datam seus primeiros escritos. A etapa que compreende o período que abre em 1949 pode ser denominada como perquiridora. Nela suas pesquisas o levaram a concentrar-se mais detidamente em temas filosóficos, talvez influenciado por esse tema ter sido seu último objeto de estudos universitários, posto que, lembremos, obteve sua licenciatura em Direito em 1931 e em Filosofia no ano de 1933.

Relativamente às discussões estabelecidas sobre sua “confissão” da influência

neopositivista e da filosofia analítica, diz Bobbio que, no período final de predominância com preocupações de índole filosófica, já estava cansado de discursos demasiadamente generalistas, inclusive metafísicos³, sobre o *ser* e o *não ser*. Isso se deveu à sua necessidade de “permanecer com os pés no chão” (PECES-BARBA, 1990, p. 11), o que confere à sua filosofia um indesmentível caráter realista. Esse é um sólido ponto de partida para uma filosofia realista que permitiu o uso do rigor conceitual e o trato com os vocábulos que tanto o neopositivismo (BOBBIO, 2001)⁴ como a filosofia analítica lhe ofereceram. Paralelamente à influência dessas escolas, o filósofo turinês não deixa de mencionar a de Hans Kelsen, a quem explicitamente diz dever “não só a metodologia como os conteúdos que abordou” (BOBBIO, 2001, p. 12)⁵ e, em algum caso, até mesmo a sua isenção no que se refere ao mundo dos valores (Cf. BOBBIO, 2001, p. 125; VIGIO, 1991). Obviamente, sobre esse aspecto não se pode admitir uma influência continuada, pois é sabida a repercussão das questões ético-morais no desdobramento de seus trabalhos. Não obstante a referência à sua grande admiração desde seu primeiro contato com a teoria do direito kelseniano e da impressão altamente positiva que lhe deixou devido ao seu caráter de “clareza conceitual, originalidade e simplicidade das soluções, além da coerência dentro do sistema como um todo” (BOBBIO, 1997, p. 155). Mas essa, em que pese ser uma das grandes influências, está longe de ser a única. O turinês reconhecia sua dívida em mesmo grau com outros de seus “mestres” como Alf Ross, e, dizia, “desnecessário sublinhar”, com Herbert Hart (BOBBIO, 1997, p. 149).

A relação mais íntima de Bobbio com a filosofia analítica parece estar na fundação do Centro de Estudos Metodológicos, o que realizou juntamente com reputados filósofos como Ludovico Geymonat e Nicola Abbagnano⁶, na cidade de Turim no ano de 1946. Sob a direção desse seletivo grupo, o

Centro de Estudos foi extremamente ativo na promoção de cursos e conferências, sendo que uma delas, pronunciada por Bobbio e intitulada *Ciência do Direito e análise da linguagem*, tornou-se, no dizer de Alfonso Ruiz-Miguel (Cf. 1994, p. 63; 1991, p. 18), “o conteúdo programático” da escola e do positivismo lógico dos estudos jurídicos na Itália (corrente a qual Bobbio nunca deixou de matizar sua inscrição) e posteriormente deu lugar à escola analítica de filosofia do direito. Nessa conferência sobre *Ciência do Direito e análise da linguagem*, ele realizou uma análise prescritiva (e nesse sentido se torna sinônimo de imperativo) e não meramente descritiva⁷. Em outros termos, dedicou atenção não somente àquilo de que se ocupam os juristas mas também à realidade das normas postas e em prescrever o que essas deveriam realizar e conter. É em momentos como este que fica claro o quanto Bobbio não foi “apenas” kelseniano. Mas nem sempre foi assim. Em alguns momentos, em torno aos anos cinquenta até início dos sessenta, tinha ensaiado ocupar-se do direito como ele é, ou seja, do ser do direito e não do dever ser, o que bem caracterizava a concepção do positivismo jurídico na época.

Mas a postura de Bobbio perante o positivismo e o jusnaturalismo é tudo, menos clara e indiscutível. O filósofo assinalou por diversas vezes sua proximidade a uma ou outra das correntes, e em algum momento mencionou estar dividido entre ambas. Há circunstâncias em que ele se refere que, em termos políticos, o positivismo representava a aceitação do *status quo*. Nesse âmbito político, fica igualmente marcada sua oposição ao jusnaturalismo, posto que historicamente exerceu função altamente transformadora, senão inspiradora de movimentos revolucionários.

Nesse contexto de certas contradições e indecisões, a melhor interpretação sobre o rumo da filosofia bobbiana parece ser a de um de seus mais abalizados estudiosos, Ruiz-Miguel (1990, p. 31). O autor sugere que Bobbio está muito mais próximo do po-

sitivismo do que do jusnaturalismo, leitura que recebe apoio de Peces-Barba (1993, p. 20), que fala de um positivismo moderado, idéia à qual me somaria. Em favor de sua proximidade ao positivismo, é possível invocar um argumento tomado das próprias palavras do jusfilósofo.

Em uma de suas obras, dizia Bobbio (1993a, p. 53-54) que, em sua abordagem das proposições prescritivas, iria respeitar o ponto de vista formal, considerando a norma como independente de seu conteúdo, apenas tomando-a em sua estrutura. Isso tornaria possível que as normas viessem a ser “*rellenada(s) por los más diversos contenidos*”⁸, o que, enfim, admite ser a análise da norma desde a ótica formal. Tanto é assim que ainda haveria de considerar que, por exemplo, o imperativo negativo contido na norma “não pisar nas flores” equivale ao da norma “não matar” (BOBBIO, 1993a, p. 54). Isso demonstra seu distanciamento da ponderação da questão axiológica. Desde logo, em um tema como o que se propõe analisar, esse tipo de abordagem que adota é revelador do espírito filosófico que lhe inspirava naquele momento.

Essa sua postura em prol do positivismo, sem embargo, não lhe arrefeceu o ânimo na admissão da crise pela qual passara como ideologia e teoria. A partir disso, concluiria que a concepção positivista do direito implica a aceitação do *status quo* (apud, RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 214) e que ela é boa ou má conforme seja a perspectiva de quem analisa a situação a conservar. Em outro momento diria, em meio a crise do positivismo, “*el positivismo ha muerto, ¡viva el iusnaturalismo!*” (Cf. RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 82). Descontado o exagero da irrupção momentânea de um extremismo que nem remotamente é um elemento marcante em sua obra, parece que, por regra, devemos aceitar que, entre as afirmações feitas por Bobbio vida afora, não é possível sustentar firmemente uma outra postura de modo sólido senão nos termos matizados e relativizados utilizados por Ruiz-Miguel.

É sabido como Bobbio expressou seu pouco apreço por seus primeiros escritos. No entanto, se o próprio filósofo identifica o ano de 1949 como sendo o do início de seu período de maturidade, eis que também dispomos de escritos dessa época que, segundo ele mesmo, “não os aproveitaria”, ou seja, que não voltaria a escrevê-los no mesmo sentido. Um exemplo disso é o citado discurso sobre a *Ciência do Direito e a análise da linguagem*. Nessa conferência, realizada na cidade de Bruxelas, Bobbio expôs e defendeu a autonomia da ciência jurídica ante outras disciplinas, advogando uma metodologia de caráter meramente descritivo, ou seja, abandonava sua anterior posição em que adotava uma metodologia prescritiva, a qual, de qualquer maneira, originou a *Scienza del Diritto e analisi del linguaggio*, que é a base do que veio denominar-se Escola de Turim ou Escola Analítica de Filosofia do Direito. Isso é o que vem justificar que intérpretes como Ruiz-Miguel (1993, p. 18) sustentem a presença de um positivismo jurídico que se esforça por converter o direito em uma autêntica ciência, “caracterizada por sua neutralidade valorativa”. Indubitavelmente, nesse momento paira no ar a teoria pura kelseniana.

2. A filosofia bobbiana e sua relação com os conceitos do formalismo jurídico kelseniano

A aproximação à caracterização da filosofia de Bobbio, parece-me que a devemos realizar de modo relativo, isto é, sem buscar determinar influências decisivas em sua obra que o classifiquem definitiva e puramente entre tal ou qual “ismo”. Nesse sentido cabe sublinhar que, embora o autor mencione sua grande dívida intelectual com Hans Kelsen⁹, no entanto, não deixou de reconhecer, paralelamente, que deveria ser matizado o entendimento de que o repute-mos como um positivista lógico.

Por outro lado, como examinava, não cabe dúvida que seus estudos sofreram gran-

de influência do formalismo jurídico kelseniano, o que, entre outros aspectos, é demonstrado por meio de um dos principais temas da filosofia jurídica, qual seja, o do fundamento de validade das normas jurídicas. Nele o filósofo turinês não aceita a tese kelseniana de que tal fundamento do ordenamento jurídico (*Rechtsordnung*) e de todas as normas que o compõem se encontra na “norma fundamental” (*Grundnorm*) kelseniana¹⁰.

Relacionados a essa concepção das normas como sistema, podemos identificar outros dois momentos do pensamento bobbio. No primeiro deles, o turinês assinala que a validade das normas jurídicas depende de três elementos, quais sejam: a) determinar se a autoridade que a promulgou tinha o poder legítimo para expedir normas jurídicas; b) comprovar se ela não foi derogada; c) comprovar que ela não seja incompatível com outras normas do sistema (BOBBIO, 1993a, p. 34). Em uma segunda fase, contudo, é perceptível uma sensível alteração de perspectiva do jusfilósofo. Ele passa a sustentar, ao contrário, em que pese manter-se clara a influência do mestre do formalismo jurídico no que diz respeito à temática alvo de pesquisa, que a fundamentação do ordenamento jurídico reside em uma área que para Kelsen se localiza fora do ordenamento. A discrepância entre ambos, que sob nenhuma ótica é despidianda, informa que para Bobbio a fundamentação se dá na política, no poder (Cf. VIGO, 1991, p. 157), e não nas condições formais que possam ser eleitas para tanto, posição pela qual se inclinara em um primeiro momento. Entretanto, em qualquer dos dois momentos é perceptível como, desde certa leitura, demonstra não rejeitar a teoria kelseniana. Ele o faz ao sustentar que as normas não deixam de ser válidas devido a sua ineficácia (RUIZ-MIGUEL, 1983, p. 268).

O que significará para Bobbio (1989, p. 19-21) um ordenamento jurídico? Ele aceita expressamente o fato de que “as normas jurídicas nunca existem isoladamente, mas

sempre em um contexto de normas com relações particulares entre si”. Essa perspectiva vem substituir a anterior de analisar o direito por meio do estudo de normas isoladas, “olhando cada árvore mas nunca a floresta” (BOBBIO, 1989, p. 20). Essa sucessão pode ser apreciada no conteúdo, mas até mesmo no título, de duas de suas mais importantes obras, *Teoria da Norma Jurídica e Teoria do Ordenamento Jurídico*. Essa alteração de paradigma dentro da filosofia do direito leva Bobbio a entender que a própria existência ou validade da norma jurídica individual depende de que seja considerado o ordenamento jurídico (Cf. RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 224-225) ainda mesmo quando se demonstre ela, ou um grupo delas, incompatível com o restante do sistema. Nesse ponto não difere essencialmente de Kelsen, cuja filosofia não admite, *ab initio*, tal ordem de contradições internas.

Outro aspecto no qual a doutrina de Bobbio acerca-se, embora não se confunda, dos postulados kelsenianos é no que diz respeito à análise da justiça das normas, e à consequência que isso acarreta à validade das mesmas. Esse é um dos núcleos temáticos que Bobbio (1990f, p. 300) toma emprestado de Hans Kelsen e que justifica a afirmação do filósofo turinês de que se serviu do triunfante positivista bem no que se refere ao conteúdo ou bem no que se refere aos temas abordados. Não obstante o empréstimo, e até mesmo a aproximação em vários pontos, tal como o de que uma norma pode ser justa sem ser válida e válida sem ser justa¹¹, a solução bobbia distanciar-se-ia daquela encontrada por Kelsen, cujo caráter cético é auto-evidente ao leitor do turinês. Em outro trecho de sua obra, Bobbio (1990f, p. 43) volta ao tema para sublinhar que a justiça e a validade de uma norma são duas coisas diferentes, reiterando, assim, uma perspectiva positivista que o distancia de um dos pressupostos basilares da tradição jusnaturalista, na qual, segundo sugere em alguns momentos, pretendeu demonstrar estar inserido.

Bobbio caminha sob o fio da navalha no sentido de não deixar confundir seu trabalho com a obra kelseniana, bem como com seus postulados formalistas. Quando por teoria formal do direito entende o estudo da estrutura normativa prescindindo do conteúdo das normas, ele começa a colocar as condições para concluir posteriormente da impossibilidade de abarcar o fenômeno jurídico em toda sua amplitude. Não obstante as idas e vindas em que esteve imerso durante muito tempo, em sua *Teoria Geral do Direito* defende a idéia de que sua filosofia jurídica deve permanecer alheia aos juízos de valor assim como às análises sociológicas. Esse posicionamento provavelmente reflete uma aceitação, embora parcial, da posição de Ayer (1965, p. 165). Segundo este, os “juicios de valor [...] son simplemente expresiones de emoción que no pueden ser ni verdaderas ni falsas”. Nesse mesmo sentido a posição de Ruiz-Miguel (1983, p. 238), para quem em Bobbio a distinção entre prescrições e valorações diz respeito à relação entre normas e juízos de valor. Ao fim e ao cabo, essa descrição aproxima-se das teses positivistas, cuja defesa é remetida à área da filosofia analítica no campo jurídico.

Essa tomada de posição de Bobbio ocorre na década de 1950 e coincide com o que Ruiz-Miguel (1994, p. 67) afirma ser o momento em que o turinês coloca os pilares de sua teoria geral do direito e não menos do positivismo. No sentido de proceder a defesa dos postulados dessa teoria, o nosso autor escreve 1955 seu *Studi sulla teoria generale del diritto*. Nele a teoria geral do direito se encontra como disciplina de caráter formal. Cabe lembrar que, alguns anos antes, escrevera, em um de seus artigos, abertos elogios à teoria kelseniana, quando a descrevera como “a doutrina mais importante e [...] a mais rigorosa que a ciência jurídica produziu até agora” (BOBBIO apud RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 70). Mesmo que dotados de alta carga, em elogios de tamanha força retórica ao mestre de Praga Bobbio não andou desacompanhado.

Alguns anos após, em uma de suas diversas revisões de conteúdo, o filósofo volta ao mesmo tema para reconhecer que as teorias que se ocupam meramente da estrutura ou da forma do direito como sistema independente não perfazem uma alternativa viável. Em outros termos, elas acabam em certo sentido desmarcando-se da proclamada influência de seu mestre Kelsen¹³, o autor a quem reconhecia mais dívida intelectual (BOBBIO, 1990, p. 12)¹⁴. Tudo isso levado em conta, parece mesmo que, embora em seu período de formação intelectual essa relação entre Bobbio e a teoria kelseniana possa ser reputada como de rechaço, ao fim e ao cabo, como diz Ruiz-Miguel (1983, p. 244), “lo cierto es que Bobbio no ha seguido ni mucho menos a la teoría pura del Derecho al pie de la letra”. Isto caracteriza não uma especial oposição a Kelsen e a sua teoria, mas sim a predominância, mesmo em sua fase madura, daquela que em seu momento o mesmo intérprete espanhol qualificou como sua posição “antiformalista, antiusnaturalista y antisociologista” (RUIZ-MIGUEL, 1983, p. 191).

Não obstante, quando Bobbio transita de seu período de juventude ao seu momento maduro, em torno ao ano de 1949 – segundo sugere Ruiz-Miguel –, torna-se possível apreciar em que termos ocorre sua aproximação à teoria kelseniana do direito. Percebe-se como dialoga com aspectos que em tese lhe são distantes tanto quanto com outros dos quais se aproxima. Mais uma vez brotam as ambigüidades bobbianas que, segundo ele próprio, não lhe ocupou tempo em desatar os nós teóricos.

3. *Bobbio: funcionalismo e historicismo como métodos de abordagem do fenômeno jurídico*

É necessário aclarar que boa parte dos trabalhos realizados por Bobbio – e está por determinar se não foram os mais influentes – puderam ser realizados segundo o método funcionalista de conceber o Direito. O

novo entendimento, que poderíamos denominar com algum cuidado de “virada bobbianas”, acontece em torno ao início da década de setenta, no mesmo período em que surge a *Rechtssoziologie* de Luhmann (1992)¹⁵, e estabelece que a teoria formal deveria abrir espaços a uma teoria funcional ou sociológica. Isso possibilitaria evitar as acérrimas críticas que brotavam desde a esquerda acerca do suposto amoralismo das teses relativistas que necessariamente emanavam do positivismo jurídico.

A validade da teoria formal não é posta em questão por Bobbio (1990b) à medida que esta seja completada em seu vácuo qualitativo por uma outra que contemple uma ampla abordagem sociológica. O autor propugnou pela formação de um direito antitradicional, o qual buscaria seu objetivo não nas regras do sistema, mas na análise das relações e valores sociais¹⁶ (BOBBIO, 1990b, p. 228). Essa é uma tarefa possível de realizar apenas por uma aliança da ciência jurídica com as ciências sociais (BOBBIO, 1990b, p. 229), o que, desde logo, termina por distanciar a reflexão bobbianas dos princípios basilares do positivismo jurídico. Enfim, Bobbio desenvolve uma trajetória que lhe conduz desde uma posição antipositivista e formalista a uma segunda, mais próxima e, paralelamente, a defensora dos postulados do normativismo kelseniano. Foi apenas em um momento posterior que desembocou em uma espécie de termo médio das duas anteriores, tanto no que se refere a uma teoria jurídica como política, que, ao fim e ao cabo, não passavam de dois pólos entre os quais cabiam perfeitamente teorias intermediárias (BOBBIO, 1965, p. 211).

Bobbio parece ter alcançado teoria intermediária impulsionado pelo desconforto sentido em sua convivência, digamos, com os estritos postulados do formal-positivismo jurídico de origem kelseniana. Ao excluir toda e qualquer possibilidade de contribuição da ética, da sociologia ou mesmo da política para os estudos do mundo do direito, o sistema, nessa que denomino terceira

fase de Bobbio, em um segundo momento de sua maturidade, tornou-se altamente insatisfatório para quem via “a floresta e não mais as árvores isoladamente”. Bobbio admitiria, de uma posição de crítica metodológica, que todo direito não pode prescindir da introdução de valorações ideológicas no conteúdo da laboração legislativa dos legisladores. Com segurança, a preocupação com esse tema indica o quanto começa a distanciar-se razoavelmente dos postulados mais caros ao positivismo. Não obstante, não o faz completamente, e não apenas no que ao direito como também ao que à política possa ser aplicado.

Tudo isso serve para ir estruturando a argumentação no sentido de demonstrar o quanto o enquadramento da filosofia de Bobbio é uma tarefa que requer atenção, cuidado e, ainda assim, de êxito incerto. Creio que assim seja porque é complexa, pois, à medida que o tempo flui, ela termina por alterar alguns de seus postulados. Segundo penso, ela o faz com força suficiente para enquadrá-lo predominante, mas não exclusiva e excludentemente, em uma ou outra das correntes filosóficas de modo seguro. Na realidade, Bobbio incorporou a contribuição de diversos setores da filosofia jurídica. Nesse sentido, Vigo (1991, p. 165) sustenta que Bobbio não prescindiu de análises sociológicas, políticas e valorativas, pois sem elas perderia em sistematicidade e realismo assim como em veracidade.

Dessa maneira, parece próprio evitar um rótulo pretensamente seguro e bem definido em um personagem não apenas multifacético como cambiante. Mais genuína e dotada de cientificidade é a aceitação do personagem como eclético, ambíguo e, por vezes, e não raro, contraditório. Não obstante, pode ser dito com propriedade que o ponto de arranque de sua filosofia jurídica esteja na junção do positivismo jurídico (Cf. RUIZ-MÍGUEL, 1990, p. 15) com a filosofia analítica. Poderá isso permitir a interpretação do conjunto de sua filosofia jurídica como pertencente a uma férrea linha positivista-jurí-

dica? Absolutamente. Conforme sustenta Vigo (1991, p. 155), Bobbio defenderia, seguindo a linha funcionalista, que o direito não pode ser estudado de modo “puro”, isto é, sem que sejam tomadas em consideração também suas dimensões econômicas, políticas, sociais, etc. A razão disso é que nelas são encontradas todas as condições de onde o fenômeno jurídico pode brotar. Em palavras do próprio Bobbio, “*el derecho no es un sistema cerrado e independiente, aunque nada impide considerarlo como tal cuando nos ponemos en el punto de vista de sus estructuras formales*” (apud RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 218).

Tudo isso leva Ruiz-Miguel (1994, p. 211) a concluir que a passagem de uma “*teoría estructural a la teoría funcional es también el paso de una teoría formal (!o pura) a una teoría sociológica (!o impura!)*”. Em outros termos, dedicar-se a compreender o direito distanciado da realidade fática no pensamento de Bobbio seria como tentar descobrir o potencial de crescimento de uma planta olvidando completamente as circunstâncias climáticas bem como do solo onde se pretende plantá-la. As sintéticas palavras de Vigo (1991, p. 155) são muito ilustrativas e convergentes com as de Bobbio quando diz que a realidade humana compreende a realidade jurídica, e não o inverso, como a teoria pura levada ao extremo tenta de forma altamente persuasiva fazer crer.

Em consonância com uma perspectiva histórica, Bobbio sustenta que o positivismo tem sua origem remota na Compilação de Justiniano e que realiza notáveis avanços com as reflexões proporcionadas pelo pensamento de Hobbes sobre o direito. Não menos importante foi o debate da teoria pioneira de Gustav Hugo e da Escola Histórica de Savigny, precedidos pelo historicismo filosófico, com a escola do direito natural, momentos que se desdobrariam já entrado o século XIX¹⁷. A argumentação historicista que o pôs nas origens do positivismo se situava basicamente no fato de que combatia o direito natural a partir de sua contraposi-

ção à existência de algum tipo de concepção abstrata tal como a de um suposto “homem” universal. Por outro lado, a concepção proposta pelos revolucionários franceses era inversa. Eram proclives a admitir a existência de uma natureza universal do *homen*, abstração não compartilhada por contra-revolucionários como Burke. Universal em sua concepção, necessariamente o seriam também os direitos do homem. Não existia, para o historicista, o homem com “h” maiúsculo que fascinava os revolucionários franceses. Para o historicista, existia tão-somente o homem concreto, ambicioso e – diria, algo hobbesianamente – carente de saciar desejos, que perambulava pelas ruas.

O historicismo filosófico não podia mais do que ater-se aos aspectos concretos da vida, materiais e distanciados de qualquer sorte de metafísica. Marx, a seu tempo, saberia recolher os restos dessa trilha e, de forma engenhosa, articular os princípios de seu materialismo histórico. Os historicistas opunham-se às peculiaridades de ordem abstrata que se pudessem atribuir ao homem pelas suas características substanciais e fisicamente expressáveis. Assim, por exemplo, a argumentação do pioneiro Gustav Hugo não era distinta. Ao perguntar-se o que era o Direito, respondia que ele era o produto da ação legislativa estatal (apud BOBBIO, 1993b, p. 62). Nada mais parecido com a futura argumentação do positivismo e de sua versão jurídica, na medida em que ambos tinham como objeto central de preocupação os fatos que pudessem ser abordados cientificamente, *i.e.*, controlados experimentalmente.

O historicismo igualmente apresentou um caráter filosófico que mais tarde renderia ampla condenação ao positivismo jurídico. Em seus passos iniciais, o historicismo se encaminhava pela trilha da condenação ao pensamento iluminista, ao passo que o potencial da racionalidade era visto com muita cautela. Isso, por outro lado, propiciava que a crença na desordem e, mesmo, na

irracionalidade do avanço histórico ganhase espaço na interpretação da ordem das coisas também no seio de vários dos cultores do historicismo. Foi precisamente essa ampliação de espaço ao imponderável proveniente da natureza o que veio permitir amplas e duríssimas críticas ao positivismo jurídico. Elas se concentraram em que, ao promover uma clivagem metodológica, terminaram por auxiliar a que fossem abertas as portas a doutrinas de estirpe totalitária. Daí o espaço ao nazi-fascismo, que, triunfa na Europa nos anos 30 e 40 do século XX. A ignominiosa e funesta obra das diversas faces do totalitarismo materializou-se na memória individual e coletiva através do Gulag passando por Auschwitz, de Birkenau a Treblinka, passando pelas tristes figuras humanas de Adolf Hitler, Josef Stalin, Benito Mussolini, Rudolf Hess, Adolf Eichmann, Josef Mengele Hermann Goering, Joseph Goebbels *et cetera*.

No século XX, começou o debate entre o construcionismo histórico e a crença irrestrita no potencial da razão. Nesse ponto se manifesta o caráter otimista do Iluminismo, que se somaria à leitura já realizada pelo racionalismo jusnaturalista, principalmente a partir do XVII. Ele buscava um universalismo imutável de um direito oposto ao ceticismo contra-revolucionário dos historicistas. Os historicistas incidiam no exagero de acreditar excessivamente na precisão das forças humanas como base do costume e da tradição¹⁸. Esses eram elementos que operariam como forjadores naturais da criação de estruturas sociais justas, mais do que por meio da reflexão. Talvez aqui seu pecado. Aqui se materializaria a oposição entre um direito universal construído pelo esforço da razão e um outro imerso no seio dos costumes e nas névoas da tradição.

4. *Em torno ao historicismo e ao positivismo*

Todos os debates precedentes entre os historicistas, os contra-revolucionários e os

iluministas-jusnaturalistas desembocariam em cinco conceitos-chave para a formação do que atualmente se compreende como positivismo jurídico: a) o dogma da onipotência do legislador; b) a crítica do direito natural; c) o movimento a favor da codificação¹⁹; d) o abandono do direito natural; e) a assunção dos postulados e a emergência das teses da Escola da Exegese (RUIZ-MIGUEL, 1993, p. 13). Por outro lado, ao analisar o positivismo jurídico, Bobbio deixa claras pelo menos outras cinco linhas argumentativas. A primeira delas diz que o positivismo jurídico não deve ser identificado com o positivismo filosófico. A segunda diz que o positivismo jurídico tem como núcleo central o conceito de direito positivo, termo que deve ser situado à frente do direito natural. Por situar-se à “frente”, talvez possamos identificar a questão da precedência da análise científica do direito perante a cientificidade do direito natural. Uma terceira linha sustenta que o positivismo jurídico é a doutrina para a qual não existe mais direito que o positivo (RUIZ-MIGUEL, 1993, p. 12). Disso é possível começar a extrair a conclusão de sua insatisfação com os limites estreitos do positivismo.

Por sua vez, a quarta linha que sugere diz respeito ao fenômeno jurídico que toma o direito como um juízo de fato e não como um juízo de valor, com o que a conclusão de que em sua tarefa o operador do direito deverá abster-se de formular juízos de valor. O juízo de fato, por sua vez, consiste em uma mera descrição da realidade. Seu intuito é o de meramente informar o que ocorre, enquanto o juízo de valor, que segundo o positivismo jurídico deve permanecer alheio às tarefas do jurista, consiste em externar pontos de vista valorativos sobre a realidade, sobre a qual inflete a norma jurídica. Sua quinta linha argumentativa tem conexão com a quarta, uma vez que não possa formular juízos de valor, ocorre o reflexo na teoria da validade das normas, dá-se de modo a estabelecer uma teoria formalista da

validade do direito (BOBBIO, 1993b, p. 141), levando em consideração nada mais do que aspectos alheios ao conteúdo da norma, sendo, portanto, de ordem estritamente formal ou extra-material. A esse respeito, são esclarecedoras as linhas de Zagrebelsky (2005, p. 4) ao estudar o positivismo jurídico e sua relação com a filosofia bobbiana: “*Il positivismo giuridico come modo di avvicinarsi allo studio del diritto presuppone la ´netta distinzione´ tra diritto reale e diritto ideale, fra diritto come fatto e diritto come valore, tra diritto qual è e il diritto quale deve essere*”.

O historicismo jurídico apresenta-se, em síntese, como um movimento nitidamente ligado ao desenvolvimento do pensamento filosófico e jurídico alemão. Suas duas principais características foram a oposição à codificação e aos princípios do Direito Natural. Nessa medida, como se percebe, opunha-se a duas teorias que revolucionariam, respectivamente, o direito e, na prática, a política. O argumento último do historicismo propõe que o legítimo mecanismo para promover a alteração das normas e o melhor instrumento para verificar qual é a vontade que deve inspirá-la é o que denominou de *Volksgeist* ou, precisamente, espírito do povo. O historicismo se inspira, portanto, em um fenômeno de construção jurídica cujas origens não são dirigidas mas, ao contrário, são absolutamente espontâneas. Formado no decorrer do tempo, sua forma inicial é a dos costumes. Esses é que são, em sua essência, a plataforma sobre a qual o historicismo desenvolve suas propostas de reforma jurídica.

O positivismo, por sua vez, encontra suas origens e seu desenvolvimento em outra gênese. Seus argumentos podem remeter à consideração dos eventos que envolveram Sócrates na Grécia Antiga ou, modernamente, aos argumentos hobbesianos sobre o Estado e o Direito. Entretanto, é com a aproximação do século XIX e com o avanço do positivismo como teoria aplicada a diversas áreas além das ciências denominadas exatas, e, portanto, incluindo aí as huma-

nas, que o Direito termina por ser colonizado igualmente. Nos anos iniciais do século XIX, já era possível perceber como o Código Napoleônico sugeria uma hermenêutica profundamente devedora dos princípios do positivismo quando admitia uma visão fechada da obra civil levada a termo, cuja tarefa primordial, agora, seria tão-somente a de interpretar literalmente a letra daquela legislação elaborada por portentos das letras jurídicas francesas do período como Portallis. Mas um dos sinais mais evidentes da relação entre a filosofia Iluminista e a nova concepção positivista foi essa afirmação do valor da interpretação literal. Fundamentalmente isso se deveu ao fator histórico de que os juizes do Antigo Regime todavia permaneciam exercendo suas funções, aliás, como em vários processos revolucionários sói acontecer. Assim sendo, e também considerando que os revolucionários desejavam assegurar-se de que seus avanços não seriam comprometidos por um Judiciário preso aos valores do *Ancien Regime*, a técnica jurídica do período napoleônico recorreu ao artifício de atribuir o menor espaço concebível à interpretação judicial.

A postura de Bobbio perante o positivismo pode ser abordada a partir de sua perspectiva da norma jurídica. Ela é interpretada por Ruiz-Miguel (1993, p. 18) em algum momento como eminentemente positivista. O jusfilósofo espanhol constata que Bobbio identifica norma jurídica como sendo “*aquellas que se producen en la forma establecida por el propio ordenamiento jurídico*”. Nesse sentido, desde logo, a interpretação do positivismo jurídico realizada por Bobbio postularia a adoção de um critério eminentemente formalista para o reconhecimento das normas jurídicas, dispensando completamente considerações acerca do conteúdo das normas produzidas. Nesse ponto, algumas versões do positivismo se encontram. Entre elas a de Austin e sua teoria do dever de obediência a um soberano juridicamente limitado. Encontra-se com um Kelsen, e a

sua limitação na *Grundnorm*. Por fim, nesse tópico das regras últimas, deparamo-nos com a teoria do positivista moderado Hart sobre as regras de reconhecimento.

A teoria de Hart das regras de reconhecimento lança mão do argumento de que o fundamento último de um ordenamento jurídico é essa regra que denomina de reconhecimento. Dessa maneira, ele distancia-se das preferências de um positivista extremo, para quem o mero cumprimento das regras formais para a transformação de um projeto de lei em uma norma jurídica lhe confere o caráter de válida. Uma similaridade entre o positivismo hartiano e o kelseniano é que suas respectivas concepções de regra de reconhecimento e *Grundnorm* são regras últimas de um sistema jurídico. Não obstante, há diferença considerável a separá-las. Enquanto a hartiana é uma regra que propicia critérios para a determinação do sentido e, em certos casos, até da validade das normas, a *Grundnorm*, em que pese também operar no campo da validade, pode demonstrar-se muito pouco eficiente no sentido de estabelecer parâmetros hermenêuticos com referências a princípios, ética e moral para a solução daqueles que Dworkin denominou *hard cases*. Nesse sentido, por exemplo, dificilmente a concepção kelseniana ofereceria resposta adequada ao curioso caso mencionado por Javier Muguerza. Conta o filósofo espanhol que, em algum momento dos anos cinquenta, em plena vigência do regime franquista, o madrilenho jornal ABC publicava crônica em que informava de um curioso testamento. Um homem testara em favor de sua mulher, declarando-a sua herdeira universal, sob a condição de que ela não voltaria a contrair núpcias. Morto o homem, a mulher seguiu escrupulosamente durante dois anos a disposição testamentária até que apareceu grávida. Conseqüência direta do fato, os herdeiros mais próximos que se sentiram prejudicados pelo suposto descumprimento da vontade do falecido marido demandaram-na judicialmente. Muguerza narra que a Tur-

ma do Tribunal encarregada do julgamento determinou a nulidade do testamento²⁰ por entender que, se a última vontade do testador tivesse sido assegurar-se da fidelidade da esposa após a sua morte, *a fortiori*, teria desaprovado uma situação como aquela. Avaliando a situação, Muguerza (1998, p. 29-30) conclui que não consegue imaginar que o argumento dessa decisão proceda literalmente de algum texto legal. Mas se não procede daí, de onde então terão sido extraídos os fundamentos para uma decisão desse gênero? O filósofo espanhol atribui o cerne da decisão do Tribunal aos princípios morais de seus membros, ou seja, recorre, de certa maneira, aos referenciais teóricos de Hart e Dworkin, preservadas as diferenças que subsistem entre as teorias de ambos. Em ambos há em comum a referência à existência de princípios morais. A evocação de tais princípios em ambos funciona como potenciais elucidadores para os casos difíceis, ali onde o ordenamento jurídico não alcança para dar resposta satisfatória ao caso que se apresenta. Como dizia Holmes (apud VEIIRA, 1999, p.187-188), “proposições gerais não decidem casos concretos”. Portanto, nessa versão o positivismo não se identifica ao estrito purismo que caracteriza, por exemplo, a filosofia jurídica de Kelsen.

Retomando a linha argumentativa, é interessante questionar nesse instante se acaso poderia encontrar, entre as idas e vindas do pensamento bobbiano, uma certa forma de aproximação desse tipo de argumentação ou se, ao contrário, estaria mais próximo de um notável positivismo jurídico. Na verdade, Ruiz-Miguel (1993, p.21) detecta com precisão que, no conjunto de *O positivismo jurídico*, o turinês termina por declarar-se favorável a uma teoria do direito caracterizada por ser “coativa, legislativa e imperativa do direito”. Mas o que ele entendia como conteúdo da coação? Por coação entende um “*elemento essencial e típico do direito*” (BOBBIO, 1993b, p. 157-168), um “*constitutivo de la norma jurídica*” (BOBBIO, 1990d, p. 107), o qual vai ligado ao conceito de for-

ça. Com isso é possível concluir que onde não existir coação não poderá ser identificada a presença de uma norma jurídica, mas sim de qualquer outra similar. Essa não é uma teoria nova. Ela teve seu início na obra de Jhering, segundo quem a aproximação a uma definição de direito deve estar composta pela presença de normas coativas. Contudo, essa noção encontrou forte obstáculo em teoria vigente no século anterior, cujo núcleo sustentava a existência de normas e ordenamentos jurídicos desprovidos de um conteúdo sancionatório, idéia com a qual Bobbio (1990a, p. 333) se apresenta perfeitamente de acordo.

Tomando o assunto desde outra ótica, acaso caberia uma resposta positiva ao questionamento de se Bobbio sempre se inclinou pela teoria que define o direito como sustentado na idéia de coação? Absolutamente. Ruiz-Miguel (1983, p. 275) é um dos primeiros a ressaltar que para Bobbio a coatividade não é um elemento essencial do direito, “*sino un elemento fáctico añadido que denominaba ‘coercibilidad’*”. Isso se deve tanto às idas e vindas da teoria bobbiana como às diversas fases evolutivas do seu pensamento. Nesse sentido, o jusfilósofo espanhol sublinha que, “*como en tantos otros temas, también en éstos se produce una inversión en el pensamiento de Bobbio*” (RUIZ-MIGUEL, 1983, p. 276), trânsito que parece ter tido lugar nos anos cinquenta e sessenta, quando da preparação e escritura de *Presente e avvenire dei diritti dell’uomo* (1967), quando sua preferência coativista começava a abrir espaço a um consensualismo de extração contratualista. O final dos anos sessenta ainda coincidiria com o término de seus estudos sobre a teoria kelseniana, depois de longos e frutíferos vinte anos dedicando-se a ela. Passaria a ocupar-se do funcionalismo, da função promocional do direito representada em sua obra *Dalla struttura all’azione*.

Seguindo a mesma linha de raciocínio, afirmaria que, neste particular, Bobbio não promoveu o estreitamento dos laços de sua

teoria jurídica com uma visão estritamente aliada ao positivismo jurídico. Segundo a doutrina clássica, a coação se apresenta como um meio para tornar eficazes as regras jurídicas, enquanto a teoria moderna a apresenta como o próprio objeto das regras jurídicas. Em suma, enquanto, para a teoria clássica, a coação se oferece ao direito como instrumento para alcançar o fim de tornar as regras deste efetivamente cumpridas, por outro lado, a teoria moderna aceita a coação como o próprio conteúdo da regra de direito, o qual disporá como utilizá-la. Em outras palavras, o que Bobbio (1990a, p. 334) sustenta é que o ordenamento jurídico não se caracteriza tanto pela presença de sanções como pela presença de normas que regulam as sanções. Em sintética conclusão, diz Ruiz-Miguel (1983, p. 264) que sua tendência é a de não identificar o direito apenas com a utilização da coação. Nesse contexto, deve ser ressaltado o apenas, posto que fica claro como e em que sentido utiliza no decorrer de sua obra.

O aspecto legislativo, em segundo lugar, diz respeito à ordem das fontes do direito no esquema teórico que concebe. Para Bobbio (1993d, p. 169), a definição de fonte do direito pode ser apresentada da seguinte forma: “*son fuentes del Derecho los hechos o los actos a los que en un determinado Ordenamiento jurídico atribuye idoneidad o capacidad para la producción de normas jurídicas*”. Mas por qual motivo chamar a atenção para o que seja uma fonte do direito? O motivo é tão óbvio quanto relevante: não atentar às fontes do direito implica desconhecer a matéria-prima com a qual o operador jurídico se defronta no cotidiano, ou seja, quais são as normas jurídicas aplicáveis aos casos concretos que se apresentam.

Como é perceptível mesmo ao olhar menos atento, no âmbito analítico bobbiano, a lei será a fonte primordial do direito, mas não apenas isso, a norma também terá de ser posta na forma legislada (BOBBIO, 1993d, p. 169-186). O argumento remete à teoria positivista, para quem o direito é um

conjunto de mandatos promulgados pelo soberano (BOBBIO, 1993d, p.151), algo que se aproxima da teoria do mandato soberano de Austin. Bobbio conclui que o caráter imperativo das normas jurídicas explicita o fato de que elas se constituem em uma estrutura mandamental, isto é, que ela expressa um querer. Esse querer é exatamente o vetor volitivo pessoal e subjetivo que lhe é emprestado pelo legislador (BOBBIO, 1993d, p. 187-200).

Dentro da abordagem de seu período em que permaneceu mais atento às questões próximas ao positivismo jurídico, em Bobbio surgem duas das características básicas do ordenamento jurídico que serão objeto de atenção, a coerência e a plenitude. No primeiro caso, o turinês sustenta que a exigência de coerência diz respeito à necessidade de que um ordenamento jurídico não possua normas jurídicas antinômicas, ou seja, que elas sejam discrepantes e válidas ao mesmo tempo ou²¹, ainda, que, uma vez antinômicas, são proposições que se excluem mutuamente. De qualquer forma, a constatação de uma antinomia no cerne do sistema não implica a sua perda de vigência imediata (Cf. BOBBIO, 1990c, p. 194), mas, tão-somente, indica a necessidade de, considerando ambas válidas, esclarecer qual das normas conflitantes deverá permanecer no ordenamento jurídico. Por outro lado, ainda buscando controlar as hipóteses de ocorrência das antinomias, Bobbio (1990d, p. 110) ainda estabelece a diferença entre a coerência lógica, essa que assinala acima, e a coerência jurídica, a qual diz ser uma concepção legalista da justiça que, fundamentalmente, se assenta no respeito à máxima *pacta sunt servanda*. Assim, essa que Bobbio denomina coerência lógica, em oposição à jurídica, surge como uma demanda verdadeiramente lógica na organização interna de um ordenamento que não pode admitir contraditoriedades entre as normas que o compõem e em que, caso se verifiquem, então, a existência de uma delas terá de ser sacrificada.

5. *Hermenêutica e o fenômeno das lacunas no ordenamento jurídico*

Acerca do conceito de plenitude que passa a teoria juspositivista, Bobbio sustenta que ela é um elemento que se contradita com a existência de lacunas. Existe uma anteposição entre os conceitos de plenitude e o de lacunas, posto que a possibilidade de um ordenamento jurídico completo é antagônica à da inexistência de normas específicas para a resolução de um determinado problema jurídico.

Para descrever a relação entre o princípio da plenitude e o ordenamento jurídico, Bobbio afirma que o primeiro é seu “coração do coração”. Enfim, trata-se de dizer que é o seu próprio núcleo. Contudo, em sua bastante típica argumentação, em outro momento, admitirá ser impossível à linguagem jurídica, por mais rigorosa que seja, eliminar as lacunas. Com isso se pode concluir que o “coração do coração” (BOBBIO, 1993d, p. 210) do ordenamento jurídico encontrar-se-á permanentemente sujeito às brechas e lacunas que o legislador não tem como evitar aparecer no sistema, do qual, entretanto, é o seu próprio núcleo. Em síntese, e como a boa doutrina reconhece, deve admitir-se a impossibilidade de que a linguagem jurídica, por mais rigorosa que seja, venha eliminar as lacunas do ordenamento (BOBBIO, 1990c, p. 195) em sua integralidade.

Por definição, o princípio da plenitude exclui a possibilidade da existência de lacunas no ordenamento jurídico. Mas essa exclusão é, desde logo, teórica. Tentar levá-la às raias da prática é prova indelével de má percepção do fenômeno jurídico. Na prática, as lacunas se apresentam, e, nesses casos, a doutrina que lhe postula, com maior vigor e desembaraço, o positivismo jurídico, o que faz é propor formas de preenchimento que satisfaçam o princípio da plenitude. Disso se pode concluir, como encontra-se referência em Bobbio (1993d, p. 213), que esse princípio tem uma ligação estreita com o princípio da completabilidade do di-

reito, o qual, por sua vez, remete-nos diretamente à questão da hermenêutica jurídica e das fontes do direito.

Mas qual o significado da expressão interpretação? Podemos aceitá-la como a tentativa, a bem da verdade nem sempre frutífera, de buscar o preciso significado de um objeto, que pode ser literário, a partir daquilo que acreditamos ser sua genuína expressão. Interpretar é, portanto, emprestar nossa capacidade intelectual à apreensão do que seja o significado de um objeto, e esse significado é aquilo que o objeto pode expressar por meio de nossa mente em sua tentativa de interagir com o mundo.

Ao aplicar o conceito de interpretação ao âmbito jurídico, deparamo-nos com a interpretação jurídica. Essa nada mais é do que essa tentativa de apreender o alcance de um determinado objeto no mundo jurídico. De qualquer forma, o êxito nem sempre aguarda o hermenêuta nessa tarefa, ao menos não de forma incondicional e indubitável. Como reconhece Bobbio (1993d, p. 216), “*existe siempre un cierto desfase entre la idea y la palabra*”, e nada mais do que isso tem força para impedir que nossa interação com o objeto possa ter lugar. Assim, o positivismo jurídico não parece ter maior alcance na matéria, senão enquanto mero refúgio de vãs tentativas de criar um sistema teórico fechado – de cientificidade duvidosa –, em que a presença da completa segurança em um universo de certeza fosse a marca e, por conseguinte, pudesse tornar-se realidade.

6. Considerações finais

Seguramente essas últimas linhas apenas servirão para reiterar algumas idéias que foram expostas com o acréscimo de algumas outras que podem vir a abrir uma ou outra linha para futura investigação, acaso tenha suficiente fortuna nessas linhas.

Entre as ponderações filosóficas de Norberto Bobbio que atestam o caráter aberto e progressivo de sua filosofia jurídica e política, encontra-se o nevrálgico tema dos di-

reitos humanos. Sem inclinar-se por um positivismo estrito denegatório de sua existência, admite que o processo de reconhecimento e até de criação desses direitos é um processo em marcha. Ademais, e talvez prevenido a crise das liberdades nesse início de século lideradas exemplarmente pelo Patriot Act nos EUA, afirmava que ninguém poderia garantir a perpetuação dos direitos já criados e em torno dos quais houvera sido estabelecido consenso.

Notas

¹ Neopositivismo ou positivismo lógico são expressões que designam a mesma corrente filosófica que tem raízes remotas no positivismo inaugurado por Auguste Comte e no Círculo de Viena, assim como em seus sucessores americanos e ingleses, a qual alcança transformar-se de modo a ser rebatizada sob o nome de positivismo lógico. A característica básica dessa corrente filosófica é a redução dos conteúdos filosóficos à análise da linguagem. Muito embora existam algumas diferenciações de abordagem entre algumas escolas neopositivistas, elas possuem em comum a refutação de todo e qualquer enunciado metafísico, posto que este não é passível de verificação empírica, desse modo, faz-nos lembrar da similaridade do neopositivismo com o empirismo, tanto que se lhe pode também denominar como empirismo lógico. Nesse sentido, embora não deseje afastar-me demasiado do conteúdo exposto nestas linhas, cabe mencionar que se aproxima ou mesmo confunde-se o neopositivismo ou positivismo lógico com a premissa wittgensteiniana exposta em seu *Tractatus Logicus-Philosophicus*, no qual enunciados que se referem ao mundo dos fatos, concretos, têm significado se esses forem empiricamente verificáveis, ou, como diz Ludwig Wittgenstein (1992, p. 23), “a totalidade dos estados de coisas que se dão efetivamente determina também que estados de coisas não se dão efetivamente”, ou seja, que o que se dá é a marca definitiva do que ocorre, e nada mais, não sendo possível, no entanto, desse dar-se ou não dar-se extrair o dar-se ou não dar-se futuro. De qualquer forma, alguns como Ruiz-Miguel (Cf. 1983, p. 177) localizam uma “aplicação neopositivista de Bobbio”, a qual pouco teria a ver com a fundamentação neokantiana.

² Por metodologia deve entender-se o conjunto de procedimentos metódicos adotados por cada uma das ciências com o escopo de garantir às ditas

ciências controle mais efetivo sobre suas técnicas e procedimentos. Dessa maneira, que se fale em metodologia das ciências naturais ou metodologia historiográfica não obsta a que, eventualmente, a mesma metodologia venha a ser comum a mais de uma ciência. No entanto, a expressão metodologia pode também ser empregada com outras significações, a saber: 1. a análise filosófica dos procedimentos adotados pelas ciências, conforme mencionado acima; 2. a lógica ou a parte da lógica que estuda os métodos.

³ Metafísica pode ser explicada, sinteticamente, em que pese suas várias acepções, como a “ciência primeira, ou seja, a ciência que tem como *objeto* aquele comum a todas as demais ciências e também ocupa-se de um *princípio* que igualmente seria princípio condicionador da validade de todas as demais ciências”. A metafísica pressupõe uma situação na qual o saber organizou-se em ramos diferenciados, e ela o que busca, em última análise, é o fundamento comum de todas, algo como o objeto e princípio comum a todos esses saberes hoje organizados e diferenciados.

⁴ Sobre a relação de Bobbio (2001) com o positivismo e o neopositivismo, podemos encontrar material para análise em sua *Teoria Geral da Política*. Em artigo intitulado *A Filosofia Política* (principalmente entre as páginas 73 e 78), o turinês aborda a relação entre o cientista e a valoração na pesquisa.

⁵ Assim mesmo a obra de Bobbio (2001) intitulada *Autogoverno e liberdade política*, especialmente seu capítulo XVI. Além disso, Bobbio (2001, p. 106) se refere a Kelsen como “um dos meus mestres”. Nesse mesmo sentido, sustenta Vigo (1991, p. 66), tomando a Ruiz-Miguel (1990) como referência, que a teoria bobbiana foi coincidente “*a grandes rasgos en su contenido con la concepción normativista de raíz kelseniana*”. Essa mesma idéia Ruiz-Miguel (Cf. 1994, p. 66) apresenta em outra obra. Não obstante, como diz o referido autor, em meados da década de sessenta foi possível perceber o quanto Bobbio matiza sua orientação positivista. (RUIZ-MIGUEL, 1994, p. 126). Sobre essas referências a Kelsen ver BOBBIO, 1973, p. 426-449.

⁶ Ludovico Geymonat foi um dos filósofos precursores na defesa das teses neopositivistas em solo italiano. Por outro lado, Ruiz-Miguel (Cf. 1994, p. 172) atribui a ambos filósofos citados a liderança do movimento “neoluminista” italiano. Nesse movimento, sublinha o espanhol, Bobbio teria combatido em favor da filosofia como metodologia perante a filosofia como concepção de mundo. Essa relação possibilitou que Bobbio, Geymonat e Abagnano estivessem entre os fundadores do Centro de Estudos Metodológicos inaugurado em Turim no ano de 1946. Sobre essa temática, é interessante a obra de Unzueta (1990).

⁷ Nesse sentido, Bobbio traz à tona a abordagem sobre o tema realizada por D. D. Raphael. Para o professor britânico, a tarefa da Filosofia Política não é meramente descritiva, mas sim normativa. Cf. Raphael, D. D. (1983, p. 11-37). Por outro lado, a conferência *Ciência do Direito e análise da linguagem* acabou servindo para que Bobbio sistematizasse seu pensamento e organizasse material para a confecção de uma de suas mais conhecidas obras, a *Teoria da Ciência Jurídica*.

⁸ Ruiz-Miguel (Cf. 1994, p. 235) reforça a interpretação de que Bobbio apóia a tese de que as normas possuem um caráter prescritivo. Também no que se refere à relação entre o positivismo e sua crise com o tema do legalismo, Ruiz-Miguel (1983, p. 270-271) crê perceber em Bobbio (1993a, p. 54) um “legalismo moderado”.

⁹ Dizia Norberto Bobbio (1990, p. 12) que, “*entre los juristas, el autor del que en mayor medida soy deudor - y es una deuda que me agrada reconocer de una vez para siempre - ha sido Hans Kelsen*”.

¹⁰ De qualquer forma, vale a pena assinalar que, como diz Ruiz-Miguel (1983, p. 177), o positivismo e o normativismo não supõem a aceitação do kelsenianismo na íntegra. Exemplo disso, diz, é o caso de Herbert L. H. Hart. Na obra de Bobbio (Cf. 1990e, p. 307-321), há pelo menos um artigo dedicado a Hart, especialmente ao tema das normas primárias e secundárias.

¹¹ Essa temática é igualmente abordada por Bobbio (Cf. 1990a, p. 35-37) em outro de seus livros. Nessa mesma oportunidade, ele faz referência, ademais, ao fato de que as normas podem ser válidas sem serem eficazes, que podem ser eficazes sem serem válidas, que podem ser justas sem serem eficazes e que podem ser eficazes sem que estejam revestidas de justiça.

¹² No mesmo sentido, a coerência do sistema teórico-jurídico de Kelsen é destacada por Manero e Atienza (1995, p.238).

¹³ Assim mesmo sustenta Ruiz-Miguel (Cf. 1983, p. 176) que a teoria bobbiana supera o horizonte kelseniano, em que pese o ponto de contato entre ambos e a dívida de Bobbio com o vienês seja inegável. O mesmo autor mais adiante volta a referir-se ao tema para resumir sua posição: “*sí existe una gran congenialidad entre la aproximación de Kelsen y la de Bobbio, las soluciones dadas por Bobbio a los temas más importantes de la teoría general del Derecho disienten de la teoría pura del derecho en puntos que me parecen nucleares*” (RUIZ-MIGUEL, 1983, p.187). O próprio Bobbio (1989, p. 21) em outro momento de sua obra deixa ver seu apreço pela obra kelseniana ao considerá-lo um dos “mais autorizados juristas de nossa época”.

¹⁴ Um desses claros pontos de contato é o reconhecimento da dívida por parte de Bobbio (1989, p. 22) relativamente ao seu livro *Teoria do ordenamento*

jurídico, no qual diz que este “está ligado diretamente à problemática de Kelsen”. Em outro trecho de sua obra, Bobbio (1998, p. 11) reconhece sua dívida com a *Teoria pura do direito* de Kelsen particularmente no que se refere a sua Teoria geral do direito, mas também em seus escritos de teoria política.

¹⁵ Há tradução para o português dessa sua obra capital (Cf. LUHMANN, 1992).

¹⁶ Isso não o leva a afirmar que se trata de uma e única função. Ao contrário, sustenta que, apesar de toda ajuda que o jurista possa vir a obter da sociologia, “*jurista y sociólogo hacen dos oficios distintos*” (BOBBIO, 1990b, p. 229).

¹⁷ Sobre esse tema, remeto o leitor ao capítulo *Los orígenes del positivismo jurídico en Alemania* (Cf. BOBBIO, 1993d, p. 61-77). Sobre a origem do positivismo na França, ver *op. cit.*, capítulo III. Sobre a Escola Histórica, ver BOBBIO, 1993a, p. 47.

¹⁸ Como sublinha Bobbio (Cf. 1993b, p. 134), o fato de que o foco da Escola Histórica estivesse colocado sobre o costume e a tradição como fontes do direito não quer dizer que ela fosse avessa a quaisquer câmbios na legislação, senão que, em vez de crer na codificação para tal finalidade, acreditava que isso seria possível por meio do desenvolvimento da ciência jurídica.

¹⁹ Nesse aspecto, convém lembrar a observação de Bobbio (1993b, p. 69) de que as grandes codificações constituem a base do positivismo jurídico e que, não obstante, constituem um antípoda do historicismo jurídico, posto que este salienta a importância da tradição e do costume como construtores do direito.

²⁰ O autor espanhol refere-se a “nulidade do testamento”. Não obstante, salvo melhor entendimento, me pareceria ter andado mais acertadamente se houvesse feito referência ao descumprimento de condição para tornar-se titular do direito à herança, posto que, ao fim e ao cabo, o Tribunal inclinou-se por reconhecer a perda de direitos da viúva.

²¹ Bobbio (1993b, p. 208) sustenta a existência de três critérios para a solução das antinomias das normas jurídicas, quais sejam, o critério cronológico, o critério hierárquico e o critério da especialidade. Não obstante, sublinha que esses três critérios não são suficientes para resolver todas as antinomias possíveis, com o que passa a examinar a solução para o caso de conflitos entre dois critérios e o da inaplicabilidade dos três critérios (BOBBIO, 1993b, p. 209-210). Sobre as antinomias, ver assim mesmo Bobbio, 1990c, p. 193-196.

Referências

AYER, Alfred. *Lenguaje, verdad y lógica*. Buenos Aires: Eudeba, 1965.

BOBBIO, Norberto. A filosofia política. In: _____. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2001a.

_____. Autogoverno e liberdade política. In: VIANA, Luiz Werneck. *Entre duas repúblicas*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001b.

_____. Ciencia del derecho y analisis del lenguaje. In: _____. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990c.

_____. Derecho y ciencias sociales. In: _____. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990b.

_____. Derecho y fuerza. In: _____. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990a.

_____. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993d.

_____. Estudio preliminar. In: _____. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993b.

_____. *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

_____. Formalismo jurídico y formalismo ético. In: _____. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990d.

_____. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Milano: Edizioni di Comunità, 1965.

_____. Hans Kelsen. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Roma, a. 1, n. 3, 1973.

_____. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós I.C.E.; U.A.B., 1993c.

_____. La communità internazionale e il diritto. In: RUIZ-MIGUEL, Alfonso. *Política, historia y derecho en Bobbio*. Mexico: Fontamara, 1994.

_____. Normas primarias y normas secundarias. In: _____. *Contribución a la teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1990e.

_____. *O tempo da memória: de senectute*. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

_____. Prologo. In: GREPPI, Andrea. *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*. Madrid: Universidad Carlos III; M. Pons, 1998.

_____. Sobre el principio de legitimidad. In: _____. *Contribución a la teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1990f.

_____. *Teoria do ordenamento jurídico*. São Paulo: Polis; Brasília: Edunb, 1989.

_____. *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1993a.

- GREPPI, Andrea. *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*. Madrid: Universidad Carlos III; M. Pons. 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Sociología do direito*. Petrópolis: Vozes, 1992. 1-2 v.
- MANERO, Juan Ruiz; ATIENZA, Manuel. 8 preguntas a Norberto Bobbio. *Doxa*, Alicante, n. 1, 1995.
- MUGUERZA, Javier. *Ética, disenso y derechos humanos*. Madrid: Argés, 1998.
- PECES-BARBA, Gregorio. Introducción. In: BOBBIO, Norberto. *Igualdad y libertad*. Barcelona: Paidós I.C.E.; U.A.B, 1993.
- _____. Introducción. In: BOBBIO, Norberto. *Prologo a la primera edición*. In: _____. *Contribución a la teoría del derecho*. Madrid: Debate, 1990.
- RAPHAEL, D. D. *Problemas de filosofía política*. Madrid: Alianza, 1983.
- ROSSI, Pietro (Org.). *Norberto Bobbio: tra diritto e politica*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- RUIZ-MIGUEL, Alfonso. *Política, historia y derecho en Norberto Bobbio*. Mexico: Fontamara, 1994.
- _____. Bobbio y el positivismo jurídico italiano: estudio preliminar. In: BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría general del derecho*. Madrid: Debate, 1990.
- _____. Estudio preliminar. In: BOBBIO, Norberto. *El positivismo jurídico*. Madrid: Debate, 1993.
- _____. *Filosofía y derecho en Norberto Bobbio*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- VIGO, Rodolfo Luis. *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BARRÈRE UNZUETA, María Angeles. *La escuela de Bobbio*. Madrid: Tecnos, 1990.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. Bobbio e il diritto. In: ROSSI, Pietro (Org.). *Norberto Bobbio: tra diritto e politica*. Roma-Bari: Laterza, 2005.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus logico-philosophicus*. Madrid: Alianza, 1992.

Dispensa de traduções para efeitos de imigração no Mercosul

Mario J. A. Oyarzábal

Sumário

I. Vigência e conteúdos substanciais dos acordos referentes a Dispensa de Traduções para Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração no Mercosul. II. Idiomas incluídos e excluídos. III. A definição de “processo migratório” e sua interpretação restritiva pelas autoridades argentinas. IV. Anexos: Acordo sobre Dispensa de Tradução de Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração entre os Estados Partes do Mercosul, a República da Bolívia e a República do Chile. Acordo sobre Dispensa de Tradução de Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração entre os Estados Partes do Mercosul.

I. Vigência e conteúdos substanciais dos acordos referentes a Dispensa de Traduções de Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração no Mercosul.

Em 29 de dezembro de 2005, entrou em vigor para a Argentina, Brasil e Chile o Acordo sobre dispensa de tradução para documentos administrativos para efeitos de Imigração entre os Estados membros do Mercosul, a República de Bolívia e a República de Chile, assinado em Florianópolis no dia 15 de dezembro de 2000, MERCOSUL/CMC/DEC Nº 45/00¹.

Conforme previsto nesse Acordo, os cidadãos de quaisquer dos Estados partes são dispensados da exigência de traduzir os documentos apresentados para efeitos de

Mario J. A. Oyarzábal é Professor de Direito Internacional Privado da Universidade Nacional de la Plata (Argentina). Mestre em direito pela Universidade de Harvard (Estados Unidos).

processos migratórios referentes a pedidos de visto, renovação de prazo de estadia e concessão de permanência no território de outro Estado parte (art. 1). A dispensa de tradução se aplica ao passaporte, cédula de identidade, certidões ou certificados de nascimento e de casamento e certificados de antecedentes criminais dos beneficiários do Acordo (art. 2); salvo se existirem dúvidas fundamentadas sobre o conteúdo do documento, em cujo caso o país de ingresso poderá, excepcionalmente, exigir sua tradução (art. 4). O propósito do Acordo é promover o livre trânsito e a permanência dos cidadãos dos países do Mercosul, mediante a facilitação do processo migratório, no marco da integração que une os Estados membros; e constitui um importante complemento do Acordo sobre residência para cidadãos dos Estados membros do Mercosul, a República de Bolívia e a República de Chile firmado em Brasília em 6 de dezembro de 2002, MERCOSUL/CMC/DEC Nº 28/02², como também do Acordo de intercâmbio de notas sobre simplificação de legalizações em documentos públicos entre a República Argentina e a República Federativa do Brasil, assinado em Buenos Aires em 16 de outubro de 2003³.

II. Idiomas incluídos e excluídos

O Acordo sobre dispensa de traduções não satisfaz totalmente as expectativas. Primeiramente, não deixa suficientemente claro se a dispensa se aplica somente aos documentos originados dos Estados membros e Associados do Mercosul, redigidos em seus idiomas oficiais (espanhol ou português), ou também àqueles procedentes de países terceiros, nos quais nasceram, casaram ou viveram cidadãos argentinos, bolivianos, brasileiros, chilenos, paraguaios ou uruguaios e que podem estar redigidos em outros idiomas. Em que pesem os termos amplos do Acordo (o artigo 2 simplesmente dispensa de tradução os documentos de cidadãos dos Estados partes), creio que a tese

restritiva se impõe, à luz dos antecedentes do Acordo (trabalhos preparatórios), que em nenhuma das instâncias, durante a fase de negociação, considerou-se a possibilidade de que os documentos exigidos aos cidadãos do Mercosul para processos migratórios poderiam ser originários de um país que não fosse membro do Mercosul. Naturalmente, exigir a tradução de documentos redigidos no idioma de um Estado parte (p. ex. em espanhol, que é o idioma oficial da maioria dos países do Mercosul) quando originados de um Estado que não é membro do mercado comum (p. ex. México ou Espanha) seria irrazoável e poderia violar o propósito do Acordo, que era justamente aumentar a fluidez de circulação dos cidadãos do Mercosul. Ao mesmo tempo, dispensar de tradução os documentos redigidos em todos idiomas do mundo apresentaria uma carga pesada para a autoridade migratória, que em muitos casos se veria obrigada a emitir ofícios e pagar traduções para processos que são essencialmente de interesse particular; obrigação essa que os Estados membros nunca pensaram em assumir.

O artigo 4 também poderia ser interpretado como habilitando o país de ingresso a exigir a tradução quando as dúvidas sobre o conteúdo do documento apresentado se fundamentam em desconhecimento do idioma, ou no próprio idioma (distinto do espanhol ou português), utilizado na sua redação. Mas essa não é a intenção da norma, que foi incorporada prevendo situações excepcionais em que um dado sobre o estado ou sobre a conduta de uma pessoa, contido em um documento redigido no idioma de outro Estado parte, e que é essencial para o processo migratório, não pode ser elucidado com total certeza sem obtenção de assistência técnica especializada (ou seja, um tradutor). Além disso, o artigo 4 traria à tona a questão de quais idiomas, se não todos, deveriam ser traduzidos: os que são mais ou menos inteligíveis para pessoas que falam espanhol ou português, como o italiano ou o francês? Ou de uso cada vez mais

generalizado, como o inglês? O que é conhecido pelo agente consular no exercício das suas funções, ou pelo funcionário da Imigração por ter participado no processo? Ninguém poderia ter previsto ou desejar um sistema tão errático.

Em última análise, a interpretação histórica, que reflete a vontade real das partes, é determinante⁴. A dispensa de tradução de documentos estabelecida no Acordo se aplica somente aos documentos redigidos em espanhol ou em português, que são os idiomas oficiais dos Estados do Mercosul. Os documentos de países que não participam do Mercosul mas que usam a língua espanhola ou portuguesa, assim como os documentos multilíngües que os incluem (p. ex. os extratos das certidões de estado civil emitidas por vários países europeus)⁵, são cobertos pelo Acordo. Todos os outros idiomas são excluídos, independentemente de uso generalizado ou facilidade de compreensão.

III. A definição de “processo imigratório” e sua interpretação restritiva pelas autoridades argentinas

O segundo aspecto controverso se refere à interpretação do artigo 1, ou seja: o que constitui um “processo imigratório” segundo os termos do Acordo. Ocorre que, não obstante a disposição dos artigos 1 e 3 do Acordo, o Registro Nacional das Pessoas argentino (RENAPER), órgão cuja função é identificar e registrar todas as pessoas físicas domiciliadas em território argentino⁶, continua a exigir a certidão de nascimento original traduzida por um tradutor público juramentado na Argentina e certificada pela associação argentina de tradutores competente para outorgar o documento nacional de identidade como residente (DNI de estrangeiro), de acordo com a disposição do artigo 64 do decreto-lei 8.204/1963⁷. Não está claro se a decisão do RENAPER se fundamenta em uma interpretação textual rígida (e, em todo caso, incorreta) do artigo 2 do Acordo, que dispensa de tradução as “certi-

dões ou certificados de nascimento” mas não os “registros originais”; ou considera que a concessão de DNI não constitui parte integrante do processo imigratório que provoca a aplicação do Acordo.

A primeira interpretação, reitero, seria incorreta, já que “registros”, “certidões” e “certificados”, embora não sejam sempre indiferenciáveis, cumprem a mesma função de documentar o estado civil do interessado (princípio de equivalência funcional). A única diferenciação válida existe entre o registro ou transcrição do ato (de nascimento, casamento, óbito, etc.) e a cópia de constância fundamentada nas enunciações originárias e as anotações posteriores do ato, qualquer que seja a sua forma ou denominação⁸.

A segunda interpretação (de que o DNI não é membro do processo imigratório) também é defensável com base no texto, esta vez do artigo 1 do Acordo, mas contradiz seu “objeto e fim” de facilitar os processos de entrada, saída e estadia para os cidadãos dos Estados do Mercosul. Obviamente os documentos apresentados para obtenção de um visto em quaisquer das categorias imigratórias (familiar de argentino, estudante, trabalhador, investidor, financista, etc.) perante um consulado, ou de prorrogar o prazo de estadia ou de obter a autorização para residir ante a Direção Nacional de Migrações (DNM)⁹, são dispensados de tradução, já que o artigo 1 os menciona expressamente. Mas se a residência (temporária ou permanente) na Argentina se consolidou recentemente com a concessão do DNI pelo RENAPER, o processo correspondente à sua obtenção, seja ou não intrinsecamente imigratório, constitui um passo inevitável para garantir o livre trânsito e a permanência dos estrangeiros beneficiários do Acordo em território argentino. Segue-se que a negação de emissão de um DNI por falta da tradução da certidão de nascimento para espanhol frustra os propósitos do Acordo. Além disso, qual é o sentido de eximir a tradução da certidão para emissão de visto, se o interessado deve traduzi-la para obter seu DNI?

Não é necessário minimizar os inconvenientes dessa interpretação (eximir de tradução as certidões destinadas ao RENAPER). Além da dificuldade de registrar certidões em idioma estrangeiro, é previsível que o RENAPER seja obrigado a emitir certidões das mesmas em espanhol, assim se multiplicando o risco de erros nos dados essenciais da pessoa e gerando discordâncias com o original arquivado no exterior. Não obstante, creio que a dispensa de tradução da certidão de nascimento apresentada para obter o DNI está implicitamente estabelecida no Acordo, que não pode ser ignorado, em consideração da preeminência dos tratados internacionais sobre as leis internas, no ordenamento jurídico argentino (art. 75 inc. 22, Constituição Nacional).

IV – Anexos

Acordo sobre Dispensa de Tradução de Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração entre os Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile

A República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, Estados Partes do MERCOSUL, a República da Bolívia e a República do Chile, Estados Associados do MERCOSUL, todas doravante denominadas “Estados Partes”, para efeito do presente Acordo;

Tendo em vista o Tratado de Assunção, o Protocolo de Ouro Preto, O Acordo de Complementação Econômica nº 35, o Acordo de Complementação Econômica nº 36 e as Decisões do Conselho do Mercado Comum nº 14/96 “Participação de Terceiros Países Associados em Reuniões do MERCOSUL” e nº 12/97 “Participação do Chile em Reuniões do MERCOSUL”;

Considerando que os instrumentos fundacionais do MERCOSUL estabelecem o compromisso, por parte dos Estados Partes, de harmonizar suas legislações;

Reafirmando a vontade dos Estados Partes de fortalecer os fraternais vínculos existentes entre eles e de aumentar a fluidez da circulação e dos contatos entre os beneficiários do presente acordo;

Enfatizando a importância de contemplar tais soluções em instrumentos jurídicos de cooperação o livre trânsito e a permanência dos cidadãos dos Estados Partes do presente Acordo, mediante a facilitação do trâmite imigratório;

Tendo em conta a vontade dos Estados democráticos de avançar em mecanismos tendentes à eliminação gradual dos trâmites de entrada, saída e estada nos Estados Partes,

Em conformidade com a Decisão CMC 7/96, que motivou a necessidade de avançar na elaboração de mecanismos comuns para aprofundar a cooperação nas áreas de competência dos Ministérios de Interior ou equivalentes,

Acordam:

Artigo 1º

O presente Acordo aplicar-se-á aos documentos apresentados a efeitos de trâmites imigratórios referentes a solicitação de vistos, renovação do prazo de estada e concessão de permanência.

Artigo 2º

Os nacionais de qualquer dos Estados Partes ficam dispensados, nos trâmites administrativos migratórios assinalados no artigo 1º da exigência de tradução dos seguintes documentos:

- 1) passaporte;
- 2) cédula de identidade;
- 3) certidões de nascimento e casamento;
- 4) atestado negativo de antecedentes penais.

Artigo 3º

A dispensa de tradução de documentos estabelecida pelo presente Acordo não exime seus beneficiários do cumprimento das demais leis e regulamentos em matéria migratória vigentes em cada um dos Estados Partes.

Artigo 4º

Havendo dúvidas fundamentadas quanto ao conteúdo do documento apresentado, o país de ingresso poderá, excepcionalmente, exigir a tradução do respectivo documento.

Artigo 5º

1. O presente Acordo entrará em vigor trinta (30) dias depois do depósito do instrumento de ratificação de pelo menos um Estado Parte do MERCOSUL e de pelo menos um Estado Associado.

Para os demais Estados Partes entrará em vigor no trigésimo dia a contar do depósito de seu respectivo instrumento de ratificação.

2. O presente Acordo não restringirá outros que sobre a matéria, possam existir entre os Estados Partes, desde que não o contradigam.

3. A República do Paraguai será depositária do presente Acordo e dos instrumentos de ratificação e enviará cópias devidamente autenticadas aos demais Estados Partes.

4. A República do Paraguai notificará os demais Estados Partes da data de entrada em vigor do presente Acordo e da data de depósito dos instrumentos de ratificação.

5. Qualquer Estado Parte poderá denunciar o presente Acordo mediante notificação escrita dirigida às outras Partes. A denúncia surtirá efeito seis (6) meses depois da data de notificação.

Feito em Florianópolis, República Federativa do Brasil, em 15 de dezembro de 2000, em um exemplar original nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

Pelo Governo da República Argentina – Adalberto Rodríguez Giavarini

Pelo Governo da República da Bolívia – Javier Murillo

Pelo Governo da República Federativa do Brasil – Luis Felipe Lampreia

Pelo Governo da República do Chile – María Soledad Alvear Valenzuela

Pelo Governo da República do Paraguai – Juan Estéban Aguirre

Pelo Governo da República Oriental do Uruguai – Didier Opertti

Acordo sobre Dispensa de Tradução para Documentos Administrativos para Efeitos de Imigração entre os Estados Partes do MERCOSUL

A República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, Estados Partes do MERCOSUL, todas doravante denominadas “Estados Partes”, para efeito do presente Acordo;

Considerando o Tratado de Assunção, assinado em 26 de março de 1991 entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai e o Protocolo de Ouro Preto, sobre a estrutura institucional do MERCOSUL, assinado em 17 de dezembro de 1994 por esses Estados Partes;

Reafirmando o desejo dos Estados Partes do MERCOSUL, Bolívia e Chile de fortalecer os vínculos fraternais existentes entre eles e de aumentar a fluidez da circulação dos beneficiários do presente Acordo;

Enfatizando a importância de procurar em instrumentos jurídicos de cooperação, o livre trânsito de cidadãos dos Estados Partes do presente Acordo, mediante facilitar o trâmite migratório;

Considerando a decisão do Mercado Comum do Sul (CMC) Nº 12/91, que motivará oportunamente a instrumentação de medidas tendentes a facilitar o trânsito dos nacionais dos Estados-Partes, e

Tendo em conta a vontade dos Estados democráticos, de avançar em mecanismos tendentes à eliminação gradual dos trâmites de entrada, saída e estada nos Estados Partes, e

Em concordância com a Decisão nº 7/96 (XI CMC – Fortaleza, 17/XII/96) que motivou a necessidade de avançar na elaboração de mecanismos comuns, para produzir a cooperação nas áreas de competência dos respectivos Ministérios do Interior ou equivalentes,

Acordam:

Artigo 1º

O presente Acordo se aplicará aos documentos apresentados a efeitos de trâmites migratórios, referentes a: solicitação de vistos, renovação do prazo de estada e concessão de permanência.

Artigo 2º

Os nacionais de qualquer dos Estados Partes ficam dispensados, nos trâmites administrativos migratórios assinalados no artigo 1º da exigência de tradução dos seguintes documentos:

1) passaporte; 2) cédula de identidade; 3) certidões de nascimento e casamento; e 4) atestado negativo de antecedentes penais.

Artigo 3º

A isenção de tradução de documentos estabelecida pelo presente Acordo não exige seus beneficiários do cumprimento das demais leis e regulamentos em matéria migratória vigentes em cada um dos Estados Partes.

Artigo 4º

Havendo dúvidas fundamentadas quanto ao conteúdo do documento apresentado, o país de ingresso poderá, excepcionalmente, exigir a tradução do respectivo documento.

Artigo 5º

1. O presente Acordo entrará em vigor, com relação aos dois primeiros Estados Partes que o ratifiquem, no prazo de 30 (trinta) dias a contar da data em que o segundo desses Estados Partes deposite seus instrumentos de ratificação.

Para os demais Estados Partes que o ratificarem, entrará em vigor no trigésimo dia a contar do depósito de seu respectivo instrumento de ratificação.

2. O presente Acordo não restringirá outros que sobre a matéria, podem existir entre os Estados Partes, desde que não o contradigam.

3. A República do Paraguai será depositária do presente Acordo e dos instrumentos de ratificação, e enviará cópias devidamente autenticadas aos demais Estados Partes.

4. A República do Paraguai notificará os demais Estados Partes da data de entrada em vigor do presente Acordo e da data de depósito dos instrumentos de ratificação.

5. Qualquer Estado Parte poderá denunciar o presente Acordo mediante notificação escrita dirigida às outras Partes. A denúncia surtirá efeito 6 (seis) meses depois da data de notificação.

Feito em Florianópolis, República Federativa do Brasil, em 15 de dezembro de 2000, em um exemplar original nos idiomas português e espanhol, sendo ambos os textos igualmente autênticos.

Pelo Governo da República Argentina – Adalberto Rodríguez Giavarini

Pelo Governo da República Federativa Do Brasil – Luis Felipe Lamprea

Pelo Governo da República do Paraguai – Juan Estéban Aguirre

Pelo Governo da República Oriental do Uruguai – Didier Operti

Notas

¹ Aprovado na Argentina através da lei 25.900, Boletín Oficial de la República Argentina (BO) 15/7/2004; no Brasil, por decreto legislativo nº 198 de 2004, Diário Oficial da União (DOU) 10/5/2004; e Chile, segundo comunicação ao depositário do Acordo de 29/11/2005. Bolívia, Paraguai e Uruguai ainda não ratificaram. Simultaneamente com esse Acordo e em termos idênticos, foi assinado um Acordo sobre dispensa de tradução para documentos administrativos para efeitos de imigração entre os Estados partes do Mercosul, MERCOSUL/CMC/DEC Nº 44/00, que também foi aprovado na Argentina pela lei 25.901, BO 16/7/2004, e no Brasil por decreto legislativo nº 887 de 2005, DOU 2/9/2005; e que está vigente entre esses dois países desde o dia 17/11/2005. No Uruguai, este último Acordo foi aprovado pelo Senado em 8/17/2005 e passou na Câmara de Deputados (Assunto 26.653), enquanto ainda não foi apresentado ao Congresso do Paraguai. Ambos os acordos – entre os Estados partes do Mercosul e com os Estados Associados–, se transcrevem como anexos deste comentário.

² Aprovado na Argentina pela lei 25.902, BO 16/7/2004; no Brasil, por decreto legislativo 925

de 2005, DOU 16/9/2005; na Bolívia, por lei 2831 de 2004, Gaceta Oficial nº 2653 de 27/9/2004; e Chile, segundo comunicação ao depositário do Acordo de 18/11/2005. Simultaneamente a esse Acordo e em termos idênticos, foi assinado um Acordo sobre residência para cidadãos dos Estados partes do Mercosul, MERCOSUL/CMC/DEC Nº 28/02, que também foi aprovado na Argentina pela lei 25.903, BO 16/7/2004, e no Brasil por decreto legislativo nº 210 de 2004, DOU 24/5/2004. No Uruguai, este último Acordo se encontra em estudo pela Comissão de Assuntos Internacionais do Senado (Carpeta 175/05 de 10/5/2005); enquanto no Paraguai ainda nem foi apresentado ao Congresso. Esses acordos ainda não entraram em vigor nem mesmo nos países que o ratificaram, visto que, para tanto, é necessária a ratificação por todos os Estados partes (art. 14 de ambos os acordos). Ver, em geral, SASSONE, 2004, p. 50-62; MARMORA, 2003, p. 111-142.

³ Em vigor desde o dia 15 de abril de 2004, com meu comentário: OYARZABAL, 2005, p. 343-345.

⁴ Essa interpretação é congruente com o artigo 32 da Convenção de Viena sobre o direito dos tratados, que permite recorrer aos trabalhos preparatórios quando as disposições de um tratado, tomadas em seu contexto, são equivocadas ou levam a resultados não razoáveis. Embora o Brasil e a Bolívia não sejam participantes da Convenção de Viena (ao contrário da Argentina, Chile, Paraguai e Uruguai), suas disposições sobre a interpretação dos tratados são geralmente consideradas declaratórias do direito internacional consuetudinário em vigor. Ver BROWNLIE, 2003, p. 602.

⁵ Refiro-me aos Estados partes da Convenção nº 16 relativa à expedição de certificados multilíngües de certificados de estado civil, elaborada pela Commission Internationale de l'Etat Civil (CIEC) e assinada em Viena em 8 de setembro de 1976. Os seguintes países formam parte da comissão: Alemanha, Áustria, Bélgica, Espanha (1974), França, Grécia, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Suíça e Turquia. O texto da Convenção e os modelos de certificados de registros de nascimento, casamento e óbito aprovados estão disponíveis em <http://perso.wanadoo.fr/ciec-sg/ListeConventions.htm>

⁶ Artigos 1 e 2, lei 17.671 de Registro Nacional das Personas, BO 12/3/1968.

⁷ Decreto-lei 8.204/1963 de Régimen do Registro do Estado Civil y Capacidad das Personas, BO 3/10/1963.

⁸ Sobre a validade extraterritorial dos atos de estado civil, ver OYARZÁBAL, 2004, p. 125-140 e a bibliografia citada.

⁹ As diversas categorias migratórias e as condições para admissão e permanência de estrangeiros

no território argentino são estabelecidas na lei 25.871 da Política migratoria nacional, BO 21/1/2004, que ainda não foi regulamentada. Em todos os aspectos em que não se aplica a lei 25.871, o assunto é regido pelo decreto 1.023/94, BO 5/7/1994, que aprova o Regulamento de migração. Também se aplica a resolução 310/2003 do Ministério do Interior (MI) de 5/11/2003, que dispensa os cidadãos de países limítrofes do regime do decreto 1.117/1998, BO 6/10/1998, que proíbe os estrangeiros que ingressaram no território nacional após 15 de outubro de 1998 na condição de residentes transitórios (turistas, negócios, etc.) de mudar de categoria de estudante temporário ou trabalhador temporário. Por outro lado, a disposição DNM 2.079/2004 de 28/1/2004 suspendeu as medidas de entrada de cidadãos do Mercosul, Bolívia e Chile cuja situação migratória na Argentina seja irregular, exceto expulsões fundamentadas na existência de antecedentes criminais das pessoas afetadas. Finalmente, através da disposição DNM 53.253/2005 de 13/12/2005 implementou-se o Programa nacional de normalização documental migratória para estrangeiros naturais dos Estados do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL) e seus Estados Associados, que permite a pessoas residentes em forma irregular na Argentina obter "residência precária" que as autoriza a estudar, trabalhar, entrar, sair e permanecer no país sem inconvenientes, meramente com a confirmação da sua nacionalidade e ausência de antecedentes criminais, e, em dois anos, permite-lhes obter sua residência definitiva. A informação oficial sobre o Programa está disponível no site <http://www.patriagrande.gov.ar>. Todas essas disposições da DNM argentina regerão até a entrada em vigor do Acordo sobre regularização migratória interna de cidadãos do Mercosul, Bolívia e Chile, assinado em Brasília em 5/12/2002, MERCOSUR/CMC/DEC Nº 28/02, cujo artigo 1 permite aos cidadãos de um Estado parte que se encontrem no território de outro Estado parte efetuar o trâmite imigratório de residência neste último sem necessidade de sair do mesmo. Esse Acordo ainda não foi ratificado pela Argentina. Até esta data só foi aprovado pelo Brasil, pelo decreto legislativo 923 de 2005, DOU 16/9/2005, e pelo Chile, segundo comunicação ao depositário do Acordo de 18/11/2005. Todos os Estados partes devem ratificar o acordo, para que este entre em vigor (art. 5 do Acordo). Em 5/8/2004, através da circular 31 do Ministério do Interior, Gabinete do Ministro, o Governo do Chile adotou medidas migratórias com relação a cidadãos argentinos idênticas às estabelecidas na resolução MI 310/2003 e na disposição DNM 2.079/2004 argentinas citadas. Ver, em geral, NOVICK, 2005, p. 1-63.

Referências

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 6. ed. Oxford; New York: Oxford University Press, 2003.

MARMORA, Lelio. Políticas migratorias consensuadas en América Latina. In: _____. Estudios migratorios internacionales. *Centro de Estudios Migratorios Latinoamericanos (CEMLA)*, Buenos Aires, a. 17, n. 50, p. 111-142, abr. 2003.

NOVICK, Susana. La reciente política migratoria argentina en el contexto del MERCOSUR. In: _____.; HENER, A.; DALLE, P. Proceso de integración MERCOSUR: de las Políticas Migratorias y de Seguridad a las Trayectorias de los Inmigrantes. *Documentos de Trabajo*, Buenos Aires, n. 46, p. 1-63, dez. 2005. Disponível em: <<http://www.iigg.fsoc.uba.ar/Publicaciones/DT/dt46.pdf>>. Acesso em: 7 abr. 2006.

OYARZÁBAL, Mario J.A. Los actos de estado civil en el derecho internacional privado y la competencia específica de los agentes diplomáticos y consulares argentinos. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, Córdoba, a. 13, n. XIII, p. 125-140, nov. 2004.

_____. O acordo de simplificação de legalizações com a Argentina. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, a. 13, n. 51, p. 343-345, abr./jun. 2005.

SASSONE, Susana María. Las condiciones de la movilidad para los ciudadanos en el MERCOSUR: hacia la reconfiguración de las territorialidades transfronterizas. In: _____. Territoires et sociétés du MERCOSUR: jeux et enjeux de l'intégration. *L'ordinaire Latino-américain*, Toulouse, n. 196, p. 50-62, abr./jun. 2004.

Autonomia e universalismo como condicionantes da política externa brasileira

Cláudio Oliveira Ribeiro

Sumário

1. Introdução. 2. Política externa: natureza e especificidade. 3. A centralidade do Itamaraty. 4. Política externa em transição: os enfoques da literatura. 4.1. Autonomia e universalismo: os temas reiterados. 5. Conclusão.

1. Introdução

O término da Guerra Fria, simbolizada pela queda do muro de Berlim e pela superação do mundo bipolar, implicou profundas transformações na ordem internacional, conseqüentemente no padrão de atuação internacional dos Estados.¹ Os processos de globalização e transnacionalização, acompanhados da ampliação do comércio internacional, da progressiva complexidade dos meios de comunicação e da informação, bem como da crescente importância dos atores não-estatais na configuração das relações internacionais, trouxeram aos Estados a necessidade de repensar, e até mesmo redefinir, os pressupostos essenciais de suas políticas exteriores.

Nesse contexto, tornou-se essencial aos Estados responder à nova e complexa interdependência global e promover a reformulação das tradicionais posições diante de temas e acontecimentos que, mesmo geograficamente distantes, passaram a afetar diretamente a vida nacional. Num processo cada vez mais acelerado, são estabelecidas regras e normas internacionais que limitam a

Cláudio Oliveira Ribeiro é Professor universitário. Servidor público federal da carreira de Ciência e Tecnologia do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

noção clássica de soberania nacional e que têm suas bases em valores “universais” (HOFFMANN, 1996). Para manter a autonomia, tornou-se tarefa essencial aos Estados participar ativamente dos acontecimentos globais. O sistema internacional passou a operar na forma de polaridades indefinidas, impondo a esses atores a necessidade de construir, com rapidez e urgência, novas estratégias para inserção internacional.

No caso de países como o Brasil, soma-se a essas demandas a necessidade de promover ações que façam prevalecer suas prioridades e interesses em concomitância à própria ampliação de seu grau de autonomia. A análise da política externa brasileira, portanto, apresenta-se como condição primordial para avaliação dos êxitos e equívocos resultantes de nossa interação com o sistema internacional contemporâneo.

Assim, o presente artigo tem por objetivo debater a evolução da política externa brasileira contemporânea. O argumento central da presente análise é o de que os conceitos de autonomia e universalismo influenciaram decisivamente os processos de formulação e execução da política externa brasileira, configurando-se em condicionantes da diplomacia ao longo do século XX. Tal fenômeno, no entanto, só pode ser claramente compreendido quando analisado o papel tradicional e majoritariamente desempenhado pelo Estado, mais especificamente pelo Itamaraty, na condução da política externa brasileira. Portanto, a segunda e terceira partes deste trabalho discutem, respectivamente, tanto o conceito de política externa quanto a centralidade do Itamaraty enquanto órgão responsável tanto por sua formulação quanto execução. Em seguida, os demais tópicos analisam a relação entre os conceitos de universalismo e autonomia na conduta diplomática brasileira. A conclusão procura sintetizar os argumentos apresentados.

2. Política externa: natureza e especificidade

Seja em plano bi ou multilateral, as ações externas desenvolvidas pelos Estados se realizam perante uma ampla gama de atores e organizações internacionais – sejam essas organizações governamentais ou não-governamentais. Nesses termos, a política externa não deixa de ser uma política pública, responsável por representar a conformação negociada de vontades tanto do governo como do empresariado, dos trabalhadores, das organizações não-governamentais, da academia, enfim, da miríade de atores que asseguram sua vitalidade e legitimidade. Seu processo de formulação e execução, como é o caso do Brasil, tende a ser coordenado por uma burocracia altamente especializada – portanto, detentora de autoridade acerca dos temas pertinentes à arena internacional.²

Invariavelmente, por mais que se identifique seu caráter público, é recorrente na literatura especializada reconhecer a especificidade da política externa, quando comparada às outras políticas desenvolvidas pelos governos – econômica, industrial, assistencial, etc.

“A política externa – substância da ação diplomática – é uma política pública. É, no entanto, um tipo especial de política pública, mais qualitativa do que quantitativa, que exige como passo prévio uma análise, em cada conjuntura, tanto das demandas da sociedade nacional quanto das oportunidades oferecidas pelo momento internacional” (LAFER, 1993a, p. 43).

Para Aron (2002, p. 52), tal especificidade está ligada diretamente ao âmbito em que se dá sua execução: o das relações interestatais, simbolicamente personificadas pelo autor nas figuras do *diplomata* e do *soldado*. Nessa esfera, as ações que determinado Estado possa vir a desenvolver implicam, necessariamente, um comprometimento de

âmbito maior, envolvendo tanto o bem-estar quanto os interesses societários em plano global. Reconhece-se, por conta disso, que as mudanças no campo da política externa se processam num ritmo mais lento e longo, distinguindo-se, por exemplo, da política doméstica (FONSECA JR., 1998, p. 300). Pode-se mesmo pensá-la como uma política de Estado, enquanto as demais, como política de governo.

Nesses termos, compreende-se a política externa como uma política de Estado, portanto, menos suscetível a alterações ou transformações bruscas. Conceitualmente, compartilha-se a premissa de que: “La política exterior es el conjunto de actividades políticas mediante las cuales cada estado promueve sus intereses frente a otros estados” (WILHELMY, 1988, p. 148). Nesse sentido, a política externa está vinculada ao Estado-Nação, tendo por referência os objetivos e as estratégias pelos quais, por meio do governo, determinado país busca realizar seus interesses perante o sistema internacional, respondendo a demandas tanto de ordem doméstica quanto internacional.

Por maior que seja a dificuldade em determinar a dinâmica entre as esferas doméstica e externa³, não há como desconsiderar, no entanto, que o sentido de qualquer política exterior está intrinsecamente vinculado aos objetivos nacionais perseguidos e definidos em plano nacional – como desenvolvimento, bem-estar, segurança, etc. Tais objetivos sempre estarão condicionados às circunstâncias que caracterizam o Estado, em particular pela sua situação geográfica, econômica, por seu regime político, cultura e mesmo tradição diplomática. Mesmo correspondendo a interesses nacionais de longo prazo, permanentes, não há como conceber que a política externa esteja isenta de sofrer os efeitos da passagem do tempo. Como salienta Wilhelmy (1988, p. 149):

“Actualmente se reconoce que toda separación entre política interna y exterior es solamente de carácter analítico. La política exterior proyecta

hacia otros estados aspectos relevantes de la política interna de un estado. En segundo lugar, la política exterior contiene las reacciones estatales a las condiciones (estructuras y procesos) prevalecientes en el sistema internacional, transmitiendo algunas de ellas a los agentes políticos internos. De este modo, la política interna no se sustrae a la influencia del sistema internacional. El grado de condicionamiento recíproco depende de la posición de poder de cada estado, de su estrategia externa y del grado de compatibilidad entre sus posiciones políticas y las fuerzas y tendencias prevalecientes en el sistema internacional a nivel global, regional, y bilateral.”⁴

Conseqüentemente deduz-se que, na análise da política exterior, a postura do investigador deve ser tal que este reconheça que “*toda teoria de relações internacionais implica um estudo aprofundado da política interna*” (DUROSELLE, 2000, p. 59 grifo do autor). Ressaltando-se, contudo, que o estudo unilateral desta última não é suficiente para a compreensão dos fenômenos analisados, pois:

“A existência do ‘estrangeiro’ introduz um elemento irreduzível aos esquemas de política interna. [...] Assim, todos os casos de relações internacionais compreendem um elemento interno, em que os meios são conhecidos, e um elemento aleatório, que é a reação do estrangeiro. Nenhuma teoria das relações internacionais é possível se não se determinam as combinações, infinitamente variadas, entre a hierarquia e o aleatório” (DUROSELLE, 2000, p. 59, grifo do autor)

Deve-se reconhecer, nesse sentido, a importância da abordagem decisória (*decision making process*) sobre a política externa e seus efeitos para compreensão da influência dos processos internos políticos, burocráticos e/ou cognitivos⁵ sobre a ação Estatal, em que se ressalta o esforço teórico realizado por diversos autores, como Allison (1971),

Krasner (1978) e Milner (1997) na identificação do próprio campo de estudo e das variáveis pertinentes à análise da política externa, como é o caso do trabalho de Robert Putnam (1993). Com a proposição de uma análise de *jogos de dois níveis*, Putnam identifica que o sucesso ou fracasso da ação diplomática está atrelado não apenas à fase de negociação internacional (nível 1), mas à capacidade de satisfazer às pressões e interesses domésticos (nível 2). De forma exemplar, o autor chama a atenção para a complexidade inerente ao processo de formulação deste último, em que estão presentes interesses, percepções e valores daqueles que, em alguma medida, sofrem seus efeitos e, portanto, preocupam-se em afetar as decisões a serem tomadas pelos negociadores em plano internacional. Nesse rol, aparecem as organizações não-governamentais, os partidos políticos, os sindicatos – enfim, todos os atores políticos que têm capacidade de influir sobre o processo decisório estatal.

3. A centralidade do Itamaraty

Invariavelmente, a análise da literatura sobre o desempenho de agentes não-estatais na formulação da política externa brasileira deixa patente que, tanto da perspectiva acadêmica quanto da militância política, ainda há muito a ser feito. “A experiência internacional do Brasil demonstra que um órgão específico do Executivo, o Ministério das Relações Exteriores, pela liberdade com a qual pratica a nossa política externa, tornou-se, de fato, seu legislador, executor e controlador” (SEITENFUS, 1994, p. 33).

Opinião compartilhada por Lima (1994), ao analisar a relação entre fatores institucionais e política externa, em que se identifica o modelo institucional brasileiro como um dos principais entraves a sua democratização, que restringe o processo decisório em política externa à Presidência da República e ao Ministério das Relações Exteriores. Como resultado, o modelo institucional vigente, ao mesmo tempo em que torna a polí-

tica externa menos vulnerável à ingerência administrativa de ordem doméstica, permitindo a formação de uma verdadeira *policy community*, quase confundível com a própria organização, também tende a fragilizá-la, uma vez que sua menor inserção em âmbito interno ou a ausência de “advogados” na sociedade a tornam dependente do Poder Executivo (LIMA, 1994, p. 34).

Nesse esquema, independentemente da forma em que o regime político se configure, o arranjo institucional brasileiro, ao longo das décadas, tem logrado engendrar condições para a continuidade das diretrizes gerais adotadas pela diplomacia, em que o Itamaraty:

“[...] adquiriu, desde cedo, uma autonomia crescente em relação ao sistema social e ao próprio aparelho estatal, conferindo-lhe iniciativa também crescente na formulação e implementação da política externa, e a capacidade de assegurar uma certa continuidade desta política ao longo do tempo, através da resistência a mudanças bruscas e indesejadas” (MELLO, 2000, p. 58).

Para Vieira (2001, p. 272), o resultado desse fenômeno é que a ausência

“[...] de participação política do espectro mais amplo da sociedade, com o conseqüente bloqueio da entrada de novas idéias e interesses na agenda de deliberações, restringe a poucos indivíduos privilegiados, como foi o caso de Araújo Castro e Celso Lafer, a prerrogativa de repensar a inserção externa do país”.

Complementando essa avaliação, Lima (2000, p. 25-26) chama a atenção para o alto grau de aceitação que o Itamaraty tem tradicionalmente logrado obter da sociedade, particularmente a partir dos esforços reiterados pela Chancelaria ao longo das últimas décadas na promoção do desenvolvimento do país, em que os agentes diplomáticos têm representado *de jure* e *de facto* o interesse coletivo pelo desenvolvimento indus-

trial. Nesses termos, a busca pelo desenvolvimento tornou-se uma das características mais importantes da política exterior brasileira e um dos objetivos a serem alcançados pelo corpo diplomático do país. Em perspectiva, pode-se observar que grande parte dos esforços diplomáticos do Brasil orientou-se no sentido de obtenção de mercados, financiamentos, investimentos e tecnologia. Conseqüentemente:

“Ao longo dos anos, a prática e o discurso diplomáticos reforçaram essa percepção da contribuição da política externa aos desafios econômicos da nação. Durante a Guerra Fria, a diplomacia brasileira foi uma das principais articuladoras da idéia de que a segurança internacional só seria alcançada pelo desenvolvimento – mote que marcou a atuação do país nas arenas multilaterais de então” (LIMA, 2005, p. 16-17).

Tanto no âmbito das relações bilaterais quanto na atuação diplomática perante os organismos internacionais, a política externa brasileira fez questão de vincular o desenvolvimento às metas a serem alcançadas pelos diversos acordos e negociações das quais o país procurou participar. No contexto da Guerra Fria, o vínculo entre as ações da chancelaria e a promoção do desenvolvimento nacional transparece na afirmação de que:

“A ação diplomática brasileira está voltada para a projeção, no exterior, dos interesses nacionais, hierarquizados de acordo com as prioridades estabelecidas pelo Governo e em função das circunstâncias peculiares a cada momento da vida do País. Se, no passado, os interesses prioritários foram os da consolidação da afirmação da soberania política, do traçado definitivo das fronteiras, pela obtenção do reconhecimento internacional aos direitos territoriais adquiridos, hoje a diplomacia se orienta primordialmente para a também magna tarefa de apoiar o desenvolvimento econômico

e social do País. A política exterior mantém, assim, sua tradição de estrita coerência com o que é essencial para a projeção do Brasil no campo externo: os interesses permanentes do País, os parâmetros culturais e éticos por que se guia a ação diplomática brasileira; e com a tradição do Itamaraty, que é, principalmente, a de saber renovar-se para atender às exigências de cada momento histórico” (SILVEIRA, 1974 apud LIMA, 1996, p. 222).

Parafrazeando Lima (2000a, p. 25-26), conclui-se que, nessa situação, o nível de ratificação doméstica, pensada a partir da lógica dos *jogos de dois níveis*, tradicionalmente tem sido supérfluo, pois ao chefe de governo não se impôs, historicamente, a necessidade de conciliar eventuais interesses contraditórios entre as duas arenas, estando livre da pressão cruzada entre elas. Conclusão compartilhada por Roberto Russel (1990), ao identificar que, a partir do processo de redefinição dos critérios ordenadores da política externa brasileira, ocorrido ao longo da década de 70, o Ministério das Relações Exteriores logrou fortalecer sua autonomia decisória tanto no âmbito da formulação quanto da prática diplomática. Como consequência:

“Junto al presidente, la corporación diplomática ha centralizado la adopción de decisiones. De este modo, esta conjunción de autonomía y centralización posibilitó, en sustancial medida, que el proceso decisorio alcanzara un alto grado de unidad. A ello, también contribuyeron de manera importante el alto nivel de consenso de la política exterior, la aceptada relación de Itamaraty con segmentos clave de las Fuerzas Armadas y los grupos empresarios, y la articulación funcional del Ministerio de Relaciones Exteriores con las otras agencias del Ejecutivo” (RUSSEL, 1990, p. 259).

Guimarães (2003) é igualmente categórico ao identificar a ausência de um debate

mais amplo, seja acadêmico ou jornalístico, em plano doméstico sobre os encaminhamentos da política externa. Para Guimarães, o motivo principal estaria na importância marginal que a política internacional e a política externa ocupam no debate doméstico nacional, restrito a seus aspectos econômicos de caráter mais imediato, como a necessidade de gerar superávits comerciais ou mesmo superar crises no âmbito dos acordos regionais, como no Mercosul. Para o autor, o próprio “[...] desconhecimento da história da política exterior brasileira e da situação estratégica da América do Sul no mundo seriam responsáveis por essa atenção marginal” (GUIMARÃES, 2003, p. 8).⁶

Por outro lado, quando se avalia o espaço de participação dedicado aos grupos de interesse em torno das negociações de acordos regionais, como é o caso da participação do empresariado no processo de formação da Área de Livre Comércio das Américas (ALCA), as análises identificam que a estratégia diplomática brasileira permanece restrita a pequenos núcleos governamentais de decisão (OLIVEIRA, 2003a)⁷. Conseqüentemente, pela literatura mais recente, infere-se que “[...] a diplomacia brasileira falta assumir ou engendrar novo paradigma de atuação diplomática condizente com essa realidade, seja internacional ou doméstica” (SANTANA, 2001, p. 192). “Em todas as negociações comerciais, a interação com o setor privado é indispensável. É também essencial coordenação fluida e eficaz, com espírito de equipe, entre todos os órgãos de governo. Só assim se gera o necessário entendimento para a definição do interesse nacional” (LAFERA, 2001).

Nesse sentido, ainda que se defenda, é pouco plausível aceitar o preceito de que: “O Itamaraty não cria interesses nacionais, ele os identifica e os defende, com um mandato da sociedade, à qual presta contas, inclusive através do Congresso Nacional” (LAMPREIA, 1995, p. 115). Tanto pela observação empírica quanto pela literatura especializada, constata-se que a prática di-

plomática segue no sentido contrário ao da afirmação. Em realidade, quando considerados os atores institucionais, como o papel desempenhado pelo próprio Congresso no encaminhamento dos assuntos internacionais do país, o trabalho de Lima e Santos (2000) é preciso ao identificar que seu poder de atuação restringe-se à ratificação *ex-post* de acordos internacionais.⁸ Lima (2000b, p. 297) ressalta ainda que: “Em algumas situações, porém, este poder praticamente se desvanece, uma vez que o custo da modificação ou anulação de acordos previamente negociados no plano externo pode ser muito alto.”⁹

Nesse contexto, os analistas tendem a concentrar seus esforços de avaliação sobre as ações implementadas pela Chancelaria nacional e nos constrangimentos do ambiente internacional, como variáveis explicativas da política externa brasileira. Em síntese, porque:

“Desde que a diplomacia se constituiu, no Brasil, como um dos mais coesos segmentos da burocracia estatal, a política externa passou a ser objeto de competência especializada na esfera diplomática. A contrapartida é o distanciamento do conjunto das elites políticas – atores vinculados ao sistema de representação e demais segmentos da burocracia do Estado – quanto ao relacionamento externo do Brasil. Esse distanciamento é igualmente observável no que se refere ao grau de participação das elites empresariais: elas estão muito longe de apresentarem-se como um grupo de pressão estruturado, capaz de influir nos processos de tomada de decisão e implementação da política exterior, de modo a torná-la mais adequada aos seus objetivos. Assim sendo, a sedimentação das linhas principais da inserção do Brasil no sistema internacional ocorreu dentro de um quadro de grande autonomia decisória e operacional do segmento especializado – a diplomacia. Variáveis normalmen-

te consideradas básicas na análise da política exterior – como orientação do regime, opinião pública, papel do legislativo – parecem, nesta medida, ser de pouca utilidade na análise do caso brasileiro” (PEIXOTO, 1984, p. 1).

Nesse contexto, mesmo reconhecendo haver “[...] tantas políticas em um país, quanto são os interesses em jogo [...]”, Miyamoto e Gonçalves (2000, p. 173) são categóricos ao identificar “[...] o tradicional *locus*, a Chancelaria em princípio a grande responsável tanto pela formulação, quanto pela implementação da política externa e da política internacional do Brasil [...]”, sendo seguida pelas “[...] forças Armadas, principalmente no que tange aos temas ligados à defesa do Estado; e os setores econômicos”. Posição compartilhada por Lafer (2000, p. 7), ao concluir que:

“Apesar da multiplicidade de novos atores na cena internacional e do seu funcionamento em redes que são um dado da governanta do espaço mundial, o Estado permanece como indispensável instância pública de intermediação. Instância interna de intermediação das instituições do Estado com a sociedade civil e instância de intermediação com o mundo, em função das especificidades que caracterizam os países e que explicam distintas visões sobre as modalidades de sua inserção no sistema internacional. A legitimidade do Estado como instância pública de intermediação deriva do fato de que as condições de vida das populações dependem do desempenho dos Estados em que vivem. Daí a relevância e atualidade do conceito de interesse nacional, que cabe aos Estados representar.”

Nesses termos, no estudo da política externa brasileira, o foco de análise não pode deixar de se direcionar para o papel do Estado como ator central de sua formulação e execução. Sem deixar de reconhecer que o estudo das relações internacionais compor-

ta uma gama sugestiva de perspectivas, é forçoso reconhecer que: “Uma das mais úteis é a da política externa de um Estado que parte do reconhecimento da especificidade histórica da conduta do Estado como ator, senão exclusivo, pelo menos preponderante na dinâmica da vida internacional” (LAFER, 2001b, p. 19).

Tendo por referência a concepção de que a política externa constitui-se no esforço de otimização dos interesses nacionais em plano externo, sua análise não poderia desconsiderar elementos de ordem doméstica.

“O processo de formulação da política externa compreende, de um lado, a interpretação e avaliação da realidade internacional e, de outro, a identificação do interesse nacional, em cada uma das situações apresentadas, a partir das necessidades domésticas e dos constrangimentos externos” (BARROS, 1996).

Sua investigação deve levar em conta, portanto, duas dimensões distintas, mas complementares: “A primeira diz respeito às normas de funcionamento da ordem mundial num dado momento. A segunda trata de esclarecer as modalidades específicas de inserção de um Estado na dinâmica de funcionamento do sistema internacional” (LAFER, 1984, p. 104).

Nesses termos, parte-se do pressuposto de que a política externa brasileira não é simplesmente reativa aos impulsos externos oriundos dos grandes centros hegemônicos, capazes de ajustá-la aos seus interesses majoritários, mas também resultado de esforços políticos domésticos hábeis em absorver e adaptar-se a tais impulsos, transformando-os em objetivos ou situações a se resistir, combater e/ou negociar, mediante concessões mútuas. Novamente:

“O Estado, constituindo-se o canal mais importante das relações exteriores da nação, torna-se desse modo o vértice das pressões cruzadas, internas e externas, que se produzem sobre o processo decisório da política

exterior. Sobre ele recai a atenção do estudioso que procura discernir razões e ações da política exterior” (MOURA, 1979, p. 22).

Sob esse ponto de vista, a análise da política externa brasileira requer a avaliação de variáveis tanto estruturais quanto conjunturais, pois:

“A política externa de um país dependente está condicionada simultaneamente ao sistema de poder em que se situa, bem como às conjunturas políticas, interna e externa (a saber, o processo imediato de decisões no centro hegemônico, bem como nos países dependentes). Essa hipótese, por um lado, acentua a necessidade de conjugar as determinações estruturais, que delimitam o campo de ação dos agentes decisores, com as determinações conjunturais, dadas pela decisão e ação dos *policy-makers*; por outro, repele a noção de que a política externa de um país dependente é um simples reflexo das decisões do centro hegemônico e nega também que se possa entendê-la mediante o exame exclusivo das decisões no país subordinado” (MOURA, 1980, p. 43).

Assim, é possível identificar a existência de condicionamentos tanto endógenos quanto exógenos na implementação da política externa brasileira. Nesses termos, a análise da política externa brasileira necessita ser realizada levando em conta a interação de variáveis tanto estruturais como conjunturais.

4. Política externa em transição: os enfoques da literatura

Já foi chamada a atenção para o fato de haver poucos trabalhos dedicados à evolução da política externa brasileira no período posterior a 1950 (MELLO, 2000, p. 24). De modo geral, as análises existentes apresentam como preocupação comum o mapeamento histórico da conduta externa do Bra-

sil, em que se destacam os trabalhos de Bandeira (1973, 1989, 1995), Vizentini (1995, 1998), Cervo e Bueno (1992, 2002) e Rodrigues e Ricardo e Seitenfus (1995). No entanto, as próprias alterações observadas na política externa do país ao longo do período analisado ensejaram uma série de trabalhos no esforço de darem contorno conceitual aos processos históricos registrados nas décadas anteriores. Entre esses trabalhos, sobressai o de Lima (1994, p. 34), pela identificação, na análise da história da política externa brasileira, de paradigmas alternativos, entendidos como teorias de ação diplomática, mapas cognitivos “[...] que ayudan al diplomático a dar sentido a la complejidad del mundo que lo rodea, de donde se derivan alternativas distintas de acción [...]”.

Complementam esse esforço as análises realizadas por Lafer (1993a), com considerações sobre a prática diplomática e a autoridade do Itamaraty; por Hirst (1990), na avaliação dos efeitos domésticos da democratização sobre a ação externa do país; e as análises de Fonseca Jr. (1998) e Ricupero (1996b; 2000): o primeiro, mediante a proposição dos conceitos de formulações doutrinárias e propostas conceituais na análise da Política Externa independente e do Pragmatismo Responsável; cabendo a Ricupero o exame do marco conceitual da diplomacia nacional instituída pelo Barão do Rio Branco, que veio a configurar-se no paradigma dominante da primeira metade do século XX. Somam-se ainda os esforços realizados por Albuquerque (1996a; 1996b; 2000a; 2000b), na consecução da coleção *Sessenta Anos de Política Externa Brasileira* – com destaque para as análises de Jaguaribe (1996), Ricupero (1996a) e Fonseca Jr. (1996) – e Cervo (1998), com o artigo publicado na edição comemorativa de 40 anos da *Revista Brasileira de Política internacional*.

4.1. Autonomia e universalismo: os temas reiterados

Tomando por base os argumentos apresentados por Lima (1994), considera-se que

a política externa brasileira no século passado orientou-se basicamente por dois paradigmas: a aliança especial estabelecida com os EUA e o globalismo. O primeiro paradigma, também identificado por Pinheiro (2000) como americanismo, tende a ser interpretado como o resultado das ações diplomáticas desenvolvidas pelo Barão do Rio Branco com aquele país, em que o Chanceler tratou de construir com os Estados Unidos uma privilegiada “aliança não-escrita”, uma espécie de opção preferencial. A partir da identificação de que os EUA representariam uma potência hegemônica e de que, portanto, a política externa brasileira deveria orientar-se por esse viés, haver-se-ia se constituído um legado político-estratégico, em que o Barão criou o primeiro verdadeiro paradigma e modelo abrangente para articular e dar sentido à política externa do país.¹⁰

Inversamente proporcional, o paradigma do globalismo constituiria o eixo pelo qual a política externa brasileira, ao mesmo tempo em que busca afastar-se do raio de atração norte-americano, trabalha na constituição de um espaço diplomático mais diversificado e abrangente. Nesse caso, Lessa (1998) identifica que a política externa brasileira se caracterizaria pela busca de cinco objetivos básicos:

“a) a perseguição, no plano internacional, dos elementos tidos como indispensáveis à leitura do projeto de desenvolvimento econômico em vias

de implementação, sejam eles investimentos, mercados, tecnologias, fontes de energia ou empréstimos;

b) a concertação internacional, nos fóruns em que se fizer possível, para a construção de regras que desimpedissem o acesso aos insumos para o desenvolvimento;

c) a diversificação dos contatos internacionais, esconjurando a ‘maldição das relações especiais’ com os EUA, com o que se entende os apertos nas margens de decisão e de autonomia internacional proporcionados pelos alinhamentos;

d) a integração eficaz nos fluxos econômicos internacionais;

e) a construção de uma presença internacional própria, não-alinhada e crescentemente desvinculada dos constrangimentos ideológicos do momento, sem que com isso se negue o escopo civilizacional ocidental” (LESSA, 1998, p. 30).

Considerando os paradigmas apontados, Pinheiro (2000) propõe a periodização da política externa brasileira no século XX de acordo com um eixo americanista ou globalista. A autora sugere ainda a incorporação dos adjetivos pragmático/ideológico e grotiano/hobbesiano como forma de melhor compreensão das ações externas do país. Nesses termos, a política externa brasileira ganha a configuração descrita no Quadro 1.

Quadro 1 – Política externa brasileira: períodos e paradigmas analíticos

Períodos	Paradigmas
1902-1945; 1951-1961; 1967-1974	Americanismo pragmático
1946-1951; 1967	Americanismo ideológico
1961-1964	Globalismo grotiano
1974-1990	Globalismo hobbesiano

Elaborado a partir de: Pinheiro (2000).

Observa-se, no entanto, que o modelo analítico sugerido por Pinheiro não dá conta de abarcar a política externa brasileira exercida nos anos 90. A própria autora che-

ga à conclusão de que ambos os paradigmas haveriam se esgotado: o paradigma americanista não tem mais capacidade de se impor às crescentes manifestações políti-

cas e sociais de resistência; e o globalismo perde sua base de sustentação em meio ao processo de fragmentação dos movimentos diplomáticos terceiro-mundistas, ocasionada pelas transformações sistêmicas da ordem mundial.

Avaliando a política externa brasileira no período em questão, Pinheiro propõe a qualificação da mesma a partir do conceito de *institucionalismo pragmático*. Essa classificação derivaria do fato de o Brasil, por um lado, aderir a regimes durante a década de 90 e por manter, em correlato, um comportamento pragmático quando o país se defronta, por exemplo, com a possibilidade de uma institucionalização mais profunda do MERCOSUL. Ainda em relação à década de 90, Pinheiro observa a existência de um fio condutor comum entre os paradigmas expostos: o desejo de autonomia. Diferentemente do contexto caracterizado pela Guerra Fria, o conceito de autonomia nesse período não se configura pelo distanciamento, mas pela participação.

“A autonomia, hoje, não significa mais ‘distância’ dos temas polêmicos para resguardar o país de alinhamentos indesejáveis. Ao contrário, a autonomia se traduz por ‘participação’, por um desejo de influenciar a agenda aberta com valores que exprimem tradição diplomática e capacidade de ver os rumos da ordem internacional com olhos próprios, com perspectivas originais” (FONSECA JR., 1998, p. 368).

Nesses termos, Pinheiro (2000, p. 320) concebe ser possível aos Estados estabelecerem esquemas cooperativos sem necessariamente abrirem mão das premissas básicas do realismo: anarquia e racionalidade.

“Nesse sentido, o que se nota é que a diplomacia brasileira vem procurando combinar estratégias distintas para lidar com essa equação. Chamo a atenção de que não pretendo aqui fazer propriamente uma crítica idealista da diplomacia brasileira ao su-

gerir como considerável o fato de o país buscar fóruns multilaterais mais institucionalizados para obter vantagens para si – em regra, quase todos, senão todos, os Estados fazem isso. A questão central está, a meu ver, na lógica de *double standard*, em que o grau de comprometimento que o estado se propõe a assumir varia conforme seus recursos de poder; e, principalmente, no fato de que, embora na prática se adote essa estratégia, no discurso a política externa brasileira contemporânea vem sendo apresentada como tributária de uma concepção que se move apenas pelos princípios da cooperação e não pelos interesses”.

A análise de Pinheiro (2000) propõe ainda uma distinção entre as tendências *hobbesiana* e *grotiana* para avaliação da participação do Brasil ante os regimes internacionais. Entre essas duas inclinações, a autora observa a existência de um ponto de equilíbrio caracterizado pelo institucionalismo *neoliberal*. Pela vertente *grotiana*, a ação diplomática do país adquire uma áurea filosófica, identificada com a defesa de princípios morais, comprometida com a construção de uma nova ordem internacional baseada em regras, princípios e no próprio conceito de justiça. Pela vertente *hobbesiana*, a política externa brasileira se realizaria pela busca incessante de otimização dos interesses nacionais diante do sistema internacional. A predominância da primeira ou da segunda vertente refletiria o grau de institucionalização ao qual o país estaria disposto a se submeter.

A título de ilustração, pode-se observar que a política externa brasileira no plano regional, em que os recursos de poder do país são comparativamente maiores que os de seus parceiros, realiza-se com vistas à obtenção de ganhos relativos e, ao mesmo tempo, pela preservação de espaços de autonomia, em que a atuação diplomática se caracteriza pela construção de esquemas pouco institucionalizados. Quando considerado o plano global, no entanto, em que a

assimetria de poderes é proporcionalmente desfavorável ao Brasil, a diplomacia concentra seus esforços na institucionalização de regimes capazes de lhe fornecer ganhos absolutos.

Por esse esquema, pode-se observar que, no plano regional, o Brasil, para preservar sua autonomia de ação, age de forma a evitar a durabilidade das instituições – tática que tem sido duramente combatida pelas negociações da ALCA.¹¹

“Assim sendo, a diplomacia brasileira afirma-se internacional e regionalmente com base no discurso da cooperação, fundamento do liberalismo, mas se utiliza de mecanismos de escape que se traduzem em baixa institucionalidade e relativa durabilidade de alguns arranjos institucionais, desviando-se, no limite, adiando a questão da justiça no plano regional onde o equilíbrio na balança de poder tem preponderância” (PINHEIRO, 2000, p. 325).

Outro aspecto salientado pelos analistas sobre política externa brasileira: a busca pela diversificação de contatos e parcerias, que configura uma diplomacia de traçado universalista, como apontado por Vaz (1999). O caráter universalista da política externa brasileira está atrelado às suas características territoriais e à diversidade étnica e cultural do país. Esses elementos promovem, por um lado, a pluralidade de interesses em plano doméstico e, em contrapartida, a negação de alinhamentos automáticos externos – combinação que prevê a manutenção permanente de opções diplomáticas abertas, tanto nos âmbitos multilateral, regional ou bilateral, “[...] ainda mais em um cenário internacional marcado por elevado grau de incerteza quanto a sua evolução futura” (VAZ, 1999, p. 53).

O universalismo da política externa brasileira também é salientado por Lessa (1998) e por Lafer (2001c). Para o primeiro:

“A observação do sistema de relações bilaterais do Brasil confere rele-

vo à vocação para a universalidade, que encontra origens no fato de que, em maior ou menor medida, logrou-se o estabelecimento de relações pacíficas e instrumentalizáveis com países situados em todos os continentes” (LESSA, 1998, p. 30).

Na avaliação de Lafer (2001c), por sua vez, o universalismo é identificado como traço de uma diplomacia em que se valoriza o estabelecimento de parcerias não excludentes com vistas à promoção da própria autonomia.

“Daí um trabalho de aproximação com os países africanos e asiáticos, na onda do processo de descolonização, e o significado do restabelecimento, em 1961, das relações diplomáticas com a União Soviética, rompidas no governo Dutra (1947), e antecipadas pelo reatamento das relações comerciais no final do governo Kubitschek” (LAFER, 2001c, p. 97).

Sua prática guardaria, portanto, uma estratégia de atuação internacional do país, orientada, desde o fim da II Guerra Mundial, pela construção e acumulação paulatina “[...] de um certo capital de prestígio e a constituição de uma margem mínima extra de liberdade de manobra, a ser utilizada em momentos críticos”. Alicerçada por “[...] uma boa dose de habilidade e capacidade de articulação dos interesses que se manifestam nas relações entre duas nações, a instrumentalização do universalismo age para reforçar os ganhos internacionais”. Em última instância, tem por objetivo “[...] proporcionar uma maior complexidade e densidade nas relações com as potências ocidentais (EUA, Europa Ocidental e Japão), e a abertura de novos espaços na África, na Ásia e Oriente Médio” (LESSA, 1998, p. 30).

Essa postura universalista da diplomacia brasileira pode ser exemplarmente observada ao longo das negociações econômicas internacionais intentadas pelo país, considerado, portanto, como *global trader*: país em que se observa alto grau de diversi-

ficação em seus fluxos financeiros, seja em relação à origem das importações quanto ao destino das exportações, bem como àquele cuja pauta comercial seja diversificada, como demonstra a Tabela 1. Soma-se a esses indicadores a diversificação industrial do país, considerada como variável que reflete as próprias relações comerciais estabelecidas deste com o resto do mundo (BARBOSA; CÉSAR, 1994).

“No sentido econômico, o universalismo associa-se ao grau de diversificação dos fluxos comerciais brasileiros em sua origem, procedência e composição, caracterizando o país como o que se convencionou denominar *global trader*” (VAZ, 1999, p. 53). Conseqüentemente, no plano diplomático, o argumento assume a premissa de que: “No comércio como na vida, ganha-se mais jogando em todos os tabuleiros do que limitando-se a um só. Para o Brasil, cujo comércio exterior tem estrutura diversificada, sem nenhum parceiro que absorve mais de um quarto de suas exportações, essa verdade é ainda mais evidente” (RICUPERO, 1997).

A análise comparativa realizada por Barbosa e César (1994) sobre os fluxos comerciais do Brasil em relação a países como Argentina, Estados Unidos, Japão, Índia e Canadá corrobora a tese de que esse pode ser considerado um *global trader*. Do ponto de vista estratégico, os autores observam ainda que, para o Brasil, essa característica lhe imprime rara e privilegiada flexibilidade de ajuste que se deve lutar por preservar. Nesses termos, a política externa brasileira:

a) se interessaria menos por associações comerciais regionais, temendo que um comportamento ostensivamente ‘regionalista’ possa trazer desvios de comércio em outros mercados igualmente importantes para sua balança comercial. As iniciativas de integração regional teriam, assim, caráter complementar em sua estratégia de inserção internacional;

b) teria, até por razões de sobrevivência, de se arvorar em defensor convicto do multilateralismo comercial,

Tabela 1 – Brasil: Destino das Exportações e Origem das Importações
Variação% Janeiro – Dezembro – 2004 (US\$ Milhões)

BLOCO / País	Exportações		Importações	
	Valor	Δ % 2004/03	Valor	Δ % 2004/03
União Européia	24.160	30,9	15.923	22,3
Estados Unidos	20.341	20,4	11.511	18,4
Ásia	14.564	24,7	12.278	37,6
ALADI, exc. MERCOSUL	10.787	48,8	3.628	43,7
MERCOSUL	8.912	57,1	6.393	12,5
África	4.245	48,4	6.172	88,3
Oriente Médio	3.687	31,4	2.304	42,3
Europa Oriental	2.488	22,7	1.324	55,2

Fonte: Dados básicos da SECEX/MDIC.

com regras claras, transparentes e equilibradas para todas as partes envolvidas no comércio internacional” (BARBOSA; CÉSAR, 1994, p. 308).

Não por acaso, em compasso às alterações da própria economia mundial, no decorrer da década de 90, um conjunto de mudanças institucionais viabilizou a am-

pliação do grau de abertura financeira da economia nacional. Como resultado, pôde-se observar a efetiva reinserção dos agentes domésticos no mercado financeiro internacional, bem como o ingresso de investimentos estrangeiros, como descrito na Tabela 2. Este último caracterizado pelo tipo de investimento que se vincula ao capital social

de empresas, numa perspectiva empreendedora, com fins produtivos. Por meio de subscrição de ações ou quotas, geralmente se realiza tanto pela injeção de dinheiro nas empresas, como pela aquisição de participações de terceiros¹².

Para o Itamaraty, a defesa do universalismo da política externa brasileira é uma prerrogativa. De forma geral, ela aparece sob rótulos mais genéricos e idealistas, por meio da constante reafirmação de que: “[...] o Brasil, por suas dimensões, por sua complexi-

dade, pelo seu tecido social, pela composição étnica e cultural de sua população, não cabe em nenhum bloco, político ou econômico, ou em nenhuma área de influência” (AMORIM, 1994, p. 16). Do ponto de vista pragmático, a constante reafirmação do universalismo diplomático não deixa de ser a reiteração de que a política externa brasileira prima pela liberdade de formação de alianças, especialmente numa conjuntura internacional ainda em redefinição.

Tabela 2 – Brasil: Investimento Externo Direto por Origem Geográfica dos Recursos – 1995-2004 (em %)

ORIGEM	Estoque		Ingressos (médias anuais)	
	1995	2000	1996-2000	2001-2004
Estados Unidos	26,0	23,8	24,4	18,4
União Européia	31,0	42,5	46,1	45,3
Suíça	6,8	2,2	1,1	1,8
Japão	6,4	2,4	1,6	4,6
Paraísos Fiscais*	13,1	17,9	19,4	23,0
Subtotal	83,1	88,8	92,5	93,1
Outros	16,9	11,2	7,5	6,9
Total	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: Elaborado a partir de dados do Banco Central (www.bc.gov.br) e CEPAL (2005, p. 95).

*Inclui: Bahamas, Bahrein, Barbados, Bermuda, Ilhas do Canal, Ilhas Caimán, Gibraltar, Ilhas Virgens Britânicas, Liechtenstein, Luxemburgo, Panamá e Uruguai.

“Essa multiplicidade de alianças táticas possíveis, além de ver-se facilitada pelo fim da rigidez imposta pelo esquema Leste-Oeste, também decorre da predominância dos temas econômicos na agenda internacional pós-guerra fria, que definem convergências ou divergências de interesses, não lealdades político-militares e ideológicas, necessariamente mais estáveis e coercitivas.

As novas geometrias, do ponto de vista brasileiro, não abolem o requisito da coerência. O que as informa, em última análise, é o impulso no sentido de buscar aproveitar as virtudes que o mundo oferece para atender as demandas da sociedade brasileira, centradas ainda hoje na questão do

desenvolvimento, como condição necessária mas não suficiente para a construção de uma ordem mais justa e mais democrática” (LAFER, 1992, p. 112).

Assim, o principal elemento para promoção dos interesses do país perante o sistema internacional seria a estruturação de sua capacidade de articular consensos em planos multi e bilaterais, mediante: a) a defesa e promoção da igualdade jurídica entre os Estados; b) da não-ingerência; c) do primado do direito sobre o uso da força; d) da solução pacífica e negociada nas controvérsias; e) o respeito aos Tratados. Legado diplomático proporcionado pelo Barão do Rio Branco e incorporado por seus sucessores, esse conjunto de premissas tem caracterizado a política externa brasileira ao longo do século XX e início do XXI, ganhando orde-

namento jurídico e constitucional na Carta de 1988, pela qual, no “Título I: Dos Princípios Fundamentais”, artigo 4º, se estabelece que:

“A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I – independência nacional;

II – prevalência dos direitos humanos;

III – autodeterminação dos povos;

IV – não-intervenção;

V – igualdade entre os Estados;

VI – defesa da paz;

VII – solução pacífica dos conflitos;

VIII – repúdio ao terrorismo e ao racismo;

IX – cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;

X – concessão de asilo político.”

Lafer (2001c, p. 49) chama a atenção para o fato de a vocação universalista transcrita na nova Carta ser sobremaneira reforçada por sua ativa promoção integracionista em direção à América Latina. No “Parágrafo único” do mesmo artigo, estabelece-se que, a partir de 1988: “A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

Na medida em que a adoção e a promoção de determinados princípios não deixam de representar uma escolha, tanto a prática quanto a defesa dos mesmos devem ser encaradas como o resultado de um processo de avaliação e cálculo: a formulação e a execução da política externa de um país não deixam de levar em conta a pertinência da defesa de determinados princípios para os interesses e objetivos nacionais. Assim, o componente eminentemente ético postulado pela política externa brasileira pode ser identificado como estratégico, sobretudo na medida em que: “Os fatores éticos poderão também influenciar a seleção das políticas específicas consideradas como apropriadas ao atingimento de tais objetivos” (WENDZEL, 1985, p. 26).

Ainda que sob “risco jurídico”, pode-se muito bem afirmar que o comportamento universalista da política externa brasileira se realiza por uma posição internacional em prol da paz e da democracia, consoante a estruturação de sua autoridade como mediador e promotor de políticas de âmbito global. Em termos de poder, a adoção dessa postura mediadora constitui o fator que: “Permite combinar a vontade de transformar e a razão moderada, a luta em prol de objetivos éticos e o sentido de realidade, de maneira a ensejar para o Brasil um papel afirmativo no processo de reforma, ora em curso, da ordem mundial” (LAFER, 1993b, p. 33). Na formulação de Lafer, esse comportamento ganha corpo no conceito de poder caracterizado pelo emprego do *soft-power*, em que:

“Este papel de mediação, no âmbito da diplomacia multilateral, não é um dado; é um desafio de cada conjuntura diplomática. O sucesso ou não diante das tensões e controvérsias existentes no plano internacional, num dado momento, depende, igualmente, do talento dos delegados que, em foros internacionais e à luz do quadro parlamentar, precisam explorar oportunidades de ação. No plano bilateral, elas raramente afloram no eixo assimétrico, porque este é naturalmente propício ao emprego e aplicação do poder. Já no plano multilateral, como diria Hannah Arendt, para a geração de poder. Com efeito, este pode surgir quando existe um espaço para a capacidade de iniciativas, aptas a terem conseqüências quando um grupo concorda com um curso comum de ação. A diplomacia brasileira vem exercitando o potencial de geração de poder, inerente ao papel de *soft-power* no plano internacional, com o objetivo de assegurar espaço para a defesa dos interesses nacionais. O exercício deste papel gerador de *soft-power* é, assim, um componente da nossa iden-

tidade internacional voltado para o tema da estratificação internacional, que vem sendo construído no decorrer do século XX, com as oportunidades criadas pela ampliação do multilateralismo na vida mundial” (LAFER, 2001c, p. 77-78).

Nesse caso, a postura universalista do Brasil, consoante a defesa do Direito Internacional, pode ser interpretada sob enfoque eminentemente realista. Para Ferreira (1977), essa conduta, na prática, seria tida como basicamente instrumental. Na avaliação do autor, a postura de reclamo da vigência do Direito internacional se traduz sob a forma velada de uma política de poder, em que o Brasil: “Em sua prática se serve exatamente da denúncia da divisão do mundo entre os grandes para, em nome do direito dos pequenos, reclamar para si posições a partir das quais possa realizar a, ou ao menos participar da, política do poder que condena” (FERREIRA, 1977, p. 7)¹³. Fato que pôde ser constatado, no decorrer do século XX, pela reiterada defesa, no âmbito do Itamaraty, de que o Brasil tem papel protagônico a desempenhar nos processos decisórios e regulatórios das relações internacionais contemporâneas, especialmente na Liga das Nações e na ONU, “[...] onde o país aspirou participar dos núcleos decisórios centrais desses organismos (Conselho Executivo da Liga e Conselho de Segurança da ONU), restritos às grandes potências” (SILVA, 1998, p. 154).

Em termos econômico-comerciais, essa percepção instrumental do universalismo brasileiro também é compartilhada por Vaz (1999), ao considerar que ele representa um condicionante na construção de parcerias estratégicas estabelecidas pelo país ao longo dos anos. Dessa forma:

“A construção de parcerias estratégicas pelo Brasil tem assumido, em diferentes contextos, um caráter instrumental para a promoção do desenvolvimento do país, constituindo-se a partir de interesses e oportunidades

definidas em cada caso, sem caráter excludente e, portanto, dentro da perspectiva universalista que caracteriza a política externa brasileira. A funcionalidade e o conteúdo dessas alianças não estão definidos de forma estática; pelo contrário, respondem mais às mudanças no contexto interno e externo e ao modelo de desenvolvimento a que servem, e menos a considerações de ordem ideológica e cultural” (VAZ, 1999, p. 76).

A partir da década de 90, em particular, a análise realizada por Lessa (1998) agrega ao conceito de universalismo um padrão de seletividade, pelo qual a diplomacia brasileira passa a escolher seus parceiros. Para Lessa, a avaliação da política externa brasileira nesse período deixa transparecer que o caráter universalista da diplomacia nacional não representa tão-somente uma válvula de escape do país à excessiva vinculação aos Estados Unidos. A partir de então, o universalismo assume um aspecto ativo para a inserção internacional do país.

“Sob este ângulo, portanto, a seletividade não pode ser confundida como autolimitação da presença internacional, perda de lugares ou posições, mas como estratégia de racionalização dos contatos bilaterais que efetivamente permitirão minorar os custos políticos e econômicos necessários para contornar os constrangimentos internacionais da hora e galgar posições de relativo conforto para a realização do interesse nacional” (LESSA, 1998, p. 39-40).

Característica marcante das fases em que predominou o globalismo, o universalismo é exemplarmente retomado a partir da gestão de Lafer, no Governo Collor, como estratégia para combater as propostas norte-americanas de integração hemisférica. É observável também nos esforços de aproximação realizados pela diplomacia brasileira, no intuito de intensificar as relações com a União Européia com vistas ao estabeleci-

mento de um acordo semelhante ao da ALCA; e igualmente nas relações do Brasil com a África do Sul.¹⁴

5. Conclusão

Vistos em perspectiva, os conceitos de autonomia e universalismo influenciaram decisivamente os processos de formulação e execução da política externa brasileira no século XX. A partir de uma concepção realista das relações internacionais, a ação do Itamaraty apresenta-se alicerçada no princípio de anarquia e no uso dos recursos de poder. Como resultado, sob a ótica da diplomática nacional, tanto o universalismo quanto a autonomia configuram-se como regras para execução da política externa – componentes permanentes da atuação internacional do país na busca pela superação de sua condição marginal como ator político e econômico internacional.

De modo geral, foram raros os momentos em que houve prevalência de conceitos distintos na condução da política externa brasileira, como o americanismo e a aliança especial com os Estados Unidos. Não por acaso, o descontentamento que se seguiu aos mesmos, em virtude dos parcos resultados alcançados, serviu para corroborar a opção pelo universalismo e o desejo de autonomia; transformados quase que em instituições no Itamaraty que, com domínio quase que irrestrito sobre o processo de formulação e execução da política exterior do país, foi capaz de atribuir-lhes a qualidade de condicionantes para a ação das sucessivas gestões do Ministério das Relações Exteriores, órgão que guarda como uma de suas principais características a precisa capacidade de conferir continuidade às políticas desenvolvidas ao longo das últimas décadas.

Notas

¹ As relações internacionais, nos moldes que configuram o período posterior à II Guerra Mundial, correspondiam a uma situação que deixou de

existir com o declínio da URSS. De imediato, esse fenômeno proporcionou uma série de interpretações que, por diferentes correntes teóricas, a exemplo das análises de Fukuyama (1992) e Huntington (1994; 1998), buscam explicar a atual configuração internacional. A partir de então, o paradigma realista, consagrado na obra de Morgethau (2003), de existência de uma dinâmica clara, até então comandada por um processo global de rivalidade e polaridades definidas, foi perdendo fôlego, abrindo espaço para a revisão dos tradicionais campos de análise consagrados pela teoria do realismo, centrado na perspectiva das relações interestatais: o estratégico-militar, o econômico e o dos valores (LA-FER; FONSECA JR., 1994, p. 50).

² Não havendo consenso na literatura sobre o conceito preciso de política pública, é recorrente sua identificação como o conjunto de ações ligadas à esfera eminentemente estatal. Daí a percepção de que a política pública diferencia-se de outras dimensões políticas: no seu trato, a preocupação central do analista estaria direcionada para a atividade concreta do Estado, que tende ser considerada como uma variável independente. Isso não significa que seja desprovida de subjetividade, pois, em sua formulação, não deixam de entrar em jogo as percepções, os interesses e as pressões dos diferentes atores sociais, que o Estado deve ter capacidade efetiva de acomodar e traduzir em resultado socialmente relevante, garantindo a própria legitimidade de sua ação. Por conseqüência, não há como conceber que a formulação e execução da política externa estejam imunes a um processo de negociação, se não difícil, pelo menos intenso, entre esses interesses, muitas vezes dissonantes. Para uma análise detalhada, ver: Merle (1985) e Ingram; Fierderlien (1988).

³ Para Merle (1984, p. 07), a definição se dá pela oposição: enquanto a política externa compreende a esfera das atividades estatais direcionada para o trato dos assuntos além-fronteiras, a doméstica lida essencialmente com os problemas de ordem interna.

⁴ Compartilhando dessa visão, Halliday (1999) identifica ainda a pertinência do enfoque multidisciplinar para compreensão da dinâmica entre as esferas doméstica e internacional. Para Halliday (1999, p. 34): “Os Estados funcionam simultaneamente nos níveis doméstico e internacional e buscam maximizar seus benefícios em um domínio para melhorar suas posições no outro. As necessidades da competição interestatal explicam muito do desenvolvimento do Estado moderno, enquanto a mobilização dos recursos domésticos e os constrangimentos internos dão conta do sucesso dos Estados nessa competição. Disciplinas como a ciência política e a sociologia, por um lado, e das relações internacionais, por outro, estão olhando para as duas dimensões de um mesmo processo:

sem intrusões exageradas ou a negação da especificidade do outro, isto poderia sugerir uma relação estável e produtiva.”

⁵ Apesar de pouco explorada no Brasil, os trabalhos de Arbilla (1997), Silva (1998) e Mello (2000) podem ser citados como análises que buscam incorporar essa dimensão ao estudo da política externa brasileira.

⁶ Para uma interpretação distinta, ver: HOLZHACKER (2000). A autora busca demonstrar que, sob efeito da democratização e da ampliação dos canais de expressão, a população tem consolidado um conjunto de atitudes estruturadas e coerentes a respeito da atuação do Brasil no exterior, em que se registra a influência dos fatores demográficos e políticos domésticos nas visões e opiniões da população a respeito das relações internacionais.

⁷ Com estudo sobre as percepções e posições de elite empresarial brasileira em relação à Alca, o trabalho de Oliveira (2003a) demonstra que o empresário brasileiro não age de forma meramente reativa ao posicionamento governamental, conferindo à “Coalizão Empresarial” capacidade de inovação no sistema de representação e participação do setor privado nas negociações internacionais do país. Observa-se, no entanto, que essa capacidade de participação é significativamente mitigada pela estrutura decisória do Itamaraty, tradicionalmente hermética.

⁸ Para uma análise distinta, ver o trabalho precursor de Cervo (1981) sobre a participação do Parlamento nas relações exteriores do Brasil entre 1826-1889. Para o autor, a ausência de estudos sobre a influência do Parlamento nas relações exteriores do país resulta, antes de mais nada, de um vício analítico: uma vez ignorada, sua atuação é tida como irrelevante ou mesmo desnecessária. Nesse sentido, é igualmente oportuna a análise de Almeida (2000) sobre o papel desempenhado pelos partidos políticos na formatação da política externa brasileira. De acordo com o autor: “Os partidos políticos dão, evidentemente, prioridade aos temas de política interna, sem falar do enorme esforço organizacional que representa, no contexto brasileiro, a reconstrução das bases de sustentação a cada novo escrutínio eleitoral. Por outro lado, as características estruturais e institucionais da política externa a tornam relativamente autônoma e pouco permeável às instituições do sistema partidário. Pode-se precisamente atribuir essas características a relativa permanência das grandes linhas da política externa, independente mesmo de regimes políticos dotados de forte disparidade recíproca: fossem os partidos brasileiros mais ‘ideológicos’ – no sentido argentino, por exemplo, e tivessem eles posições definidas como neste último caso – e fosse o serviço exterior brasileiro mais aberto às

injunções políticas vindas dos meios partidários, a política externa seria seguramente mais errática do que ela o foi desde a consolidação do Estado Nacional” (ALMEIDA, 2000, p. 442).

⁹ Oliveira (2003b) define o quadro de forma bastante contundente. Para o autor: “Poucos debates no Brasil têm sido tão silenciosos quanto o da relação entre os poderes Executivo e Legislativo no campo da política externa. No âmbito acadêmico, por exemplo, raros estudos recentes têm devotado especial atenção ao tema, principalmente com base em pesquisas empíricas sistemáticas. No plano de governo, imprensa e outros segmentos sociais, contam-se nos dedos registros de uma discussão mais sistemática e estruturada sobre a questão. O próprio Congresso Nacional, salvo alguns recentes debates sobre negociações internacionais em curso, tem demandado pouca reflexão sobre seu papel no âmbito da política externa. O silêncio é compreensível; resta-nos saber se é também conveniente ao país.” (OLIVEIRA, 2003b, p. 3-4). Não há como deixar de constatar a pertinência desse esquema para a consolidação da posição de poder do Itamaraty. Pensando nos moldes descritos por Weber, é inegável identificar que: “A burocracia naturalmente vê com agrado um parlamento mal informado e, daí, impotente – pelo menos na medida em que a ignorância esteja de alguma forma de acordo com os interesses da burocracia.” (WEBER, 1982, p. 270).

¹⁰ É importante frisar que a política externa desenvolvida pelo Barão do Rio Branco não pode ser considerada apenas como resultado das aproximações do Brasil com os Estados Unidos. Mais do que uma aliança especial, a aproximação era considerada como elemento tático, capaz de fortalecer a própria inserção do país no sistema internacional em transição e, em certa medida, capaz de consolidar uma posição privilegiada em plano regional, mediante a promoção de uma declarada política de prestígio. Como interpreta Bueno (2002, p. 384): “A política externa de Rio Branco não se esgota na aproximação dos Estados Unidos. Além dos esforços destinados à consolidação e ampliação das fronteiras nacionais, houve movimentos impostos pela defesa da soberania e a prática de uma política de prestígio, tendo o país assumido atitudes próprias de uma potência regional.” Além dos trabalhos já mencionados, uma análise mais detalhada da política externa brasileira durante e após a gestão do Barão do Rio Branco pode ser encontrada em Bueno (2003).

¹¹ Para uma análise, ver: Albuquerque (1998).

¹² O período caracterizou-se, em particular, pela oposição ao quadro econômico dominado pelos anos de 1980, quando o país enfrentava condições de instabilidade inflacionária marcantes. Na década de 90, o ingresso de IED no país apresenta-se de

forma significativamente intensa, observando-se a predominância de investimentos oriundos da Europa, seguidos dos EUA e em terceiro lugar da Ásia. Nesse período, observa-se que o considerável ingresso de IED se dá em função do amplo programa de privatizações implementado pelo governo. Para uma análise detalhada, ver: Nonnenberg (2003).

¹³ Para uma análise mais detalhada da política externa brasileira como política de poder, ver coletânea de artigos organizados por Nasser em: Ferreira (2001). Indica-se, ainda, o artigo publicado por Miyamoto (1999), por ocasião do “Seminário Acadêmico em Homenagem ao Prof. Oliveiros S. Ferreira”, ocorrido em 1999, no Departamento de Ciência Política da USP.

¹⁴ Em relação a este último, deve-se considerar que se apresenta como parte necessária da agenda diplomática brasileira. Não somente pela importância intrínseca do espaço natural para a ação externa do país, mas também pelas perspectivas no campo multilateral, especialmente a cooperação no marco do Atlântico Sul, que atualmente se traduz na Zona de Paz e Cooperação do Atlântico Sul. Instituída em 1986 pelos países da costa ocidental da África e os banhados pelo Atlântico Sul, na América Latina, a ZPCAS surge na esfera diplomática brasileira como espaço para a cooperação econômica e comercial, consoante a incorporação de temas ambientais, como o meio ambiente marinho e as zonas costeiras. As relações do país com o Estado sul-africano revestem-se de sentido vital, na medida em que implicam a possibilidade de aproximação do Mercosul com a África Austral, incluindo os países da SADECC; bem como componente de um projeto hemisférico para construção e manutenção de estabilidade política e estratégica no Atlântico Sul.

Referências

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. US and Brazil bilateral relations as a major obstacle to hemispheric integration. In: CONFERÊNCIA UNA GRÁN FAMÍLIA?: HEMISPHERIC INTEGRATION AFTER THE SANTIAGO SUMMIT, 1998, Ottawa, out. 1998. (mimeo).

_____. (Org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990): crescimento, modernização e política externa*. São Paulo: Cultura Editores; NUPRI; USP, 1996a. v. 1.

_____. (Org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990): diplomacia para o desenvolvimento*. São Paulo: Cultura; NUPRI; USP, 1996b. v. 2.

_____. (Org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990): o desafio geoestratégico*. São Paulo: Annablume; NUPRI; USP, 2000a. v. 3.

_____. (Org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990): prioridades, atores e políticas*. São Paulo: Annablume; NUPRI; USP, 2000b. v. 4.

ALLISON, Graham T. *Essence of decision: explaining the Cuban missile crisis*. Boston: Little, Brown, 1971.

ALMEIDA, Paulo Roberto de. A política da política externa: os partidos políticos nas relações internacionais do Brasil, 1930-1990. In: ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. (Org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990): prioridades, atores e políticas*. São Paulo: Annablume; NUPRI; USP, 2000. v. 4.

AMORIM, Celso L.N. Uma diplomacia voltada para o desenvolvimento e a democracia. In: FONSECA, Gelson; CASTRO, Sérgio H. N. (Org.) *Temas de política externa II*. Brasília: FUNAG; São Paulo: Paz e Terra, 1994, v. 1.

ARBILLA, José Maria. *A diplomacia das idéias: a política de renovação conceitual da política externa na Argentina e no Brasil (1989-1994)*. ? f. 1997. Tese (Mestrado em Relações internacionais) – Instituto de Relações internacionais, Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 1997.

ARON, Raymond. *Paz e guerra entre as nações*. Brasília: Universidade de Brasília; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; Instituto de Pesquisa de Relações internacionais, 2002.

BANDEIRA, Luis Alberto Muniz. *Brasil – Estados Unidos: a rivalidade emergente*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

_____. *Estado nacional e política internacional na América Latina (1930-1992)*. São Paulo: Ensaio, 1995.

_____. *Presença dos Estados Unidos no Brasil: dois séculos de história*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1973.

BARBOSA Rubens A.; CÉSAR, Luís Fernando Pannelli. O Brasil como Global Trader. In: FONSECA, Gelson; CASTRO, Sérgio H. N. (Org.) *Temas de política externa II*, Brasília: FUNAG; São Paulo: Paz e Terra, 1994. v. 1.

BARROS, Sebastião do Rego. *A execução da política externa brasileira*. Palestra proferida na Escola Superior de Guerra. Rio de Janeiro, 31 maio 1996. (mimeo).

BRASIL. Constituição (1988). Brasília: Senado Federal; Secretaria Especial de Editoração e Publicações; Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003.

BUENO, Clodoaldo. O barão do Rio Branco e o projeto da América do Sul. In: CARDIM, C.H.; ALMINO, J. (Org.). *Rio Branco, a América do Sul e a modernização do Brasil*. Rio de Janeiro: 2002.

_____. *Política externa de primeira república: os anos de apogeu, 1902-1918*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

CEPAL. *La inversión extranjera en América Latina y el Caribe 2004*. Chile: unidad de inversiones y estrategias empresariales de la división de desarrollo productivo y empresarial de la CEPAL, 2004.

CERVO, Amado Luiz. *O parlamento brasileiro e as relações exteriores (1826-1889)*. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

_____. Os grandes eixos conceituais da política exterior do Brasil. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 41, 1998.

_____. Política de comércio exterior e desenvolvimento: a experiência Brasileira. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, v. 40, n. 2, p. 5-26, 1997.

_____. ; BUENO, Clodoaldo. *História da política exterior do Brasil*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2002.

_____. *História da política exterior do Brasil*. São Paulo: Ática, 1992.

DUROSELLE, Jean-Baptiste. *Todo império perecerá: teoria das relações internacionais*. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

FERREIRA, Oliveiros. *A crise da política externa: autonomia ou subordinação*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. Tendências históricas e atuais da presença brasileira na América Latina. In: PERSPECTIVAS PARA O DESENVOLVIMENTO DOS ESTUDOS COMPARATIVOS LATINO-AMERICANOS E RELAÇÕES INTERNACIONAIS, promovido pelo PECLA, DCP/UFMG e pela Fundação Ford, Nova Friburgo, 2 a 3 dez. 1977. (mimeo).

FONSECA JR., Gelson. Mundos diversos, argumentos afins: aspectos doutrinários da política externa independente e do pragmatismo responsável. In: ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. (Org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990): crescimento, modernização e política externa*. São Paulo: Cultura Editores; NUPRI; USP, 1996. v. 1.

_____. *A legitimidade e outras questões internacionais*. São Paulo: Paz e Terra, 1998.

FUKUYAMA, F. *O fim da história e o último homem*. Rio de Janeiro: Rocco, 1992.

GUIMARÃES, Samuel Pinheiro. Reflexões sul-americanas. In: BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. *Brasil, Argentina e Estados Unidos: da triplíce aliança ao mercosul (1870-2003)*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

HALLIDAY, Fred. *Repensando as relações internacionais*. Porto Alegre: UFRGS, 1999.

HERMANN, Charles. Changing Course: when governments choose to redirect foreign policy. *International studies quarterly* 34, Austin, n. 1, p. 3-22, mar. 1990.

HIRST, Mônica. *Las relaciones internacionales de Brasil: transición democrática y política exterior*. Buenos Aires: FLACSO, abr.1990. (Serie de documentos e informes de investigación).

_____. Tempos e contratempos da política externa brasileira. In: Plastino, C.A.; Bouzas R., (Ed.). *A América Latina e a crise internacional*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

_____. ; PINHEIRO, Leticia. A política exterior do Brasil. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, ano 38, n. 1, 1995.

HOFFMANN, Stanley. The politics and ethics of military intervention. *Survival*, [S.l.], v. 37, n. 4, inverno 1995-1996.

HOLZHACKER, Denilde Oliveira. *As atitudes e opiniões da população a respeito das relações externas do Brasil*. ? f. 2000. Tese (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

HUNTINGTON, Samuel P. Choque das civilizações? *Política Externa*, São Paulo, v. 2, n. 4, p. 120-141, mar. 1994.

_____. *O choque de civilizações e a recomposição da ordem mundial*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1998.

INGRAM, Helen; FIERDERLIEN, J. Traversing Boundaries: a public policy approach to the analysis of foreign policy. *The Western Political Quarterly*, Salt Lake City, n. 4 v. 4, p. 725-745, 1988.

JAGUARIBE, H. Introdução Geral. In: ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. (Org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990): crescimento, modernização e política externa*. São Paulo: Cultura Editores; NUPRI; USP, 1996. v. 1.

KRASNER, Stephen D. *Defending the national interest: raw materials investments and U.S. foreign policy*. Princeton: Princeton University Press, 1978.

LAFER, Celso; FONSECA Jr., Gelson. Questões para a diplomacia no contexto internacional das polaridades indefinidas. In: FONSECA, Gelson;

CASTRO, Sérgio H. N. (Org.) *Temas de Política Externa II*. Brasília: FUNAG; São Paulo: Paz e Terra, 1994, v. 1.

LAFER, Celso. A diplomacia globalizada. *Valor Econômico*, São Paulo, 11-13 set. 2000.

_____. *A identidade internacional do Brasil e a política externa brasileira: passado, presente e futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2001c.

_____. *A inserção internacional do Brasil: a gestão do Ministro Celso Lafer no Itamaraty*. Brasília: MRE; FUNAG, 1993b.

_____. *Discurso de posse ao cargo de Ministro de Estado das Relações Exteriores*. Brasília: Ministério das Relações Exteriores, 29 jan. 2001a. (mimeo)

_____. *O Brasil e a crise mundial*. São Paulo: Perspectiva, 1984.

_____. Perspectivas e possibilidades da inserção internacional do Brasil. *Política Externa*, São Paulo, v. 1, n. 3, dez. 1992.

_____. *Política externa brasileira: três momentos*. São Paulo: Konrad Adenauer-Stiftung, 1993a.

_____. Prefácio. In: BARRETO FILHO, Fernando Paulo de Mello. *Os sucessores do Barão: relações exteriores do Brasil: 1912 a 1964*. São Paulo: Paz e Terra, 2001b.

LAMPREIA, Luiz Felipe. Apresentação na comissão de relações exteriores da Câmara dos Deputados. *Resenha de Política Exterior do Brasil*, Brasília, n. 76, 1 semestre, 1995.

LESSA, Antônio Carlos. A diplomacia universalista do Brasil: a construção do sistema contemporâneo de relações bilaterais. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, jul. 1998. Edição Especial.

LIMA, Maria Regina Soares de. Autonomia, não-indiferença e pragmatismo: vetores conceituais da política exterior. *Revista Brasileira de Comércio Exterior*, Rio de Janeiro, ano 19, n. 83, abr./jun. 2005.

_____. Globalização, instituições democráticas e política exterior. In: WORKSHOP EL ESTADO DEL DEBATE CONTEMPORÁNEO EN RELACIONES INTERNACIONALES, 2000, Buenos Aires. Anais... Buenos Aires: Universidad Torcuato Di Tella, 27-28 jul. 2000a. (mimeo).

_____. Instituições democráticas e política exterior. *Contexto internacional*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, 2000b.

_____. Interesses e solidariedade: o Brasil e a crise centro-americana. In: ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS, 11., 1987, Águas de São Pedro, out. 1987. (mimeo).

_____. Notas sobre as relações Brasil-África no contexto da política externa brasileira. *Estudos Afro-Asiáticos*, Rio de Janeiro, v. 6-7, 1982.

_____. ; SANTOS, Fabiano. O congresso e a política de comércio exterior. *Lua Nova - Revista de Cultura e Política*, São Paulo, n. 52, p. 121-49, 2001.

_____. Ejes analíticos y conflicto de paradigmas en la política exterior brasileña. *América Latina Internacional*, Buenos Aires, v. 1, n. 2, outono /inverno 1994.

LIMA, Paulo Tarso Flecha de. Diplomacia e comércio: notas sobre a política externa brasileira nos anos 70. In: ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. (Org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990): diplomacia para o desenvolvimento*. São Paulo: Cultura Editores; NUPRI; USP, 1996. v. 1.

MELLO, Flávia Campos. *Regionalismo e inserção internacional: continuidade e transformação da política externa brasileira nos anos 90*. ? f. 2000. Tese (Doutorado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2000.

MERLE, Marcel. La politique étrangère. In: GRAWITZ, Madelaine; LECA, Jean. (Org.) *Traité de science politique: les politiques publiques*, Paris, v. 4, p. 467-533, 1985.

_____. *La politique étrangère*. Paris: Presses Universitaire de France, 1984.

MILNER, Helen. *Interests, institutions and information: domestic politics and international relations*. New Jersey: Princeton University Press, 1997.

MIYAMOTO, Shiguenoli. Militares, geopolítica e política externa. In: KRITSCH, Raquel; MELLO, Leonel I.A.; VOUGA, Claudio. (Org.). *Oliveiros S. Ferreira: um pensador da política*. São Paulo: Humanitas Publicações, 1999.

_____. ; GONÇALVES. Willimas da Silva. Militares, diplomatas e política externa no Brasil pós-64. In: ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. (Org.). *Sessenta anos de política externa brasileira (1930-1990): prioridades, atores e políticas*. São Paulo: Annablume; NUPRI; USP, 2000, v. 4.

MORGENTHAU, Hans. *A política entre as nações: a luta para o poder e pela paz*. Brasília: Universidade de Brasília; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, 2003.

MOURA, Gerson. *Autonomia na dependência: a política externa brasileira de 1935 a 1942*. ? f. 1979. Tese (Mestrado em Ciência Política) - Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1979.

_____. *Autonomia na dependência: a política externa brasileira de 1935 a 1942*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

NONNENBERG, Marcelo José Braga. Determinantes dos investimentos Externos e Impactos das Empresas Multinacionais no Brasil: as décadas de 1970 e 1990. Rio de Janeiro: IPEA, 2003. (Texto para Discussão n. 969).

OLIVEIRA, Amâncio Jorge Silva Nunes de. Instituições e Política Externa. *Carta Internacional*, Brasília, ano 8, n. 85, mar. 2000.

_____. Legislativo e Política Externa: das (in) conveniências da abdicação. *Working Papers CAENI*, [S.], n. 3, nov. 2003b.

_____. *O papel da coalizão empresarial brasileira e as negociações da Alca*. ? f. 2003. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2003a.

PEIXOTO, Antonio Carlos. Política externa e sucessão presidencial: nada ou quase nada vai mudar. *Brasil: Perspectivas internacionais*, Rio de Janeiro, ano 3, v. 1, set./out. 1984.

PINHEIRO, Letícia. Traídos pelo desejo: um ensaio sobre teoria e prática na política externa brasileira contemporânea. *Contexto internacional*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, jul./dez. 2000.

PUTNAM, Robert D. Diplomacy and domestic politics: the logic of two-level games. In: EVANS, Peter B. et al. *Double-edged diplomacy: international bargaining and domestic politics*. California: University of California Press, 1993.

RICUPERO, Rubens. A quadratura do círculo. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 abr. 1997.

_____. *O ponto ótimo da crise*. Rio de Janeiro: Revan, 1998.

_____. O Brasil, a América Latina e os EUA desde 1930: 60 anos de uma Relação Triangular. In: ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. (org.). *Sessenta Anos de Política Externa Brasileira (1930-1990): Crescimento, Modernização e Política Externa*. São Paulo: Cultura Editores/NUPRI/USP, 1996b, volume 1.

_____. Rio Branco e a globalização. *Folha de São Paulo*, 20 abr. 1996a, reproduzido em RICUPERO,

Rubens. *O ponto ótimo da crise*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1998.

_____. *Rio Branco: o Brasil no mundo*. Rio de Janeiro: Contraponto; Petrobrás, 2000.

RODRIGUES, José Honório; SEITENFUS, Ricardo. *Uma história diplomática do Brasil, 1531-1945*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1995.

RUSSEL, Roberto. *Política exterior y tomada de decisiones en la América Latina*. Buenos Aires: GEL, 1990.

SANTANA, Helton Reginaldo Presto. Grupos de interesse e a Política Externa Brasileira para a ALCA. *Contexto internacional*, Rio de Janeiro, ano 23, n. 1, 2001.

SEITENFUS, Ricardo. *Para uma nova política externa brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

SILVA, Alexandra de Mello e. Idéias e política externa: a atuação brasileira na liga das nações e na ONU. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, ano 41, n. 2, p. 139-158, 1998.

VAZ, Alcides Costa. Parcerias Estratégicas no contexto da política exterior brasileira: implicações para o MERCOSUL. *Revista Brasileira de Política Internacional*, Brasília, ano 42, n. 2, 1999.

VIEIRA, Marco Antônio Muxagata de Carvalho. Idéias e instituições: uma reflexão sobre a política externa brasileira do início da década de 90. *Contexto Internacional*, vol. 23, nº 1, 2001.

VISENTINI, P. F. *Relações internacionais e desenvolvimento: o nacionalismo e a política externa independente: 1951-1954*. Petrópolis: Vozes, 1995.

_____. *A política externa do regime militar brasileiro: o multilateralização, desenvolvimento e a construção de uma potência média (1964-1985)*. Porto Alegre: UFRGS, 1998.

WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WENDZEL, Robert L. *Relações internacionais: o enfoque do formulador de políticas*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

WIGHT, Martin. *A política do poder*. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

WILHELMY, Manfred. *Política internacional: enfoques y realidades*. Buenos Aires: GEL, 1988.

O STF e a Corte Suprema dos Estados Unidos da América

Autonomia e impasses

Grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional e o Perfil dos Novos Ministros do STF”

Sumário

1. Introdução. 2. Criação do órgão. 3. Aspectos normativos. 4. A influência norte-americana. 5. A periodização da *Supreme Court*. 6. A doutrina do alargamento do *habeas corpus* e o seu papel inovador. 7. O STF e o seu papel político na Primeira República. 8. O STF e a Era Vargas. 9. A primeira redemocratização (1945). 10. O STF e o regime militar de 1964. 11. A nova redemocratização e a Constituição Cidadã (1988). 12. O STF e o presente. 13. Conclusão.

1. Introdução

A presente análise propõe-se à adequada compreensão do papel do Supremo Tribunal Federal (STF) tanto na sua função institucional de guardião do Texto Maior quanto na possibilidade de ser partícipe nas mudanças da sociedade brasileira, ao concretizar os direitos fundamentais.

Para tanto, partimos do pressuposto de estudar a instituição em sua vocação natural, prevista no art. 102, *caput*, da Constituição Federal de 1988, qual seja, no exercício da Jurisdição Constitucional, o que torna imperiosa a fixação de um conceito inicial de Jurisdição Constitucional (ou do que se denomina na tradição norte-americana *Judicial Review*).

Francisco Rubio Llorente (1997) entende por Jurisdição Constitucional a que exerce ou desempenha os Tribunais assim chamados, seja qual for a natureza dos assuntos cuja solução se demanda: o controle da

Artigo produzido pelo grupo de pesquisa “Jurisdição Constitucional e o Perfil dos Novos Ministros do STF”, desenvolvido na FND/UFRJ, sob orientação do Professor Dr. José Ribas Vieira. Integrantes: Caroline Sarty Vianna, Giovanni Almeida Fernandes, Giselle Gonçalves Seabra, Tássia Lima Ramos da Silva e Vinícius Paz Leite.

constitucionalidade das leis em diversas formas, certas questões de natureza eleitoral – como a regularidade nas eleições – e de foro privilegiado – e.g., julgamento penal de titulares das magistraturas supremas – são alguns exemplos. Segundo esse constitucionalista espanhol, assiste-se a uma forte tendência ao modelo de Jurisdição Constitucional centrado na defesa dos direitos fundamentais, a fim de se garantir a viabilidade desses.

Ante a definição acima sufragada, e que representa a atual realidade do Órgão de Cúpula do Judiciário no seu atributo constitucional máximo, surge o seguinte questionamento: o Supremo Tribunal Federal tem conseguido se auto-afirmar como poder constitucional independente, a ponto de conseguir realizar plenamente os seus intentos? Fatores econômicos e políticos norteiam suas decisões, a ponto de afastar sua autonomia decisória e sobrepesar direitos fundamentais consagrados?

Para responder essas indagações, faz-se mister um exame de sua atuação ao longo de determinados momentos históricos desde o surgimento do Tribunal, em 1891. O cotejar com a atuação da Corte Suprema norte-americana nos marcos delimitados do sistema do *judicial review* – instituição-chave como modelo inspirador para a criação do STF – será fundamental nessa investigação. Julgamentos emblemáticos também serão invocados, com o fito de reforçar os argumentos e opiniões aqui expostos.

2. Criação do órgão

A instituição de um novo Tribunal era acalentada por alguns juristas no final do Segundo Reinado, fruto do labor técnico de nomes como Rui Barbosa, Saldanha Maranhão, Rangel Pestana, Antônio Luiz dos Santos Werneck, Américo Brasiliense de Almeida Mello e José Antônio Pedreira de Magalhães Castro (RÊGO, [200-?]).

É importante assinalar, contudo, que o surgimento desse “novo Tribunal”, advin-

do com o movimento republicano de 1889, não resultou apenas de um anseio de um grupo de juristas. Cabe, dessa forma, elencar os vários fatores que contribuíram para viabilizar e consolidar o STF, tais como: o contato com a Escola Exegética alemã¹, a sólida formação de juristas no Direito Romano e no Direito Canônico, o positivismo de Augusto Comte, a influência do pensamento político de Benjamim Constant, o Código Civil Napoleônico, a pressão positivista do Exército em pretender criar uma instituição que fosse capaz de colocar freios aos excessos do Legislativo e, por fim, a contribuição notória de Rui Barbosa (defensor arraigado da doutrina constitucional norte-americana).

Não podemos nos esquecer que Rui Barbosa, por meio de seu papel – oriundo de sua formação liberal – como jurisconsulto de enorme prestígio no início da nossa República, acabou por exercer enorme influência para a instalação do STF. Pois era, assim com os predicados mencionados, um grande guardião dos direitos fundamentais, além de ser autor intelectual da Carta de 1891. Sua contribuição para a Jurisdição Constitucional será melhor delineada em momento oportuno.

A propósito, cumpre destacar que há especulações em sede acadêmica, no sentido de que os juristas do Governo Provisório teriam modelado o Supremo Tribunal Federal à margem da Suprema Corte norte-americana muito mais como um instrumento de conservação do regime político e de controle dos atos do parlamento. Isso se explica pelo fato de as idéias republicanas serem concepções muito minoritárias naquele período².

A preocupação com relação a um contragolpe monárquico era uma realidade. Tanto é assim que a forma de governo republicana permaneceu como cláusula pétrea do constitucionalismo nacional por quase um século. O Supremo Tribunal Federal foi concebido como uma instituição que deveria garantir a Constituição – leia-se Repú-

blica – mesmo contra eventuais maiorias parlamentares que apoiassem o retorno da Monarquia, ou seja, uma clara posição contramajoritária.

É, portanto, nesse contexto que o então Supremo Tribunal de Justiça, órgão criado pela Carta Política de 1824 e responsável por meras questões de natureza judicial³, despe-se de sua essência apolítica (BALEEIRO, 1968), iniciando, sob os auspícios da Lei Fundamental Republicana⁴, o controle de constitucionalidade das leis⁵.

3. Aspectos normativos

Com a Proclamação da República, adota-se no Brasil, como forma de Estado, o sistema federativo (vide Decreto nº 1 do Governo Provisório, de inspiração norte-americana⁶), o que direcionou o país a um novo momento histórico. A contribuição legislativa no período inicial da República foi de veras importante para a consolidação do atual modelo judiciário no Brasil, porquanto possibilitou a criação do Supremo Tribunal Federal, nos moldes da *Supreme Court* ianque, e introduziu competência aos Estados a fim de organizarem as suas justiças e legislarem sobre processo.

O Decreto nº 510, de 22 de junho de 1890 (arts. 54, 55 e 58 da denominada Constituição Provisória), foi o primeiro passo para a instituição da Corte, fazendo-a integrante do Poder Judiciário. Seria composta por 15 dentre os 30 juizes federais nomeados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado, sendo estes cidadãos detentores de notável saber⁷ e reputação ilibada.

Eram homens experientes, que tinham participado da vida política, da administração e da magistratura imperial. O primeiro Presidente do Tribunal foi João Evangelista de Negreiros Saião Lobato, o Visconde de Sabará. O cargo era vitalício, porém tinham direito à aposentadoria aos 10 anos de serviço, com vencimentos proporcionais ao tempo efetivamente cumprido – em caso de invalidez – e com todos os vencimentos

ao cabo de 20 anos. A preferência por magistrados recrutados nos Estados mais importantes da Federação, segundo a política republicana, foi uma constante durante a Primeira República.

No tocante à organização da Justiça Federal, essa atribuição foi confiada ao Ministro da Justiça Campos Sales, tendo sido estruturada pelo Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, durante o governo provisório do Marechal Deodoro da Fonseca.

Por meio desse diploma, declarou-se a independência do Poder Judiciário, vez que a partir desse momento cabia-lhe afastar a incidência da norma caso essa fosse contrária à Constituição. A Exposição de Motivos que acompanhou o referido Decreto revela a enorme preocupação de dotar o país, imediatamente, de uma justiça destinada a representar um papel da mais alta preponderância, como órgão de poder no corpo social (NEQUETE, 2000). Esse dispositivo também serviu para visualizarmos os primórdios da Justiça Federal e sua abrangência, cuja matriz até hoje persiste.

Em 24 de fevereiro de 1891, é promulgada a primeira Constituição republicana, a qual determina o nascimento do Supremo Tribunal Federal (art. 55) e a nomeação dos ministros pelo Presidente da República (art. 56), nos moldes da Carta Política provisória de 1890. Ressalte-se ainda que o modelo de estrutura judicial explicitado no Decreto nº 848/1890 foi recepcionado pela Constituição em comento.

O jurista Aliomar Baleeiro (1968), ao tratar dessa questão, afirma que o intuito em atribuir tais peculiaridades ao Judiciário era justamente desfazer os erros do Legislativo, assegurar o exercício dos direitos dos cidadãos, além de manter o equilíbrio dos três poderes⁸. Tal instituição, que para o autor em nada se podia comparar com o STJ da Constituinte de 1824, teve sua atuação restringida em razão do reaproveitamento dos juizes daquela Corte, o que acabou sendo contraproducente. Deveras conservadores, iam de encontro ao novo governo e, princi-

palmente, à nova missão que lhes era assignada, qual seja, a de declarar inconstitucionais as leis.

O STF tem mantido, ao longo do tempo, com pequenas alterações, as características e funções que lhe foram atribuídas em 1891, quando foi criado.

4. A influência norte-americana

A Justiça Federal brasileira foi inspirada no modelo norte-americano no que diz respeito ao seu alcance jurisdicional e organização⁹, estabelecendo-se durante o período da Primeira República (1889-1930) que o Supremo Tribunal Federal era o órgão essencialmente de segunda instância – antes mesmo de ter uma atribuição constitucional – e, ainda, que em cada Estado e no Distrito Federal haveria uma Seção Judiciária composta por um magistrado denominado juiz de seção, funcionando como órgão de primeira instância. Todavia, no tocante à sua delimitação, encontra semelhança com a Justiça Federal da Suíça (conforme Carta Política de 1834) e argentina (Constituição de 1883).

Devido a maior semelhança com a justiça americana, convém mencionar alguns aspectos importantes da mesma (FERREIRA, 1996). O Judiciário americano tem origem no *Judiciary Act* de 1789, que foi essencial à caracterização da democracia, ao papel da interpretação constitucional e de seus imperativos em face das considerações políticas, à dirimção de ambigüidades e conflitos na divisão jurisdicional com as cortes estaduais, à aplicação da *common law* no âmbito federal e à fixação de uma postura de independência dos juizes.

Convém ainda salientar, consoante Jucovsky (1997) e Oliveira (1996), que a Justiça Federal brasileira foi instituída por um decreto que possuía um perfil democrático do sistema federativo. Dotado de uma sistemática processual própria, formada por 342 artigos, era denominado Processo Federal.

Entre os aspectos de grande relevo, podemos, destacar a nomeação do Procurador-

Geral da República pelo Presidente, o acolhimento do princípio da inviolabilidade do direito de defesa, a maior eficácia na preservação dos direitos individuais e a criação do Júri Federal. No tocante a sua aplicação, atribuiu subsidiariedade aos estatutos dos povos cultos – em especial aos que regram as relações jurídicas dos Estados Unidos – aos casos de *common law* e *equity*. Insta salientar que tal dispositivo também tinha por objetivo instaurar um controle difuso de constitucionalidade das leis, como pode ser observado no seguinte trecho da exposição de motivos feita por Campos Sales:

“Não se trata de tribunais ordinários de justiça, com uma jurisdição pura e simplesmente restrita à aplicação das leis nas múltiplas relações de direito privado. A magistratura que se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do poder legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou negar-lhe sanção se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica.”

Como já dito, o Supremo Tribunal Federal foi construído nos moldes da *Supreme Court* norte-americana, o que nos leva então a traçar semelhanças e diferenças entre esses dois órgãos máximos e a análise do sistema judiciário americano. Assim como o Brasil acabou por adotar algumas medidas já inseridas no país pela sua metrópole, os EUA também adaptaram a política e o jurídico dos ingleses. Dessa forma, a Câmara dos Comuns passou a ser a Casa dos Representantes e a Câmara dos Lordes tornou-se o Senado.

Em todo o mundo moderno, nota-se que os países codificaram o seu direito e criaram um Tribunal para manter um equilíbrio, que nem impede a evolução do direito e nem deixa que ele se disperse. Esse era o papel das Cortes de Cassação em vários países europeus.

As Cortes de Cassação atuavam supervisionando os Tribunais inferiores quanto à correta aplicação das leis. Apreciavam os julgamentos e não o processo. Caso não con-

cordassem com o uso das leis em nenhuma das hipóteses, anulavam a decisão e remetiam-na para outra Corte do mesmo grau da recorrida. Não existiam problemas de choque com o direito federal, porque esses países ainda não seguiam esse sistema de governo e nem podiam as Cortes declarar inconstitucionalidade das leis. O STF, assim como a Corte Suprema, quando encontra lei em confronto com outros julgados ou choque de lei federal, desde já julga a causa, substituindo a decisão pelo seu acórdão.

A instituição americana era uma inovação à época. Nenhum juiz no sistema inglês poderia invalidar as leis do Parlamento, já que em seu modelo há ausência de limite constitucional e de hierarquia entre as normas britânicas. A Constituição de 1787 instituiu a Corte Suprema ianque, dizendo que o Poder Judiciário seria atribuído a esta e aos Tribunais inferiores criados pelo Congresso (ESTADOS UNIDOS, 1787)¹⁰. Os juízes teriam estabilidade por bom comportamento e irredutibilidade dos vencimentos. Nota-se que não há menção expressa quanto à Corte poder declarar inconstitucionais as leis do Congresso ou das Assembléias dos Estados-membros.

Charles Beard (apud BALEEIRO, 1968), por meio do método marxista de interpretação econômica da história, investigou os interesses pessoais e profissionais dos personagens que participaram da Convenção da Filadélfia, tentando assim encontrar as reais intenções da Carta Constitucional norte-americana. Pobres ou ricos, todos os colonos lutaram juntos no final do século XVIII com um objetivo em comum: a separação da Inglaterra. Contudo, após a independência, cada classe manteve um interesse diferente, sendo que a classe governante temia a República por não saber o que esperar dessa forma de governo. Receava-se que esta pudesse se transformar em um regime ditatorial ou pior, de tendências anarquistas ou comunistas.

O governo federal dos EUA, de acordo com Beard, havia sido criado com o intuito

de pagar às altas classes as dívidas que a Confederação contraiu na guerra de independência, e a Corte Suprema, para garantir os direitos dessa classe, impedindo que com a democracia houvesse uma subida ao poder das classes menos favorecidas (BALEEIRO, 1968)¹¹. Se contra o governo falhasse o veto do Executivo, haveria o controle da Corte – órgão especialmente político e econômico para frear o possível avanço das massas. Tendo como prioridade a manutenção do direito de propriedade mais do que o de liberdade, a Constituição de 1787 não continha nenhuma norma expressa de proteção dos direitos e garantias individuais (esses só foram acrescentados sob o governo de Jefferson em 1791 (BALEEIRO, 1968)¹²).

No Brasil, nossa história foi um pouco diferente, visto que não houve em nenhum momento preocupação com as lutas de classe. Enquanto os EUA criavam a sua Corte Suprema pautada em situações reais e conscientes, o Brasil vivia ainda no campo ideológico, apaixonado pela idéia de uma República Federal¹³. Era quase nulo o número de juristas que detinha um bom conhecimento da estrutura judiciária norte-americana para, assim, poder implantá-la no Brasil.

Washington nomeou para primeiro Presidente da Corte (*Chief Justice*) John Jay, juntamente com outros quatro ministros (*Associated Justices*). Nesses primeiros anos, a Corte não fez julgados de importante validade. Após Washington veio Adams, que nomeou, ao final de seu governo – 1801 –, John Marshall para *Chief Justice*. Marshall era federalista, amigo de Hamilton – conservador de direita – e foi para a Corte enquanto Adams passava a presidência para o liberalista Jefferson.

John Marshall foi reconhecido pelos ministros como líder da Corte Suprema. Foi o responsável por firmar o papel político desse órgão, além de construir a unidade nacional do país: a diversidade dentro da unidade (*pluribus in unum*), que serviu de alicerce para transformar os EUA na potência que é hoje. Iniciou a obra que ficou conven-

cionada como supremacia judicial e, aqui no Brasil, veio a chamar-se “governo dos juizes”. Marshall tornou-se o maior nome da Corte.

O controle de constitucionalidade começa a se tornar efetivo com o famoso caso *Marbury vs. Madison*, pelas mãos de Marshall. Até hoje, essa teoria é alvo de críticas e discussões, sendo acusada de usurpar poder do Legislativo. É, pois, um dos traços da Constituição viva dos EUA, construída pela própria Corte, de modo que as Cartas Políticas não são as mesmas no papel e na vida real. Charles Beard sustenta que, desde o início, a Constituição já demonstrava sua intenção acerca da possibilidade de a Corte declarar a inconstitucionalidade das leis.

O mesmo espírito de construção jurisprudencial inspirou mais tarde Rui Barbosa para várias cláusulas¹⁴ da nossa Constituição de 1891, além de ter exercido influência nas Cartas de 1946 e 1967.

Marshall faleceu em 1835 e Andrew Jackson nomeia Taney para presidente do órgão de cúpula. Mediante várias substituições, Jackson consegue colocar a Corte a seu favor, afastando-se da linha hamiltoniana de desenvolvimento e proteção da propriedade. A guerra civil trouxe alguns acórdãos para a instituição – como os que protegiam as empresas contra truste por meio da cláusula *police power* –, bem como, novidades mediante emendas constitucionais. Com a vitória do governo, vem à tona o princípio do *due process of law*, consubstanciado na Emenda Constitucional XIV (14th *amendment*)¹⁵. Tais reações foram uma preparação para a intervenção do Estado no século XX.

Mesmo defendendo as aspirações liberais e democráticas de Jefferson – tendo havido até alguns julgados flexíveis à intervenção do Estado, à contenção do discricionarismo do judiciário e à não invasão ao poder do Congresso –, ainda prevalece à imagem de Marshall para todo o século XIX, pois o Tribunal, de certa forma, confiava e julgava de acordo com o pensamento desse

grande jurista, fiel à corrente hamiltoniana. As mudanças foram mais fortes a partir de 1937 com Roosevelt na presidência, que conseguiu “montar” sua Corte.

5. A periodização da Supreme Court

A partir de Marshall, a periodização da *Supreme Court* pode ser dividida pela duração dos dois grandes partidos norte-americanos no poder. Obviamente, se o Judiciário acaba por decidir questões de grande natureza política, os partidos terão interesse em controlar suas decisões, o que nos leva a uma divisão entre 12 e 16 anos.

Na segunda metade do século XIX, o governo já não se prende tanto às concepções dos homens da Filadélfia e começa a construir a Carta Política conforme a expansão econômica imperialista que nascia. No entanto, apesar de a instituição ter ambições mais democráticas, ainda se ouvia o dito “a Constituição não acompanha a bandeira”, isto é, os povos conquistados não gozam de nenhum direito político.

O período compreendido entre o fim desse século até 1937 é conhecido como “governo dos juizes” ou “oligarquia judiciária”, porquanto os magistrados não julgavam apenas segundo a lei, mas também entravam na competência legislativa, atuando no processo de elaboração normativa. A seguinte frase de Charles Hughes, Presidente da Corte entre 1930-1941, sintetiza esse posicionamento: “Vivemos sob a égide da Constituição, mas a Constituição é aquilo que os juizes dizem que ela é”.

A revolução tecnológica, ao final do século XIX e início do século XX, refletiu no campo do Direito. A dissociação entre os donos de propriedade e os *managers* – que agora são os detentores do poder – torna o Estado cada vez mais intervencionista, na intenção de proteger o consumidor e o trabalhador e permitir o princípio da equação financeira. Concomitantemente, tinham-se as reivindicações dos direitos dos trabalhadores e o posicionamento conservador dos

ministros, os quais se apoiavam na tradicional concepção liberal de autonomia privada – e do equilíbrio econômico nesses termos.

As propostas em favor das massas só vieram com Roosevelt, eleito presidente em 1933, que nomeou Oliver Wendel Holmes para ministro da Corte. Na posição de presidente do Tribunal de Massachusetts, este já havia realizado alguns julgamentos em favor dos trabalhadores e contra a política do governo dos juizes, pois sustentava que “[...] à Corte cumpre apenas repelir a lei flagrantemente inconstitucional, sem usurpar ao Congresso o julgamento do valor sobre cada política legislativa, fosse social ou econômica. O povo através de seus representantes eleitos tem o direito de experimentar e até errar”. Seus votos vencidos como *justice* anteviram decisões futuras, chegando até a ser conhecido como o “grande dissidente”, porquanto acreditava que o Direito é sobretudo experiência, preponderância do elemento político-social na interpretação.

Com a crise de 1929, Franklin Roosevelt estrutura um novo conjunto de leis, que ficou conhecido como o *New Deal*, visando à restauração econômica e social do país. No entanto, quando submetidas ao controle da Corte, essas leis foram em sua maioria declaradas inconstitucionais. No final de 1936, reeleito, Roosevelt se fortalece, e como não havia tido a oportunidade de nomear sequer um ministro para a Corte, idealiza um projeto que permitia a ele indicar um ministro para cada efetivo com mais de 70 anos – o que àquela época somavam seis *justices*. Alegou basicamente, como motivos para a sua decisão, o atraso nos julgamentos, a grande recusa dos juizes em “mandar subir” os recursos e a necessidade de oxigenação no Tribunal.

Contudo, por falta de apoio político no Senado – seu correligionário falecera –, o citado projeto foi vetado. Para pôr fim ao desconforto, alguns ministros aposentaram-se e Huges, *Chief Justice*, notou que, se continuasse a bloquear a reforma social do país,

o órgão de cúpula do Judiciário – e não o Executivo – sofreria as conseqüências¹⁶. Tal episódio marca o fim do “governo dos juizes”.

A partir de 1937, têm início a Corte rooseveltiana e a revolução constitucional, a qual veda a intervenção judicial na política legislativa. À época, dizia-se “*A switch in time saved Nine*” – uma virada no tempo salvou os Nove (os nove *justices* da Suprema Corte).

Em 1955, o então *justice* Robert Jackson (apud BALEEIRO, 1968) explicitou que o órgão de cúpula deveria ser visualizado em sua tripla função: unidade instrumental do governo, Tribunal de Justiça para supremacia da Lei Fundamental e do direito federal e instituição política¹⁷.

Com a morte e conseqüente substituição dos *justices*, a Corte foi se renovando, sendo atualmente mais uma peça do governo americano, pois o que ganhou em harmonia com os outros dois poderes perdeu em independência,

“[...] uma instituição política que arbitra a distribuição e equilíbrio dos Poderes Legislativo e Executivo, entre a União e os Estados, entre o governo da Maioria e os direitos da Minoria. Reconhece que, pelo poder financeiro de conceder fundos para funcionamento da Corte, o Congresso tem formidável poder sobre ela, se quiser exercê-lo” (BALEEIRO, 1968).

6. A doutrina do alargamento do habeas corpus e o seu papel inovador

Ao fim desse breve levantamento do histórico da trajetória da Corte Suprema americana, examinaremos comparativamente a função do STF diante da proteção da Constituição e das liberdades por ela asseguradas. Também seguiremos aqui a partir de análises do direito norte-americano, que posteriormente refletiram no nosso ordenamento.

O *habeas corpus* só veio a ser introduzido no Brasil após a independência, pois nada

havia de semelhante na época da colônia. Apesar de constar na Constituição de 1824 a cláusula pela qual “ninguém pode ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados em lei, e, nestes, dentro de 24 horas [...], o juiz por uma nota por ele assinada fará constar ao réu o motivo da prisão, os nomes de seu acusador e os das testemunhas, havendo-as¹⁸”, esta só tornou-se efetiva com o Código de Processo Penal de 1832, que por causa disso é considerado um dos primeiros forais das liberdades brasileiras. O *habeas corpus*, nesse período, teve função principal quanto aos crimes políticos, protegendo somente uma minoria.

Um aviso ministerial de 30 de agosto de 1863 assegurou também o *writ* para todos e quaisquer constrangimentos ilegais à liberdade física, independentemente de quem fosse o coator. A Lei 2.033 de 20.9.1871, em seu art. 18, § 1º, por sua vez, impôs também o uso do mesmo remédio em caráter preventivo, em caso de ameaça de constrangimento.

A Constituição de 1891 veio, por meio do art. 72, § 22º, estabilizar a aplicação do instrumento jurídico, “[...] sempre que o indivíduo sofresse ou se achasse em iminente perigo de sofrer violência ou coação, por ilegalidade ou abuso de poder”. O *writ* era diretamente impetrado no STF quando o coator fosse autoridade sujeita a jurisdição do Tribunal.

Rui Barbosa (1991), maior conhecedor do direito norte-americano àquela época, tentou importar todo o tecnicismo processual desse instituto para a proteção das liberdades e garantias individuais. Num primeiro momento, ficou isolado, pois o Congresso – com maioria a favor do Executivo – não deixaria que o Judiciário crescesse de tal forma a poder controlá-lo. O respeitável jurista tentou, por meio do *writ* e de interditos possessórios, tornar efetivo o poder do Judiciário, ampliando ao máximo a interpretação do art. 72 da Constituição. O alargamento adquirido por esse remédio constitucional ficou conhecido como “a doutrina brasileira do *habeas corpus*”¹⁹.

Ao longo do tempo, a já costumeira prática do exagero em nosso país prevalecia, e assim o *writ* passa a ser utilizado, por exemplo, para assegurar publicações jornalísticas à época do estado de sítio, ou ainda, para reintegração de funcionário público ao cargo. Todavia, muitos escritores acreditam que tal exagero foi positivo, pois serviu para dar eficácia a diversos mandamentos constitucionais.

A partir de 1915, Vanceslau Brás tenta pôr fim à discussão, restringindo a doutrina liberal do *habeas corpus* e corrigindo as ilegalidades provocadas por ela. Todavia, foi somente com Arthur Bernardes, em 1926, que tivemos a efetiva reforma constitucional do § 22º do art. 72, no qual se passou a ler: “Dar-se-á *habeas corpus*, sempre que alguém sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção”.

Mesmo com o fim do alargamento, não houve rapidez em adicionar ao nosso ordenamento outros remédios que substituíssem o antigo *habeas corpus*, de modo que se quedaram ausentes de proteção aqueles direitos que ele resguardava.

7. O STF e o seu papel político na Primeira República

Nos primeiros tempos da República, a supracitada doutrina foi bastante utilizada para solucionar questões políticas, de maneira que o recém-criado STF era constantemente chamado a se manifestar nesses casos. As decisões proferidas eram discutidas em ambientes como a Câmara e a imprensa, debates esses que demonstravam o entrecortar das linhas políticas. Mais uma vez há que se ressaltar a importância de Rui Barbosa, que se destacou nos primeiros casos de *habeas corpus* com sua retórica lúcida que comovia multidões, dando lições de liberalismo e democracia.

O desempenho do Excelso Tribunal, em seu primeiro ano de funcionamento, foi pou-

co expressivo, sendo esse um período de aprendizado diante dos problemas que surgiram depois da Proclamação da República.

Os confrontos entre o Supremo e o governo multiplicaram-se durante o período de Floriano Peixoto, o qual tomou inclusive medidas de retaliação, deixando de preencher as vagas que resultavam das aposentadorias²⁰. Outra questão era a exigência de prestar juramento perante o chefe do Executivo, a quem estavam submetidos o presidente e o vice-presidente do Tribunal. Uma moderada independência em relação ao Executivo só veio quando, em novembro de 1894, os ministros reformaram o regimento da instituição, ficando estabelecido que seu Presidente e Vice-Presidente prestariam compromisso perante o próprio órgão.

Com a vitória de Prudente de Moraes para a Presidência da República, não houve a pacificação esperada. No entanto, gradualmente firmava-se o princípio da intervenção do Supremo no Executivo, quando este infringisse dispositivos constitucionais. As decisões criavam jurisprudência, reitereando o direito do órgão de examinar a constitucionalidade dos atos do Executivo e garantir a supremacia da Constituição.

Paralelamente, houve vários confrontos com o Poder Legislativo (federal e estadual), sempre com o fito de defender a Lei Fundamental. Importante ressaltar que o papel mais importante da instituição nos primeiros cinco anos da República foi na defesa das liberdades civis e no estabelecimento da jurisprudência.

Após o governo Prudente de Moraes, o STF calçou uma posição de menos dependência perante os demais poderes. Havia conseguido “firmar-se” como Terceiro Poder, cuja função era julgar a constitucionalidade dos atos do Executivo e Legislativo e defender os direitos dos cidadãos. Seus acórdãos, publicados desde 1897 na Revista de Jurisprudência, passaram a constituir um referencial para os julgamentos posteriores.

Quando em 1906 Rodrigues Alves entregou o governo a Afonso Pena, o STF, mes-

mo renovado, não era diferente daquele que tomara posse quinze anos antes. Todavia, apesar da freqüente falta de *quorum*, do visível partidatismo político de seus membros, do inevitável caráter classista dos Tribunais e do desrespeito do Executivo a algumas decisões do Supremo, não se pode negar que este tenha desempenhado um papel importante na construção das instituições republicanas e na defesa das garantias constitucionais dos cidadãos. É de admirar que um Tribunal de Justiça pudesse funcionar num período em que o país viveu a maior parte do tempo em estado de sítio, suspensas todas as garantias constitucionais. Esse fato também explica a amplitude dada ao conceito de *habeas corpus*, anteriormente abordado.

Ainda assim, outros assuntos ocupavam o Tribunal, tais como: defesa de imunidades parlamentares, liberdade de culto, liberdade de expressão, liberdade de reunião, liberdade profissional, constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo, limites entre Estados, responsabilidades e limites dos monopólios concedidos a empresas estrangeiras e nacionais, questões relativas a impostos, funcionalismo público, etc. As decisões eram freqüentemente controversas, dentro e fora do Supremo, repercutindo na imprensa e no Congresso.

O desempenho do órgão de cúpula na avaliação da constitucionalidade dos atos do Legislativo e do Executivo, bem como na garantia dos direitos do cidadão, num período de extrema instabilidade política, foi essencial para a criação dos fundamentos da democracia no Brasil, constantemente violada pelas ações de congressistas, militares, policiais e governantes.

Contudo, essa evolução deu-se de forma lenta, vez que os ministros, defensores das liberdades do cidadão, não possuíam simpatia pelos movimentos operários, principalmente quando organizados por socialistas, anarquistas ou comunistas.

Vale ressaltar a timidez do STF em relação às chamadas questões políticas, consi-

derando ao máximo a hipótese de se abster do controle de constitucionalidade das leis.

Num período conturbado, com levantes tenentistas, respostas à aristocracia oligárquica – como as greves do início da década de 20 –, a Semana de Arte Moderna, os anarcosindicalistas e a criação do partido comunista, a única resposta do governo brasileiro foi o estado de sítio e a violação constante dos direitos fundamentais. Em 1917, um *habeas corpus* em favor de operários desejosos em promover um *meeting* – o qual houvera sido proibido pela polícia – foi negado por unanimidade. O Tribunal considerou constitucional a atitude dos órgãos de segurança, alegando que as manifestações de liberdade estavam limitadas por interesses coletivos. Conforme o acórdão, cabia à polícia intervir em caso de ameaça à ordem pública ou quando o objetivo do *meeting* fosse claramente criminoso.

O que seria um direito de resistência à exploração e à falta de legislação trabalhista que assegurasse o mínimo existencial ao trabalhador foi tomado como um objetivo criminoso pelos defensores das liberdades do cidadão. O que poderia ser uma atuação guardiã dos valores constitucionais e resistência contramajoritária ao Poder do Executivo e Legislativo mostrou-se, por parte do STF, como omissão diante dos movimentos sociais e suas garantias, visto que seus arestos indicavam-no, nesse aspecto, como mero defensor do *status quo*.

Conforme dito anteriormente, durante o governo Arthur Bernardes foi aprovada uma reforma constitucional²¹ que diminuiu o escopo do *habeas corpus*, o que marca, no final da República Velha, um retrocesso à autoridade do Supremo. Assim, as conquistas realizadas com a criação da doutrina brasileira do *habeas corpus* ficaram temporariamente anuladas, até que se legislou novamente sobre a matéria depois da Revolução de 1930.

8. O STF e a Era Vargas

A Revolução de 1930 abriria um novo período na turbulenta história da democra-

cia no Brasil. De 1930 a 1945, o STF teve sua atuação bastante cerceada pelos decretos do governo revolucionário, pelos novos dispositivos constitucionais e pelas leis de exceção aprovadas pela maioria no Congresso, sempre pronta a conceder medidas repressivas – vide a Lei de Segurança Nacional, a criação do Tribunal de Segurança etc. Esse foi um dos períodos mais difíceis da instituição, quando foi obrigada a assistir passivamente a demissão de ministros²², a alteração de seu funcionalismo e a invasão de suas prerrogativas pelo Executivo.

Como exemplo, o Decreto 19.656²³, de 3 de fevereiro de 1931, estabeleceu regras para abreviar julgamentos e reduziu o número de ministros de quinze para onze. Em junho de 1931, o STF foi reorganizado nas bases estipuladas pela Constituição de 1891, com os adendos feitos até então pelo governo provisório (Decreto 20.106 de 13 de junho).

Novas práticas e instituições foram adotadas, entre elas: criação da Justiça Eleitoral (1932), do Tribunal de Segurança Nacional (1936), da Justiça do Trabalho (1939), abolição da Justiça Federal a partir de 1937, suspensão de garantias constitucionais, criação do Conselho Federal em substituição ao Senado. Tais medidas geradoras de conflitos ecoavam no Supremo, restringido em seu poder de atuação.

A Carta Política de 1934 manteve a estrutura do Tribunal, embora tenha mudado sua denominação para Corte Suprema e introduzido modificações – como a limitação de seu funcionamento. Foi também a responsável pela extinção da Justiça Federal, além de criar o mandado de segurança.

Convém ainda mencionar que a mesma Constituição introduziu duas novidades, a saber: concedeu ao Senado competência para suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando fossem declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário – o que aumentou a eficácia da decisão da Corte Suprema –, e, ao mesmo tempo, ampliou a

competência do órgão de cúpula, determinando que, mediante provocação do Procurador-Geral da República, cabia-lhe apreciar a intervenção federal fundada em ofensa do Estado a princípios constitucionais (art. 12, §2º).

Essa Lei Fundamental impôs também limitações à ação do Judiciário, ao exigir que só por maioria dos votos da totalidade dos seus juízes os Tribunais poderiam declarar a inconstitucionalidade dos atos do poder público (art. 179).

A lei nº 191, de 1936, regulou o processo do mandado de segurança, especificando que este seria dado para a defesa de direito certo e incontestável, ameaçado, ou violado, por ato manifestamente inconstitucional, ou ilegal, de qualquer autoridade.

Em 1937, eis que surge mais uma Carta Política. Quanto aos ministros do STF, estabeleceu que fossem nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Conselho Federal (Senado), dentre brasileiros natos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, com mais de 35 e menos de 58 anos.

Se, durante a Primeira República, a Corte teve sua atuação inibida ante a freqüente renovação do estado de sítio, no governo Vargas esse cenário foi agravado com as Constituições de 1934 e 1937, em razão da inclusão dos estados de emergência e de guerra, os quais admitiam a suspensão das garantias constitucionais.

O estado de emergência vigente até 1945 – em que se permitia o desterro, a censura, a suspensão das liberdades individuais, sem que esses assuntos pudessem ser apreciados pelo STF – mostrou as falhas desse órgão como guardião dos direitos fundamentais e a, de longa data, interferência do Executivo no Supremo.

Para se ter idéia dos flagrantes atentados aos direitos fundamentais, é importante citar o caso de Harry Berger, que, acusado de ser o mentor da intentona comunista, foi preso e submetido a indizíveis torturas, as quais acabariam levando-o à completa demência na cadeia. Seu advogado de defesa

teve de requerer, em favor de seu cliente, a aplicação da lei de proteção aos animais, que exigia que se tratasse sem violência, sem tortura mental ou psicológica os próprios bichos. Os animais eram mais bem tratados que o seu cliente na prisão. Inúmeros *habeas corpus* e mandados de segurança chegaram ao Supremo, que, então dócil à ditadura, denegava-os seguidamente.

Outro fato marcante foi o caso de Olga Benário, que ilustra bem o apoio do STF ao Executivo, mesmo quando este colaborava com os anseios da Alemanha de Hitler. Olga foi encaminhada à detenção nos primeiros meses de gravidez. Judia e comunista, certamente sua expulsão para a Alemanha equivalia a uma sentença de morte. Designado relator do processo, o ministro Bento de Faria indeferiu, uma por uma, todas as solicitações dos advogados. E, alegando que o instituto do *habeas corpus* estava suspenso pelo estado de sítio e pelo estado de guerra decretados por Getúlio Vargas, decidiu simplesmente não tomar conhecimento do pedido.

A postura do Supremo Tribunal Federal e o funcionamento de uma jurisdição de exceção, como a institucionalizada no Tribunal de Segurança Nacional, afastaram qualquer esperança de liberdade no Brasil de Vargas. Mas a condescendência da Corte não se restringia às questões políticas.

No tocante ao intervencionismo econômico, o Supremo posicionou-se ao lado dos interesses governamentais, como foi o caso da Usina Miranda no Estado de São Paulo, a qual demandava contra o Instituto do Açúcar e do Alcool em razão da fixação do limite de produção. O Tribunal negou provimento ao agravo, alegando serem as decisões do IAA, em virtude de Decreto-Lei, de exclusiva competência do seu presidente, com possibilidade de recurso no prazo de sessenta dias para o Ministro da Agricultura e, em última instância, para o Presidente da República, não podendo outro órgão – inclusive o Judiciário – deliberar sobre a matéria.

Por fim, embora o STF tenha exercido com restrição suas redefinidas atividades no sistema político criado por Vargas em 1937, ainda, sim, continuou a exercer influência na garantia da precária ordem constitucional. Com a deposição do chefe de Estado e sua substituição por José Linhares (presidente do STF), iniciou-se uma série de transformações, das quais cabe destacar o retorno da autonomia ao órgão.

9. A primeira redemocratização (1945)

Para aliviar o STF do elevado número de processos, a Constituição Federal de 1946 criou o Tribunal Federal de Recursos, passando-lhe a competência de julgar, em grau de apelação, as causas em que a União participasse como autora, ré, assistente ou oponente. Assim, a partir de 1946, o STF teve sua posição alterada, no sentido de transformá-lo mais numa Corte das questões federativas e constitucionais e menos num órgão de assuntos federais, imprimindo maior relevo ao papel do STF de guardião da Constituição.

Contudo, a tradição positivista ainda pesava fortemente sobre os ministros do STF, com influência das doutrinas da Igreja Católica²⁴, forjando um liberalismo conservador, paternalista e elitista, que transparecia nos seus julgados e encontraria suporte entre a maioria dos congressistas.

Entre o suicídio de Vargas e a posse de Juscelino Kubitschek, vivenciou o Brasil uma enorme crise política que viria a desaguar no Supremo. Morto Getúlio, assume seu vice, Café Filho. Em outubro de 1955, Juscelino obtém sua eleição com aproximadamente 36% dos votos populares, causando profunda reação nos setores da sociedade adversários de Vargas.

No dia 3 de novembro, Café Filho sofre um ataque cardíaco, sendo internado e substituído pelo Presidente da Câmara dos Deputados, Carlos Luz. Este, então, recusa-se a punir o Coronel Bizarria Mamede, que, dias antes, havia proferido discurso tido por subversivo pelo Ministro da Guerra, Gene-

ral Lott. Este último, convencido de que Carlos Luz preparava-se para impedir a posse de Juscelino por meio de um golpe político, antecipa-se a este e desfere um golpe de Estado. Reassumindo pela força o Ministério da Guerra – ao qual renunciaria em menos de 48 horas –, Lott usa em peso o Exército, cercando bases da Marinha e da Aeronáutica, obrigando assim Carlos Luz e diversos políticos a fugirem. Assume, então, a Presidência da República o vice-presidente do Senado, Nereu Ramos.

Deposto Carlos Luz, Café Filho procurou reassumir a Presidência por meio de um mandado de segurança²⁵ avariado junto ao Supremo, em 14 de dezembro de 1955, contra Nereu Ramos e as Mesas Diretores da Câmara dos Deputados e do Senado. Café Filho alegava inconstitucionalidade tanto na declaração de seu impedimento para reassumir a Presidência quanto nos pressupostos da declaração do estado de sítio.

Esse feito, lamentavelmente, consagrou o princípio da legitimidade revolucionária, ou seja, o “direito” dos militares de intervirem no sistema político nacional. Seguramente é uma das páginas mais tristes da história dessa instituição, pois o Supremo absteve-se de decidir até que o feito perdesse seu objeto, com a posse de Juscelino na Presidência.

Tal decisão provocou violenta reação na oposição congressional e da imprensa, levando o Ministro Nelson Hungria a rebater violentamente aqueles que criticavam a Corte. O ministro manifestava a sensação de impotência, que certamente deveria ser comum a todos os outros. Todavia lhe era impossível conceber, em razão do peso da sua base formalista, que a não-chancela pelo Supremo poderia impingir mácula de ilegitimidade – verdadeira sinalização à sociedade civil – para se opor a qualquer violação do estado de direito pelos militares da época, o que, certamente, poderia ter colaborado para impedir o golpe de Estado em 1964.

Durante os governos de Kubitschek (1956-1961) e Quadros (1961), o STF não foi chamado a enfrentar nenhum problema de

magnitude dos arbitrados nos governos anteriores. Concedeu *habeas corpus* a indivíduos presos por participação em revoltas, firmou alguns princípios importantes – como o da não-obrigatoriedade da vinculação partidária, o da representatividade da forma de governo e o da inconstitucionalidade da eleição indireta –, enfrentando problemas de rotina.

É importante lembrar, nesse período estudado, a instituição da súmula do STF, idealizada pelo ministro Vitor Nunes Leal – indicado para o STF em 1960 pelo Presidente Juscelino Kubitschek.

10. O STF e o regime militar de 1964

Com o Golpe de 1964, o STF foi atingido por várias medidas que interferiram na sua composição e limitaram seus poderes, causando assim uma debilidade institucional. Os direitos e garantias dos cidadãos, assim como a liberdade de comunicação, reunião e pensamento, ficaram subordinados ao conceito de segurança nacional. O país só voltaria à completa normalidade com a Constituição de 1988, que consagrou novamente a democracia no país.

O Ato Institucional nº 2 garantiu ao Presidente Castelo Branco o aumento do número de ministros para 16 e excluiu da apreciação judicial os atos revolucionários praticados com base na nova ordem.

O AI-3, por sua vez, afasta da instituição o poder que esta deveria ter como órgão de soberania nacional, qual seja, de julgar as ações do Executivo ou as leis do Congresso, por mais abusivos que fossem, sob o pretexto de que se estava defendendo o país contra a subversão e a corrupção. O Supremo não reagiu, tendo respeitado as normas do ato sem questionar ou discutir sua legitimidade. Reconheceu inclusive a superioridade hierárquica dos atos provisórios no ordenamento jurídico nacional²⁶.

Nesse momento, nasce o controle abstrato das leis no Brasil. Sob o signo dos interesses governamentais, o controle de constitu-

cionalidade concentrado – que deveria ser um mecanismo de guarda da Constituição e dos direitos fundamentais – surge como instrumento de repressão do Estado. Exemplo disso era a questão da legitimidade para a propositura de ação de inconstitucionalidade, cuja competência era exclusiva do Procurador-Geral da República – cargo demissível *ad nutum* pelo Presidente da República –, donde deflui que o STF só apreciaria se o PGR – subordinado ao Presidente – entrasse com a ação.

Entre 1964 e 1968, em virtude das intervenções nos estados e da prisão de um grande número de cidadãos, da suspensão e demissão de funcionários, da cassação de mandatos de governadores²⁷, deputados e vereadores, o Supremo viu-se inundado por pedidos de *habeas corpus* e mandados de segurança. Vários Atos Institucionais e Emendas à Constituição complicaram o quadro jurídico, tornando a posição do Tribunal cada vez mais insustentável. Além disso, com a promulgação da Constituição de 1967, novas Emendas e Atos viriam cercar ainda mais sua atuação.

O AI nº 6, de 1º de fevereiro de 1969, atingiu novamente a composição do STF, reduzindo de 16 para 11 o número de ministros. A Emenda Constitucional nº 7 estendeu a competência originária do STF, introduzindo nele a representação para interpretação de ato normativo federal ou estadual e a advocacia de causas processadas perante quaisquer juízos ou Tribunais. Tal Emenda atribuiu também a competência para a concessão de medida liminar em representação de inconstitucionalidade, permitindo a adoção do instituto da arguição de relevância da questão federal.

Ainda em relação aos atos mais relevantes, a Emenda Constitucional nº 11, promulgada também nesse momento conturbado, revogou todos os atos institucionais e reafirmou os princípios da Constituição de 1967 quanto à competência do Supremo.

Mais tarde, sua aquiescência na decretação pelo governo de medida de emergên-

cia no Distrito Federal – por ocasião da emenda Dante de Oliveira, que restabeleceria a eleição direta para Presidente da República – demonstrou mais uma vez a passividade da instituição.

Na ocasião, um editorialista do Jornal *O Estado de São Paulo* impetrou mandado de segurança junto ao órgão, visando impugnar alguns dos efeitos produzidos pelo ato do Presidente da República. O STF, no entanto, não conheceu da ação, sob o argumento de que os requerentes erraram ao apontar o Presidente da República como autoridade coatora, colaborando assim, na medida de suas competências, para que o processo de sucessão do Presidente Figueiredo ficasse limitado ao Colégio Eleitoral, como queriam os militares (VIEIRA, 2002).

11. A nova redemocratização e a Constituição Cidadã (1988)

Os dispositivos da Carta Política de 1988 que enumeram as competências do STF reforçam o papel de Corte nacional conferido ao Supremo. A mesma revalorizou a competência do Órgão de Cúpula quanto ao controle da constitucionalidade das leis e extinguiu o Conselho Nacional da Magistratura.

No que se refere à estrutura, o STF manteve basicamente a mesma herdada do passado. Ampliou-se, porém, sua competência no terreno constitucional, criando o mandado de injunção, alargando o rol das autoridades e instituições autorizadas a propor ação de inconstitucionalidade – admitida inclusive nos casos de omissão – e atribuindo-lhe competência para julgar originariamente as causas que interessam, direta ou indiretamente, à magistratura. Retirou-lhe, por conseguinte, a representação de interpretação, a advocatória e a função que o Tribunal desempenhava desde a sua criação, concernente à aplicação do direito federal infraconstitucional, que passou para a alçada do STJ, criado nessa ocasião.

É fundamental ressaltar ainda que, a partir da Constituição de 1988, ficou esta-

belecido que caberia ao Supremo processar e julgar em recurso ordinário o instituto do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do *habeas data* e do mandado de injunção decididos em única instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão, bem como crimes políticos.

Impende registrar, por fim, que, com a Lei Fundamental de 1988, o Supremo voltou a trilhar o caminho democrático – intenção designada desde a sua criação – em que pese as constantes ameaças de tendências autoritárias e elitistas herdadas do passado próximo e a permanente instabilidade econômica do país.

12. O STF e o presente

Numa análise sobre o comportamento do STF nos últimos anos, percebe-se o Supremo afeiçoado aos interesses do Poder Executivo, pois, salvo algumas alterações institucionais – como o repasse da aplicação do direito federal infraconstitucional ao recém-criado STJ –, verifica-se que este ainda coadunava com práticas típicas do período anterior.

Em relação ao controle das medidas provisórias, é de suma importância o julgado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 239-7/600, pela qual o Supremo considerou inconstitucional a MP nº 190, que permitia ao Tribunal Superior do Trabalho suspender por 180 dias as decisões tomadas pelos Tribunais Regionais do Trabalho em dissídios coletivos. Esse acórdão garantiu que os aumentos concedidos aos trabalhadores não fossem cancelados.

Tal posicionamento foi relevante pelo fato de deflagrar o processo que levaria à limitação da ampla discricionariedade dada ao Executivo para a emissão de medidas provisórias, abrindo espaço para um controle substantivo de sua constitucionalidade e superando seguidas decisões do Tribunal relativas ao seu congêneres no período de arbítrio, o Decreto-Lei.

Essa postura do STF abriu espaço para a edição da Emenda Constitucional nº 32, a

qual impôs limitações à edição de MPs. Segundo o Ministro Celso Mello, em voto no Recurso Extraordinário nº 239.286-PR,

“[...] a utilização excessiva das medidas provisórias minimiza a importância político-institucional do Poder Legislativo, pois suprime a possibilidade de prévia discussão parlamentar de matérias que devem estar ordinariamente sujeitas ao poder decisório do Congresso Nacional, além de as medidas provisórias não serem imposições normativas da vontade unipessoal do Presidente.”

Apesar de existir um avanço em consolidar paulatinamente a postura de real independência perante o Poder Executivo, a subserviência em relação ao mesmo é notória quando o assunto gira em torno de planos econômicos governamentais, pois, diante de inúmeros julgados, como o RE nº 228.321-RS - Rel. Min. Carlos Velloso, o Supremo admitiu que a CF/88 não proíbe a coincidência da base de cálculo entre contribuição social e imposto já existente e ainda sustentou a idéia de que a reedição de Medidas Provisórias não violentava o princípio da anterioridade de contribuições sociais (art.195, CF).

Acrescente-se ainda a demora da instituição em apreciar as ações de inconstitucionalidade contra o bloqueio de Cruzados no Plano Collor e todas as discussões relativas a resíduos inflacionários, frutos de Planos Econômicos como o Bresser, Verão, Cruzado I e II e Plano Real, em que agia timidamente, ora postergando os julgamentos, ora negando a concessão de liminares, temendo mais o colapso do Plano Econômico do que a violação do texto constitucional – numa clara postura comunitarista de ponderação de valores.

Recentemente, a instituição apelou ao Executivo, através de jornais, para que este alterasse as MPs que regulavam o Plano de Congestionamento Energético, e, com as devidas alterações, permitiram que as mesmas viessem a ser reconhecidas quanto a

sua constitucionalidade – viabilizando com isso o racionamento energético em 2001 –, o que demonstra a clara subserviência do Supremo aos desígnios do Executivo.

Ao analisar sua posição institucional diante das ações constitucionais típicas, percebe-se que pouco se tem avançado. O exemplo do mandado de injunção é polêmico e mais debatido pela doutrina nacional, mas não é o único. Os Ministros, liderados por Moreira Alves, negaram a possibilidade de efetivação dos direitos individuais por meio do referido instrumento, apesar dos votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio de Mello e Carlos Velloso, no Mandado de Injunção nº 232.

A Ação Civil Pública também tem sofrido consideráveis restrições pelo Tribunal, entre as quais pode ser citada a impossibilidade de o Ministério Público discutir, por esse instrumento, questões tributárias, sob o entendimento de que tal matéria não se enquadra no rol de interesses difusos ou coletivos, segundo o Recurso Extraordinário nº 195.056-PR-Rel. Min. Carlos Velloso, em 4.11.98. Além disso, há ainda a questão segundo a qual a sentença judicial em via de Ação Civil Pública tem seus efeitos limitados à competência territorial do órgão prolator da respectiva decisão, sendo uma flagrante confusão dos conceitos de competência processual e jurisdição.

Convém mencionar também que o STF pouco avançou no tocante ao direito à cidadania e à correta representação política do povo no Congresso Nacional. A Lei Fundamental determina, em seu art.45, que o número de deputados na Câmara deve ser proporcional à população, mas que nenhum Estado pode eleger mais de 70 (setenta) parlamentares ou menos de 8 (oito) deputados, o que gera enormes distorções em desfavor de estados como São Paulo, Minas Gerais e Santa Catarina. No entanto, quando se tentou enfrentar o problema da sub-representação política no Brasil, o Mandado de Injunção nº 233-9 sequer teve seu mérito apreciado, pelo fato de o STF ter entendido que

os candidatos suplentes, então impetrantes, não detinham legitimidade ativa.

Em outro mandado de injunção²⁸, o STF reconheceu a omissão, mas simplesmente comunicou o fato ao Congresso Nacional, além de ter se posicionado contra a possibilidade de decretação da inconstitucionalidade do art 45, parágrafo 1º, da CF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 815 – DF, sob a alegação de que tal dispositivo violaria os princípios legais da igualdade de voto e da democracia, e também pelo fato de o artigo ser obra do Poder Constituinte Originário. Para alguns constitucionalistas, o STF deixou de cumprir a função elementar dos Tribunais Constitucionais, de não permitir as distorções nos procedimentos democráticos de tomada de decisão política.

Inúmeros são os julgados em que nossa Corte mostra sua submissão, quando pressionada por interesses alheios a sua função. Segundo alguns, age como Pôncio Pilatos, “lavando suas mãos” na tarefa de prestação jurisdicional, como, por exemplo, no *impeachment*²⁹ de Collor.

Demonstra-se, assim, no presente momento, a insuficiência e incapacidade do STF em tutelar de forma isolada a ordem constitucional. Apesar de momentos de brilhantismo e demonstrações de devotamento à ordem constitucional, o distanciamento do órgão na sociedade e no restante do Judiciário são fatores que contribuem para que o Poder Judiciário brasileiro possa ser enquadrado na doutrina comunitarista³⁰, a qual permite que diversas medidas abusivas venham a ser implementadas pelo Poder Executivo a título de valores e interesses coletivos.

No entanto, as verdadeiras mazelas da sociedade e da política são ignoradas com o uso de sofismas e retóricas, que é a principal estratégia comunitarista, e nunca se busca a origem dos problemas, fato que contribui para que a Corte não se consolide como instituição independente e garantidora do devido processo constitucional nos parâmetros do estado democrático de Direito, o

que compromete a efetivação da democracia brasileira.

13. Conclusão

Ao ilustrarmos a trajetória do STF, podemos depreender que, ao longo da sua história até os dias atuais, este esteve muito subjugado aos interesses políticos dominantes. Quando da análise de diversos julgados em períodos distintos, os ministros não tiveram autonomia nas suas decisões, vez que na maioria das vezes foram influenciados por circunstâncias transitórias políticas, econômicas e institucionais.

A latente diferença entre o Judiciário norte-americano e o brasileiro vem desde o significado político do caso Marbury X Madison (1803), tido como o marco na história do controle de constitucionalidade. Madison, ministro de Jefferson, negou exercício a Marbury, que havia sido nomeado por Adams para o cargo de juiz de paz. É nesse momento que Marshall percebe a necessidade de fazer uso da *judicial review* e declara a inconstitucionalidade da lei, iniciando assim um processo conflitivo em busca da autonomia de sua Corte como poder atuante.

Esse foi um grande passo para o Judiciário, que, no entanto, teve posteriormente que recuar, provando com isso que ele ainda não era autônomo³¹. Em razão disso, a Corte Suprema soube conduzir a situação, ora cooperando com o Executivo, ora indo de encontro a ele com força total. O resultado disso foi o “governo dos juizes”, no século seguinte, quando o Tribunal americano atua como “Terceira Câmara” do Congresso. Resta aí a nossa diferença: o STF, em nenhum momento, mostrou-se forte o bastante para enfrentar o Executivo (BALEIRO, 1968), durante toda a sua trajetória, em que sofreu diversas intervenções institucionais. Logo, não conseguiu nunca firmar sua autonomia, quanto mais a supremacia do judiciário, que só é reconhecida na prática.

Muitas vezes podemos considerar o órgão como um Tribunal estritamente político, em que os arestos dos ministros são orientados pela conjuntura política, e, segundo opinião de Willis Santiago Guerra Filho (2003),

“[...] o órgão que delibera em última instância sobre a constitucionalidade de normas e atos, normativos ou não, exerce necessariamente um poder político, promovendo uma espécie de ‘legislação negativa’, como ensina Hans Kelsen. Então, um poder político, com o compromisso de implementar a ordem jurídica, em um Estado Democrático de Direito, tendo como principais tarefas a manutenção da harmonia entre os poderes estatais e a efetivação dos direitos fundamentais, deverá necessariamente ser investido e exercido de acordo com os parâmetros consagrados para tal investidura e exercício.”

Isso justifica a defesa de muitos juristas que, assim como ele, defendem que os membros de uma Corte Constitucional devam ter mandato obtido por eleições, já que sua investidura não pode ser debatida apenas pelo titular da soberania, seguindo exemplo de outros poderes da República – cujo mandato é por tempo determinado e eleição dada por meio do voto de membros do Congresso Nacional, com maioria qualificada³². Para o autor, um juiz constitucional há de ser visto como uma espécie de “Emenda Constitucional Viva”, pois de suas deliberações resulta o entendimento que prevalece sobre o sentido do texto constitucional.

“Detectamos na permanência do STF com a composição e estrutura que tinha no período autoritário e ditatorial, anterior ao regime democrático, o maior entrave institucional para o aprofundamento da democracia entre nós. Juizes nomeados por generais-presidentes continuaram exercendo o cargo, mantendo intacto o entendimento jurídico e orientação ideológica,

dificultando a transformação postulada na Constituição de 1988” (GUERRA, 2003).

Portanto, faz-se mister reiterar que o STF, tal qual é estruturado, não vem apresentando grandes avanços como instituição autônoma e consolidada, visto que a apreciação nos casos que lhe são apresentados amolda-se nitidamente a cada instabilidade econômica ou política perpassada no país.

A análise feita por ora nos permite essa conclusão, já que na Primeira República o Supremo encontrava-se tolhido pelo Poder Executivo, cenário esse que se acentuou na Era Vargas, em que a Lei de Segurança Nacional, o estado de guerra e de emergência praticamente usurparam a função do mesmo.

Com a primeira redemocratização, há uma maior estabilidade e a instituição volta-se às atividades rotineiras, embora não devamos nos esquecer que, nesse período, houve uma omissão incomensurável com relação à substituição do Presidente Vargas, conforme mostrado em tópico anterior.

Com o golpe de Estado de 1964, o Executivo novamente cerceia as atividades do STF por meio de Emendas e Atos Institucionais. A Constituição Federal de 1988 procurou restaurar o papel idealizado para a nossa Corte maior, embora a estrutura anterior não tenha sido alterada. Assim, com a indicação dos ministros sendo feita pelo Presidente da República, a subserviência continua a existir, sendo o exemplo mais recente o divulgado em um *blog* jurídico (ALENCAR, 2006) no início deste ano de 2006, que diz respeito à indicação do sucessor do ministro Carlos Veloso, em que há uma clara preocupação do Presidente Lula em indicar um ministro que venha a ser fiel aos interesses governamentais – vez que os ministros Carlos Ayres de Britto e Joaquim Barbosa não exerceram a devoção esperada –, o que motivou o presidente a conversar diretamente com os possíveis substitutos.

Segundo a autora Fabiana Luci de Oliveira (2004), a interpretação do papel desempenhado pelo STF no campo da política

não é consensual, principalmente no que se refere à participação do Tribunal no processo de transição do regime militar para o regime democrático. Grande parte da bibliografia que trata do tema, especialmente sob o enfoque da Ciência Política, entende que a instituição esteve ausente nesse processo de transição ou então que sua presença deu-se de maneira submissa – não dispondo o Tribunal de força política ou abstando-se de atuar politicamente. Nessa perspectiva, tal situação modificar-se-ia a partir da Constituição Federal de 1988, que, alterando a jurisdição do STF e ampliando seus poderes, colocou-o na posição de uma poderosa arena de decisão de conflitos. A discussão em voga encontra-se relacionada à extensão de seus poderes.

A partir de 1988, entende-se que o STF desempenha um poder político de fato, de modo que o olhar da Ciência Política voltou-se então à discussão das conseqüências da atuação do Poder Judiciário para a criação e a sustentação da democracia, debatendo os fenômenos da “judicialização da política” (extensão da lógica racional-legal no ordenamento da política) e da “politização da justiça” (extensão da lógica político-partidária ao processo de decisão judicial).

Por isso é importante analisarmos as atuações, posturas ideológicas e fundamentação das decisões dos ministros nomeados pelo Governo LULA (2003-2006), para verificarmos o grau de coerência dos arestos ante o escopo maior da Jurisdição Constitucional, a saber, a proteção dos preceitos fundamentais, resguardados na Carta Política pátria.

Notas

¹ Seus seguidores entendiam que a lei era produto da razão da vontade geral, e que o juiz, no quadro da separação dos poderes, era um mero servidor público aplicador da lei. A hermenêutica exegética deveria limitar-se ao exame dogmático dos textos normativos, priorizando sensivelmente a interpretação literal dos mesmos. Estava presen-

te o “otimismo” cartesiano de se encontrar na lei a resposta para todos os conflitos (CRUZ, 2004).

² “A representação republicana era frágil, e a eleição dos partidos da República, na fase que precede imediatamente à proclamação da nova forma de governo no País, quase insignificante. Bastaria, para tal comprovação, assinalar-se que, em 1886, não conseguem ser eleitos os grandes nomes do Partido Republicano, como Quintino Bocaiúva, José do Patrocínio, entre outros (...). Em julho de 1889, quatro meses antes da república proclamada, os republicanos obtiveram apenas um sétimo da votação no Senado, o mesmo ocorrendo em agosto para a Câmara dos Deputados” (ROCHA, 1997).

³ “Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos [sic], e erros do Officio [sic], que commetterem [sic] os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomático [sic], e os Presidentes das Provincias [sic] III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos [sic] de jurisdição, e competência das Relações Provincias [sic]” (BRASIL, 1824).

⁴ A Constituição Federal de 1891 alterou a nomenclatura do referido Tribunal, passando a designá-lo por Supremo Tribunal Federal, consoante redação de seu art.55, *caput*.

⁵ Há, outrossim, novas atribuições conferidas ao órgão, como, e.g., a solução de conflitos entre as nações estrangeiras e os entes da federação e, em grau de recurso, as demandas envolvendo a validade ou a aplicação de tratados e leis federais, sendo a decisão do Tribunal do Estado contra ela.

⁶ No entanto, segundo Vladimir de P. Freitas (2003), devido às diferenças na formação da estrutura federal em relação aos estados brasileiros e no tocante aos entes estaduais americanos, a autonomia que veio a suceder no primeiro é bem inferior à que veio no segundo. Isso porque o Brasil era um Estado centralizado na figura do Poder Moderador e que, mais tarde, se tornou um Estado Federal; nos Estados Unidos, uniram-se treze colônias para formar um Estado, com um processo pendular de descentralização e centralização, dependendo de cada momento histórico.

⁷ Insta ressaltar que até então o saber jurídico não era requisito de acesso ao órgão de cúpula, tendo sido inclusive nomeado à vaga o médico Cândido Barata Ribeiro, em 23 de outubro de 1893.

⁸ Nesse sentido, Cf. Nequete (2004), “A magistratura que agora se instala no país, graças ao regime republicano, não é um instrumento cego ou mero intérprete na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica. O poder de interpretar as leis, disse o honesto e sábio juiz americano, envolve necessariamente o direito

de verificar se elas são conformes ou não à Constituição, e neste último caso cabe-lhe declarar nulas e sem efeito. Por esse engenhoso mecanismo consegue-se evitar que o legislador, reservando-se a faculdade da interpretação, venha a colocar-se na absurda situação de juiz em sua própria causa. É a vontade absoluta das assembleias legislativas que se extingue, nas sociedades modernas, como se hão extinguido as doutrinas do arbítrio soberano do Poder Executivo”.

⁹ Ainda que haja diferença quanto aos graus de autonomia inerentes aos entes federativos norte-americanos e aos nacionais. (Cf. Ferreira, 1996).

¹⁰ Tal conteúdo encontra-se determinado no art. III, Seção 1, da Lei Fundamental norte-americana, em sua forma original. Disponível no sítio: http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/constitution_transcript.html.

¹¹ O temor da classe dominante era o de que se estabelecesse um movimento forte de raiz popular, capaz de tomar a liderança no Poder Legislativo e elaborar leis de cunho demagógico.

¹² Ainda que o respeitável jurista propugne pela completa ausência de proteção aos direitos individuais em seu texto original, observo que a Carta Política já revela *ab initio* a manutenção do instituto do *habeas corpus* como regra, consoante dicção do art. I, Seção 9, Inciso 2º *in verbis*: “The Privilege of the Writ of Habeas Corpus shall not be suspended, unless when in Cases of Rebellion or Invasion the public Safety may require it”. Mais informações em http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/constitution_transcript.html.

¹³ Atente-se inclusive para o fato de que o Poder Moderador foi uma realidade no Período Imperial brasileiro, de modo que este se sobrepujava às demais forças políticas nacionais. Isso sem dúvida afastou qualquer possibilidade de modificação na Constituição de 1824, a fim de permitir ao então Supremo Tribunal de Justiça uma afirmação como poder político.

¹⁴ Entre elas, convém destacar a possibilidade de apreciação pelo Judiciário de atos emanados do Poder Executivo e Legislativo. Rui Barbosa (1991), como defensor incansável das liberdades, sempre revelou grande admiração pelo viés constitucional norte-americano e, ao longo de sua atuação política e jurídica no cenário nacional, procurou internalizar os conceitos-chave da supracitada doutrina no ordenamento jurídico e nos tribunais brasileiros (mediante memoráveis defesas).

¹⁵ Acerca das Emendas Constitucionais à Lei Fundamental americana, o conteúdo das chamadas *amendments* foi tão significativo à ordem jurídica que as dez primeiras foram reunidas em um todo conhecido como Declaração de Direitos (*Bill of Rights* no original). A 14ª Emenda vinculou os estados da federação ao princípio do devido processo

legal, de modo que isso possibilitou aos *justices* desenvolver jurisprudência de proteção aos direitos civis assegurados no *Bill of Rights* e impor novos limites ao poder estatal. Em 1929, a quebra da Bolsa de Valores de Nova York obrigou o governo a atuar diretamente na economia, por meio de medidas emergenciais que contivessem os estragos provocados. Após ser eleito em 1932, Roosevelt aplica o pacote de medidas conhecido como *New Deal* que, entre outras providências, permite o *New York's milk-control board*, numa clássica atitude intervencionista estatal.

¹⁶ Vide as retaliações deflagradas pela imprensa, principalmente em 1937, por meio de editoriais e cartas remetidas pelos leitores.

¹⁷ Para exemplificar que essas atribuições ainda residem na Corte atualmente (Rehnquist, *chief justice* entre 1986/2005), podemos indicar a invalidação de ações afirmativas – intituladas como *affirmative discrimination* – nas quais o Estado não tem qualquer interesse; o caso de rejeição de lei estadual que proibia vendedores de licor de fazer propaganda do preço de bebidas alcoólicas; e o entendimento de que não cabe ao Estado criar instituição de ensino dirigida a um determinado grupo religioso. Tais considerações foram extraídas de um importante sítio sobre a *Supreme Court*, o www.supremecourthistory.org, em que pese o caráter não-oficial das informações.

¹⁸ Essa transcrição adaptada ao vernáculo corrente é oriunda do art. 179, VIII, da Constituição de 1824.

¹⁹ Com a contribuição dos argumentos de Rui Barbosa, o Supremo Tribunal Federal construiu a doutrina brasileira do *habeas corpus*, convertendo o velho remédio britânico em instrumento de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder e, indiretamente, de defesa das próprias instituições republicanas. (NEQUETE, 2000). Em que pese essas informações, elenca o STF sob o título de “julgamentos históricos” alguns *Habeas Corpus* e Recursos em *Habeas Corpus*, indicando que o início da doutrina brasileira do *habeas corpus* ocorreu no caso do Conselho Municipal do Distrito Federal. Curioso notar que em nenhum dos instrumentos jurídicos aparece o nome de Rui Barbosa como patrono do paciente, tendo sido a maior parte deles proposta por Melciades Mario de Sá Freire. Para maiores informações, indica-se o sítio da instituição em comento.

²⁰ A animosidade entre os ministros do Supremo e Floriano Peixoto era tamanha que o próprio constantemente nomeava e destituía os ocupantes do cargo. Ao todo, foram quinze nomeações em seu governo, tendo sido um dos presidentes que mais indicou ao posto de ministro da Corte. O momento político vivido interfere decisivamente nesse elevado número, haja vista que, em períodos

de exceção, a autoridade do Executivo cresce sensivelmente – fruto do respaldo de discricionariedade que recebe da Carta Política e da exegese que realiza a seu favor.

²¹ Vale lembrar que essa alteração provocou amplo debate, na medida em que a corrente liberal manifestava-se pela continuidade da teoria brasileira do *habeas corpus*. Defendia que todo direito líquido, certo e incontestável, para cujo exercício fosse necessária a liberdade física ou de locomoção, era passível do *writ*. E foi assim que a corrente desprezou as palavras restritivas da Revisão de 1926 e restituiu ao instituto a ampla fórmula da Carta de 1891, por meio da Carta Política de 16 de julho de 1934 (Cf. NEQUETE, 2000).

²² Cumpre registrar que, no período Vargas, assistiu-se ao maior rodízio nas cadeiras do Pretório Excelso, vez que foram indicados ao cargo vinte e um nomes.

²³ O governo provisório, por meio do Decreto nº 19.656 de 3 de fevereiro de 1931, ajustou o STF, reduzindo a onze o número de juízes e dividindo-os em duas turmas, de cinco juízes cada uma. Ordenou que os relatórios, as discussões e os votos fossem taquigrafados. E, considerando que imperiosas razões de ordem pública reclamavam o afastamento de ministros que se haviam incompatibilizado com as funções por motivo de moléstia, idade avançada, ou outros de natureza relevante, o Decreto nº 19.711, do mesmo mês e ano, declarou aposentados alguns ministros do STF.

²⁴ Vide, por exemplo, a decisão acerca da liberdade de culto religioso (MS 1.114, julgado 17.11.1949), na qual se rechaçou o culto em lugares públicos da Igreja Católica Apostólica Brasileira, sob o argumento de que essa instituição não possuía costumes próprios e, com isso, confundiria os fiéis católicos tradicionais. Afirmou-se que tal imitação vilipendiava a liberdade da Igreja Romana. Esse é mais um julgamento histórico do Pretório Excelso.

²⁵ MS 3557. “Tem-se como ilegítima a investidura do Exmo. Sr. Vice-Presidente do Senado, exatamente pela inconstitucionalidade do impedimento contra o Exmo. Sr. Presidente Café Filho. Mas, é difícil fugir às pontas desse dilema: — ou a investidura é legítima, termos que de si mesmo eliminam o argumento, ou é ilegítima, e no país se estabeleceu um *governo de fato*.” (grifo do autor). (...) “Impossível, assim, a outorga do *writ*. Se se abstrai do estado de sítio e se se reconhece a prevalência de um governo de fato, sua outorga avultaria como verdadeiro contra-senso”. (...) “Conhecido o pedido contra os votos dos Ministros Nelson Hungria e Mário Guimarães, decidiram sustar o julgamento até que seja suspenso o estado de sítio (...)”

²⁶ Frise-se a discussão em torno do Caso João Goulart – Inq. 2 – em que se discutiu qual seria o

tribunal ou juízo competente para julgar, em face da Constituição, o ex-Presidente da República, acusado em inquérito policial militar da prática de crimes comuns durante o exercício do cargo, e que teve seus direitos políticos suspensos por regra transitória, de direito excepcional, o AI - 2, com prazo preestabelecido de vigência.

²⁷ Insere-se, por exemplo, a ameaça de *impeachment* do Governador Mauro Borges, o que gerou o HC 41.296.

²⁸ MI nº 219-3. Tal aresto foi produzido no Pleno do Tribunal em 22.08.1990. A Lei Complementar que dispõe sobre a fixação do número de representantes, por sua vez, é datada de 1993 (LC 78/1993).

²⁹ Cumpre observar que a competência para julgamento do Presidente da República nos crimes de responsabilidade é do Senado (arts. 52, I, e 86 da Carta Política), estando o STF legitimado a apreciar o delito em caso de infração penal comum (art. 102, I, b, do supracitado diploma legal). Significa dizer que compete ao Senado Federal a instauração do processo de *impeachment*, depois de admitida a acusação pela Câmara dos Deputados, que autoriza aquele processo (ver ainda o art. 51, I, da mesma).

³⁰ O estudo desenvolvido por esse projeto sobre a corrente comunitarista e a Jurisdição Constitucional não pôde ser aqui aprofundado, por razões de ordem metodológica e de espaço.

³¹ Argúi-se que sua autonomia adveio com o princípio da supremacia do judiciário, o que é facilmente desmentido pelo fato de o art. III da Constituição de 1787 não o consagrar. Além disso, quando das comemorações do bicentenário do caso *Marbury vs. Madison*, Stephen Griffin desmente que a supremacia da *Supreme Court* veio desse caso, porquanto Marshall nunca defendeu tal idéia. Vide a obra (TUSHNET, 2005).

³² Esse é o *quorum* exigido para alteração da Constituição.

Referências

ABRAHAM, Henry. A corte suprema no evolutivo processo político. In: HARMOM, M. Judd. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.

ALENCAR, Kennedy. Desembargador de SP será ministro do STF. *Folha On-line*, São Paulo, 5 fev. 2006. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u75620.shtml>>. Acesso em: 5 fev. 2006.

BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal: esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Forense, 1968.

BARBOSA, Rui. *Obras completas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Secretaria da

Cultura; Fundação Casa de Rui Barbosa, 1991. 19 v.

BRASIL. Constituição política do Império do Brasil (1824). Rio de Janeiro: Secretaria de Estado dos Negócios do Imperio do Brazil, 28 abr. 1824. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 mar. 2006.

_____. Constituição Provisória dos Estados Unidos do Brasil (1890). Rio de Janeiro: Sala das Sessões do Governo Provisório, 22 jun. 1890. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaBasica.action>>. Acesso em: 27 mar. 2006.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1891). Rio de Janeiro: Sala das Sessões do Congresso Nacional Constituinte, 24 fev. 1891. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 28 mar. 2006.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 mar. 2006.

COSTA, Emilia Viotti da. *O Supremo Tribunal e a construção da cidadania*. São Paulo: Instituto de Estudos Políticos e Econômicos, 2001.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Constituição dos Estados Unidos (1787). *The National archives*, College Park, MD, [200-?]. Disponível em:

<http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/constitution_transcript.htm>. Acesso em 27 mar. 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FERREIRA, Alexandre Costa de Luma. O judiciary act of 1789 e as origens da justiça federal. *Revista da AJUFE*, São Paulo, v. 50, p. 54-55, jun./jul. 1996.

FREITAS, Vladimir de Passos de. *Justiça Federal: histórico e evolução no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2003.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Da necessidade de transformação do Supremo Tribunal Federal em corte constitucional. *Mundo Jurídico*, São Paulo, 7 maio 2003.

HISTORY of the court: the rehnquist court (1986/2005). *The supreme court historical society*, Washington, [200-?]. Disponível em: <http://www.supremecourthistory.org/02_history/subs_history/02_c16.html>. Acesso em: 27 mar. 2006.

JUCOVSKY, Vera Lucia Rocha de Souza. *Justiça federal nos países que a adotam*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 1997.

JULGAMENTOS Históricos. *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, [200-?]. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/julghistoricos/processos.asp>>. Acesso em: 27 mar. 2006.

MELLO FILHO, José Celso de (Org). Algumas notas informativas (e curiosas) sobre o Supremo Tribunal (Império e República). *Supremo Tribunal Federal*, Brasília, [200-?]. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/institucional/notas/>>. Acesso em: 16 out. 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: a garantia suprema da constituição*. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao estado de direito. *Revista Brasileira de Direito Processual*, [S. l], v. 16, [200-?].

NEQUETE, Lenine. *O poder judiciário no Brasil a partir da independência*. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2000.

OLIVEIRA, Alexandre Vidigal de. Justiça federal: evolução histórico-legislativa. *Revista da AJUFE*, São Paulo, v. 50, p. 9-14, jun./jul. 1996.

OLIVEIRA, Fabiana Luci. O Supremo Tribunal Federal no processo de transição democrática: uma análise de conteúdo dos jornais Folha de São Paulo e O Estado de São Paulo. *Revista de Sociologia e Política*, São Paulo, v. 22, p. 101-118, jun. 2004.

RÊGO, Geovanna Patrícia. A incorporação dos direitos humanos no direito constitucional brasileiro. *Direitos e desejos humanos no ciberespaço*, João Pessoa, [200-?]. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/4/constituicao.html>>. Acesso em: 28 mar. 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

RUBIO LLORENTE, Francisco. Tendências actuaes de la jurisdicción constitucional en Europa. In:

FRAGA IRIBARNE, Manuel. *Manuel Fraga: Homenaje académico*. Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 1997. 2 v.

SAMPAIO, José Adercio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TUSHNET, Mark (Org.). *Arguing Marbury vs. Madison*. Stanford: Stanford University Press, 2005.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *A motivação da sentença no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1987.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Reforma do Poder Judiciário

Aspectos gerais, o sistema de controle de constitucionalidade das leis e a regulamentação da súmula vinculante

Fábio Martins de Andrade

Sumário

1. Introdução. 2. O ambiente que envolveu a edição da EC nº 45/2004. 3. Aspectos gerais da EC nº 45/2004. 4. Aspectos específicos da EC nº 45/2004. 4.1. O sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos. 4.2. A súmula vinculante e sua regulamentação. 5. Conclusões.

1. Introdução

Em 8 de dezembro de 2004, foi promulgada parte da nova Reforma do Poder Judiciário, por meio da Emenda Constitucional nº 45, publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2004. A sua tramitação no Congresso Nacional demorou treze anos¹ e ainda não está toda concluída². Essa emenda constitucional trouxe profundas modificações no texto da Constituição de 1988.

Previamente, o presente estudo traça o quadro geral no qual se inseriu o debate em torno do trâmite e publicação da emenda.

O estudo tem dupla finalidade. De um lado, aborda os aspectos gerais da EC nº 45/04, com destaque às principais modificações incorporadas ao texto constitucional, especialmente: a inclusão do inciso LXXVIII e § 3º ao art. 5º, que tratam da razoável duração do processo e dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos; a modificação nas hipóteses de intervenção federal, com a alteração do inciso III e revogação do inciso IV, ambos do art. 36; a criação

Fábio Martins de Andrade é advogado, doutorando em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Mestre em Direito pela Universidade Candido Mendes, pós-graduado em Controle Judicial de Constitucionalidade na Universidade de Buenos Aires, com especialização e aperfeiçoamento em Direito Processual Constitucional na UERJ.

do Conselho Nacional de Justiça, nos termos do art. 103-B; a criação do Conselho Nacional do Ministério Público, consoante o art. 130-A, entre outros³.

De outro lado, o estudo destaca e analisa as relevantes modificações a respeito de dois temas específicos abrangidos pela EC nº 45/04: as modificações sofridas no sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, especialmente nos arts. 102 e 103; e a criação da súmula vinculante no ordenamento jurídico brasileiro, nos termos do art. 103-A.

O estudo destaca relevantes aspectos do direito projetado, em especial os projetos que versam sobre o sistema de controle de constitucionalidade das leis. Menciona importantes modificações pretendidas no âmbito da Reforma Constitucional do Poder Judiciário, ainda não aprovada pelo Congresso Nacional (PEC nº 358/2005). Além disso, o estudo ainda analisa projetos de lei em trâmite na Câmara dos Deputados (no âmbito da Reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário) e que pretendem regulamentar: (a) o procedimento para exame da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário para o STF; e (b) a criação da súmula vinculante.

2. O ambiente que envolveu a edição da EC nº 45/2004

Delineado o escopo do trabalho, impõe-se tecer considerações sobre o ambiente que envolveu a tramitação e publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004.

O ambiente político, social e econômico que envolveu o demorado trâmite do processo legislativo dessa emenda constitucional apontou no sentido unívoco de crítica generalizada à chamada morosidade da justiça e do Poder Judiciário. Seguramente há mais de uma década as críticas, de especialistas e leigos, à demora do Poder Judiciário em definir as questões colocadas em lides levadas ao seu conhecimento vinham aumentando exponencialmente.

Tanto especialistas da área jurídica como leigos e jornalistas, todos eram unânimes em afirmar a deficiência do Poder Judiciário, aparentemente incapaz de assegurar com presteza e efetividade a defesa dos direitos violados levados à sua apreciação.

Neste último decênio, os noticiários jornalísticos da grande mídia insistiam em preencher suas matérias destacando casos emblemáticos de demora ou aparente ineficiência da prestação jurisdicional aos olhos dos leigos⁴. Especialistas da área jurídica criticavam o excesso de formalismo e de recursos previstos no sistema processual⁵. Especialistas no campo econômico destacavam as cifras envolvidas no custo para o país de tanta lentidão⁶. Em decorrência da atualidade recorrente do tema e da insatisfação generalizada, os políticos usaram em diversas ocasiões, como plataforma de campanha, a implementação da propalada Reforma do Judiciário⁷.

Na Exposição de Motivos/MJ nº 204, publicada na página 8 do Diário Oficial da União de 16.12.2004, Seção 1, que propõe a formalização do “Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano”, consta expressamente o seguinte:

“Poucos problemas nacionais possuem tanto consenso no tocante aos diagnósticos quanto a questão judiciária. A morosidade dos processos judiciais e a baixa eficácia de suas decisões retardam o desenvolvimento nacional, desestimulam investimentos, propiciam a inadimplência, geram impunidade e solapam a crença dos cidadãos no regime democrático.

Em face do gigantesco esforço expendido sobretudo nos últimos dez anos, produziram-se dezenas de documentos sobre a crise do Judiciário brasileiro, acompanhados de notáveis propostas visando ao seu aprimoramento.

Os próprios Tribunais e as associações de magistrados têm estado à frente desse processo, com significati-

vas proposições e com muitas iniciativas inovadoras, a demonstrar que não há óbices corporativistas a que mais avanços reais sejam conquistados.

O Poder Legislativo não tem se eximido da tarefa de contribuir para um Judiciário melhor, como demonstram a recém-promulgada reforma constitucional (EC nº 45/2004) e várias modificações nas leis processuais.

A reforma do sistema judicial tornou-se prioridade também para o Poder Executivo, que criou a Secretaria de Reforma do Judiciário no âmbito do Ministério da Justiça, a qual tem colaborado na sistematização de propostas e em mudanças administrativas.

São essas as premissas que levam os três Poderes do Estado a se reunirem em sessão solene, a fim de subcreverem um *Pacto de Estado em favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano*, consubstanciado nos seguintes compromissos fundamentais:

1. IMPLEMENTAÇÃO DA REFORMA CONSTITUCIONAL DO JUDICIÁRIO

Em virtude da ação concertada entre os três Poderes, foi promulgada a EC nº 45/2004. Subseqüentemente, todas as providências serão adotadas para a implementação das mudanças aprovadas até o final do 1º semestre de 2005. Merecem destaque, nesse contexto, a instalação do Conselho Nacional de Justiça e a deflagração dos trabalhos da Comissão Especial Mista do Congresso Nacional, destinada a aprovar medidas legislativas que tornem mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional.

2. REFORMA DO SISTEMA RECURSAL E DOS PROCEDIMENTOS

Tramitam hoje nas Casas Parlamentares muitos projetos de lei pro-

pondo alterações nos Códigos de Processo Civil e de Processo Penal, bem como em aspectos do processo trabalhista.

Tais reformas são reclamadas por toda a comunidade jurídica, que deseja regras capazes de agilizar e simplificar os julgamentos – sem prejuízo das garantias individuais. Os signatários comprometem-se a coordenar iniciativas para auxiliar o Congresso Nacional na conclusão desse trabalho.

(...)

Esse é o quadro no qual se inseriu o debate em torno da chamada Reforma do Poder Judiciário. Tecidas essas considerações, é mister destacar os aspectos gerais da Emenda Constitucional nº 45/2004.

3. Aspectos gerais da EC nº 45/2004

Inicialmente, destacam-se relevantes modificações sofridas pelo art. 5º: a introdução do inciso LXXVIII e do parágrafo terceiro.

Pela primeira vez na história da Constituição de 1988, o art. 5º, considerado nuclear ao texto constitucional, foi modificado. Sabe-se que não seria possível proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, cláusula pétrea, consoante determina o art. 60, § 4º, inciso IV.

Questão interessante sobre proposta de emenda constitucional refere-se à expressão ‘tendente a abolir’, prevista no § 4º do art. 60. A modificação de algum(ns) do(s) inciso(s) do art. 5º seria possível? Para melhorar a sua redação ou ampliar o seu alcance, atribuindo-lhe ainda mais efetividade, parece que a resposta impõe-se afirmativa. No entanto, quando obstaculizar os direitos e garantias ali previstos, a resposta impõe-se veementemente negativa.

O problema, nesse caso, seria quanto à proposta que dificultasse ou reduzisse o alcance ou a efetividade de qualquer norma prevista no art. 5º, eis que não necessária e

tecnicamente seria ‘tendente a abolir’. Nesse caso, parece que a expressão abrange obrigatoriamente tais hipóteses. Esse é o real sentido de se encontrar sagrado no núcleo das cláusulas pétreas, portanto, imutável *ad eternum* para pior.

Superada essa etapa, uma primeira alteração perpetrada foi no sentido de criar mais uma garantia individual em prol da cidadania, isto é, a ‘razoável duração do processo’, incluída no inciso LXXVIII: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

À luz de tal dicção, o dispositivo contém duas normas distintas: a primeira cuida da ‘razoável duração do processo’ (norma de eficácia plena e aplicação imediata); e a segunda trata dos meios que garantam a celeridade processual (norma programática)⁸. A norma constitucional que garante a ‘razoável duração do processo’ deve ser interpretada em consonância com os demais dispositivos constitucionais que foram modificados pela Emenda Constitucional nº 45/2004⁹ e juntamente com os demais dispositivos já existentes na Constituição da República, seja mediante seu texto originário, seja por meio de sucessivas modificações¹⁰.

À luz do § 1º do art. 5º da Constituição da República¹¹, por exemplo, a norma introduzida por meio do inciso LXXVIII tem aplicação imediata no ordenamento jurídico nacional¹².

No mesmo sentido, o Ministro José Augusto Delgado entende que: “O dispositivo em apreço não tem características de uma norma vaga, imprecisa, indeterminada que exija, para o seu cumprimento, legislação específica”. Portanto, “é, ao nosso entendimento, uma norma precisa e de auto-aplicação” (DELGADO, 2005, p. 356).

Ainda no art. 5º, a EC nº 45/04 introduziu o § 3º atribuindo aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos o *status* de emendas constitucionais no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, desde que aprovados em dois turnos por

três quintos dos votos dos respectivos membros de cada Casa do Congresso Nacional¹³.

A *contrario sensu*, “está o Poder Constituinte Derivado a afirmar que os tratados que não passarem por tal procedimento não terão vigor constitucional”¹⁴. Em análise perfunctória do dispositivo, ele pareceu resolver a viva controvérsia que existiu na doutrina e na jurisprudência sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais, especialmente na matéria de direitos humanos¹⁵.

Em análise mais detida, no entanto, é possível recomendar a inconstitucionalidade do § 3º do art. 5º, uma vez que conflita com os §§ 1º e 2º do mesmo art. 5º, mas estampados no texto constitucional pelo Poder Constituinte Originário¹⁶. Tal vício poderá ser suscitado no âmbito do controle difuso (com fundamento no art. 102, inciso III, alínea “b”) e/ou do controle concentrado (com base no art. 102, inciso I, alínea a).

A redação do art. 36 da Constituição de 1988 também foi modificada. Com isso, alterou-se a sistemática do processo de intervenção federal. Houve o seguinte deslocamento da competência para apreciação de pedido de intervenção federal fundado em recusa à execução de lei federal: a competência do STJ anteriormente prevista no inciso IV agora foi revogada¹⁷ e deslocou-se para o Supremo Tribunal Federal, na parte final do inciso III, *in verbis*: “III – de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal”.

O inciso XI do art. 93, que prevê a possibilidade de criação de órgão especial nos tribunais, com o mínimo de onze e o máximo de vinte e cinco membros, foi alterado no que se refere ao provimento de suas vagas, que passou a ser metade por antiguidade e metade por eleição pelo tribunal pleno¹⁸. A importância da modificação desse dispositivo refere-se à regra da reserva de plenário, prevista no art. 97 da Constituição da República¹⁹.

A EC nº 45/04 incluiu também, no texto constitucional, o art. 103-B, que introduziu no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro o Conselho Nacional de Justiça, que é uma espécie de ‘tribunal corregedor’ do Poder Judiciário²⁰.

A composição e a nomeação dos Ministros integrantes do Conselho são previstas nos §§ 1º, 2º e 3º. Nos demais parágrafos, são regulados a forma básica como funcionará esse órgão, a ser complementada pelo Estatuto da Magistratura²¹.

Esse órgão foi instalado em 14 de junho de 2005, com sede em Brasília, e compõe-se de 15 membros, sendo presidido pelo Ministro indicado pelo Supremo Tribunal Federal²².

Além disso, a EC nº 45/04 trouxe mudanças referentes às competências, composições e funcionamentos do Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais Regionais Federais, da Justiça Militar e dos Tribunais de Justiça.

Criou o Conselho Nacional do Ministério Público, previsto no art. 130-A do novo texto constitucional, estabelecido em moldes semelhantes ao Conselho Nacional de Justiça²³.

O art. 7º da EC nº 45/04 dispõe que: “O Congresso Nacional instalará, imediatamente após a promulgação desta Emenda Constitucional, comissão especial mista, destinada a elaborar, em cento e oitenta dias, os projetos de lei necessários à regulamentação da matéria nela tratada, bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional”.

Ao lado da *Reforma Constitucional do Poder Judiciário* deflagrada com a publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004, o seu art. 7º vinculou o Poder Legislativo a elaborar os projetos de lei necessários à efetividade de suas normas. Assim, assegurou, a um só tempo, além da continuidade da reforma no âmbito constitucional²⁴, a continuidade também no âmbito da chamada *Reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário*.

Esta será efetivada pelo legislador ordinário, com a elaboração de projetos de lei necessários à regulamentação da matéria tratada nessa emenda à Constituição, “bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional”.

Em consulta ao repositório da legislação nacional constante no sítio eletrônico do Poder Executivo (<http://www.planalto.gov.br>) realizada em 10.05.2005, quando a atualização da página cibernética compreendia até o dia 08.05.2005, não foram encontradas quaisquer leis nacionais que versassem sobre os assuntos relativos às modificações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004. O prazo findou-se em 30 de junho de 2005, a partir de quando seria possível, em tese, sustentar legitimamente a inconstitucionalidade da eventual omissão.

Todavia, em nova pesquisa realizada em 31.03.2006, já se encontravam disponíveis algumas leis que se inserem no âmbito da chamada Reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário. Entre elas, merecem destaque os seguintes diplomas: Lei nº 11.187²⁵, de 19.10.2005; Lei nº 11.232²⁶, de 22.12.2005; Lei nº 11.276²⁷ e Lei nº 11.277²⁸, ambas de 07.02.2006; e Lei nº 11.280²⁹, de 16.02.2006.

Em 29.03.2006, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, contra a íntegra da Lei nº 11.277/2006, sob os seguintes argumentos de violação ao art. 5º da Constituição aqui sintetizados: aos princípios da igualdade e da segurança, previstos no *caput*; à garantia da inafastabilidade do Poder Judiciário, estabelecida no inciso XXXV; ao devido processo legal, preceituado no inciso LIV; e ao contraditório e à ampla defesa, contidos no inciso LV.

Ademais, há efetiva perspectiva de que outras leis sobre o tema sejam editadas e publicadas nos próximos meses³⁰, com especial destaque para: o Projeto de Lei nº 12/

2006 do Senado Federal, que pretende disciplinar o procedimento para exame da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário para o STF; bem como o Projeto de Lei nº 13/2006 do Senado Federal, que pretende regulamentar a súmula vinculante incluída na Constituição da República no art. 103-A³¹.

4. Aspectos específicos da EC nº 45/2004

4.1. O sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos

No tocante às alterações promovidas pela EC nº 45/04 relativas ao sistema jurisdicional e sucessivo de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, houve modificação tanto no controle difuso, subjetivo e por via incidental, como também no concentrado, objetivo e por via principal.

A EC nº 45/04 introduziu a alínea “d” ao inciso III do art. 102 da Constituição de 1988, que cuida das hipóteses de cabimento do recurso extraordinário: “julgar válida lei local contestada em face de lei federal”³².

De maneira simétrica, foi atribuído ao Superior Tribunal de Justiça competência para julgar, em recurso especial fundado na alínea “b” modificada do inciso III do art. 105: “julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal”³³.

A respeito desses dois dispositivos constitucionais, “não é demais afirmar, pois, que a emenda constitucional ora promulgada restaurou, *mutatis mutandis*, a redação utilizada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969”³⁴.

O § 2º do art. 102 foi modificado para ampliar o efeito vinculante das decisões do STF proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, passando a constar com a seguinte redação: “§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia con-

tra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”³⁵.

Outra modificação ocorreu no *caput* do art. 103, que passou a prever a ampliação da legitimação ativa para a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, ao mesmo tempo em que o § 4º foi revogado³⁶. Na dicção atual do dispositivo (art. 103, *caput*), a legitimidade ativa ali prevista abrange tanto a ADI como a ADC.

Ademais, o elenco previsto nos incisos do art. 103 foi ampliado: no inciso IV, além da Mesa de Assembléia Legislativa, a EC nº 45/04 incluiu também “a Câmara Legislativa do Distrito Federal”; e no inciso V, ao lado do Governador de Estado, acresceu o “Governador do Distrito Federal”.

Além disso, a EC nº 45/04 incluiu o § 3º ao art. 102, estabelecendo um novo requisito de admissibilidade ao recurso extraordinário: a *repercussão geral das questões constitucionais* discutidas no recurso extraordinário para o STF. A dicção desse novo dispositivo constitucional é a seguinte: “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”.

Dividindo a letra desse dispositivo, para fins didáticos, impõe-se destacar que, em um primeiro momento, quando da interposição do recurso extraordinário, “o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso”³⁷. Quanto ao conceito aparentemente vago ou indeterminado referente à “repercussão geral”, é mister “afastar definitivamente a idéia de que se estaria aqui diante de decisão de natureza discricionária” (WAMBIER, 2005, p. 99). Entre os critérios orientadores da identificação de uma questão “de repercussão geral”, destaque-se, *v.g.*: “os de ordem econômica, social, política, e

mesmo jurídica, no sentido estrito” (WAMBIER, 2005, p. 103).

Em um segundo momento, caberá ao Tribunal examinar a admissão do recurso. Em caso de sua recusa, a decisão deverá ser manifestada por dois terços de seus membros³⁸. Nesse caso, importa salientar que: “(...) será necessário número maior de votos de ministros do Supremo para a recusa de um recurso extraordinário do que para julgá-lo no mérito, o que pode comprometer a operacionalidade do instituto” (MORO, 2004, p. 210)³⁹.

Ademais, destaque-se que: “A CF nada diz a respeito de o órgão *a quo* poder negar a subida do recurso extraordinário por este fundamento, mas, ao que parece, isso não poderá ocorrer, já que nem o relator, no próprio STF, poderá fazê-lo. Muito provavelmente esta decisão será irrecorrível, salvo embargos de declaração”⁴⁰.

Uma crítica lançada ao dispositivo é levantada por Luiz Rodrigues Wambier (2005, p. 98): “É surpreendente, todavia, que tenha entendido o legislador constitucional deverem-se distinguir questões relevantes das não relevantes no plano do direito constitucional e não no plano da lei federal, como se tudo o que constasse da lei federal fosse relevante”.

De outra parte, lembra-se que: “A argüição de relevância tinha sido suprimida da CRFB/88 sob alegação de ser um resquício do autoritarismo. Não deixa de ser curioso o pensamento, uma vez que traduzia o reconhecimento, pelos constituintes, da contaminação ideológica e política do STF. Temia-se, egresso o país de uma ditadura, que houvesse qualquer trava legal na apreciação e efetivação dos direitos fundamentais” (SOIBELMAN, 2005).

A aplicação desse requisito, a ser examinado quando da apreciação sobre a admissibilidade do RE, depende de regulamentação legal, nos termos do atual § 3º do art. 102.

Por iniciativa da Comissão Mista Especial de Reforma do Judiciário, prevista no art. 7º da EC nº 45/2004, existe um projeto de lei que pretende regulamentar o art. 102,

§ 3º, da Constituição da República, para disciplinar o procedimento para exame da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário para o STF.

Trata-se do Projeto de Lei nº 12/2006 do Senado Federal, que já foi aprovado nesta Casa Legislativa e foi encaminhado para a Câmara dos Deputados em 21.02.2006 para ser submetido à revisão. Na Câmara dos Deputados, o projeto tomou o nº 6.648/2006 e foi apresentado ao Plenário na data acima mencionada. Esse projeto de lei se compõe, basicamente, de um único dispositivo (art. 1º), que pretende introduzir os arts. 543-A e 543-B no Código de Processo Civil.

Para melhor visualização da sistemática pretendida pelo referido projeto de lei, demonstra-se (quadro da página seguinte) o trâmite da apreciação sobre a admissibilidade do RE no STF.

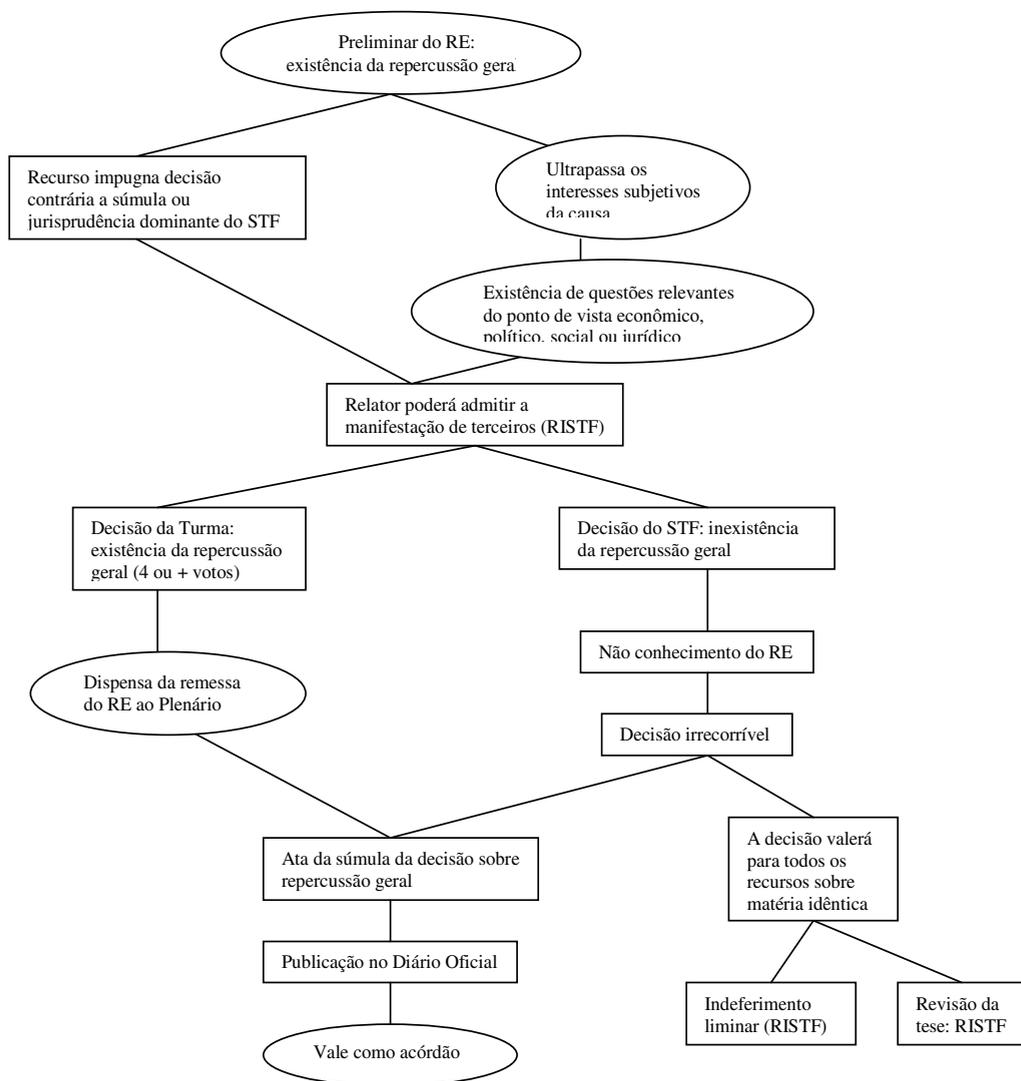
Por óbvio, esse quadro esquemático carece de complementação a ser preenchida pela regulamentação que o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal vier dar à lei, caso ela venha a ser promulgada. Em princípio, a considerar o ritmo da atividade legislativa a respeito da matéria, pode-se estimar como perspectiva para a sua publicação os próximos meses. Insta salientar que, no caso de o projeto de lei sofrer emendas e modificações no seu processo legislativo, então esse quadro certamente deverá ser revisto, à luz das modificações introduzidas posteriormente à elaboração deste estudo. (ver segundo quadro a seguir)

Além disso, o projeto pretende atribuir competência ao STF para estabelecer as normas necessárias à sua execução, por meio do seu Regimento Interno, consoante disporia o art. 2º.

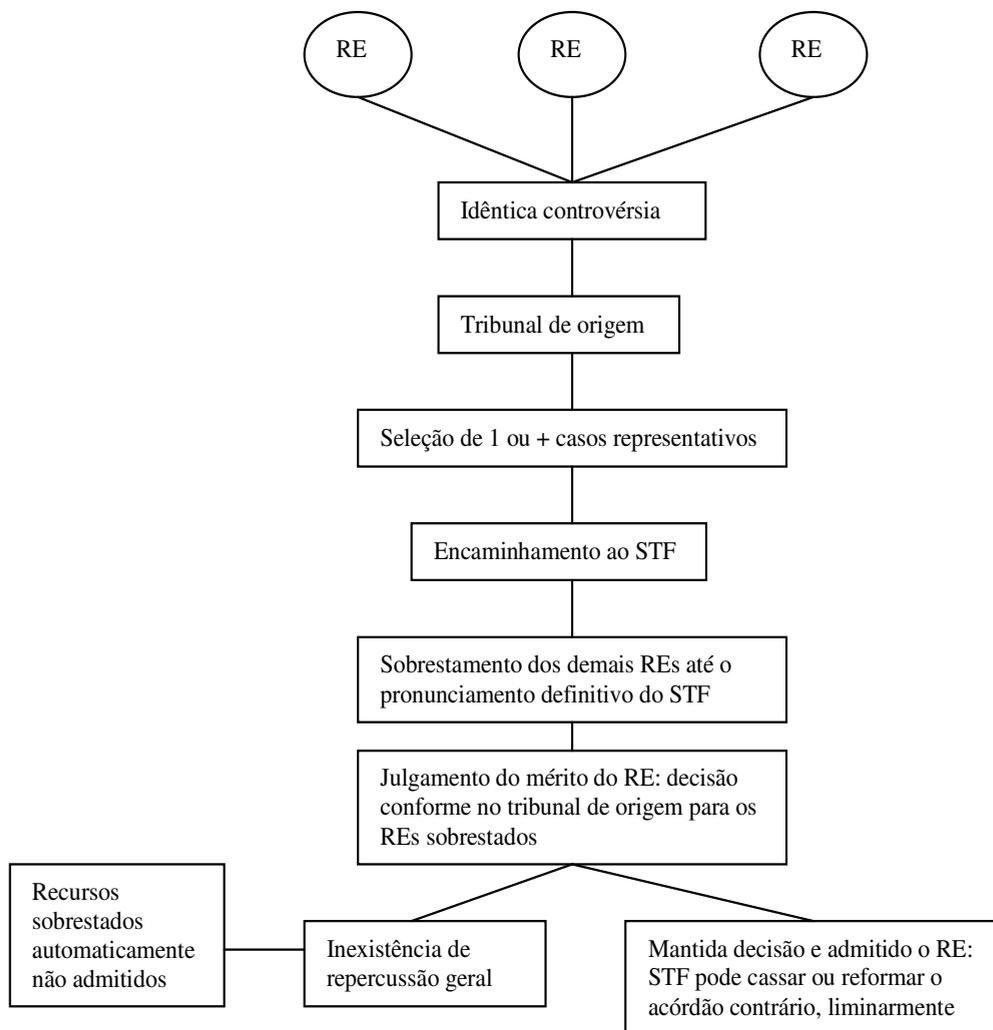
A aplicação da lei, segundo a redação do projeto, seria destinada aos recursos interpostos a partir do primeiro dia de sua vigência (art. 3º), isto é, 60 dias após a data de sua publicação (art. 4º).

Todas essas modificações contribuíram para aprimorar ainda mais o complexo sis-

Quadro esquemático do trâmite de apreciação sobre a admissibilidade do recurso extraordinário no STF sob o fundamento da repercussão geral das questões constitucionais (de acordo com o PL nº 12/2006 do Senado Federal)



Quadro esquemático do procedimento no tribunal de origem na hipótese de vários recursos extraordinários sobre matéria idêntica (de acordo com o PL nº 12/2006 do Senado Federal)



tema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos em vigor no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro.

Além disso, é igualmente necessário acompanhar o trâmite e a promulgação da outra parte da Reforma Constitucional do Judiciário que ainda não foi aprovada⁴¹. Essa parte da reforma pendente de aprovação pretende introduzir algumas modificações relevantes no sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos vigente. Entre as modificações propostas, citam-se, a título exemplificativo, as seguintes:

Em primeiro lugar, a ação declaratória de constitucionalidade teria por objeto tanto lei ou ato normativo federal como também estadual, *in verbis*:

“Art. 102...(omissis)

I - ...(omissis)

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual;

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual 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”.

Em segundo lugar, a competência do Supremo Tribunal Federal prevista pelo atual dispositivo contido na alínea *a* do inciso III do artigo 102 seria deslocada para a competência do Superior Tribunal de Justiça, por meio da sua fusão com o atual dispositivo contido na alínea *a* do inciso III do artigo 105. Da fusão, esse último dispositivo constitucional passaria a vigor com a seguinte redação: “*a*) contrariar dispositivo desta Constituição, de tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência”. Além disso, o § 3º do

art. 105 teria este teor: “A lei estabelecerá os casos de inadmissibilidade do recurso especial”.

Em terceiro lugar, o § 2º do artigo 125 da Constituição passaria a prever expressamente a “representação de constitucionalidade” e a “arguição de descumprimento de preceito constitucional estadual fundamental”, *in verbis*: “Cabe aos Estados a instituição de representação de constitucionalidade de lei estadual, e de inconstitucionalidade de lei estadual ou municipal, em face da Constituição Estadual, e de arguição de descumprimento de preceito constitucional estadual fundamental, cujas decisões poderão ser dotadas de efeito vinculante, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”.

Por fim, a proposta sugere inserir o art. 105-A na Constituição, o qual introduziria a súmula impeditiva de recursos, sugerida nos seguintes termos:

“Art. 105-A. O Superior Tribunal de Justiça poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre a matéria, aprovar súmula que, a partir de sua publicação, constituir-se-á em impedimento à interposição de quaisquer recursos contra a decisão que a houver aplicado, 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 a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada originariamente perante o Superior Tribunal de Justiça

ça por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º São insuscetíveis de recurso e de quaisquer meios de impugnação e incidentes as decisões judiciais, em qualquer instância, que dêem a tratado ou lei federal a interpretação determinada pela súmula impeditiva de recurso”.

Esse é o panorama das modificações introduzidas pela parte da Reforma do Poder Judiciário já editada e publicada, bem como das principais propostas ainda remanescentes de aprovação definitiva pelo Congresso Nacional, tanto no âmbito constitucional como também infraconstitucional, no que tange ao sistema de controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos.

4.2. A súmula vinculante e sua regulamentação

A EC nº 45/04 incluiu, no texto constitucional, o art. 103-A, que dispõe sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal editar súmula vinculante para todos os órgãos do Poder Judiciário, e da Administração Pública em geral, *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 a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de 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”⁴².

A respeito da polêmica que vinha envolvendo a questão da adoção ou não da súmula vinculante no direito constitucional brasileiro, Luiz Rodriguez Wambier (2005, p. 109) defende que: “Somados os prós e contras (e há inúmeros prós e inúmeros contras), sempre nos pareceu conveniente a adoção do sistema de súmulas vinculantes. Sempre consideramos ser uma medida vantajosa, já que, se, de um lado, acaba contribuindo para o desafogamento dos órgãos do Poder Judiciário, de outro lado, e principalmente, desempenha papel relevante no que diz respeito a valores prezados pelos sistemas jurídicos: segurança e previsibilidade”⁴³.

À luz da inclusão constante no art. 103-A pela EC nº 45/04, o autor citado vai ainda mais longe quando afirma que: “(...) conclui-se que a referida norma constitucional contém todos os elementos necessários à sua efetivação, pois: 1º) estabelece as situações em que poderá ser elaborada súmula vinculante (...); 2º) define, com precisão, quem tem legitimidade para provocar a deliberação sobre a criação de súmula vinculante (...); 3º) a norma regula, com precisão, quem pode decidir a respeito da criação, revisão ou cancelamento da súmula; 4º) enfim, o § 3º do

art. 103-A resolve até mesmo o modo através do qual se pode impugnar a decisão que não acata a súmula vinculante”⁴⁴.

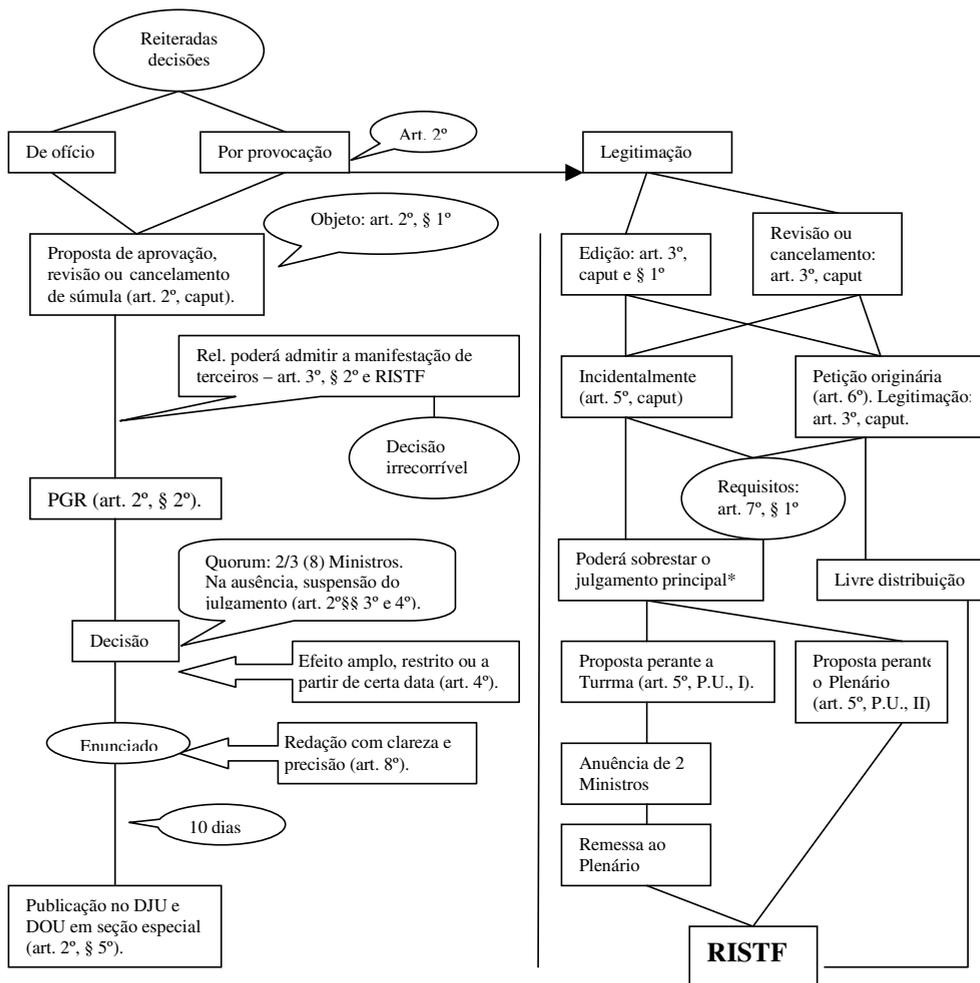
A despeito dessas considerações, o Projeto de Lei nº 13/2006 do Senado Federal pretende exatamente “regulamentar o art. 103-A da Constituição Federal, para disciplinar a edição, revisão e cancelamento de súmulas com efeito vinculante pelo Supremo Tribunal Federal”.

O art. 2º desse projeto de lei estabelece que: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante deci-

ção 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 prevista nesta Lei”.

Para melhor visualização da nova sistemática pretendida pelo referido projeto de lei, o quadro seguinte poderá ser útil.

Quadro esquemático do trâmite de aprovação, revisão ou cancelamento de súmula com efeito vinculante (de acordo com o PL nº 13/2006 do Senado Federal)



*Consoante dispõe o art. 7º, § 3º: “A proposta de revisão ou cancelamento de súmulas com efeito vinculante não enseja suspensão dos processos nos quais a matéria versada na súmula for discutida”.

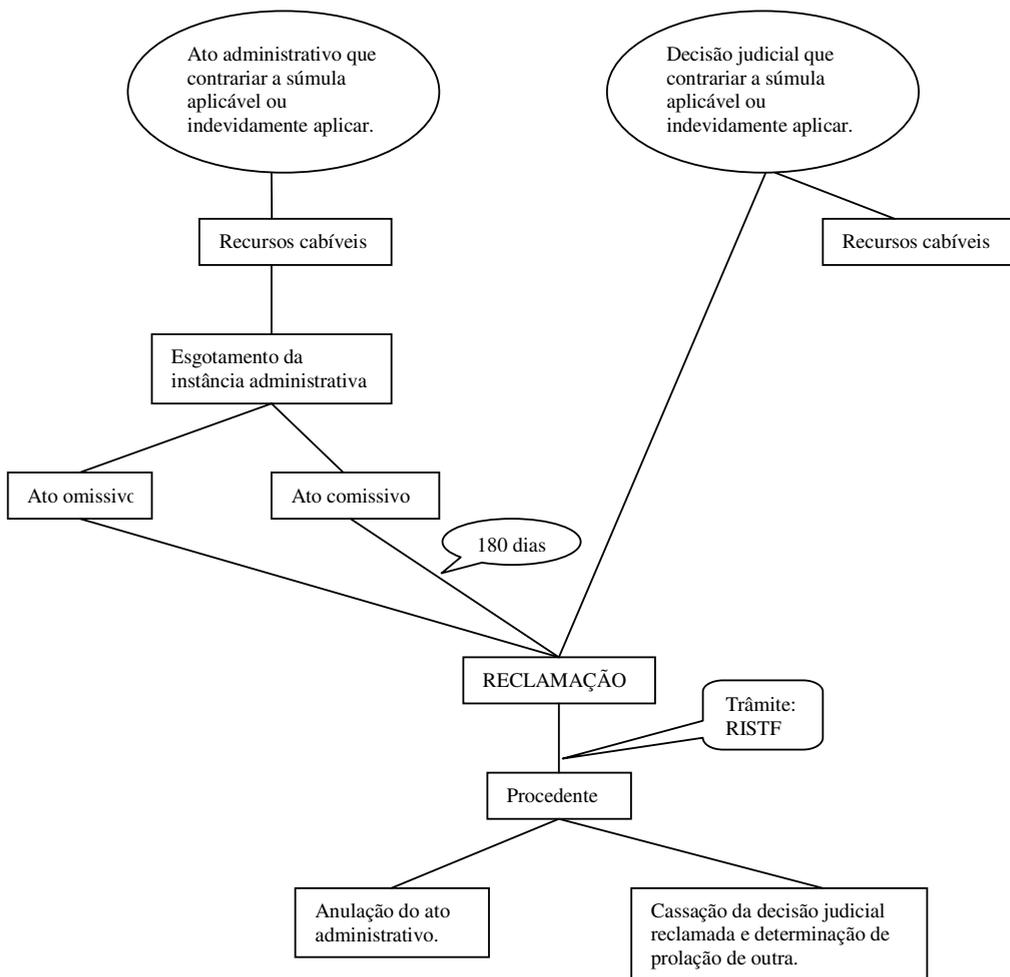
Além do trâmite brevemente descrito, impõe-se destacar que: “Revogada a lei à qual a súmula está vinculada, tratando-se de súmula interpretativa, esta perde automaticamente a eficácia”, na forma do art. 7º, § 2º.

Para melhor visualização da sistemática pretendida pelo referido projeto de lei a respeito do trâmite da reclamação a ser proposta em caso de ato administrativo ou decisão judicial que contrarie a súmula vinculante aplicável ou que indevidamente a aplique, demonstra-se, pelo quadro esquemático a seguir, o seu trâmite perante o STF.

Como se observa, o trâmite da reclamação a ser proposta perante o STF em caso de descumprimento de súmula com efeito vinculante, tanto por ato administrativo quanto por decisão judicial, deve ser definido pelo Regimento Interno do STF⁴⁵.

Ademais, o art. 10 expressamente atribui ao STF a competência para estabelecer, em seu Regimento Interno, as normas necessárias ao cumprimento da lei, caso aprovada. Isso impõe um duplo cuidado aos que militam no foro: de um lado, é necessário acompanhar a atividade legislativa do Con-

Quadro esquemático do trâmite da reclamação junto ao STF prevista no art. 9º do PL nº 13/2006 do Senado Federal



gresso Nacional e a publicação desse projeto de lei, o que deverá ocorrer nos próximos meses; de outro lado, depois de publicada a lei, será necessário acompanhar a sua regulamentação no Regimento Interno do STF.

Além das modificações apontadas, o PL nº 13/2006 do Senado Federal ainda pretende introduzir alguns dispositivos na Lei nº 9.784, de 29.01.1999, que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”.

O art. 11 do projeto pretende introduzir o § 3º ao art. 56, que cuida da possibilidade de interposição de recurso da decisão administrativa, com o seguinte teor: “Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria súmula com efeito vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso”.

Acrescenta ainda, ao capítulo referente ao recurso administrativo e sua revisão, os arts. 64-A e 64-B, com o seguinte teor: “Art. 64-A. Se o recorrente alegar violação de súmula com efeito vinculante, o órgão competente para decidir o recurso explicitará as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso”; “Art. 64-B. Acolhida, pelo Supremo Tribunal Federal, a reclamação fundada em violação de súmula com efeito vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”.

Por fim, o art. 13 do projeto pretende dispor que: “Esta Lei entra em vigor 3 (três) meses após a sua publicação oficial”.

Esse projeto de lei, de iniciativa da Comissão Mista Especial de Reforma do Poder Judiciário, prevista no art. 7º da EC nº 45/2004, foi aprovado no Senado Federal e remetido para revisão na Câmara dos Deputados em 15.02.2006. Na Câmara dos Depu-

tados, o projeto de lei tomou o nº 6.636/2006 e está atualmente sujeito à apreciação do Plenário em regime de prioridade.

Interessante questão refere-se à eventual possibilidade de controle de constitucionalidade das futuras súmulas vinculantes. Caso se trate de espécies de atos normativos, serão impugnáveis por meio de ADIn⁴⁶. Caso não se trate disso, mas de atos emanados pelo Poder Público, então serão impugnáveis por ADPF, desde que o teor da súmula evidencie descumprimento de preceito fundamental⁴⁷.

Essas foram as considerações sobre o tema objeto de estudo neste trabalho: as modificações introduzidas no sistema de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos à luz da Reforma do Poder Judiciário promovida pela Emenda Constitucional nº 45, de 31.12.2004, bem como a criação e regulamentação da súmula vinculante no direito constitucional brasileiro.

5. Conclusões

Pelo exposto, verifica-se que a Emenda Constitucional nº 45/04 promoveu profundas modificações no sistema judiciário nacional, criando relevantes órgãos, modificando e inserindo relevantes dispositivos constitucionais. Além disso, vinculou a atividade do legislador ordinário, a quem incumbe dar-lhes plena efetividade.

Resultado de um sentimento generalizado de frustração em relação à morosidade do Poder Judiciário, a EC nº 45/2004 trouxe, como uma de suas principais marcas, a preocupação explícita com o compromisso de acelerar o trâmite das ações judiciais e tornar mais efetiva a atuação do Poder Judiciário.

Ilustração clara disso é a inclusão da garantia da razoável duração do processo no art. 5º da Constituição da República e de outros tantos dispositivos referentes ao Poder Judiciário que foram mencionados no estudo.

Ao lado da Reforma Constitucional do Poder Judiciário, iniciada com a publicação da Emenda Constitucional nº 45/2004, o seu art. 7º vinculou o Poder Legislativo a elaborar os projetos de lei necessários à efetividade de suas normas⁴⁸. Assim, assegurou a continuidade das modificações também no âmbito da chamada Reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário⁴⁹.

Diversos diplomas legais têm sido editados nos últimos meses, invariavelmente buscando acelerar o trâmite dos processos judiciais. A perspectiva para os próximos meses seguramente aponta na direção de que diversas outras leis serão editadas com esse escopo e/ou finalidade de regulamentar as inovações acrescentadas à Constituição pela Emenda nº 45/2004.

Exemplificativamente, dois projetos de lei que estão em trâmite na Câmara dos Deputados e foram iniciados pela Comissão Mista Especial de Reforma do Judiciário merecem especial atenção. O primeiro pretende disciplinar o procedimento para exame da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso extraordinário para o STF, consoante dispõe o art. 102, § 3º, da Lei Maior. O segundo cuida de regulamentar a criação da súmula vinculante, estabelecida no art. 103-A da Constituição.

Neste momento, torna-se mais indispensável do que nunca a atenção redobrada dos que militam no foro para saber de que modo tantas modificações serão previstas nas respectivas leis regulamentadoras para dar efetividade às normas constitucionais introduzidas pela EC nº 45/2004 e, posteriormente, como serão aplicadas pelo Poder Judiciário, especialmente pelo seu órgão de cúpula (STF).

Notas

¹ Em síntese: “Na Câmara dos Deputados, apresentada pelo Deputado Hélio Bicudo, em 26.03.1992, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) recebeu o n. 96/92. Após vários anos, tendo como última relatora a Deputada Zulaiê Cobra, a

referida PEC, aprovada em dois turnos, foi encaminhada para o Senado Federal (SF) e passou a ter o nº 29/2000, tendo como primeiro Relator, o Sen. Bernardo Cabral (...)”. Depois de tramitar pela Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, em 26.06.2003, o Senador José Jorge foi designado como seu novo Relator. Ocorre que, a partir de 2000, 17 PECs sobre o Poder Judiciário tramitaram juntas, até que foram transformadas em apenas quatro, sendo que a de nº 29/2000 foi aprovada, transformando-se na EC nº 45/2004 (Cf. LENZA, 2005b, p. 565-566). Ver também: LENZA, 2005a.

² Das quatro Propostas de Emendas Constitucionais mencionadas, apenas a de nº 29/2000 foi aprovada (atual EC nº 45/04). Dessa maneira, remanescem tramitando outras três, entre as quais especial atenção merece a PEC nº 358/2005 (antiga 29-A/2000). Em pesquisa realizada em 31.03.2006, essa proposta estava em trâmite na Câmara dos Deputados: obteve parecer favorável na Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, foi remetida à Comissão Especial destinada a proferir parecer sobre o seu teor e recebeu 41 emendas. Entre os dispositivos constitucionais que essa PEC modifica, citam-se, por exemplo: os artigos 102, 103-B e 105. Além disso, ainda propõe a inclusão do art. 105-A no texto constitucional.

³ Ainda a respeito dos aspectos gerais da EC nº 45/2004, conhecida como Reforma Constitucional do Poder Judiciário, o estudo empreende uma breve compilação da legislação recentemente publicada no âmbito da chamada Reforma Infraconstitucional do Poder Judiciário, sobretudo no que tange aos diplomas legais que buscam assegurar a celeridade processual por meio de agilização no trâmite dos processos civis.

⁴ “O grande problema do Brasil segue sendo a incapacidade da polícia e a morosidade do Judiciário. Esses dois fatores, somados, dão ao delinqüente a sensação de impunidade, que é possivelmente um dos principais motivos pelos quais a violência prospera no país” (FOLHA DE S. PAULO, 2003).

⁵ Exemplos disso são as sugestivas chamadas quotidianamente veiculadas em informativos eletrônicos: “Reforma processual – Costa Leite (2001): excesso de recursos emperra a Justiça”; “Ganhar e levar: Celeridade do Judiciário depende de reforma processual” (CHAVES, 2004); “Próximos passos: Só reforma Processual pode acabar com a morosidade judicial” (CONSULTOR JURÍDICO, 2004). Disponíveis na internet: <http://www.conjur.com.br> [31.3.2006].

⁶ Em notícia veiculada sob o título “Tarda, cara, ruim: Morosidade do Judiciário custa mais de US\$ 10 bi ao ano”, lê-se que: “Por encomenda do escritório Leite, Tosto e Barros, Maria Tereza e o desembargador aposentado Kazuo Watanabe trabalham

em um diagnóstico dos pontos críticos do sistema judicial. Em apuração preliminar, baseada em estudo do economista Armando Castelar Pinheiro, do BNDES, o escritório apurou que a morosidade do Judiciário custa ao País mais de US\$ 10 bilhões por ano” (CHAER, 2003).

⁷ Como ilustração disso, basta que se procure no sistema de busca cibernético *Google* a expressão “morosidade do Judiciário” e, em 31.03.2006, o pesquisador encontraria nada menos que 10.400 resultados positivos, isto é, em que consta tal expressão. Em diversos casos, destacando os aspectos que ora são ressaltados.

⁸ Em sentido semelhante, com ligeiro distanciamento: “Esse dispositivo contém duas normas, pois garante, no âmbito judicial e administrativo: a) a razoável duração do processo; e b) os meios que garantam a celeridade processual. Ambas possuem duplo direcionamento: a) estabelecem direitos fundamentais, que podem ser exigidos por qualquer cidadão; e b) contém uma ordem dirigida ao Poder Público, para que garanta o direito à prestação jurisdicional em um prazo razoável e crie os meios necessários para que isso efetivamente ocorra” (RODRIGUES, 2005, p. 288).

⁹ Confira as seguintes normas inseridas no *art. 93 da Constituição*, por força da EC nº 45/04, que podem ser tidas como reflexos daquele dispositivo: “II – (...); e) não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão; XII – a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado fêrias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente; XIII – o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população; XV – a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição” (Cf. WAMBIER, 2005, p. 31). No mesmo sentido, DELGADO, 2005, p. 356. Além dessas, outras modificações trazidas pela EC nº 45/04 podem ser mencionadas, especialmente no que tange à *justiça itinerante* e ao *funcionamento descentralizado*, consoante previsões expressas dos reformados artigos 107, §§ 2º e 3º; 115, §§ 1º e 2º; 125, §§ 6º e 7º; 126 e 134, § 2º (Cf. MORAES, 2005, p. 16). No mesmo sentido: PATTO, 2005, p. 114-117.

¹⁰ Por exemplo: o direito de petição previsto no art. 5º, inciso XXXIV, alínea a; a garantia de inafastabilidade do Poder Judiciário esculpida no inciso XXXV do art. 5º, especialmente quando interpretado em consonância ao art. 37, *caput*; bem como o devido processo legal, assegurado no inciso LIV do artigo 5º, todos da Constituição da República.

¹¹ “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (art. 5º, § 1º).

¹² Para consultar alentado estudo sobre o tema, ver: SARLET, 2003, p. 247-341. Para consultas breves, ver: SPALDING, 2005, p. 33; GOÊS, 2005, p. 266. Em síntese: “Pelo seu teor chega-se facilmente à conclusão de que se trata de norma de eficácia plena e, como toda garantia fundamental, de aplicação imediata” (VARGAS, 2005, p. 345).

¹³ Eis a dicção desse novel dispositivo: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. A EC nº 45/04 também introduziu o § 4º ao art. 5º, estabelecendo a submissão do Brasil à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

¹⁴ Sucede que: “Como todas as convenções, inclusive as de direitos humanos, não passaram até hoje pelo escrutínio descrito, não teriam elas, assim, eficácia de emenda constitucional. Eis a interpretação autêntica – porque subscrita pelo próprio Constituinte – dada pela EC nº 45/2004: os documentos normativos internacionais de direitos humanos anteriores a ela – a EC 45 – não têm altura constitucional, e somente passarão a tê-la após votação especial em dois turnos, pela maioria de três quintos, em cada Casa Parlamentar. Dessarte, a Reforma em análise veio a expressar a posição abraçada pela visão restritiva do Supremo Tribunal Federal e dos autores que o seguem” (LOPES, 2005). No mesmo sentido: “(...) a alteração introduzida na Carta Magna pela EC nº 45/04, com a inclusão do famigerado § 3º ao art. 5º, nada mais faz do que dificultar e fragilizar a vigência interna das normas internacionais em matéria de direitos e garantias fundamentais”. “Tal disposição constitui um inegável retrocesso em matéria de proteção e efetivação dos direitos humanos no Brasil” (SGARBOSSA, 2005).

¹⁵ Atualmente, no entanto, outras questões deverão de ser suscitadas: “Entende-se que ao menos os instrumentos internacionais de direitos humanos ratificados anteriormente à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 45/04 já adquiriram, por força dos parágrafos 1º e 2º do art. 5º da Constituição da República, o *status* de norma constitucional, encontrando-se incluídos no rol dos direitos constitucionalmente assegurados” (SGARBOSSA, 2005). No mesmo sentido: “Sem embargo disso, para quem crê, como nós, que as normas internacionais de direitos humanos já haviam ingressado em nosso sistema de direitos como niveladas às já expressas na Lei Maior, qualquer emenda à Carta Fundamental que negue tal presença normativa é abolitiva de direitos e garantias fundamentais, estando, portanto, em conflito com a cláusula pétrea do art. 60, parágrafo 4º, IV, CR, sendo, pois, inválida” (LOPES, 2005).

¹⁶ “Nessa ótica, para se esquivar da declaração de inconstitucionalidade, a única saída hermenêutica é entender que a exigência do procedimento legislativo expresso no parágrafo 3º do art. 5º só é exigível para tratados internacionais ainda não incorporados ao nosso sistema, continuando a valer como de raiz constitucional todas as convenções anteriores de direitos humanos” (Ibidem). No mesmo sentido: “Como afirmado, tratam-se de dois vícios a inquirar o *novel* parágrafo 3º do art. 5º de evidente inconstitucionalidade”, a saber: 1º “(...) pretendeu a Emenda Constitucional nº 45 modificar o cerne rijo e imodificável da Carta Magna, usando de um verdadeiro jogo de palavras para abolir direitos e garantias fundamentais (...)”; 2º “(...) cuida-se de observar que o teor do novo § 3º é visivelmente colidente com o teor dos já transcritos §§ 1º e 2º. Isso porque, enquanto estes incluem, automaticamente, os direitos e garantias constantes de instrumentos internacionais no rol dos direitos e garantias constitucionalmente assegurado, o §3º pretende limitar tal proteção, condicionando-a à deliberação do Congresso Nacional” (SGARBOSSA, 2005).

¹⁷ Cf. art. 9º da Emenda Constitucional nº 45/04.

¹⁸ Em artigo doutrinário sobre esse dispositivo, José Maurício Pinto de Almeida (2005) esclarece que: “Comparando-se a nova redação com a anterior, percebe-se que o intento da Emenda é o de *democratizar* mais o Poder Judiciário, pois traz como novidade a *eleição* da metade dos membros do órgão especial pelo tribunal pleno, em que todos os demais desembargadores podem ser candidatos, bem assim que a competência desse órgão, agora, é *delegada* da competência do tribunal pleno”.

¹⁹ “Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou *dos membros do respectivo órgão especial* poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público”.

²⁰ Nessa ordem constitucional vigente, “até a EC 45/04, não existia Corregedoria para os atos dos membros dos Tribunais”. Em acréscimo: “Registre-se que a AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros) ingressou com ADI, no STF, contra o Conselho Nacional de Justiça, tendo o Presidente Nelson Jobim negado a liminar pretendida, afirmando que, sendo um tema relevante, a decisão só deverá ser tomada em caráter definitivo e, portanto, de modo colegiado” (MACHADO, 2005). Trata-se da ADI nº 3.367-1/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, distribuída em 09.12.2004 e julgada em 13.04.2005, com o seguinte resultado: “O Tribunal, por unanimidade, afastou o vício formal de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 45/2004, como também não conheceu da ação quanto ao § 8º do artigo 125. No mérito, o Tribunal, por maioria, julgou totalmente improcedente a ação, vencidos o

Senhor Ministro Marco Aurélio, que a julgava integralmente procedente; a Senhora Ministra Ellen Gracie e o Senhor Ministro Carlos Velloso, que julgavam parcialmente procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade dos incisos X, XI, XII e XIII do artigo 103-B, acrescentado pela emenda constitucional; e o Ministro Sepúlveda Pertence, que a julgava procedente, em menor extensão, dando pela inconstitucionalidade somente do inciso XIII do *caput* do artigo 103-B. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim” (cf. sistema de acompanhamento processual disponível no sítio eletrônico do STF: <http://www.stf.gov.br>). Essa decisão foi publicada no D.O.U. em 25.04.2005.

²¹ A competência do Conselho Nacional de Justiça é prevista no § 4º do art. 103-B, que tem a seguinte redação: “§ 4º Compete ao Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, cabendo-lhe, além de outras atribuições que lhe forem conferidas pelo Estatuto da Magistratura: I – zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências; II – zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Poder Judiciário, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência do Tribunal de Contas da União; III – receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Poder Judiciário, inclusive contra seus serviços auxiliares, serventias e órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional dos tribunais, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa; IV – representar ao Ministério Público, no caso de crime contra a administração pública ou abuso de autoridade; V – rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de juízes e membros de tribunais julgados há menos de um ano; VI – elaborar semestralmente relatório estatístico sobre processos e sentenças prolatadas, por unidade da Federação, nos diferentes órgãos do Poder Judiciário; VII – elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias, sobre a situação do Poder Judiciário no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar mensagem do Presidente do Supremo Tribunal Federal a ser remetida ao Congresso Nacional, por ocasião

da abertura da sessão legislativa”. O art. 5º da EC nº 45/04 determinou a instalação do Conselho Nacional de Justiça no prazo de cento e oitenta dias, contados da sua promulgação.

²² Em 31.03.2006, verifica-se que o sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça está *online* e que o órgão está em pleno funcionamento (<http://www.cnj.gov.br>). Exemplo disso, foi a polêmica em torno da Resolução nº 7 do CNJ, que vedou, no âmbito do Poder Judiciário, a prática do chamado nepotismo. Essa resolução foi declarada constitucional pelo Plenário STF quando do julgamento de liminar da ADC nº 12, em 16.02.2006, da relatoria do Min. Carlos Britto, vencido apenas o Min. Marco Aurélio.

²³ O art. 5º da EC nº 45/04 determinou a instalação do Conselho Nacional do Ministério Público no prazo de cento e oitenta dias, contados da sua promulgação. Esse órgão já está em funcionamento: <http://www.cmp.gov.br>.

²⁴ Vez que remanescem algumas Propostas de Emenda Constitucional que também versam sobre a Reforma Constitucional do Poder Judiciário, como ressaltado anteriormente.

²⁵ Esta lei alterou o Código de Processo Civil, especialmente para conferir nova disciplina ao cabimento dos agravos retido e de instrumento.

²⁶ Esta lei modificou o Código de Processo Civil, especialmente para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial.

²⁷ Esta lei modificou os arts. 504, 506, 515 e 518 do Código de Processo Civil, relativamente sobretudo à forma de interposição de recursos, ao saneamento de nulidades processuais e ao recebimento de recurso de apelação.

²⁸ Esta lei acresceu o art. 185-A ao Código de Processo Civil.

²⁹ Esta lei alterou os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 do Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos.

³⁰ Em notícia veiculada na Revista Consultor Jurídico, em 25.01.2006, o informativo se refere a dois Projetos de Leis Complementares, 90/05 e 116/05, que foram aprovados pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal e seguiram para o Plenário daquela Casa. Destaca ainda que: “Os projetos aprovados pela CCJ do Senado fazem parte dos 26 projetos enviados ao Congresso pelo Poder Executivo, no chamado ‘Pacto por um Judiciário mais Rápido e Republicano’. Todos alteram a legislação processual com o objetivo de diminuir a morosidade da Justiça”. Dispo-

nível na internet: <http://www.conjur.com.br> [31.03.2006].

³¹ Ambos de iniciativa da Comissão Especial Mista de Reforma do Judiciário, prevista no art. 7º da EC nº 45/2004.

³² Em verdade, “A alínea *d* foi incluída no inciso III do art. 102 da Constituição para estabelecer que caberá recurso extraordinário – e não especial – contra acórdão que julgar *válida* lei local *contestada* em face de lei federal. É que, nesse caso, a controvérsia que se põe não concerne meramente à legislação infraconstitucional. Em verdade, a disputa diz respeito à distribuição *constitucional* de competência para legislar: se a lei local está sendo contestada em face da lei federal, é porque se sustenta que ela tratou de matéria que, por determinação constitucional, haveria de ser disciplinada pelo legislador federal” (WAMBIER, 2005, p. 56). Assim: “A questão relacionada à validade de lei local contestada em face da Constituição é *questão constitucional*, razão pela qual, no caso, é cabível recurso extraordinário”. Ver: BRASIL, 1989, p. 12612; 1996 (WAMBIER, 2005 p. 57-58). Ao contrário, no entanto, ressalte-se que: “O dispositivo constitucional ora comentado pode sugerir outra interpretação: a de que seria sempre cabível recurso extraordinário, se conflitassem lei local e lei federal, mesmo que não se discutisse sobre a validade da lei local. Bastaria, assim, que a lei federal fosse colocada em confronto com uma lei local para que se estivesse diante de *questão constitucional*, e não de *questão federal*. A prevalecer esta orientação, contudo, o Supremo Tribunal Federal se tornaria, também, órgão competente para definir a *inteligência*, isto é, o *modo de interpretação da lei federal*, o que diminuiria o âmbito da função do Superior Tribunal de Justiça no direito brasileiro” (WAMBIER, 2005, p. 58).

³³ Em distinção, “já na hipótese da alínea *b* do inciso III do art. 105 (...), trata-se de cabimento de recurso especial contra o acórdão que reputa válido *ato de governo* (*i.e.*, ato público infralegal) em face de lei federal. Nesse caso, o problema é de mera legalidade: trata-se de saber se o ato infralegal respeitou a lei federal” (WAMBIER, 2005, p. 56). “A admissibilidade do recurso especial, deste modo, restringe-se à hipótese em que a decisão recorrida considere válido *ato de governo local* – diferente, portanto, *de lei local* – em face de lei federal” (WAMBIER, 2005, p. 129).

³⁴ Em outras palavras: “A EC 45/2004, como se vê, ampliando a competência do STF (e por via de consequência reduzindo a do STJ), faz novo agrupamento das hipóteses de cabimento, passando a cometer àquele a apreciação e o julgamento, via recurso extraordinário, do inconformismo surgido em face de decisão que julgou válida lei ou ato de governo local contestado *em face da Constituição Fe-*

deral (art. 102, III, c, da CF, que não sofreu alteração) ou também da irresignação advinda de *decisum* que julgou válida lei local contestada *em face de lei federal* (art. 102, III, d, acrescido pela EC 45/2004). Observe-se que a contraposição à lei federal só será analisada pelo STF se a contrariedade advier de decisão cuja fundamentação está baseada em *lei local*, não se admitindo o recurso extraordinário quando a preterição for fulcrada em *ato de governo local*, situação mantida na competência do STJ (art. 105, III, b) (TIBÚRCIO, 2004).

³⁵ Esse dispositivo constitucionalizou a norma prevista no art. 28 da Lei nº 9.868, de 11.11.1999. Ademais, o art. 1º do Decreto nº 2.346, de 13.10.1997, já previa a observância, pela Administração Pública Federal, direta e indireta, das decisões do STF que fixem, de forma inequívoca e definitiva, interpretação do texto constitucional.

³⁶ Cf. art. 9º da Emenda Constitucional nº 45/04.

³⁷ “Ou seja, precisará demonstrar-se que o tema discutido no recurso tem uma relevância que transcende aquele caso concreto, revestindo-se de interesse geral, institucional, semelhantemente ao que já ocorria, no passado, quando vigorava, no sistema processual brasileiro, o instituto da argüição de relevância” (WAMBIER, 2005, p. 97).

³⁸ “Ou seja, a manifestação negando a existência de repercussão geral precisará provir do Plenário do STF, que reúne todos os seus membros. O relator isoladamente ou mesmo a Turma não poderão negar conhecimento ao recurso por esse fundamento. Quando lhes parecer faltar a relevância geral, terão de remeter a questão ao Plenário” (WAMBIER, 2005, p. 97).

³⁹ O autor se refere à PEC 29, mas a sua observação também se aplica ao dispositivo em questão, vez que ambos conferem ao STF o poder de recusar o RE por mais de dois terços de seus membros.

⁴⁰ É que: “Os argumentos que devem levar o tribunal a entender que a questão tem repercussão geral devem constar do próprio recurso e serão analisados quando do juízo de admissibilidade deste, portanto, em sessão pública. Caso o relator entenda que não é caso de se admitir o recurso, porque a questão não tem repercussão geral, a decisão a este respeito não caberá a ele, mas ao Pleno, devendo votar nesse sentido dois terços de seus membros para que a decisão seja de inadmissibilidade” (WAMBIER, 2005, p. 104). Todavia, “(...) havendo jurisprudência firme do Pleno no sentido de que dada questão não tem repercussão geral, recursos extraordinários futuros que veiculem questões jurídicas idênticas poderão ser rejeitados por uma das turmas do STF ou até pelo próprio relator do recurso (Cf. art. 557 do CPC) e não necessariamente por dois terços do Pleno do Tribunal. Esta, segundo nos parece, deverá ser a solução a ser esta-

belecida pelo legislador, no caso” (Ibidem, p. 105).

⁴¹ Dessa maneira, remanescem tramitando três principais Propostas de Emendas à Constituição, entre as quais especial atenção merece a PEC nº 358/2005 (antiga 29-A/2000).

⁴² Além disso, o art. 8º da EC nº 45/04 prescreve que: “As atuais súmulas do Supremo Tribunal Federal somente produzirão efeito vinculante após sua confirmação por dois terços de seus integrantes e publicação na imprensa oficial”.

⁴³ De um lado, o doutrinador reconhece que: “É absolutamente imprescindível que se tenha uma noção *daquilo que pode ser sumulado*”. De outro, entende que: “A súmula, na verdade, deve ser menos abrangente do que a lei e *deve ser redigida de molde a gerar menos dúvidas interpretativas*, principalmente quanto à sua INCIDÊNCIA” (WAMBIER, 2005, p. 120-121).

⁴⁴ Em conclusão, ressalta que: “Assim, pode-se concluir que, embora haja referência, no final do *caput* do art. 103-A, a algo que deveria ser definido ‘*na forma estabelecida em lei*’, a lei que poderia dispor sobre a súmula vinculante pouco ou nada poderia acrescentar ao dispositivo constitucional em questão, a fim de atribuir-lhe eficácia. Lembre-se de que, a rigor, por norma constitucional de eficácia limitada deve-se entender aquela que realmente depende de lei posterior que explique e determine o seu conteúdo. Ou, por outras palavras, exige-se a formulação de lei posterior porque a norma constitucional, se não fosse regulamentada, ficaria sem sentido. Isso não ocorre com o art. 103-A da Constituição Federal, segundo pensamos, já que essa norma basta em si mesma para a implementação da súmula vinculante no direito brasileiro” (WAMBIER, 2005, p. 126-128).

⁴⁵ Atualmente, o Regimento Interno já prevê o procedimento da reclamação perante o STF, nos seus arts. 156 a 162.

⁴⁶ Para isso, é necessário que se adote a seguinte premissa: as súmulas que passarão a trazer o efeito vinculante (força normativa) e a eficácia *erga omnes* (generalidade e abstração) tornar-se-ão espécies de ato normativo primário.

⁴⁷ Em resumo: “Mesmo que se forme uma corrente doutrinária e jurisprudencial, oposta à possibilidade de Controle de Constitucionalidade das súmulas vinculantes, por meio de ADIN, sob o argumento de não se estar tratando de espécie de ato normativo e sim jurisdicional, será inegável a aceitação de que, por meio de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, o controle se viabilizará, vez que esta modalidade de ação de jurisdição constitucional admite o confronto não apenas de leis, mas sim de qualquer ato emanado do poder público em confronto com a Carta Magna, quando evidente o descumprimento de preceitos fundamentais” (Cf. ARTEIRO, 2005).

⁴⁸ Algumas delas estão em trâmite nas Casas do Congresso Nacional, sendo possível estimar a publicação de variadas leis que regulam dispositivos inseridos na Constituição pela Emenda nº 45/2004 para os próximos meses.

⁴⁹ Esta vem sendo efetivada pelo legislador ordinário, com a elaboração de projetos de lei necessários à regulamentação da matéria tratada nesta emenda à Constituição, "bem como promover alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional".

Referências

- ALMEIDA, José Maurício Pinto de. A emenda constitucional n. 45/04 e a nova feição dos órgãos especiais dos tribunais. *Jus Navigandi*, a. 9, n. 600, 28 fev. 2005.
- ARTEIRO, Rodrigo Lemos. O trâmite procedimental da súmula vinculante e seu controle de constitucionalidade sob a égide da emenda constitucional n. 45. *JURID: Publicações Eletrônicas*, São Paulo, 15 mar. 2005.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso especial n. 117.809, Paraná, 14 de junho de 1989. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. *Diário da Justiça*, Brasília, 4 ago 1989.
- _____. _____. Recurso Especial n. 65.262, Ceará, 17 de junho de 1996. Relator: Min. Peçanha Martins. *Diário da Justiça da União*, Brasília, 12 ago. 1996.
- CHAER, Márcio. Tarda, cara, ruim: morosidade do judiciário custa mais de US\$ 10 bi ao ano. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 fev. 2003.
- CHAVES, Iran. Ganhar e levar: celeridade do judiciário depende de reforma processual. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 20 jul. 2004.
- CONSULTOR JURÍDICO. Próximos passos: só reforma processual pode acabar com a morosidade judicial. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 dez. 2004.
- DELGADO, José Augusto. *Reforma do poder judiciário*: art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FOLHA DE SÃO PAULO. Editoriais: delitos e penas. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 9 jan. 2003.
- GOÉS, Gisele Santos Fernandes. Razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- LEITE, Costa. Reforma processual: excesso de recursos emperra a justiça. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 8 dez. 2001.
- LENZA, Pedro. Reforma do judiciário: emenda constitucional n. 45/2004. Esquematização das principais novidades. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 618, 19 mar. 2005a.
- _____. Textos complementares à reforma do judiciário. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Coord.). *Reforma do judiciário analisada e comentada*. São Paulo: Método, 2005b.
- LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a emenda constitucional n. 45/2004. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 549, 7 jan. 2005.
- MACHADO, Agapito. A nova reforma do poder judiciário: EC 45/04. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 600, fev. 2005.
- MORAES, José Luiz Bolzan de. Art. 5º: as crises do judiciário e o acesso à justiça. In: AGRA, Walber de Moura (Coord.). *Comentários à reforma do poder judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MORO, Sérgio Fernando. *Jurisdição constitucional como democracia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- PATTO, Belmiro Jorge. Aspectos da dimensão temporal do processo civil nas alterações advindas da EC n. 45, de 8 de dezembro de 2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.). *Reforma do judiciário*: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. A emenda constitucional n. 45 e o novo regime jurídico dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 575, 2 fev. 2005.
- SOIBELMAN, Félix. Arguição de relevância da questão federal Emenda Constitucional n. 45/2004. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 614, 14 mar. 2005.

SPALDING, Alessandra Mendes. Direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva à luz do inciso LXXVIII do art. 5º da CF inserido pela EC n. 45/2004. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TIBÚRCIO, Flávio Corrêa. A reforma do judiciário e o novo recurso extraordinário. *Jus Navigandi*, Teresina, a. 9, n. 541, 30 dez. 2004.

VARGAS, Jorge de Oliveira. A garantia fundamental contra a demora no julgamento do processo. In:

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al (Coord.). *Reforma do judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WAMBIER, Luiz Rodrigues et al. *Breves comentários à nova sistemática processual civil: emenda constitucional n. 45/2004 (reforma do judiciário): lei 10.444/2002; lei 10.358/2001 e lei 10.352/2001*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

Autonomia municipal, centralização e liberdade

Paulo Fernando Mohn

Sumário

1. Introdução. 2. A autonomia municipal até a República. 3. A autonomia municipal na República. 4. Centralização e liberdade. 5. Consideração final.

1. Introdução

O presente trabalho tem por objetivo analisar a formação da autonomia municipal no Estado brasileiro a partir, principalmente, das reflexões e do confronto das realidades descritas nas obras *A democracia na América*, de Alexis de Tocqueville (2005), e *Coronelismo, Enxada e Voto*, de Victor Nunes Leal (1997). Em síntese, o que se intenta mostrar é que a tendência à centralização da federação brasileira, já atuante no sistema coronelista, persistiu durante todo o decorrer da história republicana, com efeitos perniciosos sobre a liberdade e a autonomia dos municípios.

Para Tocqueville (2005, p. 98), há duas espécies de centralização: a governamental e a administrativa. A centralização governamental dá-se pela concentração, num mesmo lugar ou numa mesma mão, dos interesses comuns a todas as partes da nação, como a formação das leis gerais e as relações do povo com o estrangeiro. De outro lado, a centralização administrativa configura-se pela concentração, da mesma maneira, dos interesses que são específicos de certas partes da nação, como ocorre com os empreendimentos comunais. Embora exis-

Paulo Fernando Mohn e Souza é consultor legislativo do Senado Federal, pós-graduado em Direito Público (IDP) e mestrando em Direito e Políticas Públicas (UniCEUB).

tam pontos em comum, e até auxílios mútuos entre elas, as espécies de centralização devem ser apartadas. Defende Tocqueville (2005, p. 99) que não há nação que seja capaz de viver nem de prosperar sem uma forte centralização governamental. Entretanto, a centralização administrativa só serve para debilitar os povos que a ela submetem-se, diminuindo-lhes o espírito de cidadania. Embora sirva para reunir, em determinada ocasião e lugar, toda a força disponível da nação, diminui com o correr do tempo sua potência. Desse modo, contribui para a grandeza passageira de um homem, mas não para a prosperidade duradoura de um povo. Tocqueville (2005, p. 100) verifica na América do tempo em que descreve uma forte centralização governamental, mas a ausência de centralização administrativa. Isso se deve, em grande medida, à formação natural das comunas, de modo que a forma do governo federal foi a última a aparecer (TOCQUEVILLE, 2005, p. 69-70).

2. A autonomia municipal até a República

A história no Brasil, entretanto, apresenta evolução diversa. Lembra José Celso de Macedo Soares Guimarães (1990, p. 112) que, no início da ocupação do território brasileiro, os municípios gozavam de autonomia, mais por necessidade do que por intenção do governo português. A grande extensão do território, a pouca densidade e grande dispersão da população, as dificuldades para estabelecimento de comunicações e o pequeno interesse em uma ocupação permanente dificultavam o controle efetivo do governo de Portugal. Contudo, uma localidade somente era oficializada como *vila*, onde se podia instalar uma câmara municipal, mediante ato régio. A câmara cuidava de todos os assuntos de ordem local, não importava se de natureza administrativa, policial ou judiciária, subordinada a um controle gradativo, que subia até a Corte. Mas o desempenho de suas atribui-

ções e poderes não se continha na legislação aplicável. Informa Leal (1997, p. 84) que, desde então, via-se o poder privado desafiando o poder público, muitas vezes de forma tolerada e até estimulada pela Coroa. As câmaras exerciam poder à margem dos textos legais e às vezes contra eles, com o beneplácito da Coroa, que sancionava as usurpações praticadas pelos onipotentes senhores rurais por intermédio das câmaras e, por vezes, ainda lhes conferia prerrogativas especiais. Afinal, seria difícil conter essas manifestações do poder privado em vista do extenso domínio rural, essencialmente monocultor e baseado no trabalho escravo. A população era composta por escravos e por trabalhadores chamados livres, mas incultos e inteiramente dependentes da nobreza fundiária. Assim, as câmaras municipais, instrumento de poder político do senhorio fundiário, exerciam larga esfera de atribuições, que resultavam muito mais da prática do que da lei. O verdadeiro centro de poder econômico, social e político da Colônia era representado pelo latifúndio monocultor e escravocrata.

A propósito, Luis Aureliano Gama de Andrade (2004, p. 206) afirma que a organização municipal no Brasil-Colônia, embora tenha precedido o povoamento, esteve todo o tempo a serviço dos interesses dos senhores rurais, facilitando a resolução de disputas nascidas entre eles. Desse modo, quando surgem os núcleos urbanos que gravitavam em torno da exploração da cana-de-açúcar, a comuna era apenas uma assembleia do senhorio, não chegava a acolher o vilão, o homem do povo, o pequeno burguês do comércio. Portanto, o contraste com as pequenas localidades da Nova Inglaterra, observadas por Tocqueville (2005), é nítido, pois a instituição municipal brasileira não nasceu, como lá, da solidariedade ou do interesse dos membros da comuna. Além disso, o município da fase colonial norte-americana era uma realidade homogênea, com pequenas diferenças sociais e econômicas entre os habitantes, enquanto no Brasil

havia um fosso que separava os donos das terras dos habitantes das vilas. Portanto, embora se pudesse verificar certo grau de descentralização no período colonial, não se podia propriamente falar de autonomia das comunas e sua população, no sentido mais próximo de autodeterminação, de liberdade, de condição pela qual o homem pode escolher as regras que regem sua conduta.

No entanto, nem mesmo esse esboço de descentralização resistiu longamente. Dos meados para o final do século XVII, já se identificava uma reação da Coroa contra a nobreza rural da Colônia. Para isso contribuiu o incremento do comércio, o aumento da população urbana e, sobretudo, o desenvolvimento da economia colonial, que iniciava a contrapor-se aos interesses portugueses, principalmente depois da descoberta das minas. Para frear o domínio privado dos senhores rurais, a Coroa prestigiou e aparelhou seus agentes na Colônia, especialmente juízes de fora e ouvidores. Esse processo foi acelerado com a trasladação da Corte para o Brasil e, depois, com a independência e a constitucionalização do País. O século XIX assistiu a uma consolidação do poder do Estado. A questão política passou a ser interna, pois já não punha em disputa a Colônia com a Metrópole. O senhoriato rural deixou de operar no terreno das municipalidades e projetou sua importância econômica, social e política em toda a extensão do Império. As contendas políticas passaram a ser nacionais, mas continuaram restritas à classe dos senhores rurais. Aprofundou-se a centralização, com esteio na estrutura agrária e na escravidão (LEAL, 1997, p. 90-92). O pequeno sopro de idéias descentralizadoras que acompanhou o movimento da independência foi abafado pela Lei de 1º de outubro de 1828 que, inspirada na legislação portuguesa, reduziu as câmaras ao papel de corporações meramente administrativas, retirando-lhes as funções judiciais, sob argumento de especialização de funções. Além disso, as câmaras passaram a sofrer rígido controle, exercido pelos conse-

lhos gerais, pelos presidentes de província e pelo Governo Geral. A doutrina da *tutela*, que equiparava o município, na ordem administrativa, a um menor de idade, impunha-lhe um sistema de assistência e fiscalização, que consistia na necessidade de confirmação dos atos de sua competência (posturas) pelos conselhos gerais das províncias, além de recursos, em matéria econômica e administrativa, para esses conselhos, para os presidentes de província, para o Governo e para a Assembléia Geral na Corte (LEAL, 1997, p. 92-95).

Depois, a inspiração liberal do Ato Adicional beneficiou as províncias, em detrimento da autonomia municipal. Na verdade, transferiu a tutela sobre as câmaras municipais para as assembleias provinciais, então criadas. Conferiu às províncias a prerrogativa de definir, conforme sua conveniência, as funções e a área de atuação das câmaras municipais. Ao atender ao objetivo de fortalecer as províncias perante o Governo Geral, restringiu ainda mais a liberdade da administração local. O presidente da província, delegado do Imperador, acabou, na prática, por representar a figura dominante no cenário provincial. Por intermédio dele, o poder central saiu novamente fortalecido. Para isso, muito contribuiu o receio de que a liberdade para as províncias acabasse por resultar no fim da escravidão. A centralização ajudou a manter a unidade nacional e, com ela, a unidade do trabalho escravo e a estrutura econômica do país (LEAL, 1997, p. 95-98). Conforme Andrade (2004, p. 207), a ordem política de então se manteve com base em duplo fundamento: o interesse em preservar a escravidão e o carisma do imperador. Nos Estados Unidos, o conflito do Norte moderno, que utilizava a mão-de-obra assalariada, com o Sul escravocrata levou à guerra civil. No Brasil, conscientes do risco do duplo regime de trabalho, as elites políticas optaram pela centralização e pela manutenção do trabalho escravo. Afinal, conclui o autor, a centralização era a pedra de toque do regime burocrá-

tico-escravocrata e a garantia da preservação da unidade territorial, mantida a duras penas (ANDRADE, 2004, p. 208).

3. *A autonomia municipal na República*

A proclamação da República trouxe nova esperança para a autonomia municipal, como desdobramento teórico da idéia federalista de inspiração norte-americana. Contudo, logo essa inclinação refluíu. A Constituição de 1891 limitou-se, em seu art. 68, a estabelecer que os estados deveriam organizar-se de forma que ficasse assegurada a autonomia dos municípios em tudo quanto respeitasse ao seu peculiar interesse. O entusiasmo liberal não perdurou e logo as constituições estaduais fizeram cercar os direitos dos municípios, determinando condições para que pudessem gerir seus negócios, tirando-lhes a faculdade de eleger o chefe do poder executivo ou estabelecendo sistema prévio de fiscalização da administração e das finanças municipais pelo estado. Leal (1997, p. 101-102) lembra que teses jurídicas sustentavam restrições à autonomia municipal, como a de Castro Nunes, pela qual, no regime federativo, a unidade política era o estado e não o município, e a de Francisco Campos, segundo a qual a maioria dos problemas de que se encarregava a administração municipal transcendia os estreitos limites comunais, passando a interessar a todo o estado. Nesse contexto é que se verificou o fortalecimento do poder estadual e, conseqüentemente, dos governadores. Eleitos, eles já não precisavam tanto do centro como os presidentes de província, que eram nomeados. O presidente da República, carente de meios para firmar-se perante os demais componentes da União, necessitava compor-se com os governos estaduais. Contudo, a maioria do eleitorado ainda encontrava-se no meio rural, era completamente ignorante e dependente dos fazendeiros, tanto econômica quanto politicamente. Os políticos estaduais, para garantirem votos, firmavam compromissos com

os fazendeiros por intermédio dos chefes políticos locais. Formava-se, então, o compromisso coronelista entre os governos estadual e municipal, descrito por Leal (1997), de índole semelhante à composição política firmada entre o líder estadual e o governo federal. Nas relações estados-municípios, atuava a política dos coronéis; nas relações União-estados, vigia a política dos governadores.

Leal (1997, p. 40) explica, como indicação introdutória, que concebe o coronelismo como resultado da superposição de formas desenvolvidas do regime representativo a uma estrutura econômica e social inadequada. Não se tratava da sobrevivência da hipertrofia do poder privado, típica do período colonial, mas de uma adaptação do poder privado para coexistir com um regime político de base representativa. O coronelismo configurava uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, principalmente senhores de terra, de modo a estabelecer um compromisso que se apoiava na estrutura agrária, cujas características forneciam as bases de sustentação do poder privado. O próprio Leal (1997, p. 276), no final de sua obra, conceitua o coronelismo como um sistema político dominado por uma relação de compromisso entre o poder privado decadente e o poder público fortalecido. José Murilo de Carvalho (1997, p. 230) esclarece que o coronelismo, nessa concepção, era uma complexa rede de relações que ia desde o coronel até o presidente da República, envolvendo compromissos recíprocos. Foi um fenômeno datado historicamente, que surgiu na confluência de um fato político com uma conjuntura econômica. O fato político era o federalismo implantado na República, em substituição ao centralismo imperial, que resultou na criação de um poderoso governador de estado, eleito pelas máquinas partidárias estaduais e que se configurava chefe da política estadual, em torno do qual se arrematavam as oligarquias locais. A

conjuntura econômica era a decadência dos fazendeiros, que acarretava o enfraquecimento do poder político dos coronéis. Desse modo, o coronelismo estabeleceu-se na Primeira República como um sistema político de barganhas entre o governo e os coronéis.

Ao desmonte da República Velha, após a Revolução de 1930, associou-se o desejo de moralizar e dar eficiência à administração municipal, na qual se identificavam falta de métodos racionais, desorientação administrativa, gestão financeira fraudulenta e outros defeitos. A solução foi estabelecer a nomeação do prefeito, assistido por um conselho consultivo, e implantar um sistema de recursos que seguia a hierarquia executiva até o chefe de governo nacional. A esses mecanismos aliou-se a propagação da idéia do departamento de municipalidades, órgão estadual responsável, entre outras atribuições, por prestar assistência técnica aos municípios, coordenar suas atividades em função de planos estaduais, fiscalizar a execução de seus orçamentos e opinar sobre medidas administrativas. Ou seja, por meio dele, o governo estadual exercia a tutela sobre a vida administrativa dos municípios. O interesse eleitoral dos estados em controlar os municípios aparecia, então, encoberto pela necessidade de aperfeiçoar-lhes a administração (LEAL, 1997, p. 102-107).

A Constituição de 1934 dispunha, em seu art. 13, que os municípios deveriam organizar-se de forma que lhes ficasse assegurada a autonomia em tudo quanto respeitasse a seu peculiar interesse, especialmente quanto: à eletividade do prefeito e dos vereadores, sendo que a câmara municipal poderia eleger aquele (exceto na capital do estado e nas estâncias hidrominerais, em que os prefeitos eram nomeados pelo governo do estado); a decretação de seus impostos e taxas (cujo rol apresenta), a arrecadação e aplicação das suas rendas; e a organização dos serviços de sua competência. Tais disposições revelavam uma intenção descentralizadora, resultante do trabalho de oposicio-

nistas da República Velha. Entretanto, ficava facultado ao estado a criação de um órgão de assistência técnica à administração municipal e fiscalização das suas finanças. A preocupação (verdadeira ou dissimulada) com os descontroles administrativos e financeiros dos municípios servia, mais uma vez, para possibilitar a tutela dos municípios pelo estado. Por essa razão, Leal (1997, p. 107-112) entende que o constituinte de 1934 foi contraditório.

As esperanças municipalistas foram dissipadas pela Constituição de 1937 (arts. 26 a 29). Os prefeitos passaram a ser de livre nomeação do governador do estado. A legislação infraconstitucional (Decretos-leis 1.202/1939 e 5.511/1943) configurou um sistema de tutela que privou o município de qualquer órgão representativo e o submeteu a um severo controle, tanto prévio quanto ulterior. Além do departamento de municipalidades, criou-se um departamento administrativo em cada estado, com o fito de prestar assistência aos governos estadual e municipais e exercer controle sobre eles. Além disso, criou-se a Comissão de Estudo dos Negócios Estaduais, nomeada pelo presidente da República e subordinada ao ministro da Justiça, para opinar sobre medidas legislativas e administrativas, estaduais e municipais que exigiam prévia aprovação do chefe do Estado. A centralização política do Estado Novo implicou completa anulação da autonomia municipal (LEAL, 1997, p. 112-114).

A Constituição de 1946, no movimento pendular da matéria, retomou a eletividade do prefeito, embora ainda com exceções, e procurou assegurar a administração própria do município no que fosse de seu peculiar interesse, conforme disposto no art. 28. O texto constitucional permitiu a criação de órgão estadual de assistência técnica aos municípios, mas não previu que pudesse ele fiscalizar suas finanças (art. 24). Por outro lado, admitiu que a administração financeira, especialmente a execução do orçamento, fosse fiscalizada, nos estados e municípios,

pela forma que estabelecesse as constituições estaduais (art. 22). Aliado a isso, a possibilidade de regulamentação de aplicação de alguns tributos por lei federal permitiu a interferência na vida financeira dos municípios.

O regime pós-1964 não alterou a eletividade dos prefeitos na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 1, de 1969, excepcionando-a apenas para as capitais, estâncias hidrominerais e municípios de interesse da segurança nacional. Quanto à autonomia municipal, praticamente repetia as disposições de 1946. Entretanto, o poder centralizou-se fortemente na esfera federal e os governadores passaram a ser prepostos do poder central. A limitada dinâmica eleitoral tornou desnecessária a intermediação local. Mas os municípios acabaram atingidos pelas políticas do novo regime, sobretudo pelo forte tom tecnocrático, com ênfase na modernização do país. Os militares e os tecnocratas formaram a base dos novos governos. Embora tenham sido crescentes as receitas municipais, a aceleração da urbanização e da industrialização tornaram insuficientes os recursos para investimentos de maior envergadura. Em consequência, mesmo as cidades maiores precisavam recorrer aos governos estaduais e federal para realizá-los. Assim, renovava-se, em outros termos, a dependência dos municípios às instâncias superiores de governo, tendo os políticos locais que se filiam ao partido governista para receberem os recursos necessários, repetindo o governismo que já se identificava no sistema coronelista (ANDRADE, 2004, p. 210-213).

Na esteira da redemocratização, a Constituição de 1988 inovou ao dispor que a federação brasileira compõe-se de estados e municípios (elevados, portanto, a entes federativos), assegurou a eletividade do prefeito e vereadores e garantiu a auto-organização do município por meio de lei orgânica, com parâmetros fixados no art. 29. Além disso, instituiu nova repartição de receitas tributárias, senão correspondente a suas

atribuições, mais favorável do que nas constituições precedentes. Os municípios, contudo, receberam tarefas mais complexas e relevantes, como nas áreas de saúde e educação. A crescente participação política da população, incrementada pelas facilidades de comunicação do mundo contemporâneo, ajudou a elevar as exigências das administrações municipais. O fato é que não se pode ainda considerar superado o modelo de dependência da esfera municipal das instâncias estadual e federal, com seus consequentes defeitos, como o clientelismo, o governismo e outros mecanismos espúrios, como a adoção de critérios políticos para liberação de emendas orçamentárias.

4. Centralização e liberdade

A história atribui razão à afirmação de Leal (1997, p. 70) de que, ao estudarmos a autonomia municipal no Brasil, o problema verdadeiramente encontrado não é o de autonomia, mas o da falta dela, tão constante em nossa história é o amesquinamento das instituições municipais. Também encontra ressonância o alerta de Tocqueville (2005, p. 70) de que, embora a comuna exista desde que há homens, a liberdade comunal é rara e frágil, por ser aquela mais exposta às invasões do poder. As instituições comunais, para se afirmarem, precisam ter-se desenvolvido plenamente e ter-se incorporado às idéias e aos hábitos nacionais, pois, enquanto a liberdade comunal não estiver arraigada nos costumes, é fácil destruí-la. Assim, a liberdade comunal escapa ao esforço do homem, pois é raro ser criada. Ela nasce de si mesma, desenvolve-se no seio da sociedade. Contudo, para se arraigar nos costumes, tal liberdade deve subsistir por muito tempo nas leis, pois é pela ação contínua das leis e dos costumes que ela se consolida. Tocqueville (2005, p. 71-72) não identificou uma só nação no continente europeu que conhecesse tal liberdade, mas a reconheceu na Nova Inglaterra, onde as instituições comunais eram antigas e exerciam

prodigiosa influência sobre toda a sociedade. Sua lição torna-se eloqüente ao afirmar que é na comuna que reside a força dos povos livres. Para ele,

“as instituições comunais estão para a liberdade assim como as escolas primárias estão para as ciências: elas as colocam ao alcance do povo, fazem-no provar seu uso tranqüilo e habitam-no a empregá-la. Sem instituições comunais, uma nação pode se dotar de um governo livre, mas não possui o espírito da liberdade” (TOCQUEVILLE, 2005, p. 71).

Como visto, a história brasileira, sobretudo no período republicano, é uma crônica de centralização, reforçada por interdependência política entre o governo federal e os estaduais, com mais ou menos poder para um dos lados, mas sempre em detrimento da autonomia do município. O coronelismo é um fenômeno típico dessa realidade. Nele, opera-se uma inversão no exercício da autonomia local. Se ela fosse garantida juridicamente contra intromissões do poder estadual e assentada em sólida base financeira, a autonomia do município seria naturalmente exercida pelo eleitorado, mediante mandatários nomeados nas urnas. Entretanto, como a autonomia legal era cerceada de diversas formas, o exercício de uma autonomia extralegal dependia inteiramente das concessões do governo estadual. Desse modo, a autonomia municipal não era um direito da maioria do eleitorado, mas uma dívida do poder (LEAL, 1997, p. 71-72).

Carvalho (1997, p. 231-232) distingue o coronelismo do mandonismo (ou do caciquismo, na literatura hispano-americana), que se refere à existência local de estruturas oligárquicas e personalizadas de poder. O mandão é aquele que, por deter algum recurso estratégico – como a posse da terra –, exerce sobre a população um domínio pessoal e arbitrário que a impede de ter livre acesso ao mercado e à sociedade política. O mandonismo entraria como uma característica do coronelismo, que toma forma no

momento em que os mandões perdem força e têm de recorrer ao governo. O autor (CARVALHO, 1997, p. 233) também difere coronelismo e clientelismo, conceito mais utilizado na literatura internacional e que indica um tipo de relação entre atores políticos que envolve concessão de benefícios públicos, na forma de empregos, benefícios fiscais, isenções, em troca de apoio político, na forma de voto. O coronelismo envolve relações de natureza clientelística, mas não pode ser confundido com o clientelismo, que é um fenômeno mais amplo. Interessante é também a distinção desses três conceitos em relação ao tempo. O mandonismo tende a desaparecer na medida em que os direitos civis e políticos alcancem todos os cidadãos, ou seja, a diminuição de sua influência dá-se com a ascendência da cidadania. O clientelismo, contudo, está sujeito a aumentar ou diminuir ao longo da história, pois os atores políticos envolvidos podem mudar. O coronelismo seria fenômeno restrito, cujo término Carvalho (1997, p. 231) demarca em 1937, após a implantação do Estado Novo. Não obstante, se o coronelismo encerrou-se, muitas de suas características perduram, na mesma forma ou transmudadas pela dinâmica das relações econômicas, políticas e sociais. O clientelismo ainda é uma realidade, o mandonismo resguarda-se em alguns rincões. Em outro trabalho, Carvalho (2001, p. 20) identifica no populismo das décadas de 1950 e 1960 o sucessor do coronelismo. No populismo, o eleitor dispensa a mediação do coronel, mas faz do líder político um grande coronel urbano, de quem espera ajuda e proteção. O novo coronel não tem mais seu poder baseado na terra e no controle da população rural, mas mantém do antigo coronel a prepotência no trato com os adversários, a inadaptação às regras democráticas, a convicção de estar acima da lei, a incapacidade de distinguir o público do privado e o uso do poder para conseguir empregos, favores e benefícios para uso próprio e da parentela. Para tudo isso, conta com a convivência dos governos federal e es-

tadual, prontos a comprar seu apoio para manter sua base de sustentação. Conclui o autor (CARVALHO, 2001, p. 21) que “os valores subjacentes aos pólos coronel/cliente, pai/filho, senhor/servo parecem persistir na cabeça de muitos de nossos melhores cidadãos e cidadãs, bloqueando a consolidação democrática”. Vale lembrar, aqui também, do assistencialismo, como uma sistemática moderna de manutenção da dependência dos desassistidos ao governo. Tudo isso amparado na ignorância e pobreza da população, que tem dificuldades em exercer plenamente a cidadania.

Tocqueville (2005, p. 102) afirma que os partidários da centralização sustentam que o poder governamental administra melhor as localidades do que elas seriam capazes de se administrar. Isso é verdade quando o poder central é esclarecido e as localidades sem luzes, quando ele tem o costume de agir e elas o de obedecer. Quanto mais a centralização aumenta, mais essa dupla tendência cresce, mais a capacidade de um lado e a incapacidade de outro se tornam salientes. O autor rebela-se contra isso, por acreditar que a força coletiva dos cidadãos será sempre mais poderosa para produzir o bem-estar social do que a autoridade do governo. Afinal, o poder central, por mais esclarecido e sábio que seja, não conhece todos os detalhes da vida de um povo. Embora a centralização favoreça à uniformidade, ela excede em impedir, não em fazer. Ela falha ao tentar chamar os cidadãos em seu auxílio se quer lhes impor que ajam como e precisamente no sentido em que o poder central quiser. Não se obtém assim o concurso da vontade humana, que precisa de liberdade em seus movimentos e de responsabilidade em seus atos. O homem prefere permanecer imóvel a caminhar sem independência para um objetivo que ignora (TOCQUEVILLE, 2005, p. 103).

Curioso é perceber que isso é, em geral, o que se observa no Brasil. Após a Constituição de 1988, muito se tem falado em descentralização, e até em municipalização, como nas

áreas de saúde e educação. Entretanto, raras são as vezes em que não se pretende impor uma política nacional, formulada a partir de diretrizes do governo federal, a ser simplesmente “executada” pelas unidades da federação, sobretudo os municípios, por estarem eles mais próximos do problema. Nesse caso, há uma falsa impressão de autonomia, pois se está diante da imposição de um modelo nacional a ser seguido, e não diante da faculdade de governar por si próprio. É verdade que inúmeros fatores tornaram os problemas intermunicipais, mas certamente há peculiaridades que justificam ações diferentes a serem aplicadas a realidades diversas. Contudo, na maioria das vezes, o que se verifica é a mera descentralização no sentido jurídico-administrativo e não político, beirando quase a desconcentração, para utilizar a terminologia de Hely Lopes Meirelles (2002, p. 708). Ou seja, a administração municipal é encarada como se fosse mera entidade da administração indireta do ente federado de instância superior, ou então um órgão ou departamento deste (com a peculiaridade de ter o dirigente eleito). Assim, a singular posição do município como integrante da federação brasileira, a partir da Constituição de 1988, que lhe confere autonomia político-administrativa (diversamente do que ocorre nas demais federações, em que o município é mera circunscrição administrativa), é mais uma disposição legal que ainda se distancia da realidade. Não se pode considerar autonomia a execução de uma política ou lei que seja exterior à determinação daquele que a ela deva se submeter, idéia que se situa no outro extremo, o da heteronomia.

A isso se relaciona a noção de liberdade. Tocqueville (2005, p. 75-76) bem o demonstra, ao lembrar que, nas nações onde vigora a soberania do povo, cada indivíduo constitui uma porção igual do soberano e participa igualmente do governo do Estado. Ele não obedece à sociedade por ser inferior aos que a dirigem, ou menos capaz que outro homem de governar a si mesmo. Sua obedi-

ência deve-se a saber que sua união com seus semelhantes lhe parece útil e que essa união não pode existir sem um poder regulador. No que diz respeito aos deveres mútuos, torna-se súdito; mas, em tudo o que diz respeito a si mesmo, permanece senhor, é livre, pois o indivíduo é o melhor e único juiz de seu interesse particular e a sociedade só tem o direito de dirigir seus atos quando se sente lesada por um ato dele, ou quando precisa reclamar seu concurso. Semelhante é a posição de John Stuart Mill (2000, p. 17-20), que defende o princípio da auto-proteção como aquele capaz de governar as relações da sociedade com o indivíduo, de modo que a única finalidade pela qual se garante à humanidade, individual ou coletivamente, interferir na liberdade de ação de qualquer um, de exercer legitimamente o poder sobre um membro da comunidade é evitar dano aos demais. Não se pode obrigar alguém a fazer ou deixar algo por ser melhor para ele, porque o fará feliz ou porque, na opinião dos outros, seria mais sábio ou mais acertado. Afinal, a única conduta de cada um, pela qual é responsável perante a sociedade, é a que diz respeito aos outros. Na parte que diz respeito a si mesmo, sua independência é absoluta. Arremata que

“o indivíduo provavelmente agirá melhor se deixado à sua própria descrição do que se controlado por qualquer das maneiras de controle sob poder da sociedade; ou porque a tentativa de exercer controle produziria outros males, ainda maiores do que quantos desejasse prevenir” (MILL, 2000, p. 20).

Tocqueville (2005, p. 76) estende a noção de liberdade à comuna. Para ele, a comuna, considerada em relação ao governo central, nada mais é do que um indivíduo como outro qualquer, ao qual se aplica a teoria que defende. Assim, as comunas só devem submeter-se ao Estado quando se trata de interesse que partilham com outras. Em tudo o que diga respeito a elas, devem permanecer

independentes, de modo que o Estado não tem o direito de intervir na direção dos interesses puramente comunais. A distinção desse pensamento com a realidade brasileira, antes descrita, é abissal. Basta lembrar a doutrina da tutela, a falta de eletividade das autoridades municipais e a propagada necessidade de controle, fiscalização e intervenção dos governos estaduais e federal nos municípios em prol da eficiência administrativa e da moralidade pública.

Mas a falta de autonomia não se manifesta apenas nas relações externas, da comuna para o centro, em que se poderia reivindicar a não-interferência dos demais níveis federativos em relação ao município. À questão deve-se somar a carência de autodeterminação, no sentido de que a vontade da comuna seja a livre vontade do conjunto de seus cidadãos. Esse sentido de liberdade relaciona-se ao que Isaiah Berlin (2002, p. 257-264) denomina “busca por status e reconhecimento”, em que não se procura a liberdade de fazer o que se deseja, mas a condição em que se possa sentir ser um agente responsável, cuja vontade é levada em conta porque a isso tem direito. E, nessa acepção, o que vale para o indivíduo vale para os grupos, que freqüentemente desejam o reconhecimento como uma fonte independente de atividade humana, como uma entidade com vontade própria, pretendendo agir de acordo com essa vontade. A esse desejo de reconhecimento relaciona-se a pergunta: quem deve me governar? A resposta deve ser: alguém ou algo que eu possa representar como “meu”, como algo que me pertence ou a quem pertenço. Desse modo, arremata Berlin (2002, p. 263),

“os homens que lutam pela liberdade têm comumente lutado pelo direito de serem governados por si mesmos ou por seus representantes – severamente governados, se necessário, como os espartanos, com pouca liberdade individual, mas de uma maneira que lhes permita participar, ou pelo menos acreditar que estavam participan-

do, na legislação e administração de suas vidas coletivas”.

No entanto, a história republicana brasileira apresenta o oposto dessa liberdade. O estudo do coronelismo permite verificar como o sistema político, desde a implantação da República, opera no pressuposto do voto de cabresto, do cidadão como massa de manobra política, do voto como moeda de troca do coronel, na prática do clientelismo. Aliás, como se verificou, desde os tempos coloniais, a administração das comunas admite muito pouca ou nenhuma participação popular.

Tocqueville (2005, p. 105-107) apresenta dois cenários de iniciativa e participação. No primeiro, o habitante sente-se como uma espécie de colono indiferente ao destino do lugar que habita. As mudanças sobrevêm sem seu concurso, ele sequer sabe o que aconteceu. Seu desinteresse por si mesmo vai tão longe que, mesmo quando sua segurança e de seus filhos está comprometida, em vez de procurar afastar o perigo, ele cruza os braços para esperar que a nação inteira corra em sua ajuda. Nesse lugar, encontram-se súditos, mas não se identificam cidadãos. No segundo cenário, se o particular concebe um empreendimento qualquer, mesmo que para o bem-estar da sociedade, não lhe ocorre dirigir-se à autoridade pública para obter seu concurso. Ele dá a conhecer seu plano, oferece-se para executá-lo e reúne forças individuais em auxílio da sua, lutando para vencer os obstáculos. Embora possa ter, nesse esforço, resultados menores do que se o Estado lhe substituísse na tarefa, acredita que o resultado dos empreendimentos individuais, a longo prazo, supera o que o governo poderia fazer. Em qual desses cenários encaixa-se a realidade brasileira? Claramente, no primeiro. E não só o cidadão abdica da sua liberdade e iniciativa, também o município aprendeu a viver na dependência do estado ou da União, sem ver, em suas minguadas forças, capacidade para conduzir, por si só, a solução dos assuntos de seu peculiar interesse.

5. Consideração final

Impossível deixar de associar a realidade descrita ao acanhado exercício da cidadania e repetir o quase lugar-comum da deficiência de educação e conscientização política. Tocqueville (2005, p. 102) revela a tendência de que, quanto mais a centralização aumenta, mais cresce a capacidade do poder central e a incapacidade do governo local. Mas, acredita, não será assim se o povo for esclarecido, vigilante sobre seus interesses e acostumado a pensar neles e lhes dar soluções próprias. Vale questionar: e se não for assim? O poder central poderá aproveitar-se do servilismo e da cidadania amordaçada da instância local. E esta dificilmente romperá sua dependência do poder central. Desde o coronelismo, descrito por Leal (1997), essa relação se repete na República brasileira.

O caminho é árduo, mas a chegada deve ser venturosa. A retomada democrática do país acende a esperança da construção da cidadania. E, para finalizar com Tocqueville (2005, p. 108), “as instituições provinciais são úteis a todos os povos, mas nenhum [...] parece ter uma necessidade mais real dessas instituições do que aquele cujo estado social é democrático”. Resta acreditar que, tal como a cidadania, também a autonomia municipal possa ser construída.

Referências

- ANDRADE, Luis Aureliano Gama de. O município na política brasileira: revisitando coronelismo, enxada e voto. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octávio (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação Unesp, 2004.
- BERLIN, Isaiah. *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.
- CARVALHO, José Murilo de. Mandonismo, coronelismo, clientelismo: uma discussão conceitual. *Dados: Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, n. 2, v. 40, p. 229-250, 1997.

_____. As metamorfoses do coronel. *Política Democrática*: Revista de Política e Cultura, Brasília, n. 1, v. 1, p. 15-21, jan./abr. 2001.

GUIMARÃES, José Celso de Macedo Soares. *Brasil, um país travado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1990.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MILL, John Stuart. *A liberdade; utilitarismo*. Tradução de Eunice Ostrensky. São Paulo: M. Fontes, 2000.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes*. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: M. Fontes, 2005. v. 1.

O mercado de consumo e a prestação de serviços advocatícios

Antônio Silveira Neto
Érica Cristina Paiva Cavalcante

Sumário

1. Problematização do tema. 2. Prerrogativas e privações atinentes ao exercício da advocacia. 3. Caráter principiológico do Código de Defesa do Consumidor. 4. Relação de consumo, consumidor e fornecedor na sistemática consumerista. 5. A Prestação de serviços advocatícios e sua inserção no Código de Defesa do Consumidor. 6. Atividades Fornecidas no mercado de consumo e o reflexo de sua publicidade. 7. Conclusão.

1. Problematização do tema

O exercício da advocacia é uma das mais antigas profissões que se tem conhecimento. É o advogado o primeiro juiz da causa e intérprete da lei, estabelecendo entre ele e seu cliente uma relação de confiança, instituída por meio de contrato de prestação de serviços ou simplesmente por contrato de mandato, salvo na hipótese de assistência judiciária gratuita promovida por órgãos oficiais da Defensoria Pública.

O advogado é considerado constitucionalmente indispensável à administração da justiça (art. 133, CF/88) e a sua atividade encontra-se regulamentada pela Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, além de existirem outras previsões legais sobre o exercício de sua atividade no Código Civil, no Código de Processo Civil, no Código de Processo Penal etc.

Antônio Silveira Neto é Juiz de Direito, Professor da Universidade Estadual da Paraíba e Vice-presidente do Fórum Nacional de Juizados Especiais – FONAJE.

Érica Cristina Paiva Cavalcante é Bacharela em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba.

A doutrina, de um modo geral, ao tratar da responsabilidade civil do advogado, não faz qualquer ressalva quanto à impossibilidade da aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços advocatícios, observando, tão-somente, o fato de que a responsabilidade do advogado é de natureza subjetiva, vez que este desenvolve atividade de meio, semelhante à do médico, sem obrigação de sair vitorioso da causa. O próprio CDC, no seu artigo 14, § 4º, faz a ressalva de que a responsabilidade dos profissionais liberais será apurada mediante a constatação de culpa.

Entretanto, na aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos casos que envolviam a prestação de serviço advocatício, começou a surgir entendimento de que o referido diploma legal não estaria apto a disciplinar a relação cliente/advogado. Essa controvérsia está presente na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Enquanto a Quarta Turma do referido Tribunal entende que não incide o CDC nas atividades do advogado, a Terceira Turma da mesma Corte de Justiça afasta essa hipótese e dá plena aplicação ao Código.

Para os Ministros do Superior Tribunal de Justiça que entendem não ser possível a utilização do CDC nos serviços advocatícios, o Estatuto da Advocacia é lei posterior, de caráter especial, que regula a atividade do advogado concedendo-lhe prerrogativas e obrigações incompatíveis com a atividade de consumo, como, por exemplo, a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador.

Desse modo, os serviços prestados pelos advogados estariam fora do mercado de consumo, razão pela qual os causídicos não seriam considerados prestadores de serviços pelo sistema protecionista de consumo¹.

Por outro lado, a Terceira Turma do STJ entendeu que o Código de Defesa do Consumidor incide sobre os contratos de prestação de serviços advocatícios, existindo, inclusive, casos cujos contratos são de ade-

ção e massificados, como por exemplo nas lides coletivas².

Além disso, os Ministros da Terceira Turma do STJ sustentaram a tese de que o Código não incluiu qualquer exceção à atividade da advocacia quando tratou da responsabilidade dos profissionais liberais (§ 4º do art. 14, CDC).

Contudo, para enfrentar a questão é necessário procurar no microsistema de defesa do consumidor a caracterização da relação de consumo, a fim de saber se a atividade da advocacia está inserida nesse contexto, de modo que há necessidade de averiguar as características da profissão da advocacia e as definições sobre consumidor, fornecedor, prestador de serviços, mercado de consumo, entre outras.

2. Prerrogativas e privações atinentes ao exercício da advocacia

O advogado é o profissional que, devidamente inscrito na OAB, presta assistência técnico-jurídica ao seu cliente, seja na esfera judicial ou extrajudicial. Cabe ao advogado o exercício do *ius postulandi*, participando das relações processuais como sujeito especial e representante da parte nos litígios.

A respeito das prerrogativas do advogado, estas estão dispostas no art. 7º da Lei nº 8.906/94, em que pode ser destacado o direito de “exercer, com liberdade, a profissão em todo território nacional” (inciso I). Coaduna-se com esse inciso a previsão do art. 6º do mesmo diploma legal, tendo em vista que o advogado tem o direito e o dever de exercer sua profissão com independência, não havendo hierarquia, nem subordinação entre advogados, magistrados e membros do Ministério Público.

Ainda sobre as prerrogativas do advogado, possui este profissional o direito de “ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, (...), salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de

representante da OAB” (inciso II). O advogado também possui o direito de “comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis” (inciso III); entre outros.

O artigo 34 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil dispõe sobre uma série de privações atinentes à atividade exercida pelo advogado e que se constituem também como infrações disciplinares. Entre elas estariam as proibições de “angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros” (inciso IV) e de “fazer publicar na imprensa, desnecessária e habitualmente, alegações forenses ou relativas às causas pendentes” (inciso XIII).

As privações mencionadas são, na verdade, o ponto de partida do presente estudo, tendo em vista que estas podem aparentemente se confrontar com o que está previsto nos arts. 6º, inciso IV, 36, 37 e 38 do CDC.

Para melhor elucidar as divergências existentes sobre a aplicabilidade ou não do Código de Defesa do Consumidor perante o Estatuto da Advocacia, faz-se necessário recorrer à jurisprudência do STJ, principalmente ao julgamento proferido pelo Ministro César Asfor Rocha, Relator do Recurso Especial de nº 532.377/RJ, datado em 21/08/2003. De acordo com o Ministro,

“não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados, seja por incidência de norma específica, no caso a Lei nº 8.906/94, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo”. Este ainda conclui que “as prerrogativas e obrigações impostas aos advogados – como, *v. g.*, a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (arts. 31/ § 1º e 34/ III e IV, da Lei nº 8.906/94 – evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo”.

Para o eminente Ministro, os serviços fornecidos pelo advogado ao seu cliente não constituem uma relação de consumo. Dessa forma, o art. 14, § 4º, do CDC, que trata da responsabilidade dos profissionais liberais quando da prestação de serviços, não alcançaria a atividade do referido profissional, haja vista que sua atividade estaria fora do mercado de consumo. A responsabilidade civil do advogado já se encontraria prevista no *caput* do art. 32 do EOAB, que estabelece que “o advogado é responsável pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa”.

Desse modo, há uma argumentação que parte do princípio de que as normas do Estatuto da Advocacia, ao impor vedações ao advogado e assegurar certos direitos, são incompatíveis com as prescrições do Código de Defesa do Consumidor.

3. *Caráter principiológico do Código de Defesa do Consumidor*

Ao entrar em vigor no Brasil desde 11 de março de 1991, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 25 de julho de 1990) representou um dos esforços legislativos de maior sucesso, tornando-se, inclusive, modelo para os demais países latino-americanos.

A proteção do consumidor é considerada como direito fundamental (art. 5º, inciso XXXII)³ e o seu disciplinamento por meio de um Código vem atender também as necessidades de controle ético e jurídico da ordem econômica (art. 170, V, CF/88)⁴.

O Código de Defesa do Consumidor tem aplicação ampla, em todas as relações de consumo, independentemente da existência ou não de normas específicas de cada setor produtivo.

Nelson Nery Júnior (2001, p. 498) nos expõe que o CDC é lei principiológica apresentada de forma sintética e não analítica. Isso quer dizer que a sistemática consumérista traz consigo preceitos gerais sobre as relações de consumo, fixando, assim, os

princípios fundamentais de defesa do consumidor que cumprem a finalidade pretendida pela Constituição da República.

Assim, toda lei que se destinar, de forma específica, a regular determinado setor produtivo ou de serviços no mercado de consumo deverá submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica, que é o Código de Defesa do Consumidor.

Portanto, o simples fato de o Estatuto da Advocacia se constituir como lei especial não é suficiente para afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Por ser ao mesmo tempo lei específica sobre todas as relações de consumo e também lei principiológica dessas mesmas relações, o Código de Defesa do Consumidor incide sobre as demais leis especiais setorializadas, presentes e futuras, numa relação integradora do microsistema⁵.

Além disso, a natureza principiológica do CDC forma, no ordenamento jurídico, uma base hierárquica que insere os demais diplomas legais que tratam das relações de consumo na égide do Código. E não é sem razão que isso acontece: como as normas de proteção ao consumidor estão na categoria dos direitos fundamentais, prevalecem sobre as demais e, ainda, por ser o Código de Defesa do Consumidor um corpo normativo de índole principiológica, sobrepõe-se às regras ordinárias.

Na contemporaneidade, os princípios jurídicos alcançaram um patamar diferenciado e atuam em diferentes níveis de interpretação e aplicação do direito. Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 818) nos lembra que

“violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos (...) porque representa subversão de seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Os princípios foram consagrados pela doutrina nacional e internacional como verdadeiros paradigmas do direito, possuindo as seguintes funções: 1 – *integrativa*, de colmatação das lacunas do ordenamento jurídico; 2 – *interpretativa*, fixando os critérios valorativos de aplicação; 3 – *finalista*, orientando para os objetivos mais amplos de política legislativa; 4 – *delimitativa*, ao estabelecer limites axiológicos à atuação dos operadores do direito; 5 – *fundante*, quando oferece os valores estruturantes do sistema jurídico, dando-se, inclusive, espaço para a atividade de criação do direito pelos Tribunais (LORENZETTI, 2004, p. 83).

Desse modo, num determinado sistema em que encontramos uma lei que rege as relações de consumo de maneira ampla e uniforme, isto é, com incidência geral e prevalente, não se pode utilizar métodos tradicionais de solução de conflitos entre normas, como, por exemplo, o método da especialidade. Torna-se necessário buscar outros mecanismos de resolução de supostas antinomias jurídicas, sobretudo se estivermos diante de normas principiológicas (CDC) e leis específicas (Estatuto da Advocacia). Nesse caso, as implicações interpretativas da teoria Ronald Dworkin (2002, p. 42) são de extrema importância, pois ele faz a distinção entre regras e princípios, caracterizando ambos como normas de natureza cogente, dotadas de diferentes dimensões. Enquanto as *regras* (normas, *stricto sensu*) possuem uma lógica do “tudo-ou-nada” que se resolve pelos critérios jurídicos de solução de antinomias (hierárquico, cronológico e da especialidade), de modo que uma regra exclui a outra, *os princípios*, de natureza mais flexível, podem conviver simultaneamente no sistema, por meio da ponderação e compatibilização. Logo, não há antinomia de princípios e estes sempre prevalecem diante das regras, pois são eles (os princípios) que dão sentido à norma jurídica.

Para Sérgio Cavalieri Filho (1999, p. 20-31) o microsistema de proteção do consumidor

“as regras gerais do direito intertemporal – lei nova revoga a velha, a lei geral não revoga a especial, e assim por diante – porque no universo destinado pela Constituição Federal ao Código de Defesa do Consumidor nenhuma outra lei pode interferir. O CDC só pode ser modificado por outra lei expressamente destinada a esse fim”.

Logo, dizer que o Estatuto da Advocacia é regra especial, e, portanto, teria afastada a incidência do Código de Defesa do Consumidor, é olvidar a natureza principiológica do Código, além de simplificar o problema com uma lógica do “tudo ou nada” e deixar de lado os preceitos constitucionais e principiológicos de proteção do consumidor, concretizados no CDC, de natureza fundamental.

4. Relação de consumo, consumidor e fornecedor na sistemática consumerista

Coube ao próprio legislador, na elaboração do CDC, definir o conceito de consumidor, fornecedor, produto e serviço, para caracterizar de modo claro o que seria uma relação de consumo. Para Cláudio Bonatto e Paulo Valério Dal Pai (2001, p. 63),

“relação de consumo é o vínculo que se estabelece entre um consumidor, destinatário final, e antes a ele equiparados, e um fornecedor profissional, decorrente de um ato de consumo ou com reflexo de um acidente de consumo, a qual sofre a incidência da norma jurídica específica, com o objetivo de harmonizar as interações naturalmente desiguais da sociedade moderna de massa”.

A definição de consumidor apresentada pelo CDC em seu art. 2º é preponderantemente de caráter econômico. Pretendeu-se levar em conta o personagem que no mercado de consumo contrata a prestação de serviços ou adquire bens, como destinatário final. Isso significa que até mesmo a pessoa

jurídica poderá ser considerada consumidora desde que, ao adquirir um produto ou contratar um serviço, seja para seu uso próprio, ou melhor, seja destinatária final da relação de consumo e não o adquira para revendê-lo ou transformá-lo, entre outras possibilidades. Com o intuito de amparar um maior número de pessoas que pudessem sofrer algum tipo de acidente de consumo, a coletividade de pessoas também foi equiparada a consumidor, podendo a previsão do parágrafo único do art. 2º do CDC ser aplicada a todos os Capítulos e Seções do Código.

Dessa forma, não haveria sentido retirar da esfera prevista pelo CDC o cliente que contrata um serviço advocatício; aquele que contrata um serviço de advocacia o faz, na maioria das vezes, como destinatário final. A empresa ou a pessoa física vale-se do advogado para defender seus interesses em juízo, utilizando-se do serviço para proveito próprio. As demandas por elaboração de contratos e pareceres também servirão para proteção de interesses comerciais ou particulares, não se vislumbrando a utilização dessas peças para outros fins. Embora os contratos e pareceres possam ser considerados parte do processo produtivo de empresas, esse tipo de serviço não faz parte de sua especialidade, revelando também o caráter de vulnerabilidade que irá considerar o cliente pessoa física, principalmente este, e a pessoa jurídica como consumidores dos serviços advocatícios.

Além disso, sob o viés da vulnerabilidade, verifica-se que a atividade do advogado, assim como a do médico, importa em conhecimentos extremamente especializados, de natureza técnica e muitas vezes incompreensível para o cidadão comum. Isso demonstra o caráter de vulnerabilidade do consumidor, sobretudo porque, sem conhecimentos técnicos necessários para entender os meandros do processo e do direito, o consumidor não saberá avaliar se o causídico está agindo com zelo e cautela em relação à sua demanda, por exemplo.

Pode haver ainda, afora a superioridade técnica, uma situação de fragilidade econômica diante dos serviços constituídos sob a forma de sociedade de advogados. Bem sabemos que esses grupos formam escritórios de advocacia extremamente equipados e repletos de excelentes profissionais, utilizando, inclusive, contratos pré-formatados de prestação de serviços, o que já demonstra uma superioridade jurídica e econômica em relação a muitos de seus constituintes.

Com relação às pessoas físicas, fica muito claro que a utilização dos serviços do advogado é direcionada à defesa de interesses próprios, como destinatário final.

O *caput* do art. 3º do CDC definiu fornecedor como

“toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional e estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, (...) distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”. Mais adiante, em seu §2º, definiu serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”.

Nosso legislador definiu serviços de maneira abrangente, procurando englobar um maior número possível de pessoas, físicas ou jurídicas, que pudessem ser consideradas fornecedoras de produtos ou serviços. Ademais, basta lembrar que o uso do pronome “qualquer” demonstra a vontade de abarcar todo tipo de serviço. De igual modo, a expressão “atividades”, no *caput* do artigo 3º, indica a intenção do legislador de garantir a inclusão de um grande número de prestadores de serviços (MARQUES, 2002, p. 327).

Evidente que a atividade do advogado enquadra-se no conceito de fornecedor de serviços, vez que presta auxílio a um conjunto indeterminado de pessoas de maneira regular e de forma remunerada.

5. A prestação de serviços advocatícios e sua inserção no código de defesa do consumidor

O advogado exerce sua atividade de forma habitual. É por meio de sua profissão que tira o seu sustento. E tal sustento se dá com a prestação autônoma de seus serviços mediante uma remuneração. Conforme Paulo Luiz Netto Lôbo (2000), “profissional liberal é todo aquele que desenvolve atividade específica de serviços, com independência técnica, e com qualificação e habilitação determinada pela lei ou pela divisão social do trabalho”. Estariam sob a égide do conceito apresentado: as profissões regulamentadas ou não por lei; as profissões que exigem graduação universitária ou apenas formação técnica e, por fim, as profissões reconhecidas socialmente, inclusive as que não exigem formação escolar.

Destarte, os advogados estão enquadrados no conceito de profissional liberal por estarem regulamentados pela Lei nº 8.906/95 (EOAB), com disposições do Código Civil, do CDC, do Código de Processo Civil e de outros diplomas legais, além da exigência de graduação universitária, da qualificação técnica e da aprovação do Exame de Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (art. 8º, inciso IV, EOAB).

O Código de Ética e Disciplina da OAB, em seu artigo 5º, estabelece que o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização. A advocacia não é uma atividade comercial e, sim, uma atividade civil.

Filomeno (2001, p. 43) nos traz a definição de que “fornecedor é qualquer pessoa física, ou seja, qualquer um que, a título singular, mediante desempenho de atividade mercantil ou civil e de forma habitual, ofereça no mercado produtos ou serviços, e a jurídica, da mesma forma, *mas em associação mercantil ou civil e de forma habitual*”. Para o referido autor, o fornecedor (prestador) de serviços ou produtos não seria apenas aquele que exerce atividade mercantil, mas também

aquele que exerce atividade civil. Obviamente, quando o legislador estabeleceu as regras de quem seria considerado prestador (fornecedor) de serviços, impôs alguns requisitos para tanto: habitualidade, remuneração e exclusão das atividades advindas das relações de caráter trabalhista. Entretanto, não fez qualquer diferenciação entre atividade mercantil ou civil, até porque esses conceitos costumam se fundir nas sociedades de massa.

O advogado (profissional liberal) pode ser perfeitamente enquadrado na definição de prestador de serviços dada pelo CDC. Este exerce atividade civil, de forma habitual, mediante remuneração e não se insere nas relações de caráter trabalhista. Por exercer atividade típica de um profissional liberal, recebeu do legislador pátrio o privilégio de responsabilização mais branda quando do fornecimento dos seus serviços, qual seja: a necessidade de comprovação de culpa em sentido genérico para caracterização da responsabilidade civil, mas em momento algum foi excluído do rol de profissionais liberais sujeitos às prescrições do CDC.

6. Atividades fornecidas no mercado de consumo e o reflexo de sua publicidade

O advogado exerce sua atividade por meio da prestação de serviço estabelecida entre ele e seu constituinte. Este é a pessoa interessada em ver solucionada a demanda ou mesmo ver elaborada da melhor forma uma escritura, por exemplo. Daí dizer que o causídico tanto pode exercer atividade de meio como atividade de resultado.

Obrigação de meio é aquela em que o profissional se obriga a empenhar todos os esforços possíveis para a prestação de determinados serviços, não existindo qualquer compromisso com a obtenção de um resultado específico. Partilham dessa atividade o médico e o advogado, pois, na maioria de suas obrigações, não se vinculam a um resultado. Tais profissionais devem exercer suas atividades da forma mais cautelosa

possível, com a diligência necessária para que não cometam danos graves tanto à saúde do paciente (no caso do médico) quanto danos ao patrimônio ou liberdade de seu constituinte (no caso do advogado).

A responsabilidade do advogado na área litigiosa é obrigação de meio, todavia tem o dever de agir com cautela e usar sua capacidade profissional na defesa de seu cliente. Não se obrigando a ganhar a causa, o advogado somente será responsabilizado quando for comprovada sua culpa em sentido *lato sensu*, ou seja, quando agir com dolo, negligência, imprudência ou imperícia. O mesmo se aplica ao médico, pois este apenas poderá ser responsabilizado quando for comprovada sua culpa em uma de suas espécies. Tais profissionais estão perfeitamente enquadrados no art. 14, § 4º, do CDC, que trata da responsabilidade subjetiva dos profissionais liberais⁶.

Quanto à obrigação de resultado, o advogado vende seu serviço (elaboração de um contrato, por exemplo) prometendo a consecução de um resultado final específico. É por meio dessa promessa que o consumidor/cliente se vê estimulado a efetuar o valor estipulado; não sendo bem realizado o serviço, pode pedir o ressarcimento perante o profissional que lhe causou o prejuízo. Destarte, pouco importarão os motivos que ocasionaram a não consecução do avençado, pois o fornecedor (prestador) de serviços se vincula ao resultado prometido; não o cumprindo, responderá independentemente da comprovação de culpa, como previsto pelo *caput* do art. 14, que trata da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviço⁷. Será também objetiva a responsabilidade da sociedade de advogados (pessoa jurídica), pois, de acordo com os ensinamentos de Fernando Antônio de Vasconcelos (2002, p. 167), é inquestionável a aplicação da responsabilidade não fundada na culpa prevista no *caput* do art. 14 do CDC, uma vez que esta destoa da responsabilidade “pessoal” dos profissionais liberais, prevista no §4º, do mesmo artigo.

Sobre os contratos de honorários firmados entre cliente e advogado, Zelmo Denari (2001, p. 197) nos traz grande contribuição quando afirma que a redação do § 4º do art. 14 do CDC “revela, claramente, que tanto os contratos de adesão e condições gerais quanto os contratos negociados sujeitam-se à disciplina normativa prevista no Estatuto do Consumidor”. Todavia, enquanto o contrato relativo a uma lide coletiva, de caráter plurissubjetivo (considera-se um contrato de adesão a condições gerais), sujeitar-se-á de forma irrestrita ao CDC, o contrato de particular negociação entre as partes, mais comum no meio jurídico e denominado contrato negociado, possuirá uma ressalva quanto à responsabilidade do advogado, isto é, esta se dará mediante a verificação de sua culpa, o que não afastará os demais dispositivos da norma consumerista de natureza objetiva.

Outro argumento utilizado pelo Ministro relator César Asfora para afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços advocatícios está na afirmação que o exercício da advocacia não pode ser considerado uma atividade fornecida no mercado de consumo.

Apóia-se o Ministro do STJ na premissa da autonomia do advogado e das vedações do Estatuto quanto à divulgação do seu trabalho, considerando “a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador – arts. 31, § 1º, e 32, II e IV, da Lei nº 8.906/94” como elementos suficientes para excluir o exercício da advocacia da esfera de aplicação do Código de Defesa do Consumidor, pois esse tipo de atividade não estaria presente no mercado de consumo.

De acordo com Newton de Lucca (2003, p. 121), “mercado é o conjunto das relações de troca de bens e de prestação de serviços, praticados pelos diversos agentes econômicos, em determinado tempo e lugar”. Como se verifica, trata-se de uma conceituação ampla acerca do que seria mercado.

Mercado de consumo, por sua vez, seria justamente o elo final das respectivas transferências de bens e oferecimento de serviços. O mercado de consumo é o resultado final da cadeia de produção, transformação e distribuição de bens e serviços.

Os bens e serviços produzidos na sociedade capitalista deságuam no mercado de consumo pondo fim ao ciclo econômico. Para Norbert Reich, “em um processo de circulação e de intercâmbio de mercadorias organizado de tal forma, o consumo constitui, de certo modo, o último elo de um sistema de produção e circulação baseado na divisão do trabalho” (DE LUCCA, 2003, p. 181).

Com efeito, a atividade da advocacia acha-se dentro desse mercado de consumo, pois, conforme já ressaltado, o serviço do advogado é oferecido para solução/avaliação de questões jurídicas presentes na sociedade, de maneira habitual e com a exigência de contraprestação pecuniária e está direcionado, em grande parte das situações, para aquele que pretende defender um interesse próprio, exaurindo-se com o seu fornecimento ao cliente, como é o caso da atuação nos litígios judiciais.

Se o serviço da advocacia não está no mercado de consumo, pergunta-se: onde estará? Dentro das fábricas? Em locais fechados e inacessíveis? Evidente que não. Os escritórios estão nos prédios comerciais, nos *shoppings*, nas principais avenidas das cidades, ao lado de bancos, de consultórios médicos, de fóruns etc.

No mercado de consumo, vislumbra-se a evidente fragilidade do consumidor diante do fornecedor (prestador) de serviços e de produtos. O próprio Código de Proteção e Defesa do Consumidor preocupou-se em deixar estabelecido, em seu art. 4º, inciso I, o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, sendo este, inclusive, considerado um dos mais importantes princípios do referido dispositivo legal.

Caso adotássemos o entendimento da não incidência das normas consumeristas

sobre os serviços advocatícios, estaríamos também excluindo do campo de incidência do CDC: os médicos, os dentistas, os arquitetos, os engenheiros, entre outros profissionais liberais.

Quanto à restrição de certos tipos de publicidade para os advogados como um dos elementos que afastariam a aplicação do CDC e a caracterização de atividade não inserida no mercado de consumo, cabe lembrar os ensinamentos de Antônio Herman de Vasconcelos e Benjamim (2001, p. 260):

“a publicidade é parte de um amplo universo de fenômenos de mercado que são regradados porque afetam sujeitos vulneráveis e, por sua própria natureza, apresentam-se como manifestações que tendem à insubordinação contra os parâmetros de confiança, da transparência e da boa-fé objetiva, exigências da vida civilizada”.

O controle da publicidade pelo Direito não é um simples critério acadêmico; guarda fundamentos econômicos, jurídicos e éticos.

Os subsídios utilizados pela Quarta Turma do STJ não retiram os serviços prestados pelo advogado da esfera de aplicação do CDC. Devemos adotar uma interpretação sistemática sobre as regras de publicidade dispostas no Estatuto do Consumidor. Tais regras são de caráter geral. Não houve, por parte do Estatuto da Advocacia, vedação irrestrita à publicidade e oferta dos serviços advocatícios. Além disso, não é apenas a publicidade do advogado que sofre limitações, mas também a dos médicos, arquitetos, engenheiros, etc.

As restrições impostas aos profissionais liberais estão mais atreladas a critérios éticos do que a critérios econômicos ou jurídicos. Da mesma forma que o exercício da advocacia não pode ser confundido como prática de mercantilização, o exercício da medicina “não pode, em qualquer circunstância, ou de qualquer forma, ser exercido como comércio⁸”.

Existem também leis especiais que limitam, por exemplo, a publicidade de alguns

produtos inseridos no mercado de consumo, como é o caso da Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que dispõe sobre as restrições ao uso e à propaganda de produtos fumígenos, bebidas alcólicas, medicamentos, terapias e defensores agrícolas, nos termos do § 4º do art. 220 da CF/88.

O Código de Ética de cada categoria de profissionais liberais estabelece a forma como a publicidade deve ser feita pelo respectivo profissional. Conforme o art. 28 do Código de Ética e Disciplina da OAB, “o advogado pode anunciar os seus serviços profissionais, individual ou coletivamente, com discrição e moderação, para finalidade exclusivamente informativa, vedada a divulgação em conjunto com outra atividade”.

O advogado poderá fornecer seus cartões a colegas, clientes ou a pessoas que os solicitem ou os autorizem previamente⁹. Não lhe é permitido, quando da ocorrência de um sinistro de automóveis e tendo ele presenciado o fato, fornecer seu cartão a ambas as partes com o objetivo de que pelo menos uma delas lhe procure, pois estaria configurada a captação de causas, uma das vedações previstas no EOAB¹⁰. Obviamente, também não poderá usufruir de serviços de terceiros, denominados, pela Lei nº 8.906/94, agenciadores, para conseguir novas causas mediante participação de honorários a receber.

Todavia, poderá anunciar, com discrição, seus serviços em jornais, panfletos ou revistas, ressaltando, por exemplo, a sua área de atuação e especialidade.

A publicidade dos serviços médicos, exercidos por profissionais liberais, segue regras diferenciadas e ainda mais rígidas do que o Estatuto da Advocacia. Dispõe o Código de Ética Médica que é proibido ao médico “participar de anúncios de empresas comerciais de qualquer natureza, valendo-se de sua profissão” (art.136).

Assim como

“o advogado, no exercício da profissão, deve manter independência em qualquer circunstância”¹¹: “o médico

deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente¹²⁷.

Salvo algumas peculiaridades no exercício da medicina, a autonomia é condição *sine qua non* para que esses profissionais liberais possam exercer sua atividade.

Portanto, não vislumbramos que essa característica de independência inerente ao exercício de suas profissões seja argumento para afastar o advogado do campo de incidência da Lei nº 8.078/90.

O fato de haver restrições à publicidade dos serviços para alguns profissionais liberais no mercado de consumo não impede a aplicação do Código, seja porque ainda assim poderá haver oferta de maneira restrita com a indicação de placas nos escritórios, anúncios em listas telefônicas (inclusive indicando o grau de especialidade do causídico) e distribuição de cartões de visitas, seja porque a atividade do advogado e também do médico enquadram-se no conceito de fornecedor disposto no Código de Defesa do Consumidor.

7. Conclusão

Diante do que fora apresentado, defendemos a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelo advogado. Excluir esse profissional liberal do campo de incidência do CDC representaria um retrocesso aos direitos conquistados após o advento da Lei nº 8.078/90.

Embora a contratação estabelecida entre advogado e cliente se dê principalmente sobre a forma de contratos negociais, esse tipo de avença não foi excluído do âmbito de incidência do Código de Defesa do Consumidor, sendo importante aquilatar a existência de relação de consumo, independentemente do tipo de contrato, de adesão ou paritário.

O próprio legislador tratou de diferenciar os serviços prestados pelos profissionais liberais excluindo-os da responsabilidade objetiva. Esse fato já demonstra que não havia intenção de retirar a atividade da advocacia da tutela consumerista. Para tanto, teria que haver previsão legal expressa excluindo os profissionais não disciplinados pelo Código, vez que não se pode promover interpretação restritiva de Estatuto legal que tem por finalidade a aplicação de direitos fundamentais.

Dizer que o EOAB revogou o CDC é, na verdade, uma afirmativa equivocada e mais um movimento de negação de defesa do princípio constitucional de tutela do consumidor que, infelizmente, encontrou eco em parte dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Assim como os bancos desejam sair da esfera de incidência das normas protetivas e igualitárias previstas no CDC, há também aqueles que, mesmo diante de previsão expressa (art. 14, § 4º, CDC), insistem em criar uma categoria especialíssima de profissional liberal: o advogado.

O caráter principiológico da norma consumerista advindo da Carta Constitucional afasta toda e qualquer interpretação restritiva do CDC em suposto confronto com outros diplomas legais. Dessa forma, o critério da especialidade utilizado como argumento pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça para afastar a incidência do Código de Defesa do Consumidor não pode servir de subsídio diante de um direito fundamental e principiológico. Caso adotássemos um dos critérios tradicionais utilizados para dirimir conflitos aparentes de normas, estaríamos ferindo a natureza principiológica do referido dispositivo legal e seus postulados doutrinários que sustentam à prevalência dos princípios sobre as normas.

A maneira como a publicidade é estabelecida para os advogados em seu Código de Ética e Disciplina da OAB (arts. 28 a 34) importa em restrições parciais que também estão presentes em outras profissões, como

por exemplo o exercício da medicina, que se encontram inseridas no mercado de consumo e que nunca sofreram qualquer contestação relativa à incidência do CDC.

Tais profissões possuem suas próprias regras em seus Códigos de Ética e nem por isso afastam-se do campo de incidência do sistema de proteção e defesa do consumidor. Se fôssemos considerar a proibição de certos modos de oferta e publicidade como suficientes para afastar a aplicação do CDC, chegaríamos ao absurdo de exigir tratamento especial a produtos como bebidas e cigarros.

Não podemos confundir os serviços prestados pelo advogado com a mercância, já que a própria limitação na forma de fazer publicidade e de captar clientes já demonstra que este profissional possui uma certa diferenciação dos demais prestadores de serviços. O mesmo ocorre com o exercício da medicina, que não pode também ser exercida como comércio, mas isso não significa dizer que esses profissionais estão fora do mercado de consumo.

O advogado é considerado um prestador de serviços pelo microsistema de proteção do consumidor por preencher todos os requisitos presentes na definição de quem seria fornecedor. Não há subsídios para diferenciá-lo dos demais prestadores de serviços, exceto na forma de apuração de sua responsabilidade, que se dará mediante a verificação de culpa, como acontece com os demais profissionais liberais.

É dever do causídico seguir as regras previstas no Estatuto da Advocacia. Cabe a ele: agir com cautela ao passar as informações sobre a demanda de seu cliente; não proceder com desídia em relação às causas sob sua responsabilidade; não incluir cláusulas em seu contrato passíveis de serem consideradas abusivas, como ocorre com as cláusulas de não indenizar, etc.

Os cuidados necessários ao bom desempenho da profissão do advogado estão, evidentemente, presentes no Estatuto da Advocacia e no Código de ética corresponden-

te, que tem a mesma função teleológica do Código de Defesa do Consumidor, qual seja: prestar um serviço com qualidade e responsabilidade, motivos mais que suficientes para a demonstração de inexistência de qualquer incompatibilidade entre esses sistemas normativos.

Notas

¹ PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE CONHECIMENTO PROPOSTA POR DETENTOR DE TÍTULO EXECUTIVO. ADMISSIBILIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. O detentor de título executivo extrajudicial tem interesse para cobrá-lo pela via ordinária, o que enseja até situação menos gravosa para o devedor, pois dispensada a penhora, além de sua defesa poder ser exercida com maior amplitude.

Não há relação de consumo nos serviços prestados por advogados, seja por incidência de norma específica, no caso a Lei nº 8.906D 94, seja por não ser atividade fornecida no mercado de consumo.

As prerrogativas e obrigações impostas aos advogados – como, *v. g.*, a necessidade de manter sua independência em qualquer circunstância e a vedação à captação de causas ou à utilização de agenciador (arts. 31D†§ 1º e 34D III e IV, da Lei nº 8.906D 94) – evidenciam natureza incompatível com a atividade de consumo. Recurso não conhecido (BRASIL, 2003).

² PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ADVOCATÍCIOS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. I - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados por profissionais liberais, com as ressalvas nele contidas. II - Caracterizada a sucumbência recíproca, devem ser os ônus distribuídos conforme determina o art. 21 do CPC. III - Recursos especiais não conhecidos (BRASIL, 2004; 2005).

³ “Art. 5º, XXXII, CF/88 – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

⁴ “Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

V- defesa do consumidor”;

⁵ Essa linha de argumentação também se coaduna com o pensamento de Cláudia Lima Marques (2002) e Luiz Antonio Rizzato Nunes (2000).

⁶ O Superior Tribunal de Justiça vem em reiteradas decisões adotando o entendimento de que a relação médico/paciente é também uma relação de consumo. RECURSO ESPECIAL. ERRO MÉDICO. CIRURGIÃO PLÁSTICO. PROFISSIONAL LIBERAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO CONSUMERISTA. I – Conforme precedentes firmados pelas turmas que compõem a Segunda Sessão, é de se aplicar o Código de Defesa do Consumidor aos serviços prestados pelos profissionais liberais, com as ressalvas do § 4º do artigo 14. II – O fato de se exigir comprovação da culpa para poder responsabilizar o profissional liberal pelos serviços prestados de forma inadequada não é motivo suficiente para afastar a regra de prescrição estabelecida no artigo 27 da legislação consumerista, que é especial em relação às normas contidas no Código Civil. Recurso especial não conhecido. (STJ – Terceira Turma – RESP 731.078/SP – Relator: Min. Castro Filho).

⁷ “Art. 14 – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos”.

⁸ Art. 9º do Código de Ética Médica.

⁹ Exemplo de oferta de prestação de serviços permitida ao advogado.

¹⁰ “Art. 34 – Constitui infração disciplinar:

IV – angariar ou captar causas, com ou sem a intervenção de terceiros”;

¹¹ Art. 31, § 1º, da Lei nº 8.906/94

¹² Art. 7º do Código de Ética Médica

Referências

- BENJAMIM, Antônio Herman de Vasconcelos e et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor*: principiologia, conceitos e contratos atuais. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- BRASIL. Superior Tribunal da Justiça. Recurso especial n. 532.377/RJ, Quarta turma. Relator: Min. César Asfor Rocha. Rio de Janeiro, [2003?]. *Diário de Justiça*, Brasília 13 out. 2003.
- _____. _____. Recurso especial n. 364.168/SE, Terceira turma. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Sergipe, [2004?]. *Diário da Justiça*, Brasília, 21 jun. 2004.
- _____. _____. Recurso especial n. 651278/RS, Terceira turma. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Rio Grande do Sul, [2005?]. *Diário da Justiça*, Brasília, 1 fev. 2005.
- BULGARELLI, Waldirio. *Questões contratuais no código de defesa do consumidor*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. O direito do consumidor no limiar do século XXI. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, São Paulo, a. 3, n. 7, p. 20-31, 2. sem. 1999.
- DE LUCCA, Newton. *Direito do consumidor*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.
- DENARI, Zelmo et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- _____. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. 7 v.
- DOWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: M. Fontes, 2002.
- FILOMENO, José Geraldo Brito et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- GAMA, Hélio Zaguetto. *Curso de direito do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- GONÇALVES, Carlos Alberto. *Responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- LEÃO, Adroaldo et al. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. Responsabilidade civil do advogado. *Jus Navigandi*, Teresina. ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=663>>. Acesso em: 19 fev. 2005.
- _____. Responsabilidade civil dos profissionais liberais. *Brasilcon*. São Paulo, 17 fev.2005. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=663>>. Acesso em: 19 fev. 2005.

vel em: <http://www.brasilcon.org.br/exibir_artigos.asp?codigo019>. Acesso em: 19 maio 2005.

LORENZETTI, Ricardo L. *Comércio eletrônico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. et al. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

NUNES, Luis Antônio Rizzato. *O código de defesa do consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa de. Aplicabilidade do código de defesa do consumidor aos contratos de prestação de serviços advocatícios. *Revista do Consumidor*, São Paulo, n. 54, p. 54-76, abr./jun. 2005.

RIBEIRO, Alex Sandro. A responsabilidade civil do advogado e o código consumerista. *Jus Navegandi*, Teresina, a. 7, n. 63, mar. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3834>>. Acesso em: 22 abr. 2005.

SOUSA, Ulisses César Martins. Uma nova visão sobre a responsabilidade civil. *Intelligentia Jurídica*. Recife, fev. 2005. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/old-jul2004/artigo7.html>>. Acesso em: [200-?].

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direito do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. *Responsabilidade do profissional liberal nas relações de consumo*. Curitiba: Juruá, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. A responsabilidade civil do advogado. *Societário*, São Paulo, 7 maio 2004. Disponível em: <<http://www.societario.com.br/demarest/svresponsabilidade.html>>. Acesso em: 22 abr. 2005.

_____. *Responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2002. 4 v.

Temas diversos sobre a concessão de direito real de uso celebrada por sociedade de economia mista

Vladimir da Rocha França

Sumário

1. Considerações gerais sobre a concessão de direito real de uso. 2. Sobre a teoria da imprevisão e a onerosidade excessiva. 3. Limites à revisão de concessão de direito real de uso celebrada por sociedade de economia mista. 4. A questão da modificação do objeto da concessão de direito real de uso em razão de inviabilidade econômica. 5. Extinção da concessão de direito real de uso e a questão do ressarcimento das benfeitorias realizadas pelo concessionário. 6. Considerações finais.

1. Considerações gerais sobre a concessão de direito real de uso

Mediante a concessão de direito real de uso, a administração pública pode ceder o uso de bens de seu domínio para o particular, de forma remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, sob a forma de direito real resolúvel, para o desenvolvimento e implementação de atividades socioeconômicas que sejam relevantes para o interesse público.

É o que se depreende do art. 7º, *caput*, do Decreto-lei nº 271, de 28.2.1967¹, conjugado com o disposto no art. 17, § 2º, da Lei nº 8.666, de 21.6.1993.²

Ao comentar esse instituto, assevera Caio Tácito (1997, p. 1792):

“A concessão de uso é um direito real que não absorve nem extingue o domínio público, constituindo-se em fruição qualificada de interesse soci-

Vladimir da Rocha França é Mestre em Direito Público pela UFPE. Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor Adjunto dos Cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito da UFRN. Professor de Direito Administrativo da Universidade Potiguar. Advogado em Natal/RN.

al. Oponível a terceiros, guarda perante a administração, proprietária do bem, cujo domínio subsiste íntegro, o vínculo da condição resolutiva de destinação à finalidade pública estipulada, sob pena de perecimento de direito”.³

As sociedades de economia mista⁴, sendo entidades da administração indireta, podem empregar o referido instituto, desde que haja avaliação prévia do bem e a realização de licitação, na modalidade concorrência.⁵ Afinal, essas entidades têm personalidade jurídica e patrimônio jurídico próprios. Embora orientado às pessoas jurídicas de direito público, é pertinente esta lição de Edmir Netto de Araújo (2005, p. 689, grifo do autor):

“Assim como a titularidade do serviço público determina qual a entidade concedente na concessão de serviço público, também a titularidade, ou seja, a *propriedade* do imóvel público firma a competência para concessões de uso de bem público”.

Como bem adverte Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 667), a concessão de direito real de uso não é instrumento exclusivo do direito público, pois pode ser utilizado por particulares. Diante disso, parece claro que essas concessões, quando expedidas por sociedades de economia mista, não devem ser classificadas como contratos administrativos. Afinal, elas se submetem ao mesmo regime jurídico de suas congêneres privadas⁶ e seus bens não podem ser enquadrados como bens públicos.⁷

Logo, as prerrogativas especiais que se reconhecem como implícitas aos contratos administrativos – as chamadas *cláusulas exorbitantes*⁸ – somente poderiam ser admitidas nas concessões de direito real de uso, celebradas por sociedades de economia mista, em caso de previsão expressa no edital da licitação ou no instrumento contratual, nos termos da lei.⁹

A lei que determina a incorporação de bens públicos ao domínio das sociedades

de economia mista pode restringir ou condicionar o emprego da concessão de direito real de uso, para a proteção do interesse público que justificou a criação de tais entidades. Apesar da autonomia gerencial que se reconhece às empresas estatais, elas não devem abster-se de cumprir a lei emanada pela pessoa política que as instituiu, nem ignorar as políticas públicas traçadas pela administração direta. Ademais, o princípio da legalidade também integra o regime jurídico das sociedades de economia mista.

A concessão de direito real de uso poderá ser formalizada por instrumento público ou particular, ou por simples termo administrativo, e será inscrita e cancelada em livro especial.¹⁰ Registrado o contrato no ofício notarial competente, o concessionário fruirá plenamente do terreno para os fins convencionados, respondendo por todos os encargos civis, administrativos, tributários que venham incidir sobre o imóvel e suas rendas.¹¹

Ainda, segundo legislação em vigor, prevê-se a resolução da concessão antes de seu termo em duas situações: (i) destinação diversa daquela fixada no contrato ou termo; (ii) descumprimento de cláusula resolutória do ajuste.¹² Em ambos os casos, o concessionário será penalizado com a perda de todas as benfeitorias que houver realizado no imóvel concedido, sem direito à indenização.

Se não houver disposição em contrário, admite-se a transferência da concessão por ato *inter vivos* ou mediante sucessão legítima ou testamentária, observado o devido procedimento notarial.¹³

Os preceitos do art. 7º do Decreto-lei nº 271/1967 são plenamente aplicáveis às sociedades de economia mista. Contudo, não se pode perder de vista que essas entidades seguem o regime jurídico de direito privado no que for compatível com os princípios fundamentais do direito administrativo.

Feitas essas considerações, mostra-se indispensável elucidar alguns aspectos que devem ser levados em consideração para a análise dos limites que devem ser observa-

dos na revisão de concessão de direito real de uso celebrada por sociedade de economia mista.

2. Sobre a teoria da imprevisão e a onerosidade excessiva

Entre os princípios fundamentais do direito contratual, destaca-se a *força obrigatória dos contratos*. Mediante o contrato, as partes envolvidas estipulam livremente preceitos imperativos e irretroatáveis que regulam interesses determinados. Trata-se de um preceito que garante a efetividade da autonomia privada dentro da segurança jurídica (Cf. GOMES, 1993, p. 38-42; RIZZARDO, 2004, p. 139-143).

Todavia, como se sabe, o preceito da força vinculante dos contratos não é absoluto. No regime jurídico-contratual, a intangibilidade do conteúdo da avença está condicionada às circunstâncias que predominavam no momento da celebração do negócio jurídico. A alteração do estado de fato existente nessa ocasião enseja a possibilidade de revisão (ou mesmo a extinção) das regras convencionadas entre as partes. É a *cláusula rebus sic standibus*, entendida como implícita aos contratos de execução diferida¹⁴, e, por conseguinte, às *concessões de direito real de uso sob apreciação*.

A respeito do assunto, leciona Orlando Gomes (1993, p. 40, grifo do autor):

“(…) Não deve bastar, com efeito, a alteração do estado de fato no momento da formação do vínculo. É preciso algo mais que justifique a quebra da fé jurada. A impossibilidade de prever mudança desse estado veio a ser considerada condição indispensável à modificação do conteúdo do contrato pela autoridade judicial, ou à sua resolução. Julgou-se esse requisito tão importante que a construção nova passou a se conhecer sob a denominação de *teoria da imprevisão*”.

A idéia da teoria da imprevisão foi adotada pelo Código Civil em vigor, como se

depreende da análise de seus arts. 478, 479 e 480:

“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.¹⁵

Alguns requisitos são exigidos para a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos de execução diferida.

Em primeiro lugar, faz-se necessário que o estado de fato que vigorava no momento da celebração do negócio jurídico tenha sido atingido decisivamente por um acontecimento que, além de *superveniente*, deve ser *extraordinário e imprevisível*. Ademais, a lei civil exige a configuração de uma *onerosidade excessiva da prestação acertada, ensejando extrema vantagem para a outra parte*.

Sobre o assunto, lembra com precisão Julio Alberto Díaz (2004, p. 207):

“(…) não deverá equiparar-se ‘excessiva onerosidade’ com impossibilidade de cumprimento. Na excessiva onerosidade, a obrigação pode ser cumprida, mas seu adimplemento irá representar um sacrifício de tal intensidade que poderia significar a ruína do devedor.”¹⁶

Em se tratando de inviabilidade que existia no momento da celebração do contrato, a parte interessada poderia argüir erro¹⁷ ou lesão¹⁸ para solicitar a sua rescisão na for-

ma da lei (Cf. DÍAZ, 2004, p. 212-213; RIZZARDO, 2004, p. 281-282). A onerosidade excessiva pressupõe a superveniência da modificação fática que comprometeu a consolidação do negócio jurídico.

Diante dessas anotações, mostra-se cristalino que a teoria da imprevisão não abrange o risco inerente à natureza do contrato. Também se faz necessário que haja a demonstração inequívoca do benefício que uma parte teve em detrimento da outra, quebrando o equilíbrio contratual.

3. Limites à revisão de concessão de direito real de uso celebrada por sociedade de economia mista

As concessões de direito real de uso podem ser empregadas de modo vinculado a um projeto governamental de urbanização e progresso econômico de uma determinada região. Por meio desses contratos, o Poder Público procura atrair investimentos da iniciativa privada em troca da outorga de benefícios estatais, mediante a criação, por exemplo, de uma área destinada à exploração de hotelaria, turismo e lazer.¹⁹

Malgrado a admissibilidade do fomento da atividade econômica pelo Estado, nos termos do art. 174, *caput*, da Constituição Federal²⁰, a omissão do Poder Público em fazê-lo não impede nem embaraça necessariamente a atuação da iniciativa privada. Os agentes econômicos privados desse mercado devem levar em consideração que a formulação de políticas públicas para o referido setor fica sujeita à discricção governamental, não havendo no ordenamento jurídico em vigor o dever do Estado de expedir normas indutivas específicas.²¹ Merece ainda destaque que *a reivindicação de obras e serviços públicos não pode ser visualizada como um direito subjetivo das empresas que se beneficiariam indiretamente dessas ações administrativas.*

A não ser, ressalte-se, *que tenha havido promessa governamental, em sede de contrato ou por determinação legal expressa, acolhida pela*

iniciativa privada e frustrada pela desídia estatal (Cf. SCAFF, 1990, p. 103-109).

Ademais, não é juridicamente viável responsabilizar o Estado pelo malogro de expectativas que jamais poderiam ser integralmente garantidas. Decepção que, aliás, integra a margem de risco de qualquer atividade econômica.

Também faz parte da álea ordinária do contrato sob exame a possibilidade de que os demais concessionários não honrem os compromissos que assumiram perante a empresa concedente, prejudicando a atração de consumidores ao estabelecimento que seria gerenciado.

Por conseguinte, não demonstrada a viabilidade da teoria da imprevisão, a incidência do art. 479 e 480 do Código Civil, em vigor no caso concreto, fica naturalmente comprometida. A equidade não seria aplicável para diminuir o risco inerente ao negócio jurídico, mediante a modificação de suas cláusulas ou do modo de sua execução.

Não prosperaria igualmente a alegação de caso fortuito ou força maior. Para a configuração de eventos desse jaez, demanda-se a comprovação da inevitabilidade e da imprevisibilidade, nos termos do art. 393 do Código Civil de 2002. Ainda que a ineficiência do Poder Público, assim como a inadimplência de outros concessionários, não decorra de culpa da concessionária, não se pode deixar de reconhecer que as conseqüências desses fatos deveriam ser levadas em consideração no momento da celebração do contrato comentado.

Tomando-se nota dessas assertivas, poderia a empresa concedente, mediante acordo com o concessionário, ampliar ainda mais o prazo previsto em lei para o adimplemento da obrigação principal determinada na concessão de direito real de uso?

Diante da inaplicabilidade da teoria da imprevisão e da não configuração de força maior, verifica-se que tal benefício legal não poderia ser alterado por via convencional, sob pena de violação direta ao princípio da legalidade. Somente por meio do processo legislativo, poder-se-ia determinar uma nova

distensão do lapso temporal instituído para o adimplemento das obrigações consubstanciadas nesses negócios jurídicos na situação jurídica aqui exposta.

4. A questão da modificação do objeto da concessão de direito real de uso em razão de inviabilidade econômica

Como já foi elucidado, embora a concessão de direito real de uso celebrada por sociedade de economia mista seja um contrato privado, exige-se realização de licitação para tanto, ressalvadas as hipóteses de dispensa deste procedimento previstas em lei.

Entre os princípios que orientam o processo de licitação, destaca-se aqui o *princípio da vinculação ao instrumento convocatório*, constante do rol do art. 3º, *caput*, da Lei Federal n.º 8.666/1993, e reiterado no art. 41, *caput*, do mesmo diploma legal:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

A respeito do assunto, lembra com precisão Adilson Abreu Dallari (1997, p. 96):

“(…) não se pode licitar uma coisa e contratar outra coisa diferente, mas nada impede que o contrato se refira à mesma coisa licitada, mas com alterações ou adaptações destinadas à plena satisfação do interesse público”.

O art. 62, § 3º, I, da Lei Federal nº 8.666/1993, que menciona os contratos de direito privado da administração pública, determina a aplicação, *no que couber*, do art. 55 do mesmo diploma legal. Nesse, determina-se em seu inciso XI que “a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor” é cláusula indispensável para o negócio jurídico dessa natureza. Por conseguinte, parece nítida a plena incidência do disposto no art. 54, § 1º, do Estatuto das Licitações e Contratos na situação jurídica que se estuda aqui:

“Art. 54. (...)

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, *em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam*” (grifos nosso).

A determinação clássica de que edital é a “lei interna da licitação e do contrato” existe para se preservar os princípios da igualdade e da moralidade. Ainda que se trate de contrato privado da administração pública, as concessões sob apreciação não podem ter os respectivos objetos substancialmente modificados, mesmo pela via consensual.

Lembra com precisão Marçal Justen Filho (2004, p. 500, grifo nosso), ao discorrer sobre os limites à alteração de contratos administrativos:

“O limite às alterações tanto se impõe pelo princípio da vinculação do contrato ao ato convocatório como pela tutela ao interesse do particular contratado.

Mesmo se a mudança for compatível com o ato convocatório, dependerá da concordância do contratado quando envolver as cláusulas econômico-financeiras.

*Não se admite, porém, a mudança das cláusulas econômico-financeiras, nem mesmo com a concordância do contratado, se isso representar frustração aos princípios da moralidade, da licitação ou da isonomia. Ou seja, não é possível conceder benefícios maiores para o particular do que os constantes da Lei, do edital e do contrato. A ampliação dos benefícios, se concretizada antes da apresentação das propostas, poderia ter motivado outros terceiros a participar da licitação; ou, mesmo, poderia ter conduzido os licitantes derrotados a formular propostas mais vantajosas, que teriam representado benefícios mais amplos para a Administração”.*²²

Essas considerações são inteiramente pertinentes à concessão de direito real de uso expedida pela sociedade de economia mista. É certo que o poder de modificação unilateral, como cláusula exorbitante, somente seria admissível num contrato privado da administração pública quando expressamente previsto no instrumento contratual. Se não houver tal estipulação, o negócio jurídico somente poderia ser alterado por acordo entre as partes.

A modificação unilateral de contrato privado da administração pública – quando admitida, reitere-se – deverá atender às balizas impostas pelo Estatuto Federal de Licitações e Contratos, observado o equilíbrio econômico-financeiro da avença. A modificação bilateral, por sua vez, poderia eventualmente exceder esses limites, se compatível com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (Cf. AMARAL, 2002, p. 73-84; GRAU, 1994, p. 18-49). *Todavia, o objeto da concessão de direito real de uso celebrada nas circunstâncias descritas jamais poderia ser descaracterizado em seus elementos essenciais, sob pena de se configurar violação frontal ao princípio da licitação e aos valores que esse instituto visa proteger.*

Quando o objeto do contrato é, na sua origem, economicamente inviável, embora possa ser implementado com grave ônus para o particular, cabe ao interessado solicitar a invalidação do negócio jurídico fundado em erro ou em lesão, haja vista a presença de uma *anulabilidade*.²³

Se comprovada que a viabilidade econômica da obrigação principal foi decisivamente prejudicada em virtude de onerosidade excessiva, compete à parte lesionada solicitar judicialmente a sua *resolução*. Naturalmente, será indispensável comprovar a ausência de inadimplemento contratual, nos termos do ordenamento jurídico em vigor.

Mostra-se juridicamente impossível, em ambos os casos, a manutenção do negócio jurídico mediante a alteração de seu objeto. Em tais circunstâncias, somente a *extinção do vínculo contratual* ou a *celebração de um novo pacto* aten-

deriam os interesses da parte atingida pela perda de viabilidade econômica da obrigação principal.

5. Extinção da concessão de direito real de uso e a questão do ressarcimento das benfeitorias realizadas pelo concessionário

De acordo com as observações já realizadas, viu-se que a concessão de direito real de uso celebrada por sociedade de economia mista não pode ser classificada como contrato administrativo, carecendo o ente estatal de uma posição de autoridade e supremacia.

Logo, carece a empresa concedente do poder de aplicar sanções administrativas ao concessionário ou de rescindir unilateralmente o contrato, na forma da Lei nº 8.666/1993. Contudo, o Decreto-lei nº 271/1967 determina em seu art. 7º, § 3º:

“Art. 7º (...)

§ 3º Resolve-se a concessão antes de seu termo desde que o concessionário dê ao imóvel destinação diversa da estabelecida no contrato ou termo, ou descumpra cláusula resolutória do ajuste, perdendo, neste caso, as benfeitorias de qualquer natureza”.

Diante da inobservância de cláusula resolutória ou desvio de finalidade, a empresa concedente tem legitimidade para solicitar a resolução judicial do contrato. Ainda que benfeitorias tenham sido feitas no imóvel cedido pela concessionária inadimplente, nenhuma pretensão indenizatória seria legítima, salvo diante da comprovação de onerosidade excessiva, caso fortuito ou força maior como causa da frustração da solução da obrigação convencionada.

6. Considerações finais

A partir dos apontamentos realizados sobre o instituto em apreço, é possível verificar que as sociedades de economia mista podem celebrar concessões de direito real de uso, fundadas no art. 7º do Decreto-lei nº

271/1967. Contudo, esses contratos não podem ser qualificados como contratos administrativos, mas sim como contratos de direito privado da administração pública.

Assim, as “cláusulas exorbitantes” somente seriam aplicáveis a esses negócios jurídicos quando previstas no instrumento contratual.

Também pode ser apurado que a revisão das concessões mencionadas não deve ser reconhecida em favor do concessionário, diante da argüição de omissão do Estado na formulação de políticas públicas. O mesmo pode ser dito quanto ao inadimplemento de outros concessionários, dentro de um mesmo programa de fomento público.

Foi visto igualmente que o objeto da concessão não deve ser descaracterizado, ainda que sob o argumento de que era ou se tornou economicamente inviável para o concessionário. Levando-se em consideração que as sociedades de economia mista devem licitar concessões de direito real de uso, é notório que o princípio da vinculação do instrumento convocatório e os valores da igualdade e da moralidade impedem essa providência. Se o objeto padece de tal ônus para o concessionário, só lhe resta solicitar a sua extinção.

Por fim, verificou-se que carece o concessionário do direito de pedir indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel cedido, a não ser que seja demonstrada a presença de onerosidade excessiva ou de caso fortuito ou força maior.

Notas

¹ “Art. 7º É instituída a concessão de uso de terrenos públicos ou particulares, remunerada ou gratuita, por tempo certo ou indeterminado, como direito real resolúvel, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra ou outra utilização de interesse social”.

² “Art. 17 (...) § 2º A Administração poderá conceder direito real de uso de bens imóveis, dispensada a licitação, quando o uso se destina a outro órgão ou entidade da Administração Pública”.

³ Vide também FERNANDES, 1974.

⁴ As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado que integram a administração indireta do ente federativo que as criou, atuando na exploração de atividade econômica ou de serviços públicos que podem ser prestados sob regime empresarial. Elas devem ser constituídas mediante autorização legislativa e somente assumem a forma de sociedade anônima. Embora haja em seu capital a presença de recursos particulares, o controle acionário deve residir no Poder Público. Sobre o assunto, consultar Bandeira de Mello (2005, p. 173-207).

⁵ Ver arts. 17, I, e 23, § 3º, da Lei Federal nº 8.666/1993. É admissível a concessão de direito real de uso mediante dispensa de licitação, caso o concessionário seja ente da administração pública, nos termos do art. 17, § 2º, do mesmo diploma legal.

⁶ Ver art. 173, § 1º, II, da Constituição Federal.

⁷ Neste sentido, consultar: CARVALHO FILHO, 2005, p. 847-848; FIGUEIREDO, 1999, p. 506-508. Em sentido contrário: MEIRELLES, 1995, p. 430-431. Ver art. 98 do Código Civil em vigor.

⁸ Ver art. 58 da Lei Federal nº 8.666/1993.

⁹ Leciona Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2006, p. 263): “(...) Quando a administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e sua posição pode nivelar-se à do particular; excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; *elas têm que ser expressamente previstas*, com base em lei que derogue o direito comum” (grifo do autor). Ver art. 62, § 3º, I, da Lei Federal nº 8.666/1993.

¹⁰ Ver art. 7º, § 1º, do Decreto-lei nº 271/1967.

¹¹ Ver art. 7º, § 2º, do Decreto-lei nº 271/1967.

¹² Ver art. 7º, § 3º, do Decreto-lei nº 271/1967.

¹³ Ver art. 7º, § 3º, do Decreto-lei nº 271/1967.

¹⁴ Como bem ensina Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 70), contrato de execução diferida é “aquele em que a prestação de uma das partes não se dá de um só jato, porém a termo, não ocorrendo a extinção da obrigação enquanto não se completar a *solutio*”. Na concessão de direito real de uso em apreço, nota-se que o adimplemento somente se aperfeiçoa quando o concessionário termina a obra planejada e passa a desenvolver a atividade empresarial prometida, respeitado o termo que a lei impôs a esse negócio jurídico.

¹⁵ Embora o Código Civil revogado não dispusesse expressamente sobre a teoria da imprevisão e a possibilidade de resolução contratual em virtude de onerosidade excessiva, cumpre anotar que a doutrina e jurisprudência pátria já determinavam o emprego desse instrumental na compreensão e aplicação do regime jurídico dos contratos.

¹⁶ No mesmo sentido, ver GOMES, 1993, p. 41.

¹⁷ Vide arts. 138 e 142 do Código Civil em vigor.

¹⁸ Vide art. 157 do Código Civil em vigor.

¹⁹ Vide o art. 180 da Constituição Federal, por exemplo.

²⁰ “Art. 174. “Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

²¹ A norma indutiva permite ao Estado estimular ou desestimular a atuação dos agentes econômicos privados por meio da concessão de benefícios ou da imposição de ônus, segundo uma finalidade de natureza política-econômica. Sobre o assunto, consultar FRANÇA, 2000, p. 28-29; GRAU, 2002; SCAFF, 1990.

²² Ver também MEIRELLES, 1995, p. 205-206.

²³ Vide art. 171, II, do Código Civil em vigor. Anote-se que os civilistas tradicionalmente prescrevem a *rescisão* para a desconstituição de negócios jurídicos inválidos.

Referências

- AMARAL, Antônio Carlos de Araújo. *Comentando as licitações públicas*. Rio de Janeiro: Temas & Idéias, 2002.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2006.
- DÍAZ, Júlio Alberto. A teoria da imprevisão no novo código civil brasileiro. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 20, out./dez. 2004.
- FERNANDES, Raimundo Nonato. Concessão de uso de bens públicos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 118, out./dez. 1974.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa no regime jurídico-administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GOMES, Orlando. *Contratos*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
- GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo: estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo, Malheiros, 1994.
- _____. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- SCAFF, Fernando Facury. *Responsabilidade do estado intervencionista*. São Paulo: Saraiva, 1990.
- TÁCITO, Caio. *Temas de direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 2 v.

O capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras*

Respicio Antônio do Espírito Santo Jr.
Fábio Cardoso Correia

Sumário

1. Introdução. 2. A necessidade do transporte aéreo no Brasil e o início das regulamentações importantes. 3. As primeiras empresas aéreas brasileiras e a importância do capital estrangeiro. 3.1. Condor Syndikat / Sindicato Condor. 3.2. VARIG: Viação Aérea Riograndense. 3.3. NYRBA / NYRBA do Brasil e a Panair do Brasil. 4. Participação estrangeira na legislação aeronáutica. 4.1. O capital estrangeiro no transporte aéreo e outros países. 4.2. Limites de participação do capital estrangeiro. 4.3. Ampliação das oportunidades de investimentos estrangeiros: criação de subsidiárias e aumento da parcela de capital votante. 5. Possíveis impactos no setor e na economia nacional. 5.1. Competição no mercado doméstico. 5.2. Competição no mercado internacional. 5.3. Soberania e segurança nacional. 5.4. Capacidade de geração de empregos. 6. Conclusão.

1. Introdução

Respicio Antônio do Espírito Santo Jr., D.Sc. é Professor Adjunto, Departamento de Engenharia de Transportes, Universidade Federal do Rio de Janeiro. Sub-coordenador do Centro de Estudos em Transporte Aéreo (CETA) do Núcleo de Planejamento Estratégico em Transportes (Planet), no Programa de Engenharia de Transportes, COPPE/UFRJ.

Fábio Cardoso Correia é Advogado e Professor Universitário no Rio de Janeiro. Membro do Centro de Estudos em Transporte Aéreo (CETA/Planet), no Programa de Engenharia de Transportes, COPPE/UFRJ.

* O presente artigo foi apresentado em janeiro de 2003.

Nos últimos anos do século XX, as nações do mundo têm partido incessantemente em busca de uma cada vez maior flexibilização das suas fronteiras, principalmente em termos sócio-econômico-financeiros, uma vez que os avanços tecnológicos disseminam-se e são compartilhados quase que instantaneamente sob diversas formas. Essas diretrizes mundiais têm estado marcadas de forma notória na crescente internacionalização da produção e da comercialização de bens e serviços. A consequência desse processo tem sido observada na facilita-

ção ao livre trânsito de mercadorias e serviços, muitas vezes transformando mercados nacionais em mercados plurinacionais ou em blocos regionais, e estes em mercados verdadeiramente mundiais.

Em vista disso, transformações de ordem política, social, econômica, ideológica e tecnológica têm sido constantes, levando a uma redefinição de conceitos e concepções tradicionais, sem mencionar sucessivas quebras de paradigmas. Todo esse processo tem motivado a discussão e o repensar de inúmeras políticas e ideologias nacionais, sem mencionar o próprio repensar do papel do Estado na condução dessas e de outras transformações sócio-político-econômicas.

Esse repensar do papel do Estado na economia tem sido marcado por processos de privatização, pela quebra de monopólios estatais e por intermédio da flexibilização e da desregulamentação de setores que envolvem a prestação de serviços públicos, tais como telecomunicações, transportes, geração e distribuição de energia elétrica e saneamento (CORREIA; ESPIRITO SANTO JR., 2000).

Na maioria das nações mais representativas do mundo, os transportes têm sido alvo constante do discutir e repensar dessas concepções. Dessa forma, o transporte aéreo não poderia ser deixado em segundo plano nessa onda de modernizações. Assim, diversos especialistas têm discutido acerca de uma maior amplitude das legislações de financiamento para os transportes. Tanto a infraestrutura aeroportuária quanto a possibilidade de abrir o controle acionário de empresas aéreas para estrangeiros têm sido alvo dessas discussões para a modernização nas legislações de diversos países.

Inseridos na essência dessas transformações modernizadoras no setor de transportes, encontram-se, como objetivos principais, atender o máximo possível os anseios e necessidades dos usuários atuais e potenciais, aumentar a competição, aumentar a produtividade e a eficiência das empresas por meio de um melhor planejamento, tudo em prol e em consonância com as

políticas traçadas para o crescimento sócio-econômico do país.

Partindo de um breve histórico da importância do capital estrangeiro na formação e no crescimento do transporte aéreo no Brasil, da modernização dos princípios da Constituição Federal e leis específicas mais recentes e da legislação de alguns países quanto ao ingresso de capital estrangeiro em suas empresas aéreas, o presente trabalho tem como objetivo discutir algumas das possíveis influências de natureza social, política e econômica do aumento da participação de investimentos estrangeiros diretos e produtivos no transporte aéreo brasileiro.

2. A necessidade do transporte aéreo no Brasil e o início das regulamentações importantes

Nas primeiras décadas do presente século, com suas distâncias continentais e desprovido de meios de comunicação e de transporte eficientes entre suas principais cidades, o Brasil apontava como grande candidato a abrigar muitas empresas aéreas e extensa malha aeroviária. Para isso, não seriam necessários apenas empresários e tripulações corajosas, mas também a vontade política e um grande volume de capital seriam imprescindíveis.

Atento à movimentação da recém-nascida aviação comercial na Alemanha, França e Grã-Bretanha, o governo brasileiro resolve, de outubro de 1918 a março de 1919, conceder a permissão de exploração de linhas aéreas a quatro empresários brasileiros, à sua própria conta e risco. No dia 26 de abril de 1919, por intermédio do Decreto 13.567, ocorre uma autorização para quatro potenciais operadores explorarem serviços aéreos no Brasil, também à sua própria conta e risco: Davidson, Pullen & Company; Sr. João Várzea; Sr. Francisco do Rego Barros Barreto Filho e para a fabricante de aeronaves inglesa Handley-Page Ltd. Entretanto, nenhum desses conseguiu materializar uma condição operacional (DAVIES, 1984).

Pouco depois, mais dois operadores em potencial tentaram obter autorização governamental para ligações domésticas: são eles a Società Italiana di Transporti Aerei e a Compagnie de Transports Aériens du Vale de l'Amazonas, tentativamente organizada pelo Comandante Guillobel no ano de 1912 (DAVIES, 1984). Impulsionada pelo sucesso da travessia dos aviadores portugueses Sacadura Cabral e Gago Coutinho de Lisboa ao Rio de Janeiro por ocasião das comemorações do centenário da independência do Brasil, uma comissão da empresa aeronáutica francesa Latécoère chega ao Rio de Janeiro em novembro de 1924 para estudar a viabilidade técnica e política de se iniciar uma ligação aérea França-América do Sul, passando por colônias africanas. Entretanto, sua maior realização foi, ainda em 1925, completar a ligação Recife-Buenos Aires, provando ser possível a ligação aérea, já naquele tempo, entre dois pontos quaisquer no litoral leste da América do Sul.

Como pode ser observado, alguns dos princípios hoje em discussão e estudados como impulsionadores de um maior grau de abertura para investimentos e de um maior nível de competição no transporte aéreo já eram praticados àquela época. Nesse caso, cabe anotar que tanto o mercado doméstico brasileiro quanto o internacional eram desregulamentados. Uma clara explicação para a aplicação dessa política de *laissez-faire* seria o fato de o país, na época, ser praticamente desprovido de serviços aéreos.

Mais ainda, a política do Governo Brasileiro para a aviação era tão liberal que abria possibilidade até para a cabotagem! Com efeito, prova disso são as concessões dadas à Davidson, Pullen & Company e à Handley-Page Ltd., sem mencionar a apreciação (mas não efetivação) do pedido da Società Italiana di Transporti Aerei.

Em julho de 1925, visando contornar o problema da aparente “falta de legislação efetiva” relativa ao transporte aéreo, o Governo Brasileiro, mediante o Decreto 16.893,

publica o primeiro Código Aeronáutico Brasileiro: o Código de Navegação Aérea Civil do Brasil, contendo princípios enunciados na Convenção de Paris (1919) e nos primeiros trabalhos da Comissão Internacional de Navegação Aérea - CINA, criada nessa Convenção.

Ainda sobre o primeiro grande Código do Transporte Aéreo Brasileiro, dois dispositivos marcariam o futuro desenvolvimento das companhias aéreas e dos aeroportos no país:

1. O artigo 70 estipulava que o transporte de carga ou de passageiros entre duas localidades brasileiras poderia ser feito apenas por intermédio de aeronaves nacionais (CASTRO; LAMY, 1993), assim definidas como aeronaves pertencentes às companhias brasileiras e com matrícula registrada no Brasil.

2. O artigo 49, na sua alínea “h”, regulamentava que nenhuma aeronave pousaria ou decolaria fora de aeroportos e campos de pouso, exceto em situações de emergência devidamente comprovadas.

Dois desdobramentos diretos desses dispositivos podem ser destacados:

1. Uma vez que as aeronaves deveriam ser brasileiras, determinou-se que as companhias aéreas estrangeiras que desejassem obter autorização para operarem regularmente no transporte doméstico no Brasil deveriam *constituir subsidiárias brasileiras*.

2. A falta de aeroportos e campos de pouso implicava que *as companhias aéreas deveriam investir na construção e manutenção dos mesmos*, ou então que operassem com hidroaviões.

3. As primeiras empresas aéreas brasileiras e a importância do capital estrangeiro

3.1. Condor Syndikat / Sindicato Condor

Em maio de 1924, em Berlim, era formado o Condor Syndikat, com o propósito de promover a venda de aeronaves alemãs para o mercado internacional. A empresa

era fruto do esforço conjunto da Deutscher Aero Lloyd A.G. (antecessora da Lufthansa), da Schlubach Theimer (de Hamburgo) e de Peter Paul von Bauer, um cidadão austríaco que emigrara para a Colômbia e lá se associara à Sociedad Colombo-Alemana de Transpuertos Aereos (DAVIES, 1984).

Em janeiro de 1927, o Condor Syndikat recebe autorização especial do Governo Brasileiro nos seguintes termos: “...por prazo não excedente há um ano, para estabelecer, a título precário e de experiência, o tráfego aéreo, por meio de hidroaviões, entre as cidades do Rio de Janeiro e de Rio Grande (RS), (...) entre as cidades do Rio Grande e de Porto Alegre (RS); (...) e entre as cidades de Rio Grande e São Vitória do Palmar (...)” (CASTRO; LAMY, 1993).

A justificativa para conceder o direito à cabotagem para uma empresa estrangeira novamente recairia para a intenção de o Governo Brasileiro estimular o estabelecimento e exploração de novas linhas aéreas no país, uma vez que empresas brasileiras ainda não estavam constituídas.

Dessa forma, em virtude de a autorização oficial supracitada expirar em um ano, os executivos alemães necessitariam constituir uma companhia essencialmente brasileira; em verdade, uma *subsidiária*. Esse passo foi dado ainda no ano de 1927, com a criação do Sindicato Condor Ltda. Essa nova companhia aérea brasileira, então subsidiária da empresa alemã Condor Syndikat, recebe a autorização para iniciar ligações entre o Rio de Janeiro e Porto Alegre em novembro de 1927.

A eclosão da II Guerra Mundial, em 1939, apontou para o declínio da Condor, como a empresa ficara conhecida. Sendo totalmente dependente de aeronaves, técnicos e peças de reposição de origem germânica, a companhia viu-se em dificuldades logo no início do conflito. Além desse importante fator técnico, o Sindicato Condor havia sempre mantido a imagem e a administração nos moldes germânicos, sendo o representante comercial e técnico da indústria aero-

náutica alemã no Brasil, e esse aspecto “ideológico” era o que mais caracterizava os fortes elos entre a companhia e o pensamento alemão da época.

Após a saída dos executivos e técnicos alemães, a companhia passa a ser dirigida por brasileiros, mais especificamente pelo Sr. José Bento Ribeiro Dantas, que assume a empresa no dia 6 de janeiro de 1942. Exatamente um ano e dez dias depois, em 16 de janeiro de 1943, o Governo Brasileiro, por meio do Decreto 5.187/43 (DAVIES, 1984), muda o nome da companhia para Serviços Aéreos Cruzeiro do Sul Ltda., fazendo surgir uma das mais famosas empresas aéreas brasileiras de todos os tempos.

3.2. VARIG: Viação Aérea Riograndense

Nos idos anos da segunda metade da década de 20, começava a amadurecer uma idéia de um brasileiro descendente de alemães, Otto Ernst Meyer. Meyer trabalhava numa indústria têxtil em Recife, a qual possuía diversas filiais em todo o território nacional. As inúmeras dificuldades por ele enfrentadas nos seus deslocamentos e na distribuição de seus produtos fizeram-no vislumbrar a idéia de uma companhia aérea.

Em retorno ao Rio Grande do Sul, ele consegue apoio de empresários alemães e de descendentes, como ele próprio. Com o caminho aberto e com o apoio do então-governador do estado, Antônio Borges de Medeiros, em maio de 1927 a recém-criada companhia aérea recebe o registro oficial do Rio Grande do Sul, reconhecendo-a como empresa privada de capital aberto. Em junho, o Governo Federal autoriza as operações da Viação Aérea Rio-Grandense (VARIG) para todo o Rio Grande do Sul, litoral de Santa Catarina e, caso aprovado pelo Governo do Uruguai, para Montevideú.

Com sua história repleta de tradição e conquistas, a VARIG é, nos dias de hoje, a maior empresa aérea da América Latina e, junto com suas subsidiárias Rio-Sul e Nordeste, lidera o mercado nacional em volume de passageiros e carga transportados.

3.3. NYRBA / NYRBA do Brasil e a Panair do Brasil

A curta, mas importante, história da NYRBA teve início com Ralph O'Neill, um ex-piloto militar americano da I Guerra Mundial, e suas aspirações de estabelecer um serviço aéreo entre os EUA e a América do Sul, mais particularmente, a Argentina e o Brasil.

Em março de 1928, O'Neill chega ao Rio de Janeiro e é recebido pelo Ministro dos Transportes Victor Konder e pelo Presidente Washington Luis para dar início às conversações sobre uma possível ligação entre Nova York, Rio de Janeiro e Buenos Aires. Com suas idéias bem recebidas tanto pelas autoridades brasileiras como pelas argentinas, O'Neill retorna aos Estados Unidos para buscar apoio técnico-financeiro de fabricantes de aeronaves e empresários norte-americanos. E ele os obtém de grandes nomes como James Rand, da Remington-Rand Corporation, Reuben Fleet, da fábrica de aviões Consolidated Aircraft, e do Almirante Moffet, que garantiu a operação das aeronaves Sikorsky S-38s até a chegada dos hidroaviões Consolidated Commodores encomendados (DAVIES, 1984).

Na questão de o nome a ser adotado pela empresa, Rand sugeriu Trimotor Safety Airways, mas a idéia que prevaleceu foi a do próprio O'Neill, que sugeriu um nome análogo aos empregados pelas companhias ferroviárias da época, que batizavam suas empresas ou linhas com as iniciais das cidades de origem e destino ou das localidades importantes pelas quais passavam. Assim, em março de 1929, nascia a NYRBA (New York – Rio de Janeiro – Buenos Aires).

A exemplo das empresas alemãs e francesas, para que a empresa norte-americana pudesse pleitear algum serviço doméstico no Brasil, de acordo com a legislação à época vigente, seria necessária a formação de uma *subsidiária brasileira*. Avisado dessa exigência legal pelo Ministro Konder, O'Neill organiza a NYRBA do Brasil, que

obtém autorização para serviços no país, ainda em janeiro de 1930.

Abalada pela Grande Depressão de 1929, a NYRBA e a sua subsidiária brasileira decidem, em abril de 1930, entrar em acordo com a arqui-rival Pan American para a absorção da *holding* por esta última. Assim, logo em agosto de 1930, é decretado o fim da NYRBA, sendo esta totalmente absorvida pela Pan American.

Entretanto, observando um grande potencial futuro no mercado doméstico brasileiro, a Pan American mantém operacional a sua subsidiária no país. No dia 21 de novembro de 1930, por meio do Decreto 19.417, as autoridades brasileiras reconhecem a nova empresa, subsidiária da Pan American, denominada Panair do Brasil (DAVIES, 1984).

A Panair, nascida da NYRBA do Brasil após sua aquisição pela Pan American, não tardaria a iniciar seus serviços, partindo da cidade de Belém (na época, o último destino da Pan American nas suas ligações para o Brasil) para o restante do país. O vôo inaugural da nova empresa aérea americano-brasileira aconteceu no dia 28 de novembro de 1930, com uma ligação entre Belém e Santos, transportando malotes postais. Mas, se comparada às suas predecessoras ou concorrentes, a Panair experimentou poucas dificuldades na sua “fase de crescimento”: não havia escassez de recursos, uma vez que a Pan American e o ímpeto expansionista de seu fundador-presidente Juan Trippe estavam sempre à frente.

Entretanto, com o passar dos anos, esta veio a desaparecer: de acordo com o governo brasileiro, baseando-se em uma série de investigações federais, a empresa foi apontada como “em débito” com o Banco do Brasil e com outras entidades estatais. Em decorrência disso, a companhia é declarada falida pelas autoridades federais em fevereiro de 1965, apenas quatro dias após a passagem das concessões de suas rotas internacionais para a VARIG.

Nos seus anos de existência, quer quando ainda subsidiária da Pan American ou,

depois, como empresa brasileira, a Panair contribuiu de forma extraordinária com a integração nacional por meio da construção de pistas e terminais aeroportuários e da operação das linhas da sua rede doméstica. Mais ainda, suas aeronaves, tripulações e funcionários diversos atuavam como representantes do Brasil em diversas localidades no exterior, auxiliando na concretização da importância do país no cenário mundial.

Conforme a História revela, não apenas o capital estrangeiro foi fundamental para a formação das principais companhias aéreas brasileiras, mas foi decisivo para o nascimento da infra-estrutura aeroportuária nacional. Esse fato também ocorreu na grande maioria dos países na América Latina, África e Ásia. No continente latino-americano, o pioneirismo e a determinação de Juan Trippe com a sua Pan American revelaram-se essenciais para o nascimento da infra-estrutura aeroportuária nas principais cidades da costa leste e oeste das Américas Central e do Sul.

4. Participação estrangeira na legislação aeronáutica

4.1. O capital estrangeiro no transporte aéreo de outros países

A primeira grande tentativa para se organizar o Transporte Aéreo Comercial Internacional foi dada com a Convenção de Paris, em 1919. De uma forma sintética, dois marcos importantes podem ser destacados: (1) a criação da Comissão Internacional de Navegação Aérea (CINA), que seria o embrião para a criação da ICAO, 25 anos depois; e (2) a vitória da posição britânica sobre a soberania do espaço aéreo em contrapartida às propostas de “livre sobrevôo” defendidas pelos franceses. Dez anos depois, em 1929, foi celebrada a Convenção de Varsóvia, na capital polonesa. Esta pode ser considerada a última das grandes Convenções do transporte aéreo anteriores à II Guerra Mundial. De forma simplificada, em Varsóvia, os países signatários tra-

taram de disciplinar as responsabilidades das empresas nos seus serviços de transporte aéreo, as formas de compensação por danos causados aos passageiros e/ou suas bagagens e cargas, além de dar forma aos documentos aéreos, ao padronizar regras, bilhetes, etc.

A maior das Convenções até o presente, e que ainda molda grande parte da regulamentação do transporte aéreo internacional em vigor, ocorreu na cidade de Chicago, nos meses de novembro e dezembro de 1944.

Além de concretizar uma sugestão do governo Britânico, entre os motivos para os Estados Unidos convocarem essa reunião estavam: (1) havia necessidade de se estabelecer um acordo geral para a utilização das rotas para a aviação civil internacional após a II Guerra; (2) havia um acelerado crescimento da indústria aeronáutica decorrente dos esforços de Guerra; (3) os EUA estavam em situação político-econômica muito privilegiada com relação ao restante do mundo; (4) com o declínio e o iminente término do conflito, haveria uma grande e iminente oferta de aeronaves, pilotos, técnicos e infra-estrutura aeronáutica espalhados em todo o mundo; (5) os países haviam descoberto que a aviação não era apenas um simples símbolo de prestígio, soberania e poder militar, era também um vital instrumento para o desenvolvimento nacional, multiplicador do comércio exterior e de integração político-econômica internacional.

Dois dos principais resultados de Chicago, com relação à regulamentação político-econômica do transporte aéreo internacional, foram: (1) apoiados pelos brasileiros, franceses, australianos e neo-zelandeses, entre outros, os britânicos ratificam a sua posição quanto à necessidade de um forte controle nas atividades aéreas, assim derrotando a proposta dos EUA para um amplo e liberal “acordo multilateral de céus abertos”; e (2) a criação da International Civil Aviation Organization – ICAO (Organização da Aviação Civil Internacional, OACI), com sede em Montreal (Canadá),

em substituição à CINA, estabelecida na Convenção de Paris.

Essas limitações eram fundamentais para a organização do transporte aéreo internacional do pós-Guerra, em que deveria controlar a entrada e saída de pessoas, bens e serviços, além de procurar garantir um desenvolvimento ordenado e seguro, limitando a competição acirrada e garantindo os serviços aéreos para nações isoladas. Apesar de dar margem para diversas interpretações, o texto do Preâmbulo da Convenção de Chicago, entre outras diretrizes, enuncia exatamente isso (FENNES, 1997).

Com os temores da Guerra Fria, os bilaterais continuaram a exercer papel de destaque na soberania das nações ocidentais, que exigiam controle total sobre aqueles fluxos de indivíduos, bens e serviços. Mais ainda, cabe ressaltar que praticamente todas as empresas aéreas de bandeira atuantes no mundo eram estatais e representavam o próprio governo do seu país de origem. Apenas dois países não possuíam empresas de bandeira estatais: o Brasil e os Estados Unidos.

Dessa forma, além do necessário exercício da soberania nacional pelos bilaterais, estes serviam como os maiores protetores dos interesses dessas empresas aéreas estatais. Entretanto, cabe observar os anos dessas concepções de restrição de capacidade, rotas e tarifas e dos próprios acordos: 1944, 1947, fora o próprio período da Guerra Fria, de fins dos anos 40 ao início da década de 80.

Mas as ferramentas tecnológicas e as estratégias administrativas e econômico-financeiras então utilizadas pelas empresas aéreas, combinadas com o início da internacionalização de bens e serviços, ocorridos ainda na década de 70, começaram a alterar de forma radical os mercados doméstico e internacional. Some-se a isso a pressão expansionista das empresas aéreas americanas, que impulsionadas pela desregulamentação do seu mercado doméstico, começaram a questionar a falta de competição do mercado internacional e os privilégios

das empresas aéreas estatais européias, asiáticas e latino-americanas.

Com esses desdobramentos, em menos de meio século, o transporte aéreo internacional tornou-se uma indústria de dimensões e características inimagináveis para as autoridades presentes em Chicago. Nessas cinco décadas, o mundo assistiu à concepção e à utilização dos sistemas de reserva por computador (CRSs), ao (re)nascimento dos programas de fidelidade, ao surgimento da classe executiva, à falência de ícones como a Pan Am, a Eastern, a Braniff (todas as três megaempresas norte-americanas!), a Panair, entre outras, fora a uma crescente onda de fusões e aquisições.

Iniciada em 2000 e culminada no último trimestre de 2001, o mundo presenciou uma onda de crises econômico-financeiras em grandes ícones do transporte aéreo internacional, com o desaparecimento da Sabena (empresa de bandeira Belga) e da Swissair, o anúncio da fusão¹ entre a Japan Air Lines e a Japan Air Systems. A Swissair renasceu na forma da Swiss, a partir de uma reestruturação empresarial e de um resgate econômico-financeiro governamental e de organizações privadas não apenas sobre a empresa original, mas também na subsidiária Crossair.

Nos Estados Unidos, megaempresas como a United e a American Airlines lutam para sobreviver, respectivamente, renegociando contratos trabalhistas após o pedido de concordata e colocando em prática novas estratégias de concepções de planejamento de linhas e de redução de custos (*de-peak* e *de-hubbing*).

Assim como suas pares norte-americanas, européias e latino-americanas, as empresas aéreas brasileiras já apresentavam resultados negativos de grande vulto desde meados do ano 2000. Dessa forma, os eventos do dia 11 de setembro, com os atentados terroristas nos Estados Unidos e seus desdobramentos diretos no transporte aéreo, como o fechamento do espaço aéreo e dos aeroportos americanos por mais de 72 ho-

ras, não foram as causas principais da ampla crise vivida pelo setor em todo o mundo. As principais causas podem ser encontradas na crise econômico-financeira que marcou o ano de 2000 e o primeiro semestre de 2001 nos EUA e nos seus inúmeros desdobramentos, que causaram, entre outros, uma expressiva redução no volume de poupança interna e nas viagens a negócios (FLINT, 2002; VELOCCI, 2002). Em virtude da interdependência mundial na economia norte-americana, a crise nos EUA acabou impactando todo o globo.

Destarte, se, durante as três últimas décadas, a crescente tendência pela flexibilização das barreiras comerciais e a internacionalização da produção têm impellido governos e povos a uma gradual adoção de áreas de livre comércio, fazendo com que pessoas, bens, capitais e serviços tenham um cada vez maior e melhor trânsito pelas fronteiras geográficas, por que o transporte aéreo internacional, um dos mais eficazes e importantes agentes catalisadores dessa integração mundial, ainda permanece jungido a limitações quanto ao fluxo de capitais entre as inúmeras empresas aéreas? A resposta talvez possa ser dada devido à interpretação de alguns dispositivos enunciados no texto de Chicago e em dois acordos subsidiários, assinados em paralelo:

“Each contracting state reserves the right to withhold or revoke a certificate or permit to an air transport enterprise of another state in any case where it is not satisfied that substantial ownership and effective control are vested in nationals of a contracting state” (Two Freedoms Agreement and Five Freedoms Agreement, HAVEL, 1997).

O texto de Chicago em si não abre discussão sobre a nacionalidade das empresas aéreas, mas sim para a nacionalidade (o registro ou matrícula) das aeronaves (HAVEL, 1997). É oportuno destacar que o texto final da Convenção de Chicago também não aponta para a obrigatoriedade do uso dos acordos bilaterais nem cria qualquer dispo-

sitivo que indique a impossibilidade para uma concepção ampla e irrestrita de “céus abertos”. Um de seus itens mais controversos, o da “pura” cabotagem (9ª liberdade, conforme FENNES, 1997), pode, inclusive, ser aceito por intermédio de uma interpretação alternativa do Artigo 7 da Convenção (HAVEL, 1997). Esse Artigo apenas enuncia que os países *poderão recusar* os pedidos de uma empresa de outra nacionalidade para operar linhas domésticas e que nenhum Estado signatário se comprometeria em acordar essa espécie de *cabotagem* de forma *unilateral*.

Ressalte-se, pois, que o texto *não impede* que os países assinem a *cabotagem em reciprocidade*, dessa forma abrindo caminho para a possibilidade de acordos multilaterais, que incluam cabotagem, serem celebrados entre os signatários de Chicago (exatamente como já se pratica entre os países da União Européia e entre a Austrália e a Nova Zelândia). Mais ainda, o texto original *não impede a formação de subsidiárias* de empresas estrangeiras nos Estados signatários (novamente, como existem na União Européia e na Austrália e Nova Zelândia).

Ainda enfocando o texto do Two Freedoms Agreement and Five Freedoms Agreement (HAVEL, 1997), faz-se mister ressaltar que os trechos com os termos “(...) reserves the right (...)”, “(...) in any case where it is not satisfied that substantial ownership and effective control are vested in nationals of a contracting state” igualmente *não impedem* que um país conceda o direito de tráfego a uma empresa aérea que não seja controlada pelo capital do outro país no bilateral. O texto é absolutamente claro quando aponta que qualquer país tem “(...) o direito de recusar (...) se não estiver satisfeito (...)”. Dessa forma, o impedimento, se existe, é dado apenas por uma interpretação convencional para o dispositivo supratranscrito.

É fato que essa interpretação convencional tem sido uma das principais causas, se não a principal, para a não adoção de subsidiárias de empresas estrangeiras ope-

rando em mercados domésticos e, principalmente, no tráfego internacional regular.

Assim, em virtude dessa forma de interpretação para os Acordos de 2ª e 5ª Liberdades, a União Européia (UE) recomenda que cidadãos estrangeiros, fora do Bloco, não detenham mais do que 49% do capital de uma empresa aérea européia operando rotas internacionais para fora da UE. Entretanto, rotas intra-européias, consideradas ligações domésticas desde 1997, podem ser operadas por empresas com qualquer *mix* de capital de cidadãos pertencentes aos países da Europa Unificada.

Diversas discussões envolvendo governos, empresas aéreas, autoridades aeroportuárias, câmaras de comércio locais e membros da academia têm sido conduzidas no intuito de promover um grande regime de “céus abertos” entre os dois maiores mercados do mundo, os EUA e a União Européia, na chamada TCAA – Transatlantic Common Aviation Area (HAVEL, 1997; BUTTON, 1998; MURDOCK, 1998; ANNUAL INTERNATIONAL AVIATION SYMPOSIUM, 8., 1999; BERNSTEIN et al, 2000; FENNES, 2000). Mesmo após os atentados terroristas ocorridos em 11 de setembro de 2001, e com o desencadear de inúmeros procedimentos e medidas de segurança mais rígidos em

todo o mundo, a TCAA ainda continua na pauta de conversações entre a UE e os EUA.

4.2. Limites de participação do capital estrangeiro

Libertas da forma convencionada e restritiva da interpretação retro enunciada, a *Austrália e a Nova Zelândia permitem que estrangeiros sejam 100% donos de empresas aéreas operando ligações domésticas*. Como os dois países possuem um acordo bilateral de excepcional amplitude, inclusive permitindo a *cabotagem em reciprocidade*, ligações entre a Austrália e a Nova Zelândia também são consideradas ligações domésticas.

Outro país que tem se destacado com suas concepções modernas com relação ao transporte aéreo internacional é o Chile. Para o governo chileno autorizar a operação de uma empresa aérea estrangeira em seu país, apenas estipula que essa empresa tenha o seu principal local de negócios no país solicitante. Não podemos deixar de lembrar, também, a nossa vizinha Argentina. Ora, no Governo do ex-presidente Carlos Menem, a estatal Aerolíneas Argentinas, privatizada em 1990, teve 85% de suas ações compradas pela então também estatal Ibéria.

A Tabela 1 apresenta os limites de capital estrangeiro em alguns países.

Tabela 1 – Limites de capital estrangeiro com direito a voto em empresas aéreas em alguns países

País	Limite Máximo do Capital Estrangeiro
Austrália	49% para empresas que solicitem ligações internacionais 100% para empresas domésticas (inclusive ligações com a Nova Zelândia)
Brasil	20% do capital votante
Canadá	25% do capital votante
Chile	Principal local de negócios no Chile ou no(s) outro(s) Estado(s) do acordo
China	35%
Coréia do Sul	50%
Estados Unidos	25% do capital votante
Japão	33%
Malásia	45%
México	25%
Nova Zelândia	49% para empresas que solicitem ligações internacionais 100% para empresas domésticas (inclusive ligações com a Austrália)
Panamá	49%
Países da União Européia	100% para empresas com ligações intra-União Européia (UE) 49% para empresas que solicitem ligações internacionais fora da UE
Uruguai	49%
Tailândia	30%

Fontes: Código Brasileiro de Aeronáutica (1986); Chang e Williams (2001) e Gazeta Mercantil (CONTINENTAL, 2001).

Ainda nessa matéria, cabe ressaltar os resultados do Painel ATRP/9-4 da ICAO, que teve como maior contribuição apontar aos Estados signatários a possibilidade de designar empresas aéreas para serviços internacionais àquelas que não necessariamente estejam sob controle de um outro Estado, mas que tenham sua principal base de negócios (“principal place of business”) neste país. Com isso, uma comissão de estudos dos signatários da própria ICAO sugere a abertura para que venham a ser permitidas a operar entre dois ou mais países empresas aéreas de um dado país com expressiva parte do seu capital de origem estrangeira. Infelizmente, não houve progressos mais significativos no tocante à aplicação prática desse documento. Para maiores informações, ver o texto do Relatório Final do Painel ATRP/9-4 da ICAO (CHANG; WILLIAMS, 2001).

Muitas vezes sendo contrárias a uma entrada expressiva de capital e controle no transporte aéreo do país, as empresas aéreas brasileiras aproveitaram muito bem a oportunidade de expandir sua dominação na América do Sul. Esse foi exatamente o caso da privatização de algumas empresas estatais da região, como a Ecuatoriana e a LAB (que, à época, contaram com significativa parte do seu controle junto à VASP²), a LAPSA (com capital da TAM) e a Pluna (com capital VARIG)³.

Destaque-se que as empresas desses países vizinhos latino-americanos representavam oficialmente seus próprios governos e nações, sendo, literalmente, “empresas de bandeira”. Ressalte-se, pois, que houve uma significativa abertura na política de flexibilização das legislações aeronáuticas por parte dos governos do Equador, Uruguai, Paraguai e Bolívia, abertura essa não seguida ainda pelo Brasil. Ressalte-se, também, o aproveitamento da oportunidade por parte das companhias aéreas brasileiras em investirem no exterior.

4.3. Ampliação das oportunidades de investimentos estrangeiros: criação de subsidiárias e aumento da parcela de capital votante

Uma vez que um maior grau de competição no mercado doméstico poderia ser atingido com a entrada e permanência de empresas mais poderosas e representativas no mercado, bem como por meio de empresas incumbentes mais estáveis do ponto de vista econômico-financeiro (IMPACT, 1992), pode-se supor que tão limitantes quanto as barreiras econômicas características do setor são as legislações em vigor que restringem a entrada desse grupo de empresas “mais representativas”.

Nesta seção, procurar-se-á observar que, apesar de outros setores de destaque da economia já terem sido profundamente alterados e modernizados (os setores de telecomunicações e energia são bons exemplos), inclusive com a competição no mercado doméstico sendo dada por guerras de tarifas deflagradas entre prestadoras de serviços genuinamente estrangeiras (MCI/WorldCom, Telefonica, Telemar, entre outras, ainda no exemplo das teles), muito pouco foi feito durante a década de 90 para que uma verdadeira atualização e modernização da legislação aeronáutica viessem a ser implementadas.

Frise-se, ainda, que essa falta de atualização é prática condenada pelo próprio Governo, por meio da autoridade aeronáutica:

“(...) torna-se necessária a constante atualização dos instrumentos de supervisão e promoção da atividade, em face da rapidez com que evolui em todo o mundo.” (CONFERÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO COMERCIAL, 1992)

Geralmente, vários argumentos básicos são lançados pelos Estados para restringirem a entrada de investimento de capital estrangeiro. Independentemente de seus significados, que variam de acordo com a elite

política pensante e efetivamente no poder, no Brasil, ao que parece, a segurança nacional foi a mola motriz para restringir uma significativa participação de empresas estrangeiras no setor, por ocasião da elaboração e da publicação do Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), em 1986.

Para um melhor entendimento das questões aqui sendo tratadas, cabe levantar determinados questionamentos: qual seria a alternativa, em curto prazo, para propiciar a entrada de “novas” empresas “de porte significativo” no setor ou mesmo para permitir um maior leque de oportunidades de recuperação econômico-financeira das incumbentes, continuamente mergulhadas em resultados negativos? Por que não permitir que a empresa norte americana Fairland, que detém 20% do capital da Transbrasil (BRASIL, 2001), venha a socorrê-la com um aporte significativo de capital?

Duas sugestões vêm à tona: a primeira, diretamente oriunda da política praticada nas primeiras quatro décadas de estruturação do transporte aéreo no Brasil, seria a permissão da formação de subsidiárias de empresas aéreas estrangeiras⁴ no Brasil, com maioria de funcionários brasileiros e sob a égide da legislação brasileira; a segunda, por sua vez, seria a ampliação da parcela de capital estrangeiro no controle acionário com direito a voto nas empresas aéreas brasileiras, dos atuais 20% para uma percentagem de, pelo menos, entre 40 e 49%.

Infelizmente, diversos profissionais do setor enaltecerão as políticas protecionistas ainda em vigor nos Estados Unidos e no Canadá, por exemplo, que limitam em 25% a participação no efetivo controle votante para o capital estrangeiro. No Brasil, esse limite é de 20%, conforme a redação dada pelo Art.181 do CBA:

“Art.181: A concessão somente será dada a pessoa jurídica brasileira que tiver:

I – sede no Brasil;

II – pelo menos 4/5 (quatro quintos) do capital com direito a voto, per-

tencente a brasileiros, prevalecendo essa limitação nos eventuais aumentos do capital social;

III – direção confiada exclusivamente a brasileiros”.

Pelo fato de o atual Código Brasileiro de Aeronáutica ter entrado em vigor no ano de 1986 (Lei nº 7.565, de 19/12/86), cabe discutir se este já se encontra ultrapassado, nos dispositivos sobre concessão de serviços públicos, com relação a legislações mais modernas sobre livre concorrência e, também, sobre a Constituição em vigor (com suas Emendas posteriores). Aliás, uma discussão, e, quiçá, a necessária modernização, é posição do próprio Governo:

“O CBA foi promulgado numa época de economia fechada, dos monopólios estatais, dos mercados regulados e preços controlados. A preocupação com a concorrência era marginal e difusa. Obstar a aplicação da Lei de Defesa da Concorrência, que foi publicada para regulamentar o mercado de uma economia aberta, é um retrocesso inadmissível” (BRASIL, 2001).

Dessa forma, quando posto diante de novas normas garantidoras da atuação do Estado na economia e, também, mudanças substanciais implementadas a partir da entrada em vigor da Lei Antitruste Brasileira (Lei nº 8.884/94), que veio dar uma garantia legal ao funcionamento do mercado, na forma da liberdade de agir e atuar livremente, e incentivar a livre concorrência com o combate a manobras tendentes à eliminação das competições, o art.181 do CBA pode – e deve – ser questionável quanto à íntegra da filosofia restritiva de sua aplicação.

Nesse sentido, cabe ressaltar o que parece ser óbvio: o tempo muda, os homens também, os Governos também, e não poderia ser diferente com a Lei Fundamental. De fato, em 1986, o Brasil tinha uma outra Constituição que não a atual, tão mais ampla e moderna.

Sobre a importância da mudança de filosofia conforme o passar do tempo e a mo-

dernização da sociedade, o Prof. Inocêncio Mártires Coelho (1994, p. 5-18, grifo do autor) indica:

“Essencialmente, o conteúdo da Constituição deve corresponder à singular natureza do presente, como condição indispensável ao desenvolvimento de sua força normativa. (...) Sintonzada não apenas com fatores sociais, políticos e econômicos dominantes, deve a Constituição incorporar, principalmente, o *estado espiritual* do seu tempo, a fim de que, entendida e vivenciada como ordem adequada e justa, venha a merecer o apoio e a defesa da consciência social”.

No entanto, partindo do pressuposto genérico de que uma lei federal pode restringir a participação de capital estrangeiro, surge uma pergunta: será que o CBA (ou alguns de seus dispositivos), após a promulgação da Constituição de 1988 e a mudança de direcionamento do papel do Estado, que incorporou a nova filosofia de permitir que prestação de serviços públicos estratégicos possa vir a ser feita por empresas estrangeiras, e, também, com a publicação da Lei nº 8.884/94, encontra-se em consonância com a nova definição de Constituição Econômica⁵? Ou será que a restrição imposta pelo CBA, em 1986, pode, hoje, ser considerada como política pública contrária ao princípio da busca do pleno emprego (CF, art. 170, VIII)?

Aliás, o tema não é novo no direito brasileiro. O Prof. Eros Roberto Grau (1998, itálico nosso), com sua famosa pena de ouro, aduz a seguinte lição sobre a busca do pleno emprego:

“PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPOSITIVO (Canotilho), cumpre também dupla função; como objetivo particular a ser alcançado, assume, igualmente, a feição de *diretriz* (Dworkin) – NORMA-OBJETO – dotada de caráter CONSTITUCIONAL CONFORMADOR, a *justificar a reinvindicação pela realização de políticas públi-*

cas. (...) Não obstante, consubstancia também, o princípio da BUSCA DO PLENO EMPREGO, indiretamente, uma garantia para o trabalhador, na medida em que está coligado ao princípio da valorização DO TRABALHO HUMANO e reflete efeitos em relação ao DIREITO SOCIAL AO TRABALHO (art. 6º, *caput*). Do caráter conformador do princípio decorrem consequências marcantes, qual, entre elas, a *de tornar inconstitucional⁶ a implementação de políticas públicas recessivas*”.

Ultrapassado o acima dito, surge a seguinte indagação: como ficaria o inciso IV do art. 21 da Lei Antitruste⁷, que considera infração da ordem econômica limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado? Nesse sentido, outro questionamento vem à tona: qual o dispositivo constitucional que confere respaldo para que o CBA tenha prevalência sobre a Lei Antitruste, uma vez que ambas são leis federais ordinárias?

Sobre esse item em particular, cabe trazer à luz a posição do Prof. José Cretella Júnior (1996, grifo do autor, grifo nosso), emérito constitucionalista que defende a posição que uma lei federal pode contrariar o regime da livre competição, desde que com base em dispositivo constitucional:

“De qualquer modo, no *regime da livre concorrência*, os preços de mercado tendem a abaixar, beneficiando-se com isso o comprador, ao contrário do que acontece *no regime de monopólio*, que prejudica o comprador e afeta o equilíbrio da Ordem Econômica, a não ser quando a *intervenção monopolística* é assegurada por lei federal, *fundada em expresso dispositivo constitucional*”.

Para a compreensão do critério validade de leis de mesma hierarquia, torna-se imprescindível ao esclarecimento a transcrição de parte do Parecer nº_008/COGDC-DF/SEAE/MF, de 19 de janeiro de 2001, Ato de Concentração nº 08012.007398/00-70 (BRASIL, 2001, grifo nosso):

“O critério cronológico, chamado de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. É uma regra geral no direito em que a vontade posterior revoga a precedente. A regra contrária obstaría o progresso jurídico, a adaptação do direito às exigências sociais. O Código Brasileiro de Aeronáutica, lei ordinária publicada em 12.12.86, é anterior à Lei de Defesa da Concorrência, lei ordinária publicada em 11.06.94. No caso, *todo e qualquer dispositivo do CBA que limite ou crie obstáculos à atuação dos órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência são considerados derogados*. As requerentes realizaram raciocínio inverso. Argumentaram que o CBA, lei anterior, derogaria a Lei nº 8.884/94. Tal raciocínio é absolutamente ilógico. É a subversão do princípio. (...) A terceira regra para a solução das antinômias é a da especialidade. Diante de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial, prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. As requerentes sugerem que o CBA é lei especial, o que agastaria a aplicação da lei da concorrência. No entanto, ao não se aprofundarem na questão, deixaram de fazer uma pergunta fundamental: qual a norma especial em relação ao Direito da Concorrência? O CBA é lei especial em relação a qualquer lei geral de transporte, nunca em relação à Lei nº 8.884/94. Uma lei não é especial de *per se*. É necessário confrontar o seu tema com os de outras leis. Aplicar o critério da especialidade não é tão simples quanto parece. A Lei nº 8.884/94 é especialíssima em relação às questões concorrenciais. O presente ato não será analisado sob o prisma de questões pertinentes à segurança de vôos, registros e quedas. Estas competências, indubitavelmen-

te, pertencem ao DAC. As autoridades antitrustes têm outro foco: os aspectos concorrenciais da operação. São preocupações absolutamente diferentes. *A livre concorrência, princípio constitucional impositivo da ordem econômica, não pode ser afastada por qualquer medida governamental. Sua observância é imperativa nos atos e medidas legislativas do poder público*. É um imperativo de uma sociedade fundada na propriedade privada e na livre iniciativa. São mais dinâmicas e inovadoras as economias com maior grau de competição”.

Novo questionamento então cabe ser feito: será que a política de mercado que predominou quando da reestruturação do CADE (Lei nº 8.884/94) sofre uma exceção quando o assunto é transporte aéreo? Na visão desses autores e de outros estudiosos, não.

Isso posto, sabendo que compete ao Estado criar mecanismos para incentivar a livre concorrência, pedra angular da nova ordem econômica constitucional⁸, não seria mais apropriado rever, com urgência, a excessiva restrição imposta pelo CBA com intuito de permitir que empresas brasileiras mergulhadas no vermelho tenham um maior leque de oportunidades para se reerguerem por meio do ingresso de um novo aporte de capital – estrangeiro, neste caso, por que não – e, também, com o ingresso de novas filosofias administrativas e organizacionais de outras empresas aéreas tradicionalmente mais rentáveis? E, também, não seria aconselhável rever o art. 187 do CBA⁹ para permitir a existência da concordata preventiva¹⁰?

Assim sendo, ao permitir que empresas estrangeiras tenham uma maior participação acionária em empresas aéreas brasileiras (faixa de 40-49%, no mínimo, para buscar atrair, de fato, o interesse de capital estrangeiro não-especulativo), estar-se-ia dando mais uma oportunidade para um salto qualitativo no mercado, sem falar na possí-

vel manutenção do direito social básico de todo trabalhador – o emprego.

As empresas estrangeiras, quer empresas aéreas, grandes organizações ou consórcios privados, estariam muito mais comprometidas com o volume de capital investido. Seriam uma conseqüência natural os investimentos em desenvolvimentos tecnológicos, incremento e comercialização de novos produtos, bem como a introdução de novas filosofias empresariais, principalmente buscando o aumento da produtividade. Esse ponto, ainda negativo para muitas empresas brasileiras, é retratado por Ramos (2000, itálico nosso):

“The PRODUCTIVITY GAP separating countries of the region with developed countries on the frontier of technology and best practice production is STRONG AND GENERALIZED throughout Latin American economies, and not restricted to a few sectors. Total factor productivity levels in the region are on the order of 40% of those in the United States [ECLAC, 1995]. Labor productivity differentials are, of course, even greater. For example, *in the case of Brazil, these average 27% for all sectors, varying from lows of 14% and 18% in food retailing and food processing, respectively, to a maximum of 88% (steel); and even important modern sectors, such as airlines, telecommunications, banking and auto assembly register less than half of U.S. productivity levels* [McKinsey Global Institute, 1998].”

A propósito, já não é de hoje que o Governo Federal vem – por intermédio de mais de um de seus órgãos – questionando a barreira protecionista imposta aos candidatos à concessão de serviços aéreos públicos. Nesses órgãos, a própria autoridade aeronáutica pode ser incluída, citando-se, conforme o enunciado no IV PDSAC – Plano de Desenvolvimento do Sistema de Aviação Civil (1997-2000):

“5.3. Ações Estratégicas de Desenvolvimento: (...)

– *estudar a regulamentação relativa a entrada de capital privado externo na indústria do transporte aéreo, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento do setor;* (...)

5.4. Programas e Projetos: (...)

5.4.1.3 Projeto Captação de Capital Privado para a Indústria do Transporte Aéreo:

Analisar a atratividade da indústria do transporte aéreo no mercado de capitais, *identificando na regulamentação vigente fatores inibidores na captação de investimentos privados externos para essa indústria.*” (PLANO DE DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE AVIAÇÃO CIVIL, 1997, grifo do autor)

A evolução da mentalidade do Governo Federal, de fato, pode ser verificada com a edição da Lei nº 9.611, de 19/2/1998, que dispõe sobre o transporte multimodal de cargas no Brasil. A referida lei veio a revogar a Lei nº 6.288/75, que previa que, no transporte doméstico de cargas, o capital das empresas deveria ser de pelo menos 2/3 pertencentes a brasileiros. Desde a sua revogação, não há mais restrição à participação integral de empresas estrangeiras no importante e estratégico setor de transporte de carga.

Para melhor ilustrar esse caso, cita-se o art. 4º do Decreto nº 3.411, de 12/4/2000, que regulamenta a Lei nº 9.611/98:

“Art. 4º O transporte multimodal de cargas poderá ser realizado sob a responsabilidade de empresa estrangeira, desde que mantenha como representante legal pessoa jurídica domiciliada no País, e que esta:

I – atenda às disposições deste Decreto; e

II – observe as disposições da legislação nacional e dos acordos internacionais firmados pelo Brasil, que regulamentam o transporte de carga no território nacional”.

Cabe lembrar, ainda, que quando da publicação do CBA, já existia a lei hoje revogada, que permitia a participação do investimento estrangeiro em 33% do capital votante (art. 9º da Lei nº 6.288, de 11/12/1975) das empresas de transporte intermodal de mercadorias. Dessa forma, apesar da restrição posterior do CBA, o sobredito transporte podia contar com uma maior participação do capital estrangeiro do que no transporte aéreo de passageiros.

A título de ilustração, não se deve esquecer que a mudança de mentalidade idealizada e construída a partir de 1994 encontrou eco ano passado com a mudança de importante dispositivo da Constituição. E, diga-se de passagem, em um dos setores mais estratégicos de qualquer país, o da radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Com a promulgação, pelo Congresso Nacional, da Emenda Constitucional nº 36, de 28 de maio de 2002, que deu nova redação ao art. 222 da Constituição, verifica-se que, em um setor ainda mais estratégico do que os transportes aéreos, estrangeiros estão agora podendo participar de forma significativa – mesmo que com participação minoritária –, uma vez que foi permitido pelo Parlamento que empresas estrangeiras detenham até 30% do capital social.

Conforme aqui exposto, pelo menos no campo legal, já está na hora de se rever alguns valores, conceitos e paradigmas, no mínimo, antiquados.

Nesse sentido, cabe ao Governo e ao Congresso Nacional¹¹ estudar, concreta e detalhadamente, a possível entrada de subsidiárias estrangeiras no mercado doméstico e/ou o significativo aumento da participação de empresas estrangeiras no setor.

Caso as autoridades assim o permitissem, estariam dando um significativo passo rumo à verdadeira modernização da legislação incidente sobre o serviço público de transporte aéreo no Brasil, desta forma tratando-o tão digno de abertura e internacionalização quanto as demais indústrias e atividades econômicas de natureza “estra-

tégica” e de sumo “interesse nacional”. De fato, uma maior abertura e a reformulação das políticas públicas para o setor seriam muito mais do que naturais e racionais.

Neste ponto, não se pode deixar de enaltecer que o próprio Executivo – por intermédio da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda – vem, ao longo dos últimos anos, apontando claros sinais de estar atento à necessidade de se atualizar o tema. Prova disso é a aprovação da associação entre a Líder Taxi Aéreo S.A. – Air Brasil e a BBA International Investments Sarl e a sua subsidiária BBA South America Ltda., para a constituição da empresa Líder Signature S.A. (BRASIL, 2000).

Apesar de o sobredito ato não envolver a prestação do serviço público aéreo de transporte de passageiros, detém ele uma importância que merece destaque: a Líder é uma empresa brasileira de capital aberto, constituída no Estado de Minas Gerais, pertencente ao Grupo Líder. De outra parte, a BBA Sarl é uma empresa *holding* constituída em Luxemburgo, sendo controlada pelo BBA Group Plc, sendo esta sociedade de origem britânica.

Assim, de um lado, tem-se uma empresa brasileira e, de outro, duas empresas de capital britânico. No contrato que assinaram para a constituição da Líder Signature, consta que as empresas deverão ter, conjuntamente, 100% do total das ações da nova sociedade: 50% de capital brasileiro e 50% de capital britânico. Isso sem contar que o Grupo Líder possui como acionista a Aviation Business Corporation, que detém 17,31% de seu capital (conforme dados do Parecer nº 435 da SEAE/MF, BRASIL, 2000).

5. Possíveis impactos no setor e na economia nacional

Para explorar os possíveis impactos para a sociedade, a economia e o setor, no país, discutir-se-á, a seguir, alguns dos principais aspectos a serem diretamente influenciados

caso houvesse uma substancial abertura para o acesso de capital estrangeiro. Esses principais aspectos influentes são: 1) competição no mercado doméstico; 2) competição no mercado internacional; 3) soberania e segurança nacional; 4) capacidade de geração de empregos no setor.

Cabe ressaltar, a título de ilustração, que os quatro aspectos supracitados são os mesmos indicados como os de maior influência no mercado norte-americano por ocasião do relatório *Airline Competition: Impact of Changing Foreign Investment and Control Limits on U.S. Airlines*, elaborado em 1992 pelo United States General Accounting Office, a pedido do Congresso dos EUA (IMPACT, 1992). Vejamos, abaixo, o cerne de cada um dos referidos aspectos influentes:

5.1. Competição do mercado doméstico

As barreiras econômicas e, mais adiante, as barreiras de sobrevivência constituem grandes limitações a uma maior entrada de empresas no setor (ESPÍRITO SANTO JR., 1998; 2000). Mais ainda, os lucros auferidos pela atividade são, normalmente, bastante reduzidos (IMPACT, 1992; AIR TRANSPORT ASSOCIATION, 2000). Essa baixa lucratividade faz com que não haja uma atração de investimentos diversificados da iniciativa privada nacional nas empresas aéreas. Não havendo maiores oportunidades de investimentos domésticos e com as elevadas taxas de juros nacionais, as empresas aéreas brasileiras encontram grandes dificuldades de captar financiamentos no país. A opção, então, recai em captar financiamentos no exterior, em moeda forte e também sob condições, não raras vezes, desfavoráveis, principalmente devido às flutuações do “risco Brasil”.

Como se não bastasse, a indústria também se caracteriza por demandas sazonais e um comportamento cíclico, que muito depende do comportamento da economia nacional e da internacional. Combinados, as barreiras existentes, a baixa lucratividade e

o comportamento cíclico dependente das variações macro- e microeconômicas tendem a produzir um quadro no qual empresas aéreas não sejam atrativas para a extensa maioria dos investidores individuais e pessoas jurídicas em geral, pelo menos no Brasil e na maioria dos outros países (nesse aspecto, em particular, os EUA é um caso distinto).

Nesse prisma, o número de grandes empresas, tanto no Brasil como no mundo, é, historicamente, reduzido. Assim, de uma forma simplista, pode-se concluir que, pelo conjunto das suas características principais, a indústria do transporte aéreo possui uma tendência quase natural à concentração ou oligopolização.

Isso posto, verifica-se a necessidade de os governos monitorarem de perto os mercados, tanto doméstico como internacional, a fim de que não haja cartelização ou mesmo que se instaure um monopólio de feições daninhas.

No mercado doméstico, havia uma concentração de grande magnitude no mercado regional até fins dos anos 90, onde TAM e Rio-Sul detinham cerca de 75% da oferta de assentos.km (ass.km), enquanto 14 outras empresas classificadas como regionais à época dividiam os 25% restantes. Se ampliada para a esfera do mercado doméstico em geral (à época compreendia empresas classificadas como nacionais e regionais, distinção essa descontinuada em 2000), a oligopolização adquire vulto ainda mais digno de nota: o Grupo VARIG (Varig, Rio-Sul e Nordeste), o Grupo TAM (TAM-Meridional, ex-TAM-regional, ex-Helisul e Pantanal), a VASP e o então Grupo Transbrasil (a própria mais a Interbrasil Star) detinham, até fins de 2000, mais de 95% da oferta de ass.km e do volume de passageiros transportados (ESPÍRITO SANTO JR., 1998; DAC, 2000).

Logo, deve-se observar a oligopolização não no número de empresas operando no mercado, mas sim nos grupos empresariais constituídos. Traçando uma breve analogia

de planejamento e hierarquia organizacionais, a Rio-Sul e a Nordeste estariam para a VARIG assim como a American Eagle estaria para a American Airlines, assim como a KLM-UK estaria para a KLM e assim por diante.

Cabe ressaltar que essa concentração/oligopolização está presente em qualquer país que adotou uma política de desregulamentação ou flexibilização no seu mercado doméstico, em grau maior ou menor, sendo alvo de inúmeros estudos acadêmicos e relatórios oficiais. Mais ainda, cabe observar que uma concentração/oligopolização não é fato negativo *per se* (ESPÍRITO SANTO JR., 1998).

Em 2001, com a entrada da Gol Linhas Aéreas¹² no mercado doméstico e com a interrupção das operações da Transbrasil e da Interbrasil Star, a conjuntura da concentração manteve-se praticamente inalterada, uma vez que, de forma simplista, pode-se argumentar que houve a “substituição” de uma empresa no mercado por outra. Entretanto, caso outras incumbentes venham encerrar suas operações, um maior nível de concentração/oligopolização instaurar-se-á em âmbito doméstico.

O quanto o mercado doméstico seria influenciado depende da amplitude da abertura para o capital estrangeiro. Se uma maior parcela de capital votante, por exemplo, dos atuais 20% para a faixa mínima sugerida de 40-49%, fosse acompanhada pela alteração na legislação quanto à participação de estrangeiros na direção da empresa (presidência e/ou maioria dos diretores pudessem ser de nacionalidade estrangeira), empresas atualmente em dificuldades econômico-financeiras e com histórico de problemas organizacionais (VASP, Transbrasil, VARIG) poderiam ser alvo de interesse de investidores estrangeiros, em particular empresas aéreas¹³ e grandes consórcios diretamente atuantes na indústria do turismo.

Dessa forma, temos para nós, por verdadeiro, que uma maior entrada de capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras ou

mesmo a possibilidade de uma empresa aérea ou investidor estrangeiro constituir uma empresa aérea brasileira (uma subsidiária registrada e com sede no Brasil, operando apenas vôos domésticos, e em conformidade com todas as demais legislações brasileiras) poderia aumentar a competição principalmente se: 1) o aporte de capital e influência estrangeiros fizessem as nossas empresas tornarem-se mais competitivas, mas enxutas e com novas filosofias de administração; 2) as subsidiárias de empresas estrangeiras a serem constituídas no Brasil explorassem nichos de mercado “abandonados” ou subutilizados pelas empresas brasileiras; e 3) as subsidiárias viessem a competir diretamente com as incumbentes como alimentadoras e distribuidoras dos vôos internacionais a partir dos principais portões de entrada do país (Rio de Janeiro, São Paulo, Salvador, Recife, Fortaleza, Manaus, por exemplo).

Em qualquer cenário, é importante destacar que, mesmo com uma entrada maciça de capital, nenhuma empresa aérea brasileira do presente teria garantido a sua sobrevivência no futuro. Isso independe também se haveria ou não subsidiárias de empresas estrangeiras estabelecidas no país. A complexidade e dinâmica dos mercados e da própria atividade são amplas e, simplesmente, nenhum sucesso ou sobrevivência é garantido nem no Brasil nem em qualquer outro país que possua empresas aéreas privadas.

5.2. Competição do mercado internacional

O mercado mundial do transporte aéreo internacional regular de passageiros é ainda muito regulamentado. As restrições encontram-se basicamente expressas nos acordos bilaterais na forma de número de frequências, capacidade ofertada, acordos sobre limites de tarifas e localidades servidas.

Assim sendo, a título de exemplo, uma determinada empresa não tem condições de aumentar sua frequência caso ela já esteja no seu limite máximo permitido, bem como

não pode iniciar ligações entre duas cidades que não estejam previstas explicitamente no acordo bilateral. Dessa forma, a competição direta existente no mercado internacional pode ser dada, basicamente, por meio das tarifas, nível de serviço (pré-, pós- e durante o voo) e número de localidades servidas direta ou indiretamente (conexão/transferência, via 5ª e 6ª liberdades).

Por intermédio das alianças internacionais (Star Alliance, OneWorld, SkyTeam, etc.), as empresas aéreas têm complementado e expandido de forma significativa suas redes. As duas maiores empresas brasileiras, VARIG e TAM atuam, respectivamente, em uma Aliança propriamente dita (VARIG na Star Alliance) e em acordos operacionais com outras (TAM em parceria com a American, da OneWorld, e com a Air France, da SkyTeam). Um investimento direto dessas empresas estrangeiras ou de seus acionistas em uma das duas empresas brasileiras traria uma maior consolidação e comprometimento na Aliança.

Com um maior aporte de capital estrangeiro e com o ingresso de filosofias organizacionais mais eficientes, o fortalecimento das empresas nacionais estaria praticamente garantido, pelo menos a curto/médio prazos. Caso esse capital e essa filosofia sejam oriundos de empresas aéreas estrangeiras de renome e sucesso, as empresas brasileiras não seriam alvo de um processo de extinção da concorrência do tipo “compre-entrafraqueça-feche”.

Conforme anotado anteriormente, as redes doméstica e internacional, os espaços em aeroportos e os funcionários especializados das empresas brasileiras são “ativos” extremamente valiosos e não seriam desprezados pelos novos investidores estrangeiros.

5.3. Soberania e segurança nacional

Este item aponta para o fato de que a cultura do protecionismo ainda está muito enraizada nas autoridades aeronáuticas no mundo. No Brasil, não poderia ser diferen-

te. Dessa forma, muitos profissionais do setor fazem uso dos argumentos da “soberania” e da “segurança nacional” (também citada por alguns como “defesa nacional”) para justificar políticas protecionistas voltadas quase que exclusivamente para o interesse das empresas aéreas, muitas vezes motivados por políticas igualmente protecionistas proclamadas e postas em prática por outros governos, em especial dos Estados Unidos.

A origem para o argumento da “segurança/defesa nacional” nos países da América Latina é explorada a seguir por Esteban Brenes (2000), do INCAE (Instituto Centroamericano de Administración de Empresas).

Sob lente análoga, a recente restrição à importação de aço imposta pelo governo Bush é alvo da crítica do Comissário-Geral para Comércio da União Européia:

“This strategy [‘national defense’] is used by Latin American companies to defend their local markets through the active promotion of protectionist policies. (...) The arguments commonly used to support this strategy are based upon the unfair advantage of large multinational companies. These arguments include fear about the ability of competing against multinational giants and about the threat that they will come in and buy up or destroy local businesses and the employment they generate. Such arguments are appealing to many political factions. They are useful for labor unions and may be convincing to the public at large that has never had the opportunity to exercise choice in daily consumption. (...) Today, it is used by businesspeople and managers who have not been able to anticipate the impact that free market forces and trade liberalization would have on their industrial sector. (...) This strategy, when used by private sector associations with strong political influence,

has been successful in prolonging protectionist policies in some countries” (BRENES, 2000).

“The U.S. decision to go down the route of protectionism is a major setback for the world trading system. Imports are not the cause of U.S. difficulties and the measures announced today will not only not provide a solution but aggravate matters. I fear today’s short-sighted move will end any hope of finding an internationally agreed solution (...) to overcapacity problems faced by the world steel industry, and will not rein in global subsidies” (LAMY apud EUROPEAN UNION, 2002).

Assim, urge a necessidade de os governos, não apenas o brasileiro, repensarem e reavaliarem diversos paradigmas político-regulatórios. Dois destes são aqui apontados como “soberania” e “segurança/defesa nacional”. Contudo, a origem desses argumentos paradigmáticos é o tão propagado “interesse nacional”.

Outro aspecto que poderia ser levantado seria a entrada de capital estatal estrangeiro, quer via uma empresa aérea estatal ou consórcio de empresas estatais de outros países. Uma vez que a empresa brasileira alvo da atração desses investimentos ou mesmo a subsidiária da empresa estatal estrangeira estariam sob a égide das legislações brasileiras, o ingresso do capital dessa natureza não constituiria, em princípio, maior problema.

Todavia, cabe salientar a necessidade do monitoramento e da fiscalização do mercado pela autoridade aeronáutica e os órgãos de defesa da concorrência, justamente para impedir que uma entrada significativa de capital estatal estrangeiro não prejudique a competição, por exemplo, pela redução de tarifas ao extremo, com o claro propósito de tirar concorrentes privadas do mercado.

Aqueles que apontam os atentados terroristas de 11 de setembro nos EUA como mais um argumento para a não entrada de

capital estrangeiro em empresas nacionais estão profundamente equivocados. Justamente pelas grandes perdas oriundas da crise desencadeada desde meados de 2000 nos EUA, somada à crise imediatamente após os atentados, governos têm discutido ainda mais a necessidade de reverem as limitações de capital estrangeiro em suas empresas aéreas. Exemplo disso é o pronunciamento do governo Britânico na Assembleia da ICAO logo após os atentados, em que justamente se reconhece essa necessidade:

“The Assembly is invited to recommend all ICAO Member States to give the utmost consideration to interpreting bilateral ownership and control provisions in the most liberal possible manner to facilitate any cross-border mergers or acquisitions necessary to maintain the viability of the aviation industry during this crisis” (SUBSTANTIAL, 2001).

5.4. Capacidade de geração de empregos

Aqui reside uma parcela do verdadeiro “interesse nacional”. Ao contrário do propagado por muitos, o “interesse nacional” não deveria passar, em primeiro lugar, pela observação dos interesses das empresas aéreas brasileiras. Se fosse corretamente colocado à mesa de negociações, o verdadeiro “interesse nacional” estaria expresso na forma da geração de empregos, no crescimento da economia nacional, no crescimento e desenvolvimento do turismo nas diversas regiões do país, no crescimento e desenvolvimento das diversas indústrias que sustentam o turismo, na geração de negócios e no incremento das exportações, apenas para citar alguns desses verdadeiros “interesses nacionais”.

Ao contrário, nas mesas de negociação, vê-se uma ênfase no trato das possíveis vantagens ou desvantagens para as empresas aéreas brasileiras, na possível redução do seu *market-share* ou nas dificuldades que poderiam advir de uma competição mais aberta para elas. Vejamos a seguinte passagem:

“Depois de decorridos (8) oito anos desde a última Consulta, revestiam-se de excepcional importância as negociações com as autoridades aeronáuticas alemãs, com vistas a criar novas possibilidades operacionais para as empresas das duas Partes, principalmente as brasileiras. (...) A delegação brasileira, visando atender as reivindicações das empresas brasileiras não só nos serviços além Alemanha para a China, como também nos serviços entre os dois países, propôs a ampliação da capacidade de forma a atender as necessidades atuais e razoavelmente previsíveis (...)” (REUNIÃO DE CONSULTA AERONÁUTICA BRASIL/ALEMANHA, 1996, grifo nosso).

Nas últimas décadas, o turismo tem se destacado como um dos setores mais promissores para os países em desenvolvimento, como o Brasil e seus vizinhos latino-americanos. Ainda que uma série de aspectos não relacionados diretamente com o transporte aéreo influencie a indústria do turismo, tais como a política cambial, política de concessão e emissão de vistos de entrada, disponibilidade e qualidade da rede hoteleira, violência urbana, sem mencionar a infra-estrutura de transportes de um país, o turismo pode e deve ser considerado um verdadeiro multiplicador sócio-econômico.

Com o crescimento e o desenvolvimento desse setor, um país tem em mãos grandes oportunidades para reduzir muitos dos seus problemas sociais (desemprego e distribuição de renda, por exemplo).

O turismo é um grande gerador de empregos, não apenas por ser uma indústria de serviços multisegmentada e multidiferenciada, mas porque também gera empregos diretos e indiretos na construção civil, nos transportes, nas telecomunicações, na logística de suprimentos, na agricultura, no artesanato, no comércio, na indústria alimentícia, entre tantos outros. Como se não bastassem tantos fatores positivos, o turismo não é uma indústria de capital intensivo e não requer alta qualificação de pessoal!

Some-se ao turismo as oportunidades de um crescimento efetivo de negócios e das exportações, ambos igualmente grandes geradores de empregos para o país. Esses também devem ser considerados como de fundamental importância em qualquer política, decisão ou assunto envolvendo o transporte aéreo no Brasil. Dessa forma, se considerado apenas o turismo ou apenas a maior geração de negócios e crescimento das exportações, cada um seria muito mais gerador de empregos e muito mais gerador de oportunidades para a economia nacional do que o conjunto de interesses das empresas aéreas brasileiras por si só.

Pelo exposto, se os múltiplos aspectos positivos do turismo, da geração de negócios e crescimento das exportações não forem levados em grande consideração por ocasião das discussões de acordos bilaterais, acordos multilaterais ou das discussões sobre a modernização das políticas do transporte aéreo doméstico ou internacional no Brasil, os verdadeiros “interesses nacionais” não estarão em pauta.

Outro item a ser levantado seria a possibilidade de redução nos quadros de funcionários de empresas aéreas brasileiras por ocasião da entrada de uma nova estrutura de funcionamento mais enxuta, mais produtiva. Por mais que fosse negativo para aqueles dispensados, uma maior produtividade nas empresas seria benéfica não apenas para elas próprias, mas como, principalmente, para os consumidores brasileiros.

Ademais, diversos profissionais brasileiros, principalmente pilotos, primeiros-oficiais e mecânicos especialistas dispensados nos processos de reestruturação da VARIG, da VASP e da recente paralisação da Transbrasil, foram absorvidos pela crescente TAM ou pela novata Gol. Outros se encontram voando em empresas na Coreia, na China e em outros países. Isso vem demonstrar que não é apenas o ingresso de capital estrangeiro que pode trazer demissões em larga escala, bem como vem demonstrar que há

alternativas tanto no mercado doméstico como no internacional.

6. Conclusão

Diante de diversas conquistas tecnológicas desde a sua criação, o transporte aéreo, tanto na esfera nacional quanto na internacional, não tem sido premiado com modernizações constantes das suas legislações.

Na esfera nacional, mesmo tendo sido efetivada na década de 80, a regulamentação nacional já se encontra defasada com relação à Constituição de 1988, suas Emendas¹⁴ e Leis Específicas mais modernas. Entretanto, apesar de essas defasagens e não-conformidades com legislações superiores serem claras, pouco tem sido feito para que uma verdadeira atualização e modernização das legislações aeronáuticas venha a ser efetivada.

Na esfera internacional, pior, as regulamentações ainda em vigor datam da época das aeronaves com estrutura de madeira e dos revestimentos das superfícies com lonas.

Isso posto, cabe ressaltar que muito ainda há para ser discutido e analisado sobre assunto tão relevante. Contudo, essas discussões e análises devem ser conduzidas com a participação direta de diversos atores da sociedade, e em conformidade ao que enuncia a própria autoridade aeronáutica em um de seus mais importantes documentos: *coerente com os princípios democráticos* e não entre as seletas *forças atuantes na indústria do transporte aéreo* (trechos em itálico extraídos da V CONAC, apud CONFERÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO COMERCIAL, 1992):

– A autoridade aeronáutica, o Congresso Nacional e o Executivo urgem por tomar as providências necessárias para adequar o transporte aéreo brasileiro aos princípios das legislações mais recentes sobre concorrência, ingresso de capital estrangeiro e defesa do consumidor.

– Nessa revisão, dever-se-ia considerar a ampliação da parcela de capital estran-

geiro nas empresas aéreas nacionais dos atuais 20% para uma faixa de 40-49%, uma vez que a Convenção de Chicago (1944), por meio dos Acordos de 2ª e 5ª liberdades firmados em sua decorrência, ressalta que empresas aéreas que prestam serviços internacionais regulares devem possuir “substancial” parte do seu capital votante sob o controle de empresas ou cidadãos do seu próprio país.

– De forma complementar, uma vez que essa restrição não se aplica às empresas com operações exclusivamente domésticas, o patamar sugerido de 40-49% poderia ser abolido, podendo chegar a 100% (a exemplo do que já ocorre na Austrália e Nova Zelândia, sem mencionar no mercado intra-União Européia), respeitando todas as demais legislações brasileiras, em particular as de natureza trabalhista.

– Por analogia, permitir que empresas aéreas estrangeiras interessadas possam estabelecer subsidiárias em território nacional para operações domésticas, integralmente sob a égide das legislações brasileiras.

– Sobretudo, por ocasião da discussão de acordos bilaterais ou multilaterais de serviços aéreos, e por ocasião da discussão envolvendo políticas e novas legislações para o transporte aéreo no Brasil, considerar, em primeiro lugar, os verdadeiros “interesses nacionais” (geração de empregos nos diversos setores da economia, distribuição de renda, crescimento da economia nacional, desenvolvimento das regiões do país, expansão do turismo receptivo e do turismo doméstico, maiores oportunidades para a geração de negócios e o crescimento das exportações, entre outros) e não os interesses diretos das empresas aéreas brasileiras, como tem sido feito até então.

Cabe recordar, por derradeiro, que alguns desses fatores “modernizadores” faziam parte da política da autoridade aeronáutica brasileira durante as primeiras quatro ou cinco décadas do desenvolvimento do transporte aéreo no país. Mais ainda, muitos desses e outros aspectos de relevância fazem

parte da *essência das ações estratégicas* enunciadas pelo Departamento de Aviação Civil para a promoção de um maior nível de competição e para que seja possível uma maior participação do capital estrangeiro no setor. Entretanto, falta justamente a *ação* para discuti-las e analisá-las abertamente, de forma pública, transparente e participativa.

À vista do exposto, este trabalho teve por motivo principal lançar a primeira flecha na discussão sobre os aspectos relativos a um maior ingresso de capital estrangeiro nas empresas aéreas brasileiras com base na *essência regulatória* à vista dos princípios constitucionais e da legislação sobre defesa da concorrência no Brasil, para que os doutos, com mais engenho que nós, possam iniciar um amplo debate sobre os aspectos relativos às possíveis influências do ingresso direto de um maior volume de capital estrangeiro nas empresas aéreas com relação à competição nos mercados doméstico e internacional, à soberania e segurança nacional e à capacidade de geração de empregos no setor.

Finalmente, esperamos que este trabalho seja o início concreto e efetivo de uma ampla e detalhada discussão sobre o assunto. Mais uma vez, aponta-se para a necessidade de esta discussão não ter a participação exclusiva ou muito menos ser unicamente conduzida pela autoridade aeronáutica, empresas aéreas ou sindicatos de aeronautas e aeroviários. A discussão deve ser pública e transparente, devendo ter, sim, a participação direta do Congresso Nacional, da comunidade acadêmica, de associações de consumidores, de câmaras de comércio, de autoridades e especialistas da indústria do turismo, de autoridades e especialistas em comércio exterior, e autoridades governamentais e especialistas em regulação e concorrência, apenas para citar alguns.

Notas

¹ No Brasil, o tema ainda é pouco explorado, seja porque existem muitos conflitos de interesses

entre controladores e funcionários (por exemplo, no caso da Varig), seja porque problemas corporativos dificultam tal associação ou mesmo por total falta de interesse do Governo em aprofundar no tema. Genericamente, as fusões levam à otimização na utilização dos insumos e ganhos de eficiência e produtividade, sem falar na facilidade de obter vantagens no estabelecimento de alianças locais e parceria em rede. No caso específico do transporte aéreo, quando duas ou mais companhias aéreas se fundem (por que não permitir que os milhares de empregos da Transbrasil sejam salvos, por exemplo, através de uma fusão com uma companhia aérea estrangeira?), suas redes de ligações se consolidam, o que elimina duplicações de itinerários, sem necessariamente haver queda na oferta do serviço, eliminando operações não lucrativas. E mais. Tal ato propicia economia de escala, de informação ou marketing, ganhos esses que serão repassados para o consumidor em serviços e/ou na queda das tarifas.

² A Vasp, até novembro de 2001, detinha 50,3% do controle acionário do Loyd Aereo Boliviano (LAB), que foi privatizado em 1996. Os outros 49,7% das ações da empresa ficavam sob o controle do Governo Boliviano. Segundo informação de Ronaldo D'Ercole (2001), do Jornal O GLOBO, a venda das ações da Vasp foi feita ao empresário Ernesto Asbún, dono de uma rede de TV e de negócios no setor de cerveja daquele país.

³ A Varig, até julho de 2001, detinha 49% das ações da Pluna S.A., ex-estatal Uruguiaia vendida pelo Governo em 1995. O Governo Uruguiaio detinha 49% das ações e os Irmãos Mesa (empresários uruguaios) 2%. Um fato interessante sobre a publicação do balanço fiscal da Pluna foi noticiado por Daniel Oticica (2001), da Gazeta Mercantil, dada a notória crise financeira da VARIG e as turbulências no mercado de aviação latino-americano. "No Uruguai, ao contrário do Brasil, onde as maiores empresas aéreas operam há anos no vermelho, a legislação das sociedades anônimas daquele país não permite que as empresas que ostentam a sigla S.A (Sociedade Anônima) apresentem patrimônio líquido negativo ou inferior a 25% do capital social integralizado". Assim, segundo a reportagem, "o Governo Uruguiaio já demonstrou que não será complacente com a situação da Pluna. Ameaçou diversas vezes cancelar a concessão da empresa à VARIG.(...) O Ministério de Transportes e Obras Públicas do Uruguai informou que vai realizar uma auditoria contábil e financeira na Pluna para saber qual é exatamente a situação econômica da companhia"

⁴ Sobre o tema, aconselhamos a leitura do artigo intitulado "Tratamento Jurídico Dispensado no Brasil ao Capital Estrangeiro" do Prof. Titular de Direito Comercial da UFRGS Werter R. Faria (1991).

⁵ Aconselhamos a leitura do artigo “Hermenêutica da Constituição Econômica”, de Luís Afonso Herk, que esclarece ser a Constituição Econômica “um conjunto de normas que disciplina o fato econômico e o fato social inerente a ele”. Apesar de o tema ser complexo, o que foge ao objeto deste trabalho, não podemos deixar de lembrar que restrição imposta pelo CBA vem impedindo que milhares de empregos do setor sejam salvos (por exemplo, a Transbrasil) por empresas estrangeiras interessadas em investir no setor.

⁶ O Prof. Celso Antonio Bandeira de Mello (apud GRAU, 1998), em clássico e belo trabalho intitulado “Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social”, ainda nessa linha de pensamento, tem muito a contribuir para o aprofundamento da presente questão. Vejamos a seguinte passagem (o artigo citado refere-se à EC nº 1/69): “Política econômica que conduz, cientemente, à retração na oferta de emprego produtivo implica frontal contradição ao art. 160, V (...) – que subordina a ordem econômica e social ao princípio da expansão das oportunidades de emprego produtivo. Trabalhador prejudicado por ela pode propor, com base naquele preceptivo, ação anulatória dos atos administrativos que diretamente concorrem para o resultado proibido” (MELLO apud GRAU, 1998).

⁷ Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: IV – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado.

⁸ Para uma maior compreensão sobre o assunto, faz-se necessário, por certo, mergulhar no magnífico livro do Prof. Eros Roberto Grau (1998) “A Ordem Econômica na Constituição de 1988”.

⁹ “Art. 187. Não podem impetrar concordata as empresas que, por seus atos constitutivos, tenham por objeto a exploração de serviços aéreos de qualquer natureza ou de infra-estrutura aeronáutica”.

¹⁰ Sobre o assunto, Joelmir Beting (2002) já havia alinhavado preciosas colocações em sua tradicional coluna. Vejamos: “A abertura do mercado ultra-regulado ocorre no vácuo da falta de treino mercadológico ao fim e ao cabo de meio século de comando e de mando estatal. Ademais, consultores do ramo ponderam que o ‘tamanho ótimo’ do mercado brasileiro comportaria, hoje, duas empresas no tráfego doméstico de primeira linha e uma única bandeira nacional no mercado externo em estado de guerra. A restauração do setor teria de passar também por um novo Código Brasileiro de Aeronáutica. Capaz de permitir a concordata preventiva e de refazer marcos regulatórios obsoletos. Mas não é preciso um novo Código ou uma nova Agência para a adoção de um novo cardápio tarifário e de um resseguro cambial lastreado em fun-

do da Infraero formados pelo pesado adicional das taxas aeroportuárias”.

¹¹ Nessa linha de pensamento, de que o Congresso Nacional, a exemplo de países mais adiantados, tem muito a contribuir com a modernização do Transporte Aéreo, vejamos a lapidar passagem: “Apesar de questionada pelos apologistas dos executivos ‘fortes’, a participação mais efetiva do legislativo possui uma série de vantagens do ponto de vista do interesse público, inclusive pela própria natureza dos processos decisórios – abertos e participativos – peculiares aos órgãos legislativos. Como observamos em artigo anterior, embora seja verdade que tais processos sejam mais lentos do que conduzidos em ambientes com a autoridade centralizada, também é verdade que estes, na medida em que propiciam que vários interesses e visões da realidade se digladiem entre si, conduzem a decisões mais maduras, consolidadas e ajustadas às demandas da sociedade (...). Nesse sentido, são exemplares as atuações do Congresso Nacional nos projetos SIVAM, da Ferrovia Norte-Sul e da transposição das Águas do Rio São Francisco” (SANCHES, 1998).

¹² Alberto Komatsu (2003), repórter do Jornal do Brasil, traz, em recente reportagem, a notícia de que a Gol Transportes Aéreos está finalizando as negociações para receber um sócio estrangeiro disposto a comprar 20% do seu capital – limite permitido por lei. Segundo fontes do mercado, o investidor é a seguradora americana AIG, que no Brasil é acionista do Unibanco AIG Seguros. Segundo fontes do mercado, o negócio pode estar sendo viabilizado pela arrendadora de aviões ILFC, que faz *leasing* com a própria Gol. Além disso, a AIG também é acionista da megaempresa de *leasing* de aeronaves ILFC. Os rumores de que a Gol estaria buscando um parceiro ficaram mais fortes em setembro do ano passado depois de a empresa ter virado uma S.A. de capital fechado, com o objetivo de captar recursos com investidores.

¹³ Segundo informação da Gazeta Mercantil (CONTINENTAL, 2001), a Continental Airlines, quinta maior companhia aérea dos Estados Unidos, esteve de olho na Transbrasil. “As duas empresas mantêm, há vários meses, conversações que podem evoluir para uma possível compra de participação acionária (...). A Continental, por sua vez, já demonstrou que deseja mesmo ter uma presença estratégica mais forte na América Latina. Há três anos, a companhia comprou 49 % das ações de uma empresa de aviação Panamenha, a Copa Airlines. Desde então, a empresa do Panamá vem obtendo excelentes resultados, crescendo a uma média de 70% ao ano.”

¹⁴ Com o escopo de compreender melhor a participação do capital estrangeiro no Brasil, após a publicação das Emendas Constitucionais de 1995,

sugerimos a importante leitura do excelente trabalho científico de autoria do Prof. Denis Borges Barbosa (1996), que veio a receber o título de “Direito de Acesso do Capital Estrangeiro – Direito do Desenvolvimento Industrial, vol. I”.

Referências

- AIR Transport Association. Washington, 2000. Disponível em: <<http://www.air-transport.org>>. Acesso em: [200-?].
- ANNUAL INTERNATIONAL AVIATION SYMPOSIUM, 8., 1999, Phoenix. *Airline ownership: are citizenship laws passé?*. Phoenix: Symposium, 1999.
- BARBOSA, D. B. *Direito de acesso do capital estrangeiro: após as emendas constitucionais de 1995: direito do desenvolvimento industrial*. Rio de Janeiro: L. Júris, 1996. 1 v.
- BERNSTEIN, G. W. Discussion panel report on international airlines. In: INTERNATIONAL WORKSHOP: future aviation activities, transportation research circular, 9., 2000, Washington. *Transportation Research Board, National Research Council*, Washington, fev. 2000.
- BETING, J. Aéreas sem proair. *O Globo*, Rio de Janeiro, 5 abr. 2002.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. Parecer n. 008/COGDC-DF/SEAE/MF, de 19 jan. 2001. Ato de Concentração n. 08012.007398/00-70, versão pública. *Secretaria de Acompanhamento Econômico*, Brasília, 2001.
- _____. Ministério da Fazenda. Parecer n. 435/COGDC-DF/SEAE/MF, de 18 out. 2000. Ato de Concentração n. 08012.004118/2000-98, versão pública. *Secretaria de Acompanhamento Econômico*, Brasília, 2000.
- BRENES, E. R. Strategies for globalizing latin american business. *Journal of Business Research*, London, n. 50, 2000.
- BUTTON, K. J. Opening U.S. skies to global competition. *Trade Policy Analysis*, Washington, n. 5, nov. 1998.
- CASTRO, N.; LAMY, P. Desregulamentação do setor transporte e subsector transporte aéreo de passageiros. *Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*, Rio de Janeiro, n. 319, 1993.
- CHANG, Y. C.; WILLIAMS G. Changing the rules: amending the nationality clauses in air service agreements. *Journal of Air Transport Management*, London, v. 7, 2001.
- COELHO, I. M. A defesa da livre concorrência na constituição de 1988. *Arquivos do Ministério da Justiça*, Brasília, v. 47, n. 184, 1994.
- CONFERÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO COMERCIAL: política para serviços de transporte aéreo comercial no Brasil, 5., 1992, Rio de Janeiro. V CONAC. Rio de Janeiro: Ministério da Aeronáutica. Departamento de Aviação Civil, 1992.
- CONTINENTAL Airlines cobiça a Transbrasil. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 10-12 ago. 2001. Administração & Marketing.
- CORREIA, F. C.; ESPIRITO SANTO JR., R. A. Serviço público de transporte aéreo no Brasil: aspectos jurídicos e a desregulamentação do setor. *Boletim DCAP*, São Paulo, a. 4, n. 1, 2000.
- CRETELLA JR., J. *Comentários à lei antitruste*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- D'ERCOLE, D. Vasp vende sua participação no Lloyd aéreo boliviano a empresário de TV. *O Globo*, Rio de Janeiro, 13 nov. 2001.
- DAVIES, R. E. G. *Airlines of latin america since 1919*. Washington: Smithsonian Institution Press, 1984.
- ESPIRITO SANTO JR., R. A. *Cenários futuros para o transporte aéreo internacional de passageiros no Brasil*. 2000. ? f. Programa de Engenharia de Transportes (Tese de doutorado)—Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.
- _____. ; BARREIRO, J. H. L. D.; SANTOS, M. P. S. Flexibilização do transporte aéreo no Brasil: ingresso numa era de maior competição?. *Anais do XII ANPET: Associação Nacional de Pesquisa e Ensino em Transportes*, Fortaleza, 1998.
- EUROPEAN UNION. European commission trade directorate-general. Responds firmly to U.S. Decision to severely restrict steel imports. *Communication release from the European commission trade DG information unit*. Bruxelas: European Union, 6 mar. 2002.
- FARIA, W. R. Tratamento jurídico dispensado no Brasil ao capital estrangeiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília. a. 28, n. 110, abr./jun. 1991.
- FENNES, R. J. Back to the future or a bridge across tomorrow?. *Annual International Aviation Symposium*, 9., Phoenix, 2000.
- _____. *International air cargo transport services: economic regulation and policy*. 1997. 249 f. (Tese de Doutorado)—Universiteit te Leiden, Leiden, 1997.
- FLINT, P. The missing \$15 billion. *Air Transport World*, Washington, v. 39, n. 11, 2002.

- FORSYTH, P. Promoting trade in airline services. *Journal of Air Transport Management*, London, v. 7, 2001.
- GRAU, E. R. *A ordem econômica na constituição de 1988: interpretação e crítica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- HAVEL, B. *In search of open skies: law and policy for a new era in international aviation*. London: Kluwer Law International, 1997.
- IMPACT of changing foreign investment and control limits on U.S. Airlines. *United States General Accounting Office*, Washington, dez. 1992.
- KOMATSU, A. Gol negocia 20% do capital. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 15 jan. 2003.
- MURDOCK, D. Empty seats, high fares. *The Washington Times*, Washington, 9 set. 1998. Disponível em: <<http://www.ncpa.org/pd/regulat/regscpt98d.html>>. Acesso em: [199-?].
- OITICICA, D. Pluna aumenta prejuízo da Varig. *Gazeta Mercantil*, São Paulo, 24 jul. 2001.
- PLANO DE DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DE AVIAÇÃO CIVIL, 1997, 4., Rio de Janeiro. IV PDSAC. Rio de Janeiro: Ministério da Aeronáutica. Departamento de Aviação Civil, 1997.
- RAMOS, J. Policy directions for the new economic model in latin america. *World Development*, London, v. 28, n. 9, 2000.
- REUNIÃO DE CONSULTA AERONÁUTICA BRASIL/ALEMANHA, 9., 1996, [S. 1.]. *Relatório Final*, [S. 1.], 25 jan. 1996.
- SANCHES, O. M. Atuação do poder legislativo no orçamento: problemas de imperativos de novo modelo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 35, n. 138, abr./jun. 1998.
- SUBSTANTIAL ownership and effective control over designated airlines: working paper A33-WP/181. *International Civil Aviation Organization: Economic Commission*, Montreal, 25 set. 2001.
- VELOCCI, A. L. Can majors shift focus fast enough to survive?. *Aviation Week & Space Technology*, Columbo, v. 157, n. 21, 2000.

Apreciações sobre o controle externo

Luciano Brandão Alves de Souza

Decorridos quase 18 anos da promulgação da Carta Magna de 5 de outubro de 1988 – que, nos seus arts. 70 a 75, trata da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União –, julgo oportuno, antes de tecer considerações sobre o Controle Externo, retornar ao passado, importante aliado no enfrentamento do presente e na fixação de estratégia para o futuro.

Não obstante várias tentativas de criação de um Tribunal de Contas brasileiro após a Independência de 1822, foi somente com as reformas político-administrativas da recém-instalada República que, finalmente, a Instituição hoje mais que centenária passou a existir, graças ao Decreto nº 966-A, de 7 de novembro de 1890, baixado pelo Chefe do Governo Provisório, Marechal Deodoro da Fonseca, por iniciativa de Rui Barbosa, então Ministro da Fazenda.

Institucionalizado definitivamente na Constituição de 1891, o Tribunal de Contas, desde então, passou a constar de todos os textos constitucionais, sempre como órgão autônomo, com destacadas funções, ainda que suas competências, ao longo da República, tenham sofrido modificações.

Entre as mais significativas, estão aquelas introduzidas pela Carta Política de 1967, que eliminou o registro prévio dos atos de Governo, com reflexos sobre a execução orçamentária e financeira oficial, principalmente no tocante aos contratos. Por outro

Luciano Brandão Alves de Souza é Ministro Emérito do TCU.

lado, instituíram-se o Sistema de Controle Interno do Poder Executivo e a fiscalização *in loco*.

Na realidade, o regime anterior ao Diploma de 1967 já não mais possibilitava o efetivo acompanhamento da gestão financeira e orçamentária da Administração Pública. A hipertrofia das funções do Estado e, especialmente, o crescente número de entidades com personalidade jurídica própria, que se agasalhavam à sombra do Poder Público, levaram os Constituintes de 1967 a pensar em soluções mais consentâneas com a realidade nacional.

A idéia de se instituir um corpo de Auditoria Geral, a exemplo do existente na América do Norte, foi prontamente rejeitada. É que o desaconselhava a tradição brasileira. Optou-se por solução mais adequada: extinto o registro prévio e mantido o Órgão de Contas, desde então sob a denominação de TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO (TCU), cumpria dotá-lo de instrumentos que lhe permitissem eficiência e eficácia no exercício de sua missão fiscalizadora.

Dessa forma, além de suas competências jurisdicionais, foi conferida ao TCU a faculdade de realizar as inspeções que julgasse necessárias, vinculando-se a ação do Controle Interno à de Unidade de apoio à Corte de Contas, evitando-se, assim, o gigantismo do aparelho de Controle Externo e a multiplicidade cumulativa de esforços e de custos operacionais.

Promulgada a Constituição de 5 de outubro de 1988, vemos nela reinscritas, de forma significativamente aumentada, as competências e prerrogativas do Tribunal de Contas da União. Ao contrário do que sucedera em 1967 – quando se tratou de inovar ou renovar substancialmente o regime de fiscalização financeira e orçamentária até então estatuído –, em 1988 cuidou-se de fortalecer e ampliar, de diversas formas, o sistema anterior; particularmente, no que se refere à abrangência das entidades fiscalizadas, à iniciativa popular e aos aspectos do controle e sanções aplicáveis. Consoli-

dava-se, assim, sob muitas faces, situações que, à época, já constituíam preocupação da Corte de Contas.

Com efeito, passou o TCU a fiscalizar, sem ressalvas, todo o universo de órgãos da Administração Direta e de entidades da Administração Indireta. Passou a controlar, em suma, todos os gastos oriundos de recursos públicos, todas as contas da União em seus aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial.

A inclusão, pela primeira vez, do controle operacional – medida altamente louvável – possibilitou a avaliação do desempenho da gestão pública, não somente quanto à legalidade e legitimidade de seus atos, mas também no que se refere à economicidade dos recursos aplicados. Com isso, confirmou-se em nível máximo de nosso ordenamento jurídico a prática de análise da gerência governamental que o TCU, dentro dos seus antigos limites de competência, já vinha ensaiando há algum tempo, com a realização das suas denominadas auditorias programáticas, regulamentadas pela Portaria TCU nº 199, de 13/12/82.

Em outra importante iniciativa da nova Carta, estendeu-se a fiscalização do TCU às contas nacionais das empresas supranacionais.

Quanto ao controle das despesas de pessoal, ressaltem-se as competências aditadas, relativamente ao registro das concessões de aposentadorias e pensões na Administração Indireta e dos atos de admissão nas Administrações Direta e Indireta.

Mandamento igualmente inovador conferiu ao Tribunal a fiscalização da renúncia de receitas, sem prejuízo da vigilância sobre a utilização de incentivos fiscais. Mais uma vez, normatizou-se em plano superior uma modalidade de verificação que há muito vinha preocupando a Instituição de Contas. A esse respeito, importa lembrar as várias auditagens levadas a efeito na década de oitenta junto à SUDENE, à SUDAM e a outros órgãos responsáveis pelas políticas nessa área, no sentido de se aprecia-

rem os resultados conseguidos com tais estímulos fiscais.

Colocaram-se de igual maneira sob o rigoroso controle do Tribunal os recursos transferidos pela União, mediante convênios, acordos ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, visando à execução de programas delegados, para atender ao salutar princípio da descentralização das atividades governamentais. Novamente, temos aqui a consagração, no Texto Maior, de procedimento fiscalizatório ao qual o Tribunal de Contas sempre esteve atento; a ponto de realizar cotidianamente trabalhos nesse campo, exigindo inclusive, nas contas anuais dos órgãos repassadores, informações conclusivas sobre a correta aplicação de tais remessas.

A Nova Carta de 1988 confirmou, ainda, a aplicação de sanções aos responsáveis por ilegalidade de despesas ou irregularidade de contas, prevendo multas proporcionais ao dano causado ao Erário, em vez das cominações irrisórias até então vigentes.

Frise-se também que o entrosamento do TCU com o Congresso Nacional ficou ali definido com precisão, em diversos de seus dispositivos. De fato, no art. 72, §§ 1º e 2º, é estabelecido estreito relacionamento com um dos órgãos de maior relevância do Congresso: a Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados, à qual se deferiram prerrogativas de especial significação. Em conseqüência, diante de indícios de despesas não autorizadas, aquela Comissão pode agora recorrer ao Tribunal, solicitando-lhe pronunciamento conclusivo, que poderá redundar até mesmo na suspensão do gasto.

De igual modo, foram previstas para o TCU, nos incisos IV, VII e § 4º do art. 71, atividades afins com o Legislativo, incluindo o encaminhamento de Relatórios periódicos de suas atividades.

Estreitou-se, assim, e de forma significativamente ampliada, o pleno inter-relacionamento de duas Instituições – o Congres-

so Nacional e o TCU – que perseguem os mesmos ideais.

De outra parte, no art. 73, ao definir a composição do TCU, sua jurisdição, os novos critérios e requisitos para o preenchimento do cargo de Ministro, a Constituição lhe estendeu os impedimentos, garantias e prerrogativas dos integrantes do Superior Tribunal de Justiça. E isso inclui o requisito da vitaliciedade, em boa hora mantido, já que representa não privilégio pessoal, mas condição indispensável ao bom desempenho das altas responsabilidades de que são investidos os Membros da Corte de Contas.

Foram ainda confirmadas ou acrescidas, mas agora definidas em nível constitucional, as finalidades dos Sistemas de Controle Interno dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Assegurou-se, desse modo, o perfeito encadeamento sistêmico e a almejada integração com o Controle Externo. Com isso, foram criadas condições indispensáveis ao controle maior que, em nome do povo, compete ao Parlamento exercer.

Por sua vez, o preceito constitucional do art. 74, § 2º – que permite a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato formular denúncia ao TCU –, traduz inegável sentido democrático, configurando inestimável conquista do contribuinte, a quem se deferiu ação presente e participativa no controle dos dinheiros do Erário. Simboliza, em verdade, o espírito que norteou a elaboração da última Lei Maior do País.

De ressaltar ainda a institucionalização, em plano constitucional, do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União. Tal fato, singularmente importante, veio atender a uma série de exigências – até mesmo de racionalização administrativa –, de modo a viabilizar a convivência entre os dois Órgãos que buscam os mesmos objetivos. Com efeito, ambos se interligam nas competências que o ordenamento jurídico lhes reconhece, compreendendo o controle de natureza técnica para o exercício da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União, quanto à

legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (Cf. art. 70 da CF).

Cumpra-se destacar ainda outros substanciais avanços em relação à Carta Política anterior a 1988, pelo que representam em termos de afirmação do conceito atribuído ao Tribunal de Contas no ordenamento jurídico vigente.

É o caso, por exemplo, do aperfeiçoamento quanto às impugnações dos contratos irregularmente firmados pela Administração. A sustação desses instrumentos, uma vez recusados pelo TCU, era de competência exclusiva do Congresso Nacional, que, recebida a comunicação e sobre ela não se pronunciando em 90 dias, tornava insubsistente a decisão da Corte de Contas, dando como válido o ato praticado. Hoje, diferentemente, detectada a irregularidade, o Tribunal comunica o fato ao Legislativo. Este não se pronunciando no prazo de 90 dias, o TCU poderá decidir a respeito. Dessa forma, a partir de 1988, o silêncio do Congresso Nacional em matéria de impugnação de contrato não mais convalida o ato questionado. Isso significa, portanto, maior autonomia do Tribunal para se manifestar sobre o assunto.

Um outro marcante avanço, garantidor, em nível constitucional, dos resultados do poder de fiscalização do Tribunal, está inscrito no § 3º do art. 71 da CF. Aí, confere-se às decisões do Órgão de Controle de que resulte imputação de débito ou multa a eficácia de título executivo.

Saliente-se mais como de boa diretriz a regra do art. 75. Nele, prevê-se, com muita propriedade, a aplicação, no que couber, das normas do plano federal para a organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Com isso, preservou-se a indispensável coesão dentro do Sistema de Controle Externo como um todo. Dessa forma, em seu operar institucional, erigido pelo Magno Texto, o grande Sistema Tribunais de Contas do

Brasil contempla a magnitude e complexidade da função de Controle Externo, relativamente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, bem como a determinados Municípios (Rio de Janeiro e São Paulo). O desempenho dessa vigilância, em suas várias órbitas, compete ao respectivo Tribunal de Contas, órgão técnico autônomo que exerce tal controle ao lado de cada Poder Legislativo, no interior da respectiva Unidade Federada.

Disso resulta que, em 1988, ao TCU foi deferida a condição de paradigma para seus congêneres das diversas Unidades resultantes de nossa forma federativa de Estado. E não só em termos de competências, como também no tocante à organização, composição, estrutura e funcionamento. E, ainda, no que concerne à escolha, nomeação e garantias dos seus Membros.

Vê-se, portanto, que a Constituição vigente definiu de modo claro todo o Sistema de Controle das Contas Públicas, adequando-o à atual realidade política, social e econômica do País.

Como conseqüência dos novos mandamentos constitucionais, certas providências se fizeram indispensáveis, visando rapidez, segurança e eficiência no exercício do controle das finanças estatais. Daí terem sido concebidas várias inovações no desempenho da missão institucional do TCU, objetivando a defesa do patrimônio público, da moralidade, da probidade, da legalidade, da legitimidade e da eficiência. Para tanto, fortaleceu-se sobremodo uma das vertentes da fiscalização a cargo do Tribunal, a saber: as Auditorias em suas várias modalidades.

De outra parte, os avanços tecnológicos e a massificação das informações muito têm contribuído para a consolidação da cidadania. As exigências feitas ao Estado por melhores serviços, eficiência e efetividade no uso dos recursos públicos têm pautado as ações dos cidadãos. Estes reclamam transparência, honestidade, moralidade e excelência por parte da Administração Pública.

Com isso, foram adicionadas às tradicionais auditorias de conformidade legal novas modalidades de fiscalização, focadas no desempenho do órgão auditado, na economicidade, na eficiência, na eficácia e na efetividade dos atos de Governo. Nesse contexto, destaque-se a excelente atuação, no âmbito do TCU, da Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (SEPROG), cujos trabalhos vêm proporcionando indiscutível aperfeiçoamento da ação estatal.

Com base nas avaliações feitas por essa Unidade Técnica especializada, o Tribunal vem formulando importantes recomendações aos gestores oficiais. Visam elas à redução de custos, à utilização mais adequada de insumos e ao aperfeiçoamento de processos para atingir melhor o público-alvo. Seu objetivo é também a aquisição de novas habilidades pelos implementadores de programas, a instituição de controles para coibir fraudes e a disseminação de boas práticas. Tais medidas revelam justa preocupação com o desempenho dos programas, de forma que eles possam mudar para melhor a realidade social sobre a qual atuam.

Como se vê, a Lei Máxima de 1988 representou considerável impulso rumo à efetividade do Controle Externo. Por ser ela resultado de amplos debates e acurado processo legislativo, refletiu a viva preocupação com a gestão da coisa pública.

Acompanhamos todos, atenta e diuturnamente, a atuação dos Senhores Constituintes ao longo dos vários meses de extenuante trabalho e extraordinário devotamento à nobilíssima missão em que foram investidos.

Caracterizou-se a elaboração constitucional, desde a convocação da Assembléia, e em todas as suas etapas, por procedimentos eminentemente democráticos, abrindo-se ensejo à participação efetiva de todas as correntes de pensamento, de todos os segmentos da sociedade.

Indubitavelmente, é a Constituição mais participativa de quantas já tivemos, contem-

plando a média dos anseios de uma sociedade moderna e modernizadora, com as naturais polêmicas e controvérsias, inevitáveis em matéria dessa magnitude.

É de relembrar que, após sucessivas deliberações nas Subcomissões e depois nas Comissões Temáticas, o projeto final sobre o Controle Externo foi aprovado pela Comissão de Sistematização, tendo recebido ali dois substitutivos.

O texto mereceu ainda derradeiros ajustes nas votações plenárias em 1^o e 2^o turnos. Aí, mais uma vez, os Senhores Constituintes demonstraram acentuado zelo e marcante cuidado em produzir Normativo à altura dos legítimos interesses nacionais.

Por tudo isso, é compreensível que todos quantos se interessam pelo bom e regular emprego dos recursos do Erário guardem justo reconhecimento para com os Presidentes, Relatores e demais integrantes das várias Comissões Técnicas que trabalharam na Constituinte de 1988.

Agradecimento especial é imperativo seja consignado ao nobre Senador Bernardo Cabral, que nela teve atuação excepcional como Relator-Geral. Sem dúvida, Sua Excelência reafirmou sua ampla competência na condução dos trabalhos que resultaram em tão importantes mudanças na definição institucional do TCU, adequando-o à atual realidade política, social e econômica do País. Nessa exaustiva tarefa, contou sempre com a esclarecida colaboração do nobre Deputado Antonio Carlos Konder Reis, na condição de Sub-Relator-Geral da Assembléia.

Impõe-se também justo reconhecimento a todos os Constituintes de 1988, simbolizados na figura ímpar do saudoso Presidente Ulysses Guimarães. Sua Excelência, com inextinguível espírito cívico, sensibilidade e proficiência, incansavelmente dirigiu os trabalhos daquela Assembléia Nacional, conduzindo-a, em memorável jornada, a desfecho expressivamente positivo, em perfeita consonância com as legítimas aspirações do povo brasileiro.

Concluindo, é nossa inabalável convicção que a Corte de Contas manterá sempre, perante a sociedade brasileira, postura digna dos nobres objetivos motivadores de sua criação em 1890. Instituição imprescindível no controle da correta aplicação dos recursos do Erário, guardiã dos melhores inte-

resses da coletividade, vigilante quanto aos desvios cometidos nos gastos públicos, saberá o Tribunal de Contas da União corresponder, como vem aliás fazendo ao longo de mais de um século, às novas e ampliadas competências que em boa hora lhe foram outorgadas pela Carta Magna de 1988.

O controle externo da Administração Pública pelas Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil

José de Ribamar Barreiros Soares

Sumário

1. Introdução. 2. O inquérito parlamentar como instrumento de sanção política e social da legalidade, moralidade e eficiência da Administração Pública no Brasil. 2.1. Aspectos ontológicos do inquérito parlamentar. 2.2. A vontade popular como elemento plasmador de mudanças administrativas. 2.3. A internet como espaço público na investigação parlamentar. 2.4. A integração entre os Poderes Legislativo e Executivo – a democratização pela harmonia entre Poderes estatais. 3. Conclusão.

1. Introdução

No Brasil, as Comissões Parlamentares de Inquérito existem desde a época do Império. Várias investigações foram feitas nesse período, concernentes aos órgãos controlados pelo Poder Executivo, mas nunca sobre os atos do próprio Executivo.

Segundo ensinamento de Duguit, citado por Laudo de Camargo (1945, p. 3 e 14), o poder de investigar decorre do poder de controle. Não pode ser mais extenso que este. O Parlamento pode nomear uma comissão de inquérito com o objetivo de investigar o funcionamento de um serviço judiciário, que é um serviço público. Todavia, não poderá praticar nenhum ato cuja natureza seja judiciária, nem dirigir injunções aos magistrados ou interferir em qualquer deliberação judicial.

Nesse sentido, afirma Wilson, em sua obra *Congressional Government*, citada por Góis de Andrade (1954, p. 23):

José de Ribamar Barreiros Soares é formado em Letras e Direito, Mestre em Direito pela UnB e Mestre em Ciência Política pela Paris I – Sorbonne. Exerce, atualmente, o cargo de Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados.

“É o próprio dever de um corpo de representantes olhar, diligentemente, dentro de cada negócio do governo e falar bastante a respeito do que vê. Ele significa os olhos e a voz e corporifica a sabedoria e aspirações dos eleitores(...) A função informativa do Congresso seria mesmo preferível às suas funções.”

Além do mais, é de se reconhecer que a divulgação e informação à opinião pública dos trabalhos de investigação da Comissão exercem papel fundamental no controle da administração pública. Esta, pressionada pela opinião pública, principalmente em períodos de eleição, torna-se sensível a mudanças recomendadas pelo Poder Legislativo e a exigências impostas pela sociedade. É que a administração pública se submete a uma forma de controle social, que pode exsurgir de diversas maneiras: ora diretamente e formalmente, ora indiretamente e informalmente.

Atualmente, é muito comum a apresentação de pedidos de abertura de Comissões Parlamentares de Inquérito, principalmente na Câmara dos Deputados, com a finalidade de investigar os mais diversos assuntos relacionados com a atuação da administração pública.

2. O inquérito parlamentar como instrumento de sanção política e social da legalidade, moralidade e eficiência da Administração Pública no Brasil

2.1. Aspectos ontológicos do inquérito parlamentar

A finalidade das investigações realizadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito é aspecto de grande relevância que atine ao seu próprio sentido ontológico. Os poderes conferidos à CPI não podem ser desprovidos de uma finalidade pública, vale dizer, de um objetivo relacionado com a representação popular, a defesa de direitos e interesses do povo e a atividade legis-

lativa. A CPI é um braço do Parlamento, uma extensão de suas competências, na defesa do interesse público.

Uma Comissão de Inquérito não pode ser instalada com o simples objetivo de investigar, como se fosse um órgão policial ou judiciário. A investigação é meio e não fim. O fato determinado que leva à instalação da CPI não pode ter interesse meramente penal ou processual.

Não é qualquer interesse público que justifica a abertura de Comissão Parlamentar de Inquérito, mas apenas aquele que diga respeito às funções do Parlamento, como fiscalizar os atos da administração pública, garantir a ética, a moralidade e a legalidade no exercício da representação política, a defesa do estado de direito, o aperfeiçoamento do processo legislativo e a informação à sociedade sobre condução administrativa e política dos negócios públicos.

2.2. A vontade popular como elemento plasmador de mudanças administrativas

É de notar-se que as Comissões de Inquérito trabalham diretamente para a opinião pública. Isso faz com que os envolvidos fiquem completamente expostos à sociedade. Essa pressão popular decorrente dos trabalhos da CPI faz com que muitas decisões, no âmbito administrativo, sejam tomadas de forma imediata. Podemos citar, como exemplo, a exoneração de um ocupante de cargo comissionado ou de uma autoridade do alto escalão do governo. Isso tem ocorrido com frequência, no caso brasileiro.

Em relação ao papel desempenhado pela internet na realização do inquérito parlamentar, são oportunas as considerações de Manuel Castells (1999, p. 366-367), que transcrevemos:

“A transformação da política e dos processos democráticos na sociedade em rede pode ocorrer de maneira ainda mais profunda que a apresentada nessas análises, pois, aos processos citados acima, acrescentaria ainda, como um dos principais fatores res-

ponsáveis por essa transformação, as conseqüências diretas das novas tecnologias da informação no debate político e nas estratégias de busca de poder. Essa dimensão tecnológica interage com as tendências mais abrangentes, características da sociedade em rede, como também com as reações comuns aos processos dominantes criados a partir dessa estrutura social. Exerce ainda poderosa influência sobre essa transformação, levando ao que chamo de política informacional. Assim, embora Bobbio esteja correto em apontar as diferenças recorrentes entre a direita e a esquerda política em todo o mundo (sobretudo quanto a seu modo de abordagem totalmente divergente do conceito de igualdade social), a direita, a esquerda e o centro precisam direcionar seus projetos e estratégias por um meio tecnológico semelhante se realmente tiverem a pretensão de atingir a sociedade, dessa forma assegurando o apoio de um número suficiente de cidadãos para ganhar acesso ao Estado. Sustento que tal uso compartilhado da tecnologia propicia a criação de novas regras do jogo, que, no contexto das transformações sociais, culturais e políticas apresentadas nesta obra, afetam profundamente a essência da política. O ponto principal dessa questão é que a mídia eletrônica (não só o rádio e a televisão, mas todas as formas de comunicação, tais como o jornal e a internet) passou a se tornar o espaço privilegiado da política. Não que toda a política possa ser reduzida a imagens, sons ou manipulações simbólicas. Contudo, sem a mídia, não há meios de adquirir ou exercer poder. Portanto, todos acabam entrando no mesmo jogo, embora não da mesma forma ou com o mesmo propósito.”

Durante as investigações feitas por Comissões Parlamentares de Inquérito, muitos

servidores públicos são afastados, exoneros ou até demitidos dos seus cargos, devido a envolvimento com esquemas fraudulentos, de corrupção ou criminosos.

Durante as investigações procedidas pela CPI do Narcotráfico, muitos policiais foram afastados ou expulsos de seus cargos e diversos comandantes foram exoneros, devido ao seu envolvimento com esse esquema criminoso ou por não terem demonstrado uma atuação firme no combate ao crime. Até mesmo parlamentares nos âmbitos federal e estadual tiveram seus mandatos cassados como decorrência dos trabalhos de investigação dessa Comissão.

Os poderes da Comissão de Inquérito, entretanto, limitam-se à investigação, não podendo haver condenação ou a propositura de ação penal. Essas competências são reservadas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público. Essa questão precisa ser melhor explicada à sociedade. Muitas vezes, há uma expectativa por parte do povo, além dos poderes constitucionais conferidos à comissão. O leigo tem, em regra, a crença de que a CPI julga, condena e executa, extingue atos administrativos, pratica atos administrativos, demite e exonera agentes públicos e políticos, entre outros aspectos.

Sobre essa matéria, bem se pronunciou a CPMI destinada a apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcante Farias, acerca da finalidade da Comissão:

“Julgar e punir foge à competência da CPI. Este é o mais notável equívoco que tem causado graves danos ao conceito, à reputação e respeitabilidade do Congresso Nacional, como órgão do Poder Legislativo Federal. A idéia de que uma comissão parlamentar de inquérito é uma entidade de caráter punitivo, dotada, para tanto, de força e poder para proferir sentenças condenatórias que ela mesma se incumbem de executar ou de fazer executar, mandando os culpados para a

cadeia, é uma imagem passada talvez involuntariamente pela Imprensa e que não corresponde à realidade.

Temos a forte impressão, recolhida da nossa experiência quotidiana e que nos é transmitida, também, pela leitura dos nossos principais jornais diários, de que esse equívoco se encontra muito disseminado entre as várias camadas da população brasileira. Cumpre – e urge – desfazê-lo, a fim de que, posta a verdade sobre essa matéria e difundida tanto quanto for possível, as Comissões Parlamentares de Inquérito sejam vistas, consideradas e julgadas, no desempenho de suas atividades constitucionais e regimentais, de modo correto e, assim, salutar à vida e experiência política nacional do Brasil. Denunciar é tarefa do Ministério Público, cabendo ao Poder Judiciário julgar, condenar e punir, ou inocentar. A sociedade exige que essas ações sejam céleres e eficientes.”*

Entretanto, a tomada de outras medidas permitidas a qualquer cidadão é possível no âmbito de atuação da comissão. Citamos, a título de exemplo, o que ocorreu durante os trabalhos da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Medicamentos. Ao examinar os preços de medicamentos, essa Comissão descobriu indícios de violação da ordem econômica. A Comissão interpôs Representações perante a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. A Representação de nº PA 08012.002038/00 foi instaurada contra a United Medical Ltda. Conforme nos informa o Relatório apresentado pela Comissão, “a decisão da SDE foi no sentido de ser apurada a existência de condutas infringentes à ordem econômica, con-

sistente em: 1) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; 2) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento, ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens e serviços; 3) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; 4) impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço do bem ou serviço; condutas estas que tipificam as infrações definidas no art. 20, incisos I, II, III, IV, do mesmo diploma legal. Notifique-se à Representada, obedecido o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 33 da Lei nº 8.884/94”.

Prosseguindo nessa linha de atuação, a Comissão, diante dos fortes indícios de preços excessivos e lucros arbitrários pela indústria de medicamentos, decidiu interpor Representação, na Secretaria de Direito Econômico, contra os laboratórios que elevaram preços muito acima dos índices de inflação no período de maio de 93 a dezembro de 99. Disso resultou a instauração do Processo Administrativo nº 08012.000581/100-16.

Observa-se que essa forma de controle da atividade administrativa tem também um caráter de colaboração, de integração entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo, em defesa da sociedade. Sem essa ação imediata da Comissão Parlamentar de Inquérito, talvez não fossem investigados esses aumentos de preços e, provavelmente, tais inquéritos administrativos não teriam sido instaurados.

Com relação ao controle efetuado por essas comissões sobre os atos da administração pública, um dos objetivos que o justificariam é o poder de *impeachment*. Concerne a esse aspecto, vale a pena comentar a importância dos trabalhos da CPMI destinada a apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello, referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcante Farias, que resultou no afastamento do Presidente Collor.

Outro exemplo foi o pedido de *impeachment* do Governador do Rio Grande do Sul

* Relatório da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito destinada a apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcante Farias, capazes de configurar ilicitude penal. Brasília, 1992, p. 33-34.

Olívio Dutra, formulado pela CPI estadual da Segurança Pública, conforme se comprova na seguinte notícia contida no Jornal O Estado de São Paulo do dia 15 de novembro de 2001:

“CPI propõe *impeachment* de Olívio Dutra

Relatório, aprovado por 10 votos a 2, denuncia governador por crime eleitoral e improbidade.

PORTO ALEGRE – A CPI da Segurança Pública decidiu ontem, por 10 votos a 2, propor a abertura de processo de *impeachment* por improbidade administrativa contra o governador do Rio Grande do Sul, Olívio Dutra (PT), sob acusação de tentativa de legalizar os jogos eletrônicos no Estado. O relator, Vieira da Cunha (PDT), também denuncia o governador por crime eleitoral e o ex-presidente estadual do PT Júlio Quadros e os dirigentes do Clube de Seguros da Cidadania, entidade que arrecadou doações para o partido, por formação de quadrilha.

Depois de quase 5 horas de leitura, o relatório da CPI foi aprovado em menos de 10 minutos de discussão, sob protesto dos governistas. Só um deputado petista, Ronaldo Zülke, conseguiu se inscrever para contrapor-se às conclusões de Vieira da Cunha. O texto acabou aprovado no meio do tumulto dos que protestavam. ‘O palanque eleitoral está montado, o golpe está instaurado, mas não terão sucesso’, reclamava o líder do governo, Ivar Pavan (PT).

Surpresa – A denúncia contra Olívio, seu vice, Miguel Rossetto, e os secretários Arno Augustin (Fazenda) e Flávio Koutzzi (Casa Civil) – todos por crime de responsabilidade derivado de decreto já revogado que regulamentava os caça-níqueis – surpreendeu até mesmo alguns opositoristas que há alguns dias descartavam essa hipóte-

se. Agora, a abertura do processo político contra a cúpula petista depende de aprovação na Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa.

A CPI também deve enviar à Justiça Eleitoral representação por crime eleitoral contra Olívio, por causa dos supostos serviços prestados pela empresa de transportes Planalto na campanha de 1998 e não declarados pelo PT na prestação de contas ao Tribunal Regional Eleitoral (TRE). Segundo a assessoria do TRE, o eventual crime já teria prescrito.

No total, 42 pessoas foram denunciadas por algum crime, incluindo delegados, donos de bingos e empresários ligados ao jogo do bicho. Por seis meses, a comissão investigou o susposto envolvimento do PT e do governo Olívio com bicheiros.

O primeiro indício foi dado pelo depoimento de delegados que disseram ter ouvido do ex-chefe de Polícia Luiz Fernando Tubino que o governo estaria usando dinheiro da contravenção para obras sociais. Dias depois, a CPI recebeu uma gravação em que o ex-tesoureiro do PT Jairo Carneiro dos Santos dizia a jornalistas que a sede do PT havia sido comprada com doações de bicheiros para o Clube de Seguros da Cidadania.

O ex-petista negou que a acusação fosse verdade, atribuindo-a a uma vingança, mas a CPI descobriu uma fita na qual o presidente do Clube da Cidadania, Diógenes de Oliveira, pedia a Tubino que não reprimisse os bicheiros. Os três foram denunciados pelo relator: Tubino por corrupção passiva, Carneiro por falso testemunho e Diógenes por falsidade ideológica, falso testemunho e formação de quadrilha.

O filho de Olívio, Espártaco Dutra, também foi acusado de falsidade

ideológica e falso testemunho por supostamente ter colaborado para a fraude de recibos de doações para o Clube da Cidadania. Segundo o relator, a entidade não conseguiu provar a origem de parte dos R\$ 310 mil usados na compra do prédio cedido ao PT.

Embora o presidente da entidade tenha assumido responsabilidade pelo pedido feito ao então chefe de Polícia, Vieira da Cunha opina em seu relatório que é ‘difícil, senão impossível, que os atos praticados não contaminem o governador, dada a íntima e notória relação entre os dois’. Se as conclusões do relator forem referendadas pelo plenário da Assembléia, serão enviadas ao Ministério Público.”

Poderíamos mencionar também o direito que tem o Congresso de fazer leis, o que pode exigir para tanto a realização de investigações concernentes à atividade pública, a fim de permitir o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico vigente.

A freqüente intervenção do Governo no campo econômico, as constantes mudanças na gestão governamental e a adoção de políticas econômicas e sociais fazem surgir a preocupação do Parlamento com um adequado meio de controle e fiscalização da atividade administrativa.

As investigações da Comissão Parlamentar de Inquérito, muitas vezes, demonstram falhas no exercício da atividade administrativa, o que permite não só a reformulação do sistema pelo Poder Executivo, como a elaboração de leis, que permitam melhor defesa dos interesses e direitos dos cidadãos.

Nesse sentido, citamos as investigações realizadas pela CPI dos Medicamentos que apurou irregularidades administrativas no Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, instituição governamental encarregada de efetivar as ações relacionadas com o controle da propriedade industrial no Brasil.

O depoimento prestado pelo Presidente dessa instituição, perante os membros da

Comissão, indicou que havia uma situação de desorganização, omissão e inépcia no seio da entidade. Cerca de duzentos e cinquenta mil processos na área de marcas encontravam-se em atraso; outros quarenta mil, na área de patentes. Além disso, havia falta de informações estatísticas corretas, o sistema de informática é precário.

No que diz respeito a esse órgão, a Lei nº 9.279/96, em seu art. 239, autoriza o Poder Executivo a promover transformações no INPI, para assegurar sua autonomia administrativa e financeira, podendo, inclusive fixar tabela de salários para seus funcionários. A Comissão recomendou, na ocasião, ao Poder Executivo a regulamentação dessa lei. O objetivo seria a criação de “um quadro de pessoal com elevada qualificação para o desempenho de suas tarefas que têm amplas repercussões nacionais e internacionais”. Descobriu-se, ainda, que o INPI devolveu recursos à União nos últimos anos, em virtude de sobra do orçamento anual, o que significa dizer que esse órgão poderia ter investido melhor na qualidade dos seus serviços.

Essa mesma Comissão, no que tange ao aspecto cambial, verificou que não havia uma coordenação entre a Receita Federal e o Banco Central, de forma a detectar a prática do preço de transferência pela indústria de medicamentos. O Presidente do Banco Central, ao ser inquirido pela Comissão, informou que, na sua opinião, a remessa de divisas, com o mecanismo do superfaturamento, utilizado pelas indústrias farmacêuticas, se devidamente comprovada, constituiria uma fraude cambial.

Outro aspecto que demonstra a importância do trabalho dessas Comissões para a fiscalização da atividade administrativa é o depoimento do Ministro do Desenvolvimento, no sentido de que a Administração não dispunha de instrumentos legais aptos e ágeis para evitar esses fatos. Na ocasião, o Ministro depositou sua confiança na capacidade do Congresso de produzir uma legislação que habilite o Governo a agir con-

tra o superfaturamento. Esse fato revela a importância das investigações pelas Comissões Parlamentares de Inquérito para o aperfeiçoamento da legislação vigente. Nessa questão do superfaturamento de preços de insumos pela indústria farmacêutica, ficou patente que a legislação é insuficiente para caracterizar o conceito de superfaturamento, propiciando uma apuração mais rigorosa dos fatos.

Ainda com relação à vigilância sanitária, a CPI dos Medicamentos detectou que, embora arrecadando recursos por meio de taxas cobradas dos usuários do sistema de vigilância, não há um controle efetivo, o que demonstra a má utilização desses recursos.

Os efeitos políticos dessa Comissão têm-se estendido muito além do tempo de sua realização. Mesmo após a conclusão dos trabalhos, o Poder Executivo continua tomando medidas administrativas, a fim de conter o aumento abusivo de preços. Uma delas, anunciada pouco tempo após o encerramento dos trabalhos da comissão, diz respeito à redução de tributos incidentes sobre medicamentos. Essa era uma das reivindicações da Comissão, que chegou mesmo a propor no seu relatório essa medida ao Poder Executivo. Até então, não se tinha qualquer pretensão de redução de tributos pelo Governo Federal em relação a esses fatos geradores. Com os trabalhos da CPI dos Medicamentos, essa possibilidade tornou-se presente, ficando evidenciado, pelas investigações realizadas, que a carga tributária incidente sobre medicamentos no Brasil está entre as maiores do mundo.

Aqui, temos um exemplo concreto de como a atividade da comissão de inquérito pode levar à tomada de medidas administrativas imediatas, até mesmo de modo mais eficiente e célere do que se a comissão tivesse poderes para propor projeto de lei determinando a realização desses atos.

Outro aspecto importante: desfeita a Comissão, vários laboratórios aproveitaram o momento para tentar voltar à prática de reajustes de preços. O Poder Executivo reagiu e

acenou com a postura contrária aos aumentos, manifestando publicamente seu repúdio a essa prática dos laboratórios. O Presidente da República conclamou os laboratórios a um acordo no sentido da manutenção dos preços vigentes e ainda anunciou que tomaria medidas, como o incentivo à importação de genéricos, caso os laboratórios insistissem no aumento dos preços.

Essa consciência e tomada de posição pela administração pública foi possível graças aos trabalhos de investigação realizados pela CPI dos Medicamentos, que expôs a ganância da indústria farmacêutica no Brasil em busca de lucros cada vez mais altos, com enriquecimento a curto prazo. A prática de cartel ficou demonstrada, no sentido de lesar o consumidor, com a manutenção de preços em patamares altos e, ainda, com os constantes aumentos praticados por essas indústrias.

Por outro lado, ficou patente que o Poder Executivo vinha tendo uma atitude passiva diante da ação da indústria de medicamentos, o que expôs de maneira grave os administradores públicos responsáveis por esse setor à opinião pública. Isso provocou uma reação imediata do setor público.

Vários laboratórios foram indiciados pela Polícia Federal pela suspeita de formação de cartéis na área de medicamentos. Essa tese da existência de cartéis foi levantada justamente pela CPI dos Medicamentos, que, em seu relatório, afirmou estar convicta da formação de cartéis pelos laboratórios, com a finalidade de manter os preços no mesmo patamar ou, pior ainda, para garantir seu reajuste permanente. Conclui o relatório no seguinte sentido:

“No caso em tela, não é sequer necessário despender-se muito tempo para analisar as circunstâncias que o caracterizam.

Os 21 laboratórios formalizaram, talvez por descuido, seu acordo em uma ata, cujos termos foram acima transcritos e que não deixam dúvidas de que fornecem evidências de infra-

ções à ordem econômica, à ordem tributária, à economia popular e ao consumidor, cabendo a investigação administrativa e, se for o caso, judicial.”

Diversos genéricos foram aprovados e começaram a ser vendidos pelas farmácias brasileiras; o boicote aos genéricos, inicialmente comandado pelos laboratórios, foi debelado e estes passaram a manifestar seu apoio à fabricação, distribuição e venda de genéricos no País. Mais do que isso, o Governo baixou medidas administrativas obrigando as farmácias a exporem listas de genéricos com os respectivos preços, em pleno apoio e resposta imediata às recomendações procedidas pela CPI dos Medicamentos. Trata-se, portanto, de um efeito imediato produzido pelas investigações da comissão.

A ação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária passou a ser concretizada de forma mais rápida e eficiente: diversos pedidos para fabricação e comercialização de genéricos que estavam parados sem resposta foram liberados com grande rapidez. Quando do depoimento prestado pelo Diretor da Agência de Vigilância Sanitária perante a Comissão, houve uma manifestação de sua parte, no sentido de apoio irrestrito aos trabalhos e às propostas da Comissão. Esse Diretor disponibilizou servidores e colocou a Agência à disposição da Comissão para um trabalho integrado, o que permitiu a troca de informações e experiência, conduzindo a um resultado benéfico, inclusive com a liberação de vários genéricos, ainda durante a vigência da Comissão, e diversos outros que têm sido liberados posteriormente, conforme compromisso assumido pelo Diretor da Agência.

Algumas ações foram tomadas no âmbito administrativo para investigar e punir preços abusivos e o Governo passou a fazer sistemática oposição aos aumentos abusivos de preços.

Com os resultados da Comissão e as sugestões feitas no relatório circunstanciado, passou a haver maior cooperação entre os órgãos encarregados da fiscalização e con-

trole da indústria farmacêutica e atuação mais presente nesse setor. Os resultados, pode-se dizer, foram bastante benéficos.

Isso nos demonstra que a investigação realizada pela CPI não fica só no campo das elucubrações jurídicas, políticas, filosóficas e sociológicas e das discussões parlamentares. Não é apenas um momento de enenação política para a platéia de eleitores como muitos pessimistas pretendem argumentar. Aqueles que não desejam ver o sucesso das comissões parlamentares de inquérito tentam sempre menosprezar a importância dos seus trabalhos, afirmando que as comissões parlamentares de inquérito não resultam em nada e não produzem qualquer efeito. Essa assertiva é totalmente desprovida de verdade e contrariada pelos fatos.

2.3. A internet como espaço público na investigação parlamentar

A internet permite que os cidadãos, de modo geral, expressem sua opinião sobre a condução dos trabalhos da CPI, critiquem a condução dos negócios administrativos, exponham sua insatisfação e apresentem suas propostas e sugestões perante a comissão. Muitas mensagens são enviadas aos membros da comissão, ao relator ou mesmo ao presidente. Essas manifestações podem ser de desagrado, por exemplo, quando os membros da comissão não estão atuando de forma firme, determinada ou aprofundada nas investigações ou quando as investigações estão sendo realizadas de forma lenta e tendenciosa. A crítica feita pela sociedade, paralelamente aos trabalhos, permite uma autocrítica, ou mesmo uma deliberação diversa a fim de adequar a atuação da comissão aos anseios populares, mudando-se o ritmo das investigações ou adotando-se procedimentos diversos.

Nesse sentido, torna-se oportuna a lição de Manuel Castells (1999, p. 366), que assim se pronuncia:

“A transformação da política e dos processos democráticos na sociedade

em rede ocorre de maneira ainda mais profunda que a apresentada nessas análises, pois, aos processos citados acima acrescentaria, ainda, como um dos principais fatores responsáveis por essa transformação, as consequências diretas das novas tecnologias da informação no debate político e nas estratégias de busca de poder.”

Não se pode esquecer, entretanto, a participação como forma de colaboração nas investigações, talvez a mais importante de todas. Com o uso da internet, cada cidadão pode participar como inquisidor ou como testemunha. Muitas pessoas que conhecem detalhes importantes sobre os fatos investigados enviam perguntas, fazem novas denúncias, prestam informações importantes sobre os fatos analisados, confirmam suspeitas levantadas pela comissão em relação aos fatos investigados. Essas pessoas, em situação normal, talvez nunca fossem descobertas ou identificadas a fim de colaborar com a comissão.

Embora não compareçam perante a comissão como testemunhas e não prestem juramento de dizer a verdade, esses cidadãos têm contribuído de forma inequívoca com os trabalhos das comissões de inquérito, imprimindo um novo ritmo a esse instrumento de controle da administração pública. Em muitos casos, trazem mais subsídios para a comissão do que as testemunhas intimadas diretamente a depor. Isso decorre, inclusive, do fato de que, de modo geral, as testemunhas convocadas têm algum tipo de envolvimento com os fatos, objeto das investigações, o que leva ao silêncio, à sonegação de informações ou à prestação de informações truncadas e inverídicas.

O próprio anonimato de quem contribui com a comissão pela linha do cidadão ou pelo endereço eletrônico permite a narração de fatos com total liberdade e segurança. Muitas vezes, são pessoas de dentro do esquema investigado, que, devido ao anonimato, tomam a coragem de informar fatos desconhecidos até então, sem a ameaça de

serem incriminadas. Outras vezes, são vítimas de atividades ilícitas, que, por medo da retaliação, não se apresentariam espontaneamente como testemunhas perante a comissão. A internet faz surgir um novo tipo de testemunha, informal, descompromissada e, muitas vezes, anônima, porém indispensável ao bom andamento das investigações. Nesse sentido, vale a pena destacar notícia veiculada na Folha de São Paulo do dia 7 de dezembro de 2001, cujo teor é o seguinte:

“Texto distribuído pela internet por funcionário do governo gaúcho acusa deputados intitulados de ‘direita’ de montar uma CPI da Segurança Pública para atacar o governo democrático e popular do Rio Grande do Sul e o Partido dos Trabalhadores.

A CPI da Segurança Pública, que pediu o indiciamento de 42 pessoas, entre elas o governador Olívio Dutra (PT), é definida no texto como um ‘golpe’.

O documento pede que as pessoas enviem e-mails para a Assembléia Legislativa, solidarizando-se com o governo e opondo-se à CPI. Trata-se de uma espécie de ‘corrente virtual’, em defesa do Executivo gaúcho.

Na Assembléia, porém, o texto, datado em 15 de novembro e dando como origem o Palácio Piratini, era desconhecido.

‘Os deputados da oposição se aliam à criminalidade, à contravenção e a setores comprometidos da polícia para forjar provas, fabricar versões caluniosas e distorcer fatos com o único objetivo de incriminar o governo e o PT’, diz o texto, distribuído pelo e-mail de Jeferson Miola, funcionário do gabinete do vice-governador e coordenador do escritório do governo do Estado para o Fórum Social Mundial.

‘A direita reacionária, apoiada e instrumentalizada pelo monopólio de comunicação da RBS, adota uma pos-

tura fascista e revela finalmente sua vocação golpista. Esses setores, informados com a derrota sofrida nas eleições de 1998, tentam, através da vingança patológica, derrubar o governo democraticamente eleito pelo povo gaúcho', diz o texto.

Sobre o relator da CPI, Vieira da Cunha (PDT), o texto afirma que ele foi 'financiado pelo jogo do bicho' e 'acoberta os delegados da banda podre'.

Miola confirmou para a Agência Folha que foi o autor do texto. Disse que o elaborou porque 'o governo tem forte identificação no cenário internacional' e pessoas o procuravam para saber o que estava acontecendo.

O PT diz desconhecer o texto e o atribui a uma iniciativa pessoal. 'Tenho certeza de que isso não partiu do PT', disse o presidente do partido, David Stival. 'No máximo, isso é de algum grupo isolado, não do partido, nem do governo', afirmou o vice-presidente do partido, Paulo Ferreira.

O chefe de gabinete do vice-governador, Guilherme Cassel, disse que o governo considerou o texto 'uma troca de correspondência pessoal' de Miola.

O subprocurador de Justiça para Assuntos Institucionais, Mauro Renner, declarou que o Ministério Público não se manifestará sobre o assunto, por considerá-lo extra-oficial."

2.4. A integração entre os Poderes Legislativo e Executivo – a democratização pela harmonia entre Poderes estatais

Ao final das investigações realizadas, a comissão apresenta relatório circunstanciado.

No relatório circunstanciado, a comissão apresenta as modificações propostas na legislação, um dos objetivos primordiais da existência dessas comissões e dos poderes que lhes são conferidos. Esses projetos se-

guem o trâmite regimental previsto para apreciação de proposições.

Deve-se observar, todavia, que, em se tratando de controle da administração pública, muitas alterações no funcionamento, nas atribuições e mesmo na estruturação de órgãos surgirão como aspectos a serem considerados. Entretanto, de acordo com o disposto no art. 61, § 1º, II, letra "e", da Constituição Federal, são de iniciativa exclusiva do Presidente da República as leis que disponham sobre criação, estrutura, atribuições e competências de órgãos do Poder Executivo Federal.

Nesses casos, a Comissão costuma incluir, no relatório circunstanciado, recomendações ao Poder Executivo, a fim de que tome as providências cabíveis quanto a esses temas.

Entre as possíveis recomendações, encontram-se as seguintes:

- Instauração de inquéritos administrativos ou tomada de outras medidas cabíveis, com o objetivo de prevenir e punir ilícitos administrativos;
- iniciativa de leis pelo Poder Executivo, quando se tratar de matérias de sua competência exclusiva;
- regulamentação de leis mediante atos administrativos normativos, como decretos, regulamentos, portarias e outros;
- criação de bancos de dados, de órgãos, de fusão de entes administrativos, de distribuição de competências, de reestruturação de quadros administrativos;
- realização de estudos e pesquisas em matérias de cunho administrativo;
- inclusão na lei orçamentária anual de verbas destinadas à execução de planos estratégicos;
- concessão de incentivos fiscais;
- financiamento de atividades de interesse público;
- adoção de determinados programas de fiscalização e controle;

– realização de convênios e consórcios administrativos.

Essas sugestões ou indicações, embora não determinem à administração pública a tomada de providências, de forma obrigatória, em face da independência entre os Poderes, têm um efeito devastador em termos de opinião pública. Isso faz com que a administração pública se manifeste, às vezes, de forma imediata, buscando um afinamento com a sociedade, principalmente em períodos eleitorais, o que no Brasil é bem frequente. Muitas decisões têm sido tomadas no âmbito administrativo como decorrência imediata dos trabalhos de investigação da CPI.

3. Conclusão

Os efeitos políticos e sociais dos trabalhos de investigação são de grande impacto e representam verdadeira sanção para o administrador público, podendo resultar até mesmo no *impeachment* do Chefe do Poder Executivo, como medida extrema. O afastamento de diversos agentes públicos, o fim da carreira política de outros demonstram claramente porque há uma predominância de comissões parlamentares de inquérito no Brasil para investigar atos da Administração Pública. Pode-se mesmo dizer que a comissão tem uma função sociológica de condicionamento não só da opinião pública como da atividade administrativa. Embora não possa julgar, no sentido da atuação do Poder Judiciário, podemos mesmo afirmar que, em muitos casos, a CPI procede a um julgamento político e social impondo penas muito mais dolorosas do que aquelas resultantes de um julgamento judiciário. As sanções de caráter político e sociais, muitas vezes, chegam a ser de caráter perpétuo, para alguns investigados, ao representarem o fim de uma carreira política por toda a vida, como se pode concluir dos resultados obtidos pelas comissões que investigaram as atividades do ex-Presidente Collor e dos chamados “anões do Orçamento”.

Referências

- ANDRADE, Góis de. Comissões parlamentares de inquérito nos Estados Unidos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 151, jan./fev. 1954.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral das comissões parlamentares de inquérito*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- BRASIL. *Relatório da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar a exploração e prostituição infanto-juvenil*. Brasília: Câmara dos Deputados, [200-?]a.
- _____. *Relatório da comissão parlamentar de inquérito da Fundação Nacional do Índio – FUNAI*. Brasília: Câmara dos Deputados, [200-?]b.
- _____. *Relatório da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar os bingos*. Brasília: Câmara dos Deputados, [200-?]c.
- _____. *Relatório da comissão parlamentar de inquérito das obras inacabadas*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.
- _____. Congresso Nacional. *Regimento interno da Câmara dos Deputados*. Brasília: Coordenação de Publicações, 1997a.
- _____. Congresso Nacional. *Relatório da comissão parlamentar de inquérito destinada a investigar os reajustes de preços e a falsificação de medicamentos, materiais hospitalares e insumos de laboratórios*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000a.
- _____. Congresso Nacional. *Relatório da comissão parlamentar de inquérito do narcotráfico*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000b.
- _____. *Regimento comum do Congresso Nacional*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. 1997b.
- _____. Congresso Nacional. *Relatório da comissão parlamentar mista de inquérito destinada a apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. Pedro Collor de Mello referentes às atividades do Sr. Paulo César Cavalcante Farias, capazes de configurar ilicitude penal*. Brasília: Senado Federal, 1992.
- _____. Congresso Nacional. *Relatório da comissão parlamentar mista de inquérito destinada a investigar a exploração do trabalho infantil no Brasil*. Brasília: Senado Federal, [200-?]d.
- _____. Congresso Nacional. *Regimento interno do Senado Federal*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1994.
- _____. Congresso Nacional. *Relatório da comissão parlamentar de inquérito do poder judiciário*. Brasília: Senado Federal, 1999.

CAMARGO, Laudo de. Comissões de Inquérito. *Revista Forense*, Bauru, v. 151, jan./fev. 1954.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: a era da informação: economia, sociedade e cultura*. São Paulo: Paz e Terra, 1999. 1 v.

CITADINI, Antônio Roque. *Controle externo da administração pública*. São Paulo: M. Limonad, 1995.

MEDAUAR, Odete. *Controle da administração pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

Duas “leituras” sobre a construção jurídica da impunidade

Bruno Amaral Machado

A discussão sobre a impunidade no Brasil tornou-se um lugar-comum. Recentemente, a *Human Rights Watch* (2006) fez duras críticas ao país. Segundo a ONG, em relatório apresentado em janeiro deste ano, os defensores dos direitos humanos no Brasil sofrem ameaças, a polícia é abusiva e as condições das prisões muito ruins. A impunidade ocupa as manchetes dos principais meios de comunicação do país. Fala-se em impunidade nos crimes de tortura praticados pelo governo militar durante a ditadura; fala-se da impunidade nos crimes de colarinho branco; sustenta-se a hipótese de que a impunidade acabaria estimulando a prática dos delitos no Brasil e, inclusive, que desestimularia os investimentos. Finalmente, que apenas com a pressão da imprensa e da sociedade seria possível diminuir os níveis de impunidade.

Evidentemente, o tema pode ser abordado sob distintos prismas. Genericamente, impunidade é a falta de castigo. Do ponto de vista estritamente jurídico, a impunidade pode ser definida como a não aplicação de uma pena a um determinado crime. A definição de determinada prática como criminosa depende, contudo, de fatores complexos. Antoine Garapón alerta para os riscos da assim chamada *jurisprudência midiática*, em clara alusão ao poder da mídia em rotular determinadas práticas, antecipando-se ao Judiciário ou mesmo substituindo-o na apreciação dos fatos (GARAPÓN, 1996).

Bruno Amaral Machado é Promotor de justiça em Brasília e coordenador da Comissão Permanente de Política Criminal do MPDFT. Master do Programa Europeu em Criminologia Crítica e Justiça Criminal e doutor em sociologia jurídico-penal pela Universidade de Barcelona.

Do ponto de vista intrajurídico, repito, a impunidade pressupõe a falta de castigo para um determinado delito. A construção jurídica do fato como delituoso ou não pressupõe a concorrência de diversos elementos e a participação de várias organizações. Assim, em termos estritamente jurídicos, a impunidade requer prévia apreciação de um fato determinado pelo sistema de justiça. Se o fato é submetido à apreciação do Judiciário, cabe a esse poder a definição final da prática como delituosa ou não.

Nesse sentido, as teorias da argumentação propiciam elementos interessantes para o debate sobre os critérios de validade das decisões judiciais. O estudo da argumentação jurídica sugere que o foco se dirija ao funcionamento do direito, ou seja, sobre os procedimentos discursivos do direito. É vasta a literatura sobre o tema, mas, em termos simplificados, podem-se distinguir dois contextos: o do descobrimento e o da justificação, cujas raízes estão na filosofia da ciência¹. Diferenciam-se, assim, os atos de explicar e justificar. Explicar uma decisão é mostrar suas causas, ao passo que justificar significa mostrar as razões que permitam considerar uma decisão como “aceitável”.

Dessa forma, além da lógica formal (dedutiva) ou justificação interna, fala-se em justificação externa, a qual se conecta também com a argumentação moral. Em outras palavras, na argumentação jurídica devem ser respeitadas as regras do discurso prático, que proíbe contradições, bem como a abertura do discurso, com igualdade de condições. Além disso, devem ser respeitadas certas “regras” próprias do discurso jurídico, tais como a obrigação de que sejam respeitados argumentos da dogmática jurídica, precedentes, etc. (ATIENZA, 1991).

Feita essa brevíssima digressão, ressalto, contudo, que ênfase neste momento uma visão mais ampla sobre o tema, que pode ser denominada como uma leitura “externa” ou sócio-jurídica sobre a impunidade.

No sistema processual penal brasileiro, a definição final dada aos fatos corresponde ao Judiciário, o qual, por um lado, depende da provocação do MP (a regra no Brasil é a ação penal pública). O Código de Processo Penal prevê, por outro lado, o inquérito policial para apuração dos fatos². Embora não obrigatório, tornou-se a forma corriqueira e usual para apuração prévia dos fatos inicialmente definidos como delituosos. Assim, concorrem distintos atores no processo de “construção jurídica” de um fato determinado como criminoso ou não.

Surge, assim, o que o jurista Luis Flávio Gomes (2001) enumera como os filtros que levariam à impunidade. Entre os diversos filtros mencionados, eu destacaria aqueles que considero mais relevantes: o chamado filtro da criminalização primária, que engloba tanto a ausência de criminalização de determinadas práticas (como os “delitos informáticos”), quanto a criminalização excessiva no Brasil (existem mais de 1.000 tipos penais definidos no CP e leis esparsas), o que levaria a um déficit entre o *input* e *output* do sistema jurídico; o filtro da *noticia criminis*, muitas vezes em razão da descrença da vítima no sistema ou pelo receio de uma possível vitimização secundária; o filtro da abertura da investigação em razão da falta de estrutura material e humana da polícia, pela falta de preparo técnico para investigar determinados delitos e pela seletividade do sistema penal; o filtro da investigação, já que muitas vezes as testemunhas não colaboram por medo, pela falta de um programa efetivo de proteção às testemunhas ou pelo ônus excessivo imposto às testemunhas inscritas – há falta de recursos materiais, humanos e técnicos e excessiva burocratização; o filtro na abertura do processo, seja pela seletividade exercida pelo MP na apreciação dos fatos ou por outros fatores como a imunidade parlamentar; o filtro da comprovação legal, em razão das inúmeras dificuldades existentes para a comprovação de determinados fatos; o filtro da prescrição e da execução efetiva.

A tipologia criada, “decálogo dos filtros da impunidade” (GOMES, 2001), pressupõe, de acordo com o critério inicialmente estabelecido, uma leitura sócio-jurídica sobre a impunidade, na medida em que parte de um conceito amplo que pressupõe, inclusive, critérios de política criminal do legislador, que opta por criminalizar determinadas condutas consideradas “socialmente nocivas”.

Quanto às penas alternativas, fala-se ainda no filtro quando não há fiscalização das medidas aplicadas ou pela inadequação da pena à condição do condenado. De fato, algumas das críticas às medidas alternativas criadas com a Lei nº 9099/95 referem-se à efetividade das soluções adotadas diante de problemas concretos, tal como a violência de gênero. A prestação pecuniária, muitas vezes adotada, desconsideraria variáveis importantes, tais como o contexto de “desempoderamento” que sofrem as vítimas de violência desse tipo (CAMPOS, 1998; ALVES, 2003). A questão é complexa e merece ser amplamente debatida. Se os juizados especiais criminais não parecem adequados para a resolução de conflitos dessa natureza, as varas criminais não estarão, seguramente, melhor aparelhadas. Retomando o tema da impunidade, certamente a experiência da Central de Medidas Alternativas constitui uma iniciativa de extrema importância para se buscar a medida alternativa mais adequada às circunstâncias e às peculiaridades do fato, tendo-se em conta as condições do autor a quem será imposta a medida alternativa à pena privativa de liberdade³.

Do ponto de vista estritamente jurídico (intrajurídico), evidentemente que a impunidade ocorreria nas hipóteses de não-aplicação de uma pena aos casos finalmente definidos como criminosos em razão de diversos fatores. Se o fato passa por todas as instâncias previstas e procedimentos previamente estabelecidos (pelos códigos do direito/não direito), sob o enfoque *sistêmico-luhmanniano*, com importante penetração no

direito penal, eventual absolvição não pode ser considerada um caso de impunidade (LUHMANN, 1990a; 1990b), exatamente porque nesse caso não houve a não-aplicação da pena a um determinado crime. As acusações de julgamento político ou corrupção das esferas de aplicação da lei penal correspondem a negação/corrupção dos códigos do sistema jurídico (NEVES, 2001)⁴.

Sob esse enfoque, eu posso me insurgir contra a recente decisão do STF sobre os crimes hediondos, não concordar com os argumentos utilizados, mas, tecnicamente, a partir das premissas que mencionei, acho exagerado afirmar que houve impunidade (Cf. BRASIL, 2006). Eticamente, posso estar em desacordo, já que conheço a difícil situação dos familiares das vítimas, que buscam muitas vezes a condenação como forma de reparação para o que de fato é irreparável. Falo especialmente dos delitos com vítimas fatais. Do ponto de vista moral, não posso permanecer inerte. Do ponto de vista empírico, faltam pesquisas mais consistentes sobre a efetividade da pena como mecanismo *desencorajador* de determinadas condutas.

É certo que, por influência da grande penetração do funcionalismo nas ciências jurídicas, especialmente nas disciplinas penais, na esteira de Durkheim, Parsons e mais recentemente Luhmann, passou-se a dar especial atenção à suposta função do direito como instrumento de controle de condutas (BERGALLI, 1996)⁵. Argumenta-se que o que desestimula o infrator a delinquir é menos a gravidade da pena do que a certeza de sua aplicação. A impunidade seria assim, sob essa perspectiva, um estímulo às práticas ilícitas. Contudo, é necessário que existam mais pesquisas empíricas sobre essa “finalidade” do direito penal.

Assim, não parece imprópria a referência às distintas teorias sobre as supostas funções da pena como “mitologias sobre o castigo” (RIVERA BEIRAS, 2004). Posso dizer que a mensagem do Estado-juiz que profere uma sentença condenatória estimula a prevenção de práticas semelhantes? Do pon-

to de vista estritamente repressivo, não tenho dúvidas sobre a pena tratar-se de um castigo aplicado a um fato juridicamente construído como delito. Essa função do direito penal me parece mais evidente. Sabe-se que a pena privativa de liberdade, em vez de recuperar os condenados, leva ao que Clemmer (1958) denominou como *prisonization*, ao se referir ao processo de socialização no interior das prisões, conformando-se cultura própria com “pautas de valores carcerários”, o que dificultaria a readaptação à vida externa. A suposta função ressocializadora da pena, especialmente em relação às medidas alternativas à prisão, merecem estudo aprofundado, constituindo-se um desafio para os pesquisadores.

Entendo importante fazer uma breve referência ao contexto norte-americano, em razão do potencial irradiador de determinadas ideologias hegemônicas nos últimos anos. Lembro que, nos Estados Unidos, houve um importante recrudescimento do sistema penal nos últimos anos. Estudos empíricos, como os realizados por Wacquant (1999), evidenciam, contudo, a seletividade do sistema penal norte-americano, na medida em que demonstram que as prisões norte-americanas passaram a contar com um número crescente de negros. O fracasso do projeto “ressocializador” nos EUA não levou à diminuição das penas privativas de liberdade. Ao contrário, foi redefinido o caráter punitivo e meramente retributivo da pena. A um “mal causado” (definido como crime) corresponderia um castigo a ser aplicado pelo Estado.

As várias críticas sobre o modelo ressocializador norte-americano estimularam as teorias capitaneadas por Von Hirsch (1986, 1998), o *just desert* ou justo merecimento (a pena merecida). Em outras palavras, culpar quem pratica atos “incorretos” permitiria reforçar os “valores morais infringidos”, reafirmando-se uma condenação simbólica do ato praticado. O delito, segundo concepção que vem dominando a criminologia norte-americana a partir do final da década de

70, é um fenômeno complexo, multifatorial, sendo mais importante do que identificar suas causas controlá-lo em determinados níveis. O desenvolvimento das análises econômicas do delito, a partir da década de 70, foi importante para a consolidação do novo paradigma nos EUA. Ao longo dos anos, em decorrência de pesquisas como as realizadas por Becker (1971) e Posner (1985), consolidou-se a utilização de ferramentas da economia nas análises do direito. Apesar das semelhanças com o positivismo criminológico, postula o *Law and Economics* o controle dos delitos dentro de determinados limites. Com base no modelo do ator racional, inspirado pela teoria neoclássica, o delito resulta de uma livre opção, decorrente da análise sobre os custos e os benefícios da prática delituosa.

Em estudo realizado sobre a pena perpétua, argumenta Posner que o condenado não teria nenhum incentivo para não praticar delitos dentro da prisão. Ernest Van den Haag, autor do best seller *Thinking about crime*, faz apologia da repressão penal, defendendo a necessidade da pena de morte e a existência de penas severas (ZYSMAN QUIRÓS, 2004, p. 275-276). A idéia predominante era a de que os índices de criminalidade nos EUA eram altos porque a possibilidade de ser preso e severamente castigado eram baixas. Em outras palavras, a impunidade seria uma variável determinante.

Diferente do tom passional de determinados autores, a hegemonia da Criminologia Atuarial (*Managerialism*) no âmbito norte-americano decorreu de fatores distintos. Em vez de sucumbir ao discurso que prega o combate ao delito, a Criminologia Atuarial pretende gerenciar diversas situações a partir de lógicas próprias de empreendimentos empresariais. Partindo da premissa de que vivemos em uma sociedade do risco (BECK, 1998), o discurso atuarial substituiu a descrição moral ou clínica pelos cálculos probabilísticos aplicados a grupos considerados “de risco”, não dirigindo o foco a indivíduos determinados.

Os criminólogos Feeley e Simon (1992) falam de uma nova penalogia. Segundo esses autores, a antiga penalogia tinha como unidade de medida o indivíduo, baseando-se em noções como culpa, responsabilidade e obrigação, diagnóstico, intervenção e tratamento individual do criminoso. O delito era interpretado como um ato social desviado que mereceria resposta e correção, a base do descrito em termos *foucaultianos* como sociedade disciplinadora (FOUCAULT, 1987).

A nova criminologia é atuarial, já que a preocupação se dirige a técnicas de identificação, classificação e administração de grupos populacionais, segundo determinados níveis de periculosidade previamente definidos. As intervenções não pretendem explicar as condutas ou normalizá-las. Busca-se administrar e regular grupos humanos etiquetados como perigosos, com o objetivo de otimizar o gerenciamento dos riscos.

A nova penalogia assume, assim, um discurso que se distancia do ideal reabilitador, abandonando o ideal disciplinador e redefinindo os objetivos dos institutos (FEELEY; SIMON, 1992). Segundo Feeley e Simon (1992; 1994), as práticas mais significativas desse modelo teórico seriam: a definição de critérios específicos para a prisão preventiva, a detecção de traficantes de drogas em aeroportos a partir de perfis determinados e as técnicas de incapacitação seletiva daqueles considerados prováveis reincidentes, a partir de estudos sobre a “carreira do infrator”⁶. Assim, o foco de interesse centra-se na pretensão de antecipar-se às ações do suposto delinqüente.

Nesse complexo conjunto de idéias e proposições hegemônicas no contexto norte-americano, emergem distintas leituras sobre a impunidade. Sob o enfoque de Von Hirsch (1986; 1998), a impunidade deve ser combatida, na medida em que determinados valores infringidos com a violação da norma não seriam reafirmados.

Segundo o enfoque proposto pelas análises econômicas do delito, a questão ganha outra dimensão. No modelo de ator racio-

nal, premissa do *Law and Economics*, a impunidade pode se constituir em importante incentivo para que o indivíduo pratique a conduta incriminada pela norma penal. Em outras palavras, o benefício obtido pela prática do crime pode justificar o risco de eventual condenação penal, na medida em que a impunidade se torna uma variável relevante na análise de custos e benefícios da ação pretendida. Sob esse paradigma, há uma inequívoca pretensão de prevenir a prática de crimes. A certeza de que a pena será aplicada se torna, assim, um elemento fundamental na aplicação do modelo para a análise do “comportamento delinqüente”.

Finalmente, ao contrário do que propõe Von Hirsch (1986; 1998) ou as análises econômicas do delito, para o *Managerialism*, a impunidade deixa de ser uma variável tão relevante, na medida em que o foco se desloca do indivíduo, despreendendo-se de noções de culpabilidade e é redirecionada aos assim denominados “grupos de risco”. O interesse dirige-se a controlar os níveis de criminalidade dentro de determinados limites aceitáveis.

Em síntese, sobre a definição jurídica da impunidade, nos casos em que não se aplicou a pena exatamente porque o fato não foi construído juridicamente como delituoso, do ponto de vista interno (*intra-jurídico*), entendendo complicado falar-se em impunidade⁷. Outra seria a situação em casos de não-aplicação de uma determinada pena a um réu condenado com a sentença transitada em julgado. Sob uma perspectiva sócio-jurídica, e não estritamente jurídico-dogmática, são permitidas interpretações muito mais flexíveis. Existem importantes pesquisas que demonstram a seletividade do sistema penal; em outras palavras, como determinadas pessoas são etiquetadas pela Justiça criminal, ao passo que outras são excluídas das malhas do sistema penal.

O processo de construção de uma prática como delituosa, defendiam os precursores da Teoria do *Labelling Approach* (Teoria do Etiquetamento) no início da década de

60, no contexto norte-americano, dependia dos mecanismos sociais subjacentes à definição jurídica de uma determinada prática (BECKER, 1971). Antes disso, Sutherland, em 1945, escreveu um conhecido artigo denominado *Is white collar crime crime?* (É crime o crime de colarinho branco?)⁸. Ao longo dos anos, cresceram os estudos que apontam a cifra oculta da criminalidade. Estimativas revelam que apenas uma parcela dos delitos chegam ao conhecimento das agências que integram o sistema penal. Luciano Oliveira (2003) é autor de instigante trabalho empírico realizado com a Polícia Civil de Recife. Ao analisar o dia a dia de uma delegacia de polícia, o autor procura demonstrar o que poderia ser definido como uma certa “jurisprudência policial”. Em outras palavras, desvenda um dos caminhos da impunidade no país.

O MP e o Judiciário também têm sua parcela de responsabilidade nesse processo, como evidenciou a pesquisa empírica realizada por Ela Wiecko V. de Castilho (1998) em relação aos crimes contra o sistema financeiro nacional. De fato, como indica essa pesquisa, o mapa da impunidade no Brasil em relação aos crimes contra o sistema financeiro nacional (em termos sócio-jurídicos e não *intrajurídicos*, conforme premissas já mencionadas) decorre de filtros existentes não apenas na abertura das investigações, mas também no oferecimento da denúncia e no julgamento final. Nesse estudo concreto, aparece outro ator importante, o Banco Central, responsável pelo controle prévio das condutas que seriam ou não encaminhadas às agências do sistema penal.

Em Brasília, as informações divulgadas pela Secretaria de Segurança do DF apontam os crimes patrimoniais, especialmente furtos e roubos, como as práticas mais investigadas pela polícia⁹. Apesar da ausência de estatísticas confiáveis, inclusive no MP e no Poder Judiciário, intuitivamente se sabe que os crimes patrimoniais representam grande parte das práticas processadas e julgadas nas Varas Criminais de Brasília;

o que não significa dizer que não exista importante cifra oculta, ou seja, várias práticas que poderiam eventualmente se constituir em delitos dessa natureza e que muitas vezes não chegam sequer ao conhecimento das autoridades públicas. Ou se chegam, em razão dos referidos filtros, torna-se impossível uma sentença condenatória.

No entanto, é interessante constatar que, ao longo dos anos, houve uma especialização da polícia e do MP na repressão dos delitos tributários. Contudo, a lei prevê que o pagamento do tributo extingue a ação penal¹⁰. Sem pretender afirmações simplistas, de certa forma confirma-se o estereótipo do delinqüente. Parafraseando Thompson (1998), caberia perguntar: quem de fato são os criminosos?

Essas são algumas das reflexões que gostaria de ressaltar, em um tema extremamente complexo.

Notas

¹ Sobre o tema, ver, entre outros: Alexy (1989), e Atienza (1991).

² Com a Lei nº 9.099/95, foram definidos os assim chamados crimes de menor potencial ofensivo, cujas penas máximas cominadas não ultrapassam 1 ano de detenção. Para tais delitos, foi instituída a apuração sumária dos fatos por meio dos termos circunstanciados, bem como foram criadas medidas despenalizadoras, como a transação penal. A Lei nº 10.259, de 12/7/2001, que criou os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, ampliou o conceito de crime de menor potencial ofensivo, nele incluindo-se os delitos cujas penas máximas não superem dois anos, ou multa.

³ “A Central de Medidas Alternativas (CEMA) é uma unidade técnico-administrativa do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que tem como cerne de sua atuação a *produção de informações* acerca da aplicação e execução de penas e medidas alternativas, o *acompanhamento* de como essas medidas se desenvolvem, a fortificação de *redes sociais locais* (compostas pelas instituições em questão), o auxílio ao Conselho de Pesquisadores do MPDFT para a concretização de seus estudos e seminários, dentre outros” Disponível em: <<https://www.mpdft.gov.br/>>. Acesso em: 8 mar. 2006.

⁴ Sobre a corrupção dos códigos do sistema jurídico, ver Campilongo (2001, p. 170).

⁵ Sobre o tema controle social e sistema penal, consultar, especialmente: Melossi (1992), Bergalli e Sumner, (1997).

⁶ Ver pesquisa realizada por Peter Greenwood, trabalho financiado pela *Rand Corporation*, empresa que fomentou pesquisas sobre a investigação dos delitos (ZYSMAN QUIRÓS, 2004, p. 270-273).

⁷ Se consideramos os critérios de “validez interna” das decisões judiciais (ATIENZA, 1991).

⁸ O conceito de crime de colarinho branco, cunhado por Sutherland (1940), acabou gerando certa confusão. Em determinados momentos, o autor se refere aos delitos cometidos por indivíduos das camadas altas da sociedade e, em outros, aos delitos praticados no desempenho de uma ocupação (SUTHERLAND, 1940; 1945). Na investigação empírica realizada posteriormente, Sutherland (1940) centra-se nos delitos cometidos por organizações de indivíduos, a que ele também denomina *White-collar crime*. Conforme salientam Weisburd e Waring (2001), *status*, ocupação e organização são aspectos centrais da definição de Sutherland. Nos estudos posteriores, o conceito refere-se ao abuso de poder pelas pessoas que ocupam posições privilegiadas e, em determinadas pesquisas, relaciona-se ao contexto em que os crimes são praticados e métodos usados. Investigações empíricas sugerem que a maioria dos delitos dessa natureza advém dos estratos médios da sociedade, o que seguramente é significativo, por evidenciar a seletividade da justiça criminal. De qualquer forma, Sutherland deve ser entendido no contexto em que ele escreveu seus trabalhos. Naquela época, apenas uma pequena elite teria acesso aos meios necessários para cometer delitos dessa natureza. Assim, diversas mudanças sociais e econômicas ampliaram as oportunidades para um grupo maior de pessoas (WEISBURD; WARING, 2001, p. 8-10). Conferir as críticas sobre o conceito de crimes de colarinho branco em: Nelken (1994) e Shapiro (1994).

⁹ Ver relatório anual da criminalidade no DF em 2004. Disponível em: <<https://www.mpdft.gov.br/>>. Acesso em: 7 mar. 2006.

¹⁰ Ver Lei nº 10.684/2003 (Refis) e artigo 14 da Lei nº 8.137/90.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de M. Atienza e I. Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

ALVES, Miriam Coutinho de Farias. *Pequenos delitos, grandes ofensas: o imaginário jurídico da conciliação no 1º Juizado Especial Criminal da comarca de Aracaju/SE*. 2003. 54 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Programa de Sociologia da Universidade de Sergipe, Aracaju, 2003.

ATIENZA, Manuel. *Las razones del derecho: teorías de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Tradução de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of political economy*, Chicago, n. 76, 1968.

BECKER, Howard. *Los extraños: sociología de la desviación*. Tradução de J. Tubert. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1971.

BERGALLI, Roberto. Control social y sistema penal. In: _____. *Control social punitivo: sistema penal e instancias de aplicación: policía, jurisdicción y cárcel*. Barcelona: Bosch, 1996.

_____. ; SUMNER, Collin. *Social control and political order: european perspectives at the end of the century*. London: SAGE, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 82.959. Relator: Marco Aurélio. Brasília, [2006?]. *Diário Oficial da União*, Brasília, 13 mar. 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: M. Limonad, 2002.

CAMPOS, Carmen Hein de. *O discurso feminista criminalizante no Brasil: limites e possibilidades*. 1998. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1998.

CASTILHO, Ela Wiecko. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CLEMMER, Donald. *The prison community*. New York: Rinehart & Winston, 1958.

FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. The new penology: notes on the emerging strategy of corrections and its implications. *Criminology*, London, n. 20, 1992.

_____. Actuarial justice: the emerging new criminal law. In: NELKEN, David (Ed.). *The futures of criminology*. London: Sage Publications, 1994.

- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 22. ed. Tradução de Raquel Ramalheite. Petrópolis: Vozes, 1987.
- GARAPON, Antoine. *Le gardien des promesses: justice et démocratie*. Paris: O. Jacob, 1996.
- GOMES, Luis Flávio. A impunidade no Brasil: de quem é a culpa?: esboço de um decálogo dos filtros na impunidade. *Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 15, 2001.
- HUMAN Rights Watch: impunidade é regra no Brasil. *Wikinotícias*, St. Petersburg, jan. 2006. Disponível em: <http://pt.wikinews.org/wiki/Human_Rights_Watch:_%22impunidade_%C3%A9regra_no_Brasil%22>. Acesso em: 8 mar. 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemi sociali: fondamenti de una teoria generale*. Tradução de Alberto Febbrajo e Reinhard Schmidt. Bologna: Il Mulino, 1990a.
- _____. *La differenziazione del diritto*. Tradução de Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna: Il Mulino, 1990b.
- MELOSSI, Dario. *El estado del control social*. Tradução de Martín Mur Ubasart. México: Siglo veintiuno, 1992.
- NELKEN, David. White-collar crime. In: _____. *White-collar crime: the international library of criminology, criminal justice and penology*. England: Dartmouth, 1994.
- NEVES, Marcelo. Et si le douzième chameau venait à manquer?: du droit expropriateur au droit envahi. *Droit et Société*, Rieux-Minervois, n. 47, 2001.
- OLIVEIRA, Luciano. Sua excelência o comissário: a polícia enquanto justiça informal das classes populares da grande Recife. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 44, 2003.
- POSNER, Richard. An economic theory of the criminal law. *Columbia Law Review*, New York, v. 85, n. 6, 1985.
- RIVERA BEIRAS (Coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo: historia del presente y posibles escenarios*. Barcelona: Anthropos, 2004.
- SHAPIRO, Susan P. Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of white-collar crime. In: NELKEN, David. *White-collar crime: the international library of criminology, criminal justice and penology*. England: Dartmouth, 1994.
- SUTHERLAND, Edwin H. White-collar criminality. *American Sociological Review*, Washington, v. 5, n. 1, 1940.
- _____. Is White collar crime crime?. *American Sociological Review*, Washington, v. 10, n. 1-6, 1945.
- THOMPSON, Augusto. *Quem são os criminosos: o crime e o criminoso, entes políticos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1998.
- VON HIRSCH, Andrew. *Censurar y castigar*. Tradução de Elena Larrauri. Madrid: Trotta, 1998.
- _____. *Doing justice: the choice of punishments*. Boston: Northeastern University Press, 1986.
- WACQUANT, Loïc. *Les prisons de la misère*. Paris: Raison d'Agir, 1999.
- WEISBURD, David; WARING, Elin; CHAYET, Ellen F. *White-collar crime and criminal careers*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- ZYSMAN QUIRÓS, Diego (2004). El Castigo Penal en E.E.U.U: teorías, discursos y racionalidades punitivas del presente. In: RIVERA BEIRAS (Coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo*. Barcelona: Anthropos, 2004.

Sobre a pretensão de correção da lei injusta

Letícia Balsamão Amorim

Sumário

1. Introdução. 2. Sobre a lei injusta – por uma reaproximação do Direito com a teoria moral. 2.1. Podemos, então, falar de “lei injusta”? 3. Pretensão de correção da lei injusta. 3.1. Métodos para a correção da lei injusta. 4. Decisão judicial razoável. 5. Conclusão.

1. Introdução

“Se a noção de justiça, pela qual o Direito se completa e se realiza, implica considerações de ordem metafísica, que as fazemos sem medo e com decisão. Subverter a ordem natural das coisas, colocando o homem a serviço da ciência, é que não é certo, nem vale a pena”
(VASCONCELOS, 2000).

A ciência do Direito passou vários anos estudando estruturas lógicas como método de decisão judicial. Esse é, sem dúvida nenhuma, um método menos complexo do que se pretende agora. Afinal, bastava o juiz ser “a boca da lei” para aplicar o Direito no caso concreto.

Por meio da subsunção da premissa maior (norma jurídica) sobre a premissa menor (o fato), facilmente se chegava a uma conclusão (a decisão jurídica). Esse método foi desenvolvido pelo positivismo, o qual supunha eliminar do direito o estudo cognitivo dos juízos de valor, pois esses recairiam fora do campo racional.

Mas esse método não mais corresponde às necessidades da atual sociedade. Principalmente após as duas grandes guerras

Letícia Balsamão Amorim é Mestra em Direito Público pela UERJ, Professora universitária, Advogada da União (lotada no Gabinete do AGU).

mundiais, ficou claro que um direito sem um conteúdo delimitado, baseado em certos valores, não pode ser um direito válido. A experiência nazista se tornou a crítica definitiva ao positivismo jurídico e à sua pretensão de eliminar do Direito toda referência à justiça. A nova concepção do direito deve atribuir importância aos princípios gerais do direito (ou princípios constitucionais como preferem outros¹) para que haja uma conciliação dos valores de equidade e segurança jurídica, e para que se busque uma solução que seja “não apenas de acordo com a lei, mas que seja também equitativa, razoável e aceitável”.

O que pretendemos com este estudo é justamente aproximar o Direito de um mínimo de justiça, e assim utilizar a pretensão de correção diante de uma lei injusta para que se alcance uma decisão judicial razoável.

Ora, se é certo que até pouco tempo os juristas consideravam que a busca de justiça não era de sua competência², não era um trabalho para sua seara, o que pretendemos é incluir a justiça como um elemento legitimador das sentenças judiciais e fazer com que a busca da justiça no caso concreto seja sim um ideal a ser procurado pela aplicação do direito. Atienza resumiu muito bem essa pretensão: “la justicia no es un ideal irracional. Es simplemente un ideal o, si se quiere, una idea regulativa; no una noción de algo, sino una noción para algo: para orientar la producción y la aplicación del Derecho” (ATIENZA, 1995, p. 9).

2. Sobre a lei injusta – por uma reaproximação do Direito com a teoria moral

De acordo com o positivismo jurídico, não deveria a ciência do Direito indagar se uma lei é justa ou não. A justiça é um juízo de valor, e, para o positivismo, esses juízos são sempre arbitrários, pois não possuem um critério de racionalidade que possibilite serem previamente determináveis. O juiz, segundo essa doutrina, ao emitir um juízo

de valor, o faz de acordo com sua intuição e subjetivismo. Assim, a Ciência do Direito só poderia questionar acerca da validade ou invalidade de uma lei, ou seja, se a lei surgiu de acordo com os preceitos de uma lei superior e se essa lei tem um mínimo de eficácia. E isso bastaria para que a lei fosse válida em determinado ordenamento.

Talvez essa concepção, que afasta o critério de justiça e todos os juízos de valor de qualquer estudo sistemático, seja muito mais prática e simples. Afinal, é muito mais cômodo desconsiderar tais conceitos da ciência jurídica do que enfrentá-los.

No entanto, a própria história da sociedade (após as duas grandes guerras, as experiências totalitárias) demonstrou que não pode a Ciência do Direito ficar alheia a essas questões. Deve, pelo contrário, enfrentá-las para que não ocorram barbarismos patrocinados pelo Direito.

É por isso que sustentamos a tese de que não basta que uma norma siga os preceitos formais para que ela seja válida em determinado ordenamento jurídico. Além do aspecto formal, devem as normas estar de acordo com um critério material. Esse critério material se refere aos valores e princípios tutelados pelo ordenamento, que se aproximam, no mais das vezes, a um critério de justiça.

A própria constituição dos Estados modernos só pode ser entendida como uma “reserva de justiça” para que se tenha um Estado democrático-constitucional de Direito.

Mas, enfim, como podemos qualificar uma lei de justa ou injusta?

A própria noção de justiça é algo que há muito vem sendo discutido em toda filosofia. Por ser um termo carregado de sentido emotivo, podemos considerá-la uma “noção confusa”. Mas não é pela dificuldade de definir o que seja justiça que devemos afastá-la da ciência do Direito.

A idéia de justiça sugere a todos a noção de certa igualdade. Desde Platão e Aristóteles, passando por Santo Tomás, até os juristas, moralistas e filósofos contemporâneos, todos estão de acordo sobre esse ponto.

Para Aristóteles, a justiça é definida pelo frágil equilíbrio que ela estabelece entre um excesso e uma falta, um muito pouco, o que o leva a considerá-la como uma “medida”, um termo médio entre dois extremos.

Para os partidários de um direito racional ideal, de Kant a Del Vecchio, a justiça é fundamentada essencialmente no respeito à autonomia de cada pessoa. “Age do modo que desejarias que agissem teus semelhantes”, esse era o que defendia Kant (PERELMAN, 2000, p. 75).

É exatamente sob o impulso da filosofia kantiana que a teoria da justiça passou para o “lado” deontológico, pois até então a justiça era apenas vista sob o aspecto teológico, como uma virtude, um bem, ou seja, a busca do bom era seu fim. A partir de Kant, a teoria da justiça passou a buscar uma concepção na qual todas as relações morais, jurídicas e políticas sejam postas sob a idéia de legalidade, de conformidade com a lei (RICCEUR, 1991, p. 95).

2.1. Podemos, então, falar de “lei injusta”?

Já dissemos que não há que se falar em um sistema formado apenas por regras. E a ciência do Direito não pode ficar alheia às questões morais. Ora, o sistema jurídico atualmente é um sistema orientado por valores e, portanto, com limites intrínsecos com as teorias morais.

Qualquer constituição dos chamados Estados modernos tem positivados, em seu corpo normativo, princípios como os da dignidade humana, liberdade, igualdade, democracia, Estado de Direito, entre outros. Essa é a base do chamado *Direito racional da modernidade*³. E o caráter desses princípios significa que não se trata simplesmente de normas programáticas, sem aplicação efetiva e imediata, ou meras normas vagas e sem normatividade, mas, ao contrário, com elas se pretende uma tarefa de otimização.

Assim, não podemos temer ou ter receio da aproximação entre Direito e moral, pois esse é um fato presente na maioria das constituições modernas. Ora, a teoria dos princí-

pios oferece um ponto de partida adequado para atacar as teses positivistas da separação entre Direito e moral. Ao contrário do que propugnavam as teses positivistas, “são introduzidas noções pertencentes à moral; algumas que foram fundamentadas, no passado, no direito natural, são hoje consideradas, mais modernamente, como conformes aos princípios gerais do direito” (MAIA; SOUZA NETO, 1998, p. 65).

E justamente a incorporação de elementos morais no conceito de Direito se faz necessária para apoiar os juristas contra um Estado injusto.

A teoria pós-positivista deu grande passo para identificação de uma lei injusta. Ora, essa teoria, como já sublinhado, vem demonstrando que as constituições dos Estados modernos são verdadeiras reservas de justiça.

Essa nova concepção do direito deu relevante enfoque aos princípios jurídicos e elevou-os a verdadeiras normas, válidas e coercivas, deixando para trás o caráter supletivo e subsidiário, sem normatividade, que o positivismo os relegava. Assim, os princípios possuem, de acordo com o pós-positivismo, a mesma dignidade formal que as regras, e, por isso, são normas constitucionais e dotadas da autoridade que lhes confere a rigidez e supremacia da constituição (SCHIER, 1998, p. 123).

Se é verdade que os princípios não diferem formalmente das regras, o mesmo não pode ser dito quanto a suas características e seu aspecto funcional. Os princípios constituem exigências de otimização, pois resultam valores escolhidos como os mais relevantes pela sociedade ao longo da história (vida, dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, etc.); por isso, contêm *standards* que, em primeira linha, devem ser realizados. E é justamente pela sua “referência” a valores ou da sua relevância ou proximidade axiológica (da justiça, da idéia de direito, dos fins de uma comunidade) que os princípios têm uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma

idoneidade irradiante que lhes permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional (CANOTILHO apud SCHIER, 1998, p. 126).

“Este momento pós-positivista, afirmando a normatividade e vinculatividade dos princípios, faz assentá-los como valores jurídicos supremos da sociedade, servindo como parâmetro de aplicação do Direito para o Estado (Administração Pública, legislador e juiz) e a sociedade civil passando a constituir verdadeira reserva de justiça, fala-se, aqui, portanto, não de um direito justo à luz de valores metafísicos (superiores e anteriores ao Estado) ou formais (identificados com a própria legalidade) e, sim, de uma *reserva histórica de justiça*: aquela que uma dada sociedade concreta elegeu, em momento definido, como padrão de justiça” (SCHIER, 1998, p. 128).

Assim, de acordo com o pós-positivismo, a questão de justiça se positiva e se torna um problema jurídico na medida em que exige que as normas legais e as decisões judiciais e administrativas se compatibilizem com os preceitos axiológicos constitucionais.

Podemos, portanto, qualificar como injusta toda lei que vai de encontro aos valores materiais tutelados pela ordem jurídica e que não tenha uma justificação (através da argumentação) racional ou razoável.

Enfim, nas sociedades modernas, é o legislador quem fixa a ordem de prioridades para a distribuição de bens. E essa fixação depende da discussão e da decisão política. E é justamente nesse sentido e nessa medida que a idéia de justiça requer a mediação do político para alcançar a prática da justiça.

E assim Paul Ricœur distingue dois campos do discurso da justiça: 1. o discurso da justiça está em ação no debate público relativamente à ordem de prioridade a estabelecer entre os bens sociais primários; 2. e também está no procedimento judiciário, da lei à pronúncia da sentença através do processo.

Com isso, não basta reconhecer uma norma injusta, o Judiciário deve ter meios para corrigir essa injustiça. Daí a importância da argumentação, do discurso para que as decisões (legislativas e judiciais) não se resumam no uso da força pública – “como se o monopólio da violência se resumisse a obra da justiça” (RICCEUR, 1991, p. 106). É sobre esse tema que trataremos no tópico seguinte.

3. Pretensão de correção da lei injusta

Não podemos encarar a justiça apenas como conformidade à lei, pois bastará uma decisão arbitrária do legislador para criar normas por meio de uma conduta injusta. Assim, acreditamos que nem toda prescrição do legislador merece obediência e respeito.

Mas quando é que o juiz poderá deixar de aplicar uma lei por considerá-la injusta?

É, na verdade, contra a injustiça das leis e contra a arbitrariedade que se deve modificar ou revisar a ordem estabelecida.

Por tudo quanto foi exposto, não se justifica mais existir uma separação estanque entre Direito e Moral (não podemos olvidar que, apesar da proximidade, esses são conceitos que não se confundem).

A indagação que passamos agora a analisar é se uma violação do critério moral remove o *status* de norma jurídica ao preceito normativo. E, ainda, diante de uma norma injusta, pode o juiz afastá-la do caso concreto? Em caso afirmativo, que meios possui para isso sem que se possa falar em interferência do Judiciário no âmbito do Poder Legislativo?

Segundo Alexy (1993b, p. 44), quem quer argumentar essa questão positivamente tem que demonstrar que as normas ou o sistema de normas perdem necessariamente o caráter jurídico quando sobrepõem certos limites de injustiça.

É importante enfatizar aqui que, nesta empreitada de justificar um juízo de valor como o critério de injustiça, não poderá o

magistrado utilizar o método descritivo, ou lógico-dedutivo, como se estivesse fazendo um cálculo matemático. Deverá utilizar como *método racional a argumentação*, que há tanto vinha sendo esquecida pela hermenêutica jurídica. O argumento específico para a análise da lei injusta poderia ser chamado, segundo Alexy (1993b, p. 44), de “argumento da injustiça”⁴.

Quem quer, de acordo com Alexy (1993b, p. 45), demonstrar uma conexão conceitual necessária entre o Direito e a Moral deve tratar de mostrar que, nos processos de criação e aplicação do Direito, os participantes têm, necessariamente, uma pretensão de correção, a qual inclui uma pretensão de correção moral. E aqui estaríamos diante de um “argumento de correção”.

A pretensão de correção é um elemento necessário inserido no conceito de Direito. A idéia de correção nos leva a uma conexão conceitual entre Moral e Direito (ALEXY, 1993b, p. 49-51). Inúmeras situações (como, por exemplo, os sistemas totalitários, as grandes guerras mundiais) demonstram que sistema jurídico deve ser algo mais que um sistema de normas estabelecidas validamente e efetivas.

Segundo Dworkin (apud MAIA; SOUZA NETO, 1998, p. 83), não podemos vincular o conceito de Direito apenas à noção de normas criadas validamente pelas autoridades estatais. Assim, esclarece que mesmo as normas produzidas por legisladores eleitos não são válidas se violam determinado direito moral. Compreende que a supremacia da constituição engloba não apenas o seu sentido formal, mas também um sentido material, na medida em que os princípios constitucionais podem ser também princípios morais.

A teoria da pretensão desenvolvida por Alexy (1993b) sustenta que as normas jurídicas individuais e as decisões judiciais, assim como o sistema jurídico em sua totalidade, necessariamente têm uma pretensão de correção. Segundo essa teoria, os sistemas de normas que não têm essa pretensão,

implícita ou explicitamente, não são sistemas jurídicos. E os sistemas jurídicos que têm essa pretensão, mas não a satisfazem, são sistemas defeituosos.

Segundo a teoria do discurso, a pretensão de correção implica a pretensão de justificabilidade. Podemos conceber muitas maneiras distintas de justificação de decisões judiciais. O espectro vai desde meras referências a tradições ou autoridades até a argumentação racional, que considera todos os aspectos. O ponto decisivo é que a pretensão de justificabilidade permite uma perspectiva crítica. O fato de uma decisão judicial não ser justificada, ou estar totalmente justificada de acordo com argumentos irracionais, ou mal justificada, não a priva de seu caráter de decisão judicial. Nesse sentido, a pretensão de justificabilidade que apresenta necessária significa a possibilidade de estabelecer níveis de justificação mais altos como o desenvolvimento dos sistemas jurídicos modernos.

Qualquer um que venha a justificar algo aceita, no mínimo, que a outra pessoa seja um igual, ou ao menos um discurso em que ele não exerça coerção, ou que não seja apoiado pela coerção exercida por outros. Além do mais, pretende-se que seja capaz de defender sua tese não apenas contra seu adversário, mas contra qualquer pessoa. Essas pretensões de igualdade e universalidade provêm da base de uma ética procedimental. Segundo Habermas (apud ALEXY, 1993b, p. 55), essa é a ética discursiva:

“A conexão que a teoria do discurso cria entre os conceitos de correção, de justificação e de generalizabilidade pode transportar-se ao Direito com a ajuda da tese de que o discurso jurídico é um caso especial do discurso prático geral. E se esta tese é verdadeira, se poderia estabelecer uma relação necessária entre Moral e Direito diretamente válida para os sistemas jurídicos modernos, e provavelmente justificáveis para os sistemas jurídicos pré-modernos, dentro do marco de

uma teoria normativa da evolução jurídica”.

Como visto, não é qualquer sistema de norma que pode ser chamado de ordenamento jurídico que possa legitimar um Estado de Direito. Ora, diante a um sistema normativo injusto, o juiz não pode ficar inerte, e aceitar passivamente a injustiça, deve, ao contrário, utilizar a pretensão de correção da lei injusta com argumentos racionais. E pode, ou melhor, deve o juiz adequar a norma que seja falha ou injusta.

3.1. Métodos para correção da lei injusta

Pode ocorrer de o juiz estar diante de uma lei que seja injusta apenas num determinado caso concreto. Essa situação corresponde àquela em que a lei está perfeitamente de acordo com o ordenamento jurídico, com seus valores e princípios, mas a sua aplicação perante um determinado caso concreto seria injusta. Nesse caso, o magistrado poderá afastar a injustiça no caso concreto utilizando como meio de correção a equidade ou pela ponderação de interesses, ou então, quando for provocado, por meio de controle de constitucionalidade difuso (afinal a própria Constituição permite um controle por seus princípios materiais).

Por outro lado, podemos estar diante de uma norma que seja objetivamente injusta, ou seja, uma norma que não está de acordo com os valores e princípios tutelados pelo ordenamento jurídico, seja porque foi criada já em desconformidade com o ordenamento ou porque os valores se modificaram e com isso as normas já não condizem mais com os anseios e valores escolhidos pela sociedade.

Nesse caso específico, seria ideal que o próprio legislador retirasse do ordenamento jurídico a norma objetivamente injusta por meio de sua revogação ou então o próprio judiciário poderia invalidar a norma com um controle de inconstitucionalidade direta, mas para isso dependeria, é claro, da provocação das pessoas competentes para sua propositura.

Mas, diante da omissão tanto do legislador no caso da revogação, como no caso da omissão por parte dos autores competentes para a ADI, o juiz deverá corrigir a lei injusta ante o caso concreto utilizando as técnicas já sugeridas anteriormente.

Exige-se que, em qualquer ordenamento jurídico, haja uniformidade, o que conduz à previsibilidade e à segurança. Mas esses princípios não são suficientes para satisfazer a necessidade de justiça. Aristóteles já previu esse questionamento e propôs o uso da equidade.

“A equidade, mesmo sendo justa, não se resume a essa justiça que é conforme à lei, mas é, antes, um corretivo à justiça legal. A equidade se faz necessária porque a lei é sempre uma disposição universal e às vezes não consegue abarcar situações específicas” (ARISTÓTELES, 2000).

A equidade seria, então, verdadeira ‘muleta da justiça’.

Com isso, devemos entender que nem os precedentes nem as leis devem ser aplicados mecanicamente; o juiz possui o poder e o dever de interpretar e adequar a norma ao caso concreto. E pode, se necessário, a equidade prevalecer sobre a segurança, e o desejo de evitar conseqüências iníquas pode levar o juiz a dar nova interpretação à lei. Mas é importante que as decisões sejam motivadas, argumentadas racionalmente, para que se evitem arbitrariedades.

4. Decisão judicial razoável

Por tudo quanto já foi dito, a noção de Estado de Direito não pode mais ficar limitada apenas ao princípio da legalidade como previam as teorias formalistas. É claro que, para não sofrermos as arbitrariedades por parte dos detentores do Poder, os nossos governantes devem estar limitados por normas jurídicas. Mas essas normas devem ser elaboradas democraticamente e abranger direitos fundamentais. E não basta que sigam um procedimento correto e adequado

para que sejam válidas; devem estar de acordo com preceitos éticos e morais escolhidos como relevantes pela sociedade.

É a partir dessa premissa que o Estado de Direito atualmente passa a ser entendido acrescido de dois adjetivos: Estado *democrático-constitucional* de Direito. Assim, não é qualquer direito que irá satisfazer os anseios da sociedade, mas um direito que seja democrático e que tenha como conteúdo valores éticos.

“O critério de legitimidade do poder constituinte não é mera posse do poder, mas a concordância ou conformidade do acto constituinte com as ‘idéias de justiça’ radicadas na comunidade” (CANOTILHO, 1993).

“As Constituições não surgem do nada, mas decorrem de um processo político que tem como pano de fundo a evolução do constitucionalismo democrático e dos direitos humanos, que estabelecem as bases para a organização de sociedades que estão se reorganizando sobre o *ethos* da igualdade e da liberdade” (VIEIRA, 1999, p. 255).

Assim, podemos observar o quão intrínseco está o Direito, atualmente, às teorias morais; “a vigência das normas jusfundamentais significa que o sistema jurídico é um sistema aberto, frente à Moral” (ALEXY, 1993d, p. 525-526).

Importante também ressaltar que justamente pelo fato de haver uma verdadeira fusão do direito constitucional com as teorias morais é que encontramos normas jurídicas prescritas de modo vago, muito abstrato, como é o que ocorre com normas relacionadas aos direitos fundamentais, por exemplo, direito à liberdade, igualdade, dignidade da pessoa humana. Ora, todas essas normas são preceitos que possuem um conteúdo moral, que envolvem questões de justiça e equidade. Exatamente por essas características, essas normas não podem ser interpretadas pelo método lógico-dedutivo, pela subsunção.

Foi preciso que a hermenêutica constitucional desenvolvesse métodos adequados para devida concretização dessas normas para que não passassem de meros recados, programas políticos sem efetividade prática.

“A constitucionalização de princípios morais, ao invés de neutralizá-los, moraliza obrigatoriamente o debate constitucional. Ao acolher direitos fundamentais e princípios formais de justiça, a Constituição convida todos os seus intérpretes a uma leitura ética de seu texto. Contestar isto seria reduzir a Constituição a dispositivo retórico, destituído de força normativa” (DWORKIN apud VIEIRA, 1999, p. 240).

Diante de tais mudanças metodológicas por que passa a hermenêutica constitucional, o que devemos antes aceitar é que, em face do caráter aberto dos princípios e direitos constitucionais, não há alternativa senão delegar aos magistrados o preenchimento do conteúdo desses preceitos. No entanto, o que buscamos aqui é determinar métodos em busca de uma decisão razoável, que não fique à mercê do arbítrio e escolhas pessoais por parte dos juizes.

Considerar que a justiça do juiz é aplicar a lei, sem modificá-la, é cometer um grande erro. Definir o ato justo ou a decisão justa com relação à regra aplicada corretamente é supor que nem a escolha nem a interpretação da regra levantam problema. No entanto, a lei pode mostrar-se insuficiente, e o recurso à equidade parece ser inevitável.

Aristóteles (2000) já previa que o equitativo é justo: não é o legalmente justo, mas uma correção da justiça legal. Assim, uma justiça humana, portanto passível de ser imperfeita, não pode impor uma submissão incondicional. Será adequado temperar seus excessos pelo recurso à correção para que se tenha uma decisão razoável.⁵

A busca de decisões razoáveis, apesar de ser uma noção vaga e instável, estabelece, para o Estado de Direito, um limite ao exercício do poder discricionário legalmen-

te reconhecido. Assim, as escolhas feitas pelo legislador, pelo administrador ou pelo juiz não poderão ser desarrazoadas, sob pena de serem consideradas contrárias ao Direito, e portanto ilegais.

O Direito deve ser antes uma técnica a serviço do ideal de justiça. Não podemos dizer que o método lógico-formal, dedutivista, deva ser abandonado. Deve, no entanto, ser completado, pois se mostra insuficiente para a concretização de um direito que se baseie na justiça. “O juiz não pode contentar-se em aplicar a lei: deve servir-se da lei para motivar suas decisões, mas estas devem ser acima de tudo equitativas.” (PERELMAN, 2000, p. 72).

O juiz deve utilizar a regra formal para aplicar o direito, mas essa regra deve ser preenchida no seu aspecto essencial ou acessório. E deve o juiz justificar o seu posicionamento; para isso, deverá recorrer não, como se poderia acreditar, a uma lógica dos juízos de valor, mas a todos os recursos de uma argumentação.

Também é projeto de Dworkin (1984) construir uma teoria da decisão judicial que não deixe espaço para a discricionariedade judicial (a despeito das teorias patrocinadas por Frank, Kelsen e Hart). Dworkin (1984) tem como ponto de partida o fato de que, além das regras, o ordenamento jurídico é formado por princípios⁶ e ambos são espécies do gênero normas jurídicas. E os princípios, segundo Dworkin (apud VIEIRA, 1999, p. 197), constituem “uma exigência de justiça ou *fairness* (equidade) ou alguma outra dimensão da moralidade”.

Colocando os princípios ao lado das regras, e conseqüentemente exigindo-se sua efetividade como norma jurídica, Dworkin estreita, consideravelmente, o espaço deixado ao magistrado, tornando o julgador mais vinculado ao ordenamento, diferentemente do que pretendiam os realistas ou positivistas.

Considerando os princípios normas jurídicas com imediata aplicabilidade, o juiz deve estar vinculado a eles; assim, o uso dos princípios não significa que se esteja agin-

do discricionariamente, mas apenas aplicando elementos estruturantes do sistema jurídico, que não se confundem com seus próprios valores.

Segundo Dworkin (apud VIEIRA, 1999, p. 200), quando o juiz se depara com um *hard case*, ele não decide de forma discricionária, pois, apesar de a regra muitas vezes não conter todos os elementos para a tomada de decisão, o Direito oferece outros critérios que também vinculam o magistrado. Assim, não há uma liberdade total, em que o magistrado decide a partir de valores externos ao Direito, que, na maioria das vezes, são os seus próprios, mas uma esfera carregada de princípios (que fazem parte do ordenamento jurídico) que limitam e impõem determinado sentido às decisões judiciais.

É com essa tese que Dworkin (1984) refuta a posição dos positivistas de que toda norma aberta é, na realidade, um convite para que os juízes exercitem suas próprias escolhas e opiniões. Pois, para Dworkin (1984), ao aplicar normas de textura aberta, os juízes estarão obrigados por princípios que integram o Direito, ou seja, o juiz deve decidir conforme a direção indicada pelo princípio ao qual ele se vê obrigado, da mesma forma que se vê obrigado a aplicar uma regra. E, pelo fato de os princípios possuírem conteúdo moral, que envolve questões de justiça e equidade, os juízes não só podem como devem realizar um debate na esfera moral, a fim de decidir casos concretos.

Com isso, Dworkin (1984) tenta demonstrar que as escolhas dos juízes não são arbitrárias, nem ao menos discricionárias. Devem, ao contrário, basear-se racionalmente de acordo com as próprias estruturas oferecidas pelo ordenamento, para que o magistrado atinja a decisão correta.

É certo que a maior dificuldade que encontramos atualmente no que diz respeito à “nova hermenêutica” é quanto à densificação ou concretização das normas constitucionais principiológicas.

Ora, a justificativa da teoria jusnatural não é mais aceitável, não concretizamos as

normas de acordo com o estado de natureza, com preceitos materiais pré-determinados. E o método subsuntivo não é adequado para a interpretação de princípios. E tão-pouco podemos aceitar, como previam as teorias realistas, que o preenchimento das normas abertas fique ao arbítrio do magistrado. Mas e se, para a concretização dos direitos fundamentais (normalmente estão previstos em forma de princípios), o recurso ao próprio texto constitucional for insuficiente?

Nesse caso, o intérprete constitucional será obrigado a buscar o conteúdo desses preceitos a partir de um processo de interpretação que, embora tome por base o texto constitucional, a doutrina e eventuais precedentes, não negligencie a necessidade de recorrer ao discurso da filosofia política, à argumentação racional.

Dworkin (1984) pretende elaborar um método (mesmo que contrafático) para que se possa chegar a uma única resposta correta ou verdadeira. Para ele, essa resposta correta seria a que melhor possa justificar-se por meio de uma teoria substantiva que contenha aos princípios que melhor correspondam à constituição, às regras de Direito e aos precedentes. E, segundo ele, uma decisão será justa (ou seja, respeitará a integridade do direito) se fornecer a resposta correta (mesmo que esta não se baseie na estrita legalidade) para o caso.

Mas, segundo Dworkin (apud ALEXY, 1993a), apenas o juiz ideal, a quem chama de “Hércules” (equipado com *superman skill, learning, patience and acumen*), estaria em situação adequada para chegar a essa única resposta correta. Assim, caberia ao juiz real a tarefa de se aproximar a esse ideal o máximo possível.

Segundo Alexy (1993a, p. 20), pelo fato de nosso ordenamento ser composto de regras e princípios, e pelo fato de não podermos estabelecer uma hierarquia prévia (uma lista de *topois*) desses princípios, a argumentação jurídica não nos pode levar em cada caso precisamente a um único resultado. E

isso vale tanto para a subsunção de regras como para a ponderação de princípios. E, no que diz respeito aos princípios, ele defende que, por serem mandados de otimização, sempre exigirão um conteúdo moral, e, em sua aplicação, há que se recorrer sempre a questões morais. E a grande empreitada que se coloca é a de sustentar que essas valorações morais não podem ser extraídas obrigatoriamente de um material arbitrariamente fixado. E a busca da racionalidade da argumentação jurídica vai depender essencialmente de se, e com que alcance, essas valorações são suscetíveis de um controle racional. “La cuestión de la racionalidad de la fundamentación jurídica lleva así a la cuestión de la posibilidad de fundamentar racionalmente los juicios prácticos o morales en general” (ALEXY, 1993a, p. 20).

Alexy (1993a) admite que não são possíveis teorias morais *materiais* em que, para cada questão prática, permitam extrair com segurança intersubjetivamente uma resposta precisa, mas, sim, que são possíveis teorias morais procedimentais que formulem regras ou condições para uma argumentação ou decisão prática racional. “Uma versión especialmente prometedora de una teoría moral procedimental es la del discurso práctico racional” (ALEXY, 1993a, p. 21).

Assim, Alexy (1993a) está preocupado em desenvolver mecanismos racionais de ponderação e decisão, repelindo as teorias decisionistas do direito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico. E, segundo ele, uma ponderação será racional se o enunciado de preferência a que conduz puder ser fundamentado racionalmente. Com isso, transfere o problema da racionalidade da ponderação para a fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores e princípios opostos.

Para se atingir uma argumentação racional, Alexy (1993a) desenvolve um sistema de 28 regras e pretende, assim, formular um código da razão prática. Essas regras se estendem desde aquelas que exigem não con-

tradição, clareza lingüística e verdade empírica, passando por aquelas que expressam a idéia de universalizabilidade, que assegura a cada um o direito de tomar parte no discurso e a cada um a mesma consideração no discurso, até aquelas que se dirigem a uma argumentação consequencialista, à ponderação e à análise de formação de convicções normativas.

E chega Alexy (1993a) a concluir que uma única resposta para cada caso só poderia admitir-se recorrendo a cinco idealizações, a saber: 1) tempo ilimitado; 2) informação ilimitada; 3) clareza lingüística conceitual ilimitada; 4) capacidade de disposição ilimitada para as mudanças de regras e 5) carência de prejulgamentos ilimitada.

Assim, apesar de o juiz “Hércules” ficar adstrito apenas a um plano ideal, e portanto afastando-nos de chegar a uma resposta única e correta racionalmente, é de se esperar e exigir que o juiz real busque sempre se aproximar ao máximo desse ideal com uma decisão pelo menos razoável, que vá ao encontro dos valores tutelados constitucionalmente, dos precedentes, da doutrina e das regras e princípios do nosso ordenamento.

5. Conclusão

Chegamos ao fim deste trabalho com a certeza de que muito ainda tem que ser pesquisado em torno do tema proposto. Mas ficaremos satisfeitos se os leitores tiverem percebido que a intenção central deste breve estudo foi alertar para a necessidade de se questionar o conteúdo material das normas, e fazer um controle das escolhas (que não podem ser tão discricionárias como se pretendia) determinadas pelo legislador ou pelo administrador.

Assim, não é qualquer norma que pode ser tida como norma jurídica, ainda que seja válida formalmente. Afinal, o Direito se aproxima da teoria moral para provar que não basta o aspecto formal para que uma norma seja válida, mas há certos limites materiais que devem ser obedecidos.

E nesse mister grande importância tem a decisão judicial, que deverá controlar todo tipo de arbitrariedade que possa tornar uma lei injusta. E, ao corrigir uma lei injusta, não estará o judiciário substituindo a suposta discricionabilidade do legislativo por uma decisão subjetiva e individual (como pretendiam os relativistas); ao contrário, deverá corrigir a lei injusta de acordo com os valores e princípios presentes no ordenamento jurídico, princípios dotados de normatividade, que foram eleitos pela sociedade ao longo da história como os mais relevantes, utilizando para essa correção a argumentação jurídica como método cognitivo.

Notas

¹ Cf. BONAVIDES, 1994. O professor Paulo Bonavides, brilhantemente, em seu curso, discorre sobre a importante passagem dos princípios gerais do direito para princípios constitucionais que se verifica no nosso ordenamento.

² Diziam os seguidores do positivismo que a justiça é um ideal importante, mas não cabe ao direito estudá-lo, caberia a outros tipos de ciência, como a filosofia, sociologia, etc., mas não o direito.

³ Expressão usada por Robert Alexy (1993b).

⁴ Ora, concordamos com a posição de José Américo M. Pessanha (1989, p. 230), de que há necessidade de se reabrir espaço para outra forma de racionalidade, igualmente legítima e insubstituível, sobretudo nos campos do plausível, do verossímil, do provável, na medida em que escapa às certezas do cálculo. Esse é o território da Teoria da Argumentação.

⁵ Perelman diferencia o razoável do racional. Para ele, a categoria do razoável, que desempenha um papel fundamental na argumentação, difere do racional, porque esse se refere a verdades eternas e imutáveis, é coercivo e demonstrativo; o razoável, por sua vez, diz que é uma noção mais vaga, com conteúdo condicionado pela história, pelas tradições, pela cultura de uma sociedade, é argumentativo e não coercivo. Por isso preferimos adotar como objetivo deste estudo a busca de uma decisão “razoável” por entendermos não ser possível uma única e verdadeira decisão demonstrável.

⁶ Apesar de considerarmos a diferença entre princípios e regras de extrema relevância, não o faremos aqui. Remetemos os leitores às obras de DWORKIN, 1984; ALEXY, 1993; ATIENZA, 1995, 2000; e, entre nós, SARMENTO; GALUPPO, 1999 e VIEIRA, 1999.

Referências

- ALEXY, Robert. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993a.
- _____. Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón práctica. In: _____. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993b.
- _____. *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*. In: _____. *Derecho y razón práctica*. México: Fontamara, 1993c.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Grazone Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993d.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: M. Claret, 2002.
- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito: teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2000.
- _____. *Tras la justicia: una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*. Barcelona: Ariel, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. *Do estado liberal ao estado social*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- BÖNCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Estudios sobre el estado de derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000.
- BÖNCKENFORDE, Ernest Wolfgang. *Lê droit, l'état et la constitution démocratique*. Paris: LGDJ, 2000.
- CALSAMIGLIA, Albert. *Postpositivismo*. Alicante: Doxa, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1997.
- _____. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *A ciência do direito*. São Paulo: Atlas, 1997.
- GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no estado democrático de direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 143, jul./set. 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- HÖFFE, Otfried. *Justiça política*. São Paulo: M. Fontes, 2001.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. São Paulo: M. Fontes, 1998.
- _____. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- _____. *Teoria pura do direito*. 2. ed. Coimbra: A. Amado, 1962.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Tradução de José Lamego. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- MAIA, Antônio C.; SOUZA NETO, Cláudio P. Os princípios de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Org.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.
- _____. , et al. Direito e teoria da argumentação. *Cadernos Pet-Jur*: Departamento de Direito Puc-Rio, Rio de Janeiro, a. 3, n. 1 (2. ed.), 1997.
- _____. Excurso: da distinção fato/valor ou das pretensões da teoria crítica. In: _____. *A genealogia de Foucault e a teoria crítica da sociedade*. 1999. ? f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. São Paulo: M. Fontes, 2000.
- PESANHA, José Américo Motta. A teoria da argumentação ou nova retórica. In: CARVALHO, Maria Cecília de (Org.). *Paradigmas filosóficos da atualidade*. São Paulo: Campinas, Papirus, 1989.
- PLATÃO. *A república*. São Paulo: M. Claret, 2001.
- RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma concepção política, não metafísica*. Lua Nova, São Paulo, n. 25, 1992.
- RICCEUR, Paul. *O justo entre o legal e o bom*. In: _____. *Leituras 1: em torno do político*. São Paulo: Loyola, 1991.
- SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

A educação nas prisões

Jayme B. S. Santiago
Tatiana Feitosa de Britto

Sumário

1. A população carcerária. 2. Legislação. 3. Programas, projetos e diretrizes. 4. Projetos de lei. 5. Indicações bibliográficas para aprofundamento do tema.

As mazelas do sistema penitenciário brasileiro são amplamente conhecidas. Superlotação, altos índices de reincidência, rebeliões, violações cotidianas de direitos humanos, inabilidade de conter o crime organizado, tudo isso aparece constantemente na mídia e divide a opinião pública. Se, por um lado, há os que advogam pelo mero endurecimento da repressão e construção de novas unidades prisionais como única forma de controlar a violência e o domínio do crime organizado nas prisões, há, por outro lado, os defensores de ampla reforma no sistema penitenciário, implementando a devida gradação de penas e separação de detentos segundo grau de periculosidade, com vistas a aumentar as possibilidades de reintegração dos apenados na sociedade.

É no contexto dessa segunda posição que se insere o debate sobre a educação nas prisões, objeto deste artigo. O texto se propõe a abordar sinteticamente: 1) dados básicos sobre a população carcerária no Brasil; 2) a legislação que trata da assistência educacional a detentos; 3) programas, projetos e diretrizes na área; e 4) projetos de lei sobre a matéria, em tramitação na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal. Finalmente,

Jayme B. S. Santiago e Tatiana Feitosa de Britto são Consultores Legislativos do Senado Federal.

são arroladas referências bibliográficas que proporcionam uma análise mais aprofundada do tema.

1. A população carcerária

Segundo dados levantados pelo Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça (DEPEN/MJ), havia, em dezembro de 2005, 361.402 presos, sendo 64.483 em dependências das secretarias de segurança pública dos estados. Da população carcerária de 296.919 detentos, 102.116 estavam em prisão provisória e 3.845 cumpriam medidas de segurança. Cumprindo pena no regime fechado estavam 149.229 presos (7.431 mulheres); no semi-aberto, 33.856 (955 mulheres) e no aberto, 7.873 presos (456 mulheres).

Somente o estado de São Paulo contabilizava 120.601 presos em estabelecimento penal, seguido por Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Pernambuco, com 23.054, 22.621 e 15.817 presos respectivamente.

Pesquisa realizada pelo Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, a partir dos dados do Censo Demográfico (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, [200-?]), traçou o perfil comparativo entre os presidiários do estado de São Paulo e do município do Rio de Janeiro e suas respectivas populações adultas. Os dados levantados pela pesquisa retrataram a situação de desvantagem da maioria da população carcerária no que se refere à escolaridade formal.

Em São Paulo, as taxas de analfabetismo verificadas nos estabelecimentos penais eram ligeiramente superiores aos índices de analfabetismo observados na população paulista em geral: 8,2% contra 7,5%. No que se refere ao ensino fundamental – etapa obrigatória de escolarização –, 78% dos presidiários não haviam chegado a completá-lo, enquanto o percentual da população do estado que não atingira esse patamar era de 52%.

No Rio de Janeiro, a situação não era muito diferente. Embora os índices de anal-

fabetismo entre os presidiários cariocas fossem um pouco menores do que os verificados entre a população do município em geral (13,5% contra 16,3%), a desagregação dos dados por idade mostrava diferenças não desprezíveis. Entre os jovens de 20 a 24 anos encarcerados, por exemplo, o analfabetismo atingia mais de 11%. E entre a população carioca dessa mesma faixa etária, o analfabetismo não chegava a 2%, índice quase seis vezes menor do que a taxa de analfabetismo nos estabelecimentos penais do município.¹

O déficit de escolarização da população carcerária, portanto, é notório.

2. Legislação

A Constituição Federal, em seu art. 208, I, estabelece o dever do Estado na garantia de ensino fundamental obrigatório e gratuito, *assegurada, inclusive, sua oferta gratuita para todos os que a ele não tiverem acesso na idade própria*. Tendo em conta os baixos índices de escolarização apresentados pela população carcerária, a educação de jovens e adultos, modalidade que responde pela oferta de educação básica para a população acima da idade escolar, deveria estar presente em todos os estabelecimentos penais implantados no País.

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal – LEP), trata, nos arts. 17 a 21, da assistência educacional ao preso e ao internado, compreendendo a instrução escolar e a formação profissional, com as seguintes características:

- a) obrigatoriedade do ensino de 1º grau;²
- b) ensino profissional ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico;
- c) adequação do ensino profissional da mulher condenada à sua condição;
- d) possibilidade de convênio com entidades públicas ou particulares, que instalem escolas ou ofereçam cursos especializados;
- e) previsão de dotar cada estabelecimento com uma biblioteca para uso de todas

as categorias de reclusos, provida de livros instrutivos, recreativos e didáticos.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394, de 1996), por sua vez, não contempla dispositivos específicos sobre a educação no sistema penitenciário. Essa omissão, contudo, foi corrigida no Plano Nacional de Educação (PNE), instituído pela Lei nº 10.172, de 2001.

O PNE, com duração de dez anos, prevê, entre os objetivos e metas da educação de jovens e adultos: implantar, em todas as unidades prisionais e nos estabelecimentos que atendam adolescentes e jovens infratores, programas de educação de jovens e adultos de nível fundamental e médio, assim como de formação profissional, contemplando para esta clientela as metas relativas ao fornecimento de material didático-pedagógico pelo Ministério da Educação (MEC) e à oferta de programas de educação a distância.

Embora o arcabouço legal privilegie o papel da educação para a população carcerária, especialmente tendo em conta o caráter ressocializador da pena, e não apenas punitivo, a realidade nos presídios brasileiros está bem distante do que diz a lei. Infelizmente, o reconhecimento legal não tem sido acompanhado de medidas efetivas para garantir a oferta sistemática de oportunidades educacionais nesses estabelecimentos. Segundo estimativas do DEPEN, embora mais de 70% dos detentos não tenha concluído o ensino fundamental, somente 18% deles freqüentam atividades educacionais. Registram-se experiências bem-sucedidas em alguns estados, mas, em geral, há pouca articulação entre as pastas de saúde e de educação e baixa institucionalização das iniciativas existentes.

3. Programas, projetos e diretrizes

Não há, em âmbito federal, uma política pública voltada para a assistência educacional a detentos. O DEPEN financia projetos educacionais para a população carcerária, que são propostos e desenvolvidos pelos

governos estaduais, diretamente ou em parceria com organizações não-governamentais. Da mesma forma, a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade do Ministério da Educação (SECAD/MEC) apóia a execução de projetos dessa natureza, desenvolvidos pelas secretarias estaduais de educação ou por organizações não-governamentais.

Até bem pouco tempo atrás, as ações dos Ministérios da Educação e da Justiça não se faziam de maneira coordenada. No segundo semestre de 2005, iniciou-se um processo de articulação entre o MEC e o MJ para desenhar uma estratégia comum de financiamento de projetos educacionais para reclusos, com a finalidade de evitar a duplicação de esforços e estimular o desenvolvimento de iniciativas adequadas à especificidade desse público-alvo. Naquele ano teve início o projeto *Educando para a Liberdade*, desenvolvido em parceria com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco), com recursos do governo japonês.

O foco do projeto e da aproximação do MEC e do MJ tem sido não apenas expandir a oferta educacional em estabelecimentos prisionais, mas também construir uma política com diretrizes nacionais para o setor, considerando as especificidades pedagógicas, metodológicas, de material didático e de formação docente requeridas para que a educação nas prisões possa cumprir seu objetivo reintegrador. Nesse sentido, além da educação básica, é fundamental o desenvolvimento de programas de educação profissional voltados para a reinserção produtiva da população carcerária. Em ambos os casos, o ensino não pode estar dissociado do contexto peculiar em que se desenvolve, premissa básica da educação de jovens e adultos.

Em âmbito local, há registros de estados como o Rio Grande do Sul e Goiás, por exemplo, que implementaram convênios entre as respectivas Secretarias de Segurança Pública e de Educação³ para a oferta regular de

programas de educação de jovens e adultos em estabelecimentos penitenciários. Outras unidades da Federação proporcionam cursos de ensino fundamental e médio, presenciais ou na modalidade de educação a distância (como o Telecurso 2000, desenvolvido pela Fundação Roberto Marinho), e cursos profissionalizantes, executados em parceria com entidades do Sistema S. Há casos, também, de estados que implementaram convênios de cooperação técnica com instituições de ensino superior, para o fornecimento de monitores para projetos educacionais, e que implantaram laboratórios de informática nos presídios, por meio de projeto-piloto do MJ, em parceria com organização não-governamental.

Alguns avançaram, inclusive, em direção à remição da pena por educação, possibilitando aos detentos participantes de seus projetos educacionais, na condição de alunos ou de educadores, a contabilização de horas-aula para redução da pena, de maneira similar ao que já é previsto, pela LEP, no caso da participação em atividades laborais.⁴ Vale destacar que as oportunidades de trabalho, nas prisões, são numericamente limitadas, enquanto a oferta educacional poderia ter abrangência muito maior.

Apesar de polêmica, a remição da pena por educação tem sido defendida por juristas e ativistas da educação. Além de funcionar como incentivo importante para a escolarização dos presos, o instituto da remição teria um papel considerável na redução da ociosidade dos detentos, apontada por especialistas como fator relacionado à reincidência e à violência no cárcere.

Finalmente, não se pode deixar de mencionar a estreita relação existente entre propostas voltadas para a escolarização dos presos e a necessidade de investimentos dirigidos à formação e capacitação dos servidores penitenciários. A oferta de oportunidades educacionais para os detentos não se realiza sem conflitos no interior do sistema prisional. Sob a ótica dos recursos humanos que atuam nas penitenciárias – subme-

tidos a condições-limite de trabalho e, frequentemente, desvalorizados em termos de carreira e remuneração –, propiciar melhores condições de escolaridade aos presos pode assemelhar-se à concessão de privilégios injustificáveis. Sem uma política de qualificação dos servidores, que não apenas os valorize, mas, efetivamente, possa transformá-los em protagonistas do processo de ressocialização dos apenados, torna-se difícil implementar uma política nacional de educação para os detentos. Nesse sentido, merece destaque iniciativa recente do MJ voltada para a instituição de diretrizes políticas e de financiamento para a educação em serviços penais em todo o País, com ênfase na criação de redes e escolas penitenciárias.

4. *Projetos de lei*

Há diversas proposições legislativas versando sobre a educação no sistema penitenciário em tramitação nas Casas do Congresso Nacional. Entre elas, destacam-se:

a) Na Câmara dos Deputados:

- PL nº 5.189, de 2005, visando à implantação de sistema de escola virtual nos presídios.

- Situação: após aprovado parecer pela rejeição na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, o projeto está pronto para a pauta na Comissão de Educação e Cultura, também com parecer contrário do relator.

- PL nº 2.580, de 2003, para estimular o acesso do preso à cultura, ao esporte e à formação profissional (apensado aos PL nº 4.202 e nº 4.451, ambos de 2004).

- Situação: tendo recebido parecer favorável na Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, o projeto aguarda designação de relator na Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania.

- PL nº 4.230/2004, que estende o benefício da remição aos presos que estiverem estudando (apensado ao PL nº 6.254, de 2005).

- Situação: pronto para a pauta na Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, com parecer do relator pela rejeição.

- PL nº 5.075, de 2001 (de iniciativa do Poder Executivo), promovendo várias alterações na LEP, inclusive a possibilidade de remição da pena pelo estudo.

- Situação: pronto para pauta no Plenário, com parecer pela rejeição.

- PL nº 3.569, de 1993, estabelecendo a remição de um dia de pena a cada dois dias de trabalho ou estudo, na impossibilidade do primeiro.

- Situação: aprovado na Câmara, ainda em 1993, o projeto recebeu substitutivo no Senado Federal, em 1995. Retornando à Casa de origem, encontra-se pronto para a pauta na Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania desde 2004, com parecer pela rejeição do substitutivo do Senado e aprovação do projeto original.

b) No Senado Federal:

- PLC nº 95, de 2002 (PL nº 25, de 1999, na Câmara dos Deputados), para instituir o ensino médio nas penitenciárias.

- Situação: após aprovado substitutivo na Comissão de Educação, o projeto aguarda designação de relator na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania.

- PLS nº 217, de 2006, altera o art. 83 da Lei de Execução Penal para autorizar a instalação de salas de aula nos presídios.

- Situação: inicialmente remetido à Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, para decisão terminativa; aguarda inclusão na ordem do dia do Plenário requerimento no sentido de que o PLS seja examinado também pela Comissão de Educação.

5. Indicações bibliográficas para aprofundamento do tema

Como o objetivo do presente trabalho é tão-somente mostrar um panorama da assistência educacional no sistema penitenciário brasileiro, apresenta-se, a seguir, uma relação de artigos e publicações que permitem aprofundar a análise do tema:

- BALDIN, Antônio. Cabe remissão para estudar? *Revista Jurídica*, São Paulo, v. 48, n. 279, p. 84-86, jan. 2001.

- FUDOLI, Rodrigo de Abreu. Remição pela instrução: um apanhado político-criminal, doutrinário e jurisprudencial. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Distrito Federal, v. 10, n. 20, p. 142-165, jul./dez. 2002.

- JULIÃO, Elionaldo Fernandes. *Política pública de educação penitenciária: contribuição para o diagnóstico da experiência do Rio de Janeiro*. 2003. 70 f. Dissertação (Mestrado)—Departamento de Educação da PUC-RJ, Rio de Janeiro, abr. 2003. Disponível em: <http://www.mj.gov.br/Depen/publicacoes/Dissertacao_Elionaldo.pdf>. Acesso em: 2006.

- LEITE, José Ribeiro. Educação por trás das grades: direito, necessidade e contribuição. *Em tempo*: Revista da Faculdade de Direito de Marília, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 50-54, ago. 1999.

- MATTOS, Renata Soares Bonavides de. *Direitos do presidiário e suas violações*. São Paulo: Método, 2002.

- MOURA, Evânio. Remição da pena pelo estudo: rápida abordagem crítica. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 24, p. 20-26, fev./mar. 2004.

- PORTUGUÊS, Manoel Rodrigues. Educação de adultos presos. *Educação e Pesquisa*, São Paulo, v. 27, n. 02, p. 355-374, jul./dez. 2001.

- SENA, Paulo de. Assistência educacional nos estabelecimentos penais. *Estu-*

do da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputado. Brasília, jul. 2004. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/publicacoes/estnottec/tema11>>.

• SILVA, Maria das Dores Araújo e. O descaso com os reeducandos. *Revista Jurídica da Unirondon*, Cuiabá, n. 1, p. 173-181, 2001.

• SOUZA, Antônio Rodrigues de. Marginalidade pedagógica: um olhar sobre a prisão. *Educação em Debate*, Fortaleza, v. 21, n. 39, p. 143-144, 2000.

• SOUZA, Antônio Rodrigues de. Prisões e sociedade: sobre a pedagogia social da reclusão. *Educação em Debate*, Fortaleza, v. 22, n. 41, p. 38-53, 2001.

• WOLFMANN, Luis Camargo. *Portal do inferno... mas há esperança*. São Paulo: WVC, 2000.

Notas

¹ A juventude é outro aspecto a ser ressaltado: mais da metade dos presidiários paulistas e cariocas têm menos de 30 anos.

² Atual ensino fundamental, segundo a nomenclatura em vigor.

³ De acordo com a LEP (art. 18), o ensino ministrado nas instituições prisionais deveria estar integrado ao sistema escolar da respectiva unidade da federação, mas isso nem sempre é assim, pois as autoridades educacionais competentes dão prioridade à rede regular de ensino e, não raras vezes, omitem-se em relação a essa clientela.

⁴ No Rio Grande do Sul, por exemplo, o instituto da remição permite subtrair um dia de pena a cada dezoito horas de estudo.

Referência

FUNDAÇÃO GERTÚLIO VARGAS. Retratos do Cárcere. *Fundação Gertúlio Vargas*, Rio de Janeiro; São Paulo; Brasília, [200-?]. Disponível em: <<http://www4.fgv.br/cps/simulador/retratosdocarcere/>>. Acesso em: 2006.

Contratações públicas e fundações de apoio

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt

Sumário

1. Introdução e contextualização do problema. 2. Requisitos de validade da contratação de fundações. 2.1. Requisitos subjetivos. 2.2. Requisitos objetivos. 2.3. A controvérsia sobre a constitucionalidade. 2.4. A questão do “desenvolvimento institucional”. 2.5. Situações particulares. 3. Problemas de implementação. 3.1. Liquidação antecipada de despesas. 3.2. Pagamento mediante “taxa de administração”. 3.3. Não-recolhimento de receitas – “caixa dois”. 3.4. Ausência de licitação na execução pelas fundações. 4. Esboço de uma tipologia dos contratos. 4.1. Regulares. 4.2. Irregulares (mas infelizmente comuns). 5. A modo de conclusão.

“Não existem óbices de ordem legal para que as universidades estabeleçam acordos e convênios, inclusive com entes privados; o que pode e deve ser feito é a remoção de normas que deturpam a plena vigência do direito público, diretamente fundamentado na Constituição, nos termos de seu art. 207, nas universidades federais e estaduais.” (Sader, 2004)

1. Introdução e contextualização do problema

Uma das vertentes principais do controle externo exercido pelo Congresso Nacional no cumprimento do mandato conferido pelos artigos 70 e 71 da Constituição Federal é o controle sobre as licitações e contratos da Administração Pública Federal. É de relevante interesse para a instituição parlamentar e suas unidades de assessoria técnica

Fernando Moutinho Ramalho Bittencourt é Consultor de Orçamentos do Senado Federal.

ca (em particular para a Consultoria de Orçamentos, Fiscalização e Controle do Senado Federal) contribuir para o aprofundamento do conhecimento dos aspectos mais complexos das licitações e contratos.

Nesse universo, assumem grande relevância algumas hipóteses particulares de dispensa de licitação que ensejam contratos que, somados, atingem grande valor. Uma dessas hipóteses de dispensa de licitação, que tem impacto muito forte nos setores de educação superior, ciência e tecnologia, é o relacionamento contratual da administração federal com as chamadas Fundações de Apoio a que faz referência a Lei nº 8.958/94, regulamentada pelo Decreto Federal 5.205/2004. O presente trabalho pretende descrever alguns dos principais problemas enfrentados nesse relacionamento e as soluções até o momento encontradas pelos órgãos de controle.

Tal relacionamento tem sua principal característica própria pela celebração de contratos com fundamento no artigo 1º da referida Lei, que dispõe que:

“As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do artigo 24 da Lei 8.666/93, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes”.

Esse dispositivo, portanto, descreve expressamente uma das situações em que é cabível a dispensa de licitação com base no art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93, segundo o qual é dispensada a licitação:

“XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição destinada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável

reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos”.

Essas modalidades de contratação têm sido objeto de profunda polêmica no âmbito administrativo e do controle. Não abordaremos aqui a questão da abrangência exclusivamente federal desse permissivo, a despeito de uma ampla utilização da faculdade pelas instituições de outras esferas de governo¹. Vamos concentrar a atenção nas principais dificuldades de caracterização e implementação que qualquer agente público, federal ou não, enfrenta ao abordar o tema.

Tais dificuldades, sustentamos, decorrem essencialmente do caráter genérico e impreciso de boa parte dos artigos da referida Lei nº 8.958/94. Em função dessa generalidade do texto, a matéria vem sendo tratada principalmente pela ação dos órgãos de controle, estando atualmente consideravelmente demarcada pelas decisões do Tribunal de Contas da União.

Este é o objeto principal de nossa abordagem: a aplicação sistemática de *todo o ordenamento jurídico nacional* à aplicação dada à Lei 8.958/94. A jurisprudência do TCU, em toda a sua variedade de casos práticos, é essencialmente a *interpretação sistemática* do ordenamento jurídico:

“Consiste o *processo sistemático* em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referentes ao mesmo objeto.

Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e do exame das regras em conjunto deduzir o sentido de cada uma” (MAXIMILIANO, 2003, p. 104-105).

Ou seja, não basta apenas aplicar a Lei 8.958/94; também são de observância obrigatória preceitos tais como a Lei 8.666/93 referente a todas as demais disposições de licitação e contratos, a Lei 4.320/64 e o Decreto 93.872/86 para as formalidades e con-

dições de execução do gasto público, e mesmo os princípios gerais da Constituição Federal (que, em alguns casos, tendem a ser esquecidos quando o único instrumento normativo observado é a Lei 8.958/94).

Assim, reconhecendo que a forma de redação original da lei poderia ensejar legitimamente dúvidas e lacunas nas primeiras etapas de sua execução, o TCU vem fazendo uma “regulação por aproximações sucessivas”, apontando em diferentes casos concretos a inobservância das demais normas legais (ainda que a literalidade da Lei 8.958/94 possa ser atendida nesses mesmos casos). A manifestação do Tribunal tem sido, até o momento, por meio das orientações corretivas permitidas pela sua Lei Orgânica². É preciso que o signatário e gestor desse tipo de contratos, no entanto, não deixe de levar em conta que as determinações corretivas já se acumulam há tantos anos, num volume e abrangência tais que é razoável supor que as próximas decisões da Corte passem a considerar irregulares os atos que se adotem com a inobservância dos preceitos legais tantas vezes mencionados e explicados pelo Tribunal.

Acreditamos que as conseqüências são ainda mais profundas. Apenas pela aplicação correta da totalidade do ordenamento jurídico será possível compatibilizar o uso do instrumento que são as fundações com o caráter da Universidade³ como integrante da Administração Pública, nos termos em que hoje a coloca a Constituição. O risco maior não é sequer a punição ao gestor individual: à custa de sucessivos abusos, pode-se provocar a rejeição social e legislativa desse modelo de contratação, sob a alegação de irresistível vocação à fraude. Estaríamos, aliás, diante de fenômeno bem conhecido da realidade social, bem descrito como a “teoria da curvatura da vara”:

“Ela foi enunciada por Lênin ao ser criticado por assumir posições extremistas e radicais. Lênin responde o seguinte: “quando a vara está torta, ela fica curva de um lado e, se você

quiser endireitá-la, não basta colocá-la na posição correta. É preciso curvá-la para o lado oposto” (SAVIANI, 1991, p. 48-49).

Exagero? Vejamos como coloca a questão doutrinadora da maior projeção no ramo administrativo, não apenas como acadêmica mas também no exercício de funções judiciais:

“[...] Aí opinamos no sentido de ser bastante duvidosa a legalidade da forma de atuação dessas entidades, pelo fato de se utilizarem livremente do patrimônio público e de servidores públicos sem observância do regime jurídico imposto à Administração Pública. [...] Esse ente de apoio assume a gestão de recursos públicos próprios da entidade pública. Grande parte dos empregados do ente de apoio é constituído por servidores dos quadros da entidade pública com a qual cooperam. O local de prestação de serviços também é, em regra, o mesmo em que a entidade pública atua.

Em suma, o serviço é prestado por servidores públicos, na própria sede da entidade pública, com equipamentos pertencentes ao patrimônio desta última; só que quem arrecada toda a receita e a administra é a entidade de apoio. E o faz sob as regras das entidades privadas, sem a observância das exigências de licitação (nem mesmo os princípios da licitação) e sem a realização de qualquer tipo de processo seletivo para a contratação de empregados. Essa é a grande vantagem dessas entidades; elas são a roupagem com que se reveste a entidade pública para escapar às normas do regime jurídico de direito público.” (DIPIETRO, 2003, p. 418).

Este é o desafio que se coloca para o controle e principalmente para o gestor desse tipo de contratos: como desenhar e formalizar contratos baseados na Lei 8.958/94, observando, ao mesmo tempo, o ordenamento

jurídico integral da Administração Pública? Como evitar incorrer, involuntariamente, em quebra da legalidade quando o que se pretende é utilizar os instrumentos facultados por essa Lei (com toda a imprecisão de sua redação) para melhor atender às finalidades da instituição universitária ou científica federal?

Este texto é um primeiro passo: procuramos aqui, basicamente, apresentar os casos concretos já levantados pela fiscalização, mas dentro de um quadro conceitual bem definido, identificando os requisitos necessários de toda contratação e o que falta em cada situação irregular⁴. Não se discute então o tema genérico “Fundações na Universidade”, seus aspectos estratégicos ou macropolíticos, que estão sempre presentes no debate universitário⁵. E essa “concentração” é deliberada, por várias razões. O debate mais genérico perde-se em generalizações do tipo “conflito de interesses”, “privatização” e “favoritismo” versus “agilidade”, “flexibilidade” e “captação de recursos”, gerando poucos subsídios à solução dos problemas concretos e mesmo poucos argumentos sólidos para impugnar as irregularidades. Mais relevante ainda, ao concentrar a atenção nos mecanismos de contratação, coloca-se exatamente a *ênfase sobre o contratante*, ou seja, a instituição pública que estabelece relações com alguma Fundação (cede recursos, faz pagamentos, etc.). Sendo as Fundações antes privados, nenhuma restrição administrativa cabe a elas, salvo aquelas expressamente contidas em lei: é às Universidades contratantes que cabe o controle de seus recursos, pois são elas que se inserem na Administração Pública. “Cabe a elas alocar o tempo dos seus professores e verificar quais são as atividades de seu interesse acadêmico. As fundações não têm legitimidade para realizar esta tarefa e não podem ser responsabilizadas por suas consequências” (SCHWARTZMANN, 2002). Dessa forma, a correção e eventual responsabilização por irregularidades é majoritariamente tarefa da própria Administração

Pública contratante em sua função de autotutela, que se exerce sobre suas próprias atividades administrativas. É de ferramentas para essa autotutela (direta ou mediante a ação do controle externo) de que trata este trabalho.

2. *Requisitos de validade da contratação de fundações*

“Puro engano de inocentes e desprevenidos, o princípio nunca foi a ponta nítida e precisa de uma linha, o princípio é um processo lentíssimo, demorado, que exige tempo e paciência para se perceber em que direcção quer ir, que tenteia o caminho como um cego, o princípio é só o princípio, o que fez vale tanto como nada.” (SARAMAGO, 2000, p. 76).

A primeira observação é quase tautológica: o princípio vigente na Administração Pública é o da licitação de todas as compras, obras e serviços (art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal), sendo a dispensa de licitação uma exceção que depende de estritos pré-requisitos, taxativamente enumerados em lei. Assim, qualquer dos incisos do art. 24 da Lei 8.666/93, para ser aplicável, exige a ocorrência dos pressupostos que especifica (especialmente em um caso tão particular como a hipótese prevista na Lei 8.958/94). Este é o primeiro critério de análise: se a contratação podia ser feita, em primeiro lugar.

Sabemos que as fundações, como espécie de pessoa jurídica, podem sofrer algumas restrições oriundas dessa condição fundacional e contidas no Código Civil. No entanto, na extensão em que pudemos compreender o tema, tais restrições não as impedem de desenvolver atividade econômica (desde que os benefícios auferidos sejam revertidos para o cumprimento de seus objetivos estatutários)⁶. Assim, entendemos que não há irregularidade no simples fato de o contratado para uma prestação de serviços (atividade de natureza

econômica) possuir a natureza jurídica de fundação privada.

Porém, a legislação de licitações e contratos impõe uma série de exigências para dispensa de licitação, e algumas específicas para a dispensa com base no art. 24, inciso XIII, do estatuto licitatório. Algumas são de natureza subjetiva (ou seja, dizem respeito ao sujeito a ser contratado) e outras são objetivas (importando-se com o objeto do contrato). Nesta seção, passamos a abordar tais requisitos.

Existe alguma controvérsia preliminar acerca da possibilidade dessa contratação direta: autores existem que sustentam que, existindo em uma determinada situação mais de uma entidade que atenda aos pré-requisitos do artigo 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93, é obrigatório proceder a uma licitação entre elas, pois a dispensa não excluiria os princípios de concorrência entre todas aquelas beneficiadas pela preferência concedida pela lei⁷. Outros já defendem que o texto do dispositivo legal é suficiente para amparar uma escolha direta de quaisquer dessas entidades. Não nos estenderemos aqui nessa polêmica⁸. Primeiro, porque a totalidade dos casos concretos que aqui trazemos faz referência a situações concretas nas quais foi desde o início selecionada apenas uma entidade (o que faz presumir, fortemente, que o controle não faz reparos a isso nas contratações que examina). Segundo, porque os novos requisitos trazidos pelo texto do Decreto 5.205/04 fixam uma vinculação estrita entre a possibilidade da contratação e um rígido processo de credenciamento individualizado das fundações envolvidas perante a própria instituição que se propõem estatutariamente a apoiar, reduzindo significativamente o universo daquelas fundações que, em cada caso, poderiam aspirar a essa concorrência “interna”. Por fim, e mais importante, mesmo que eventualmente venha a prevalecer a posição em favor de uma “concorrência entre fundações”, os pontos que aqui levantamos permanecem inteiramente válidos. Seguimos

adiante, portanto, partindo do pressuposto de que a Administração Pública contratante pode escolher diretamente quaisquer das entidades que atendam aos requisitos de contratação que passamos a detalhar, sem necessidade de promover a concorrência entre elas.

2.1. Requisitos subjetivos

Alguns dos requisitos, contidos no próprio texto do art. 24, inciso XIII, dizem respeito à pessoa contratada, a suas características e natureza, pelo que as denominamos requisitos “subjetivos”⁹. Tais entidades devem ser:

a) incumbidas regimental ou estatutariamente da pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional: estas finalidades estatutárias devem estar expressas nos respectivos estatutos ou atos constitutivos, e terão de corresponder ao objeto do contrato (ex: se o contrato tiver por objeto um curso ou outra ação de ensino, apenas aqueles que detenham tal finalidade estatutária poderão ser cogitados para contratação) (JUSTEN FILHO, 2004, p. 253);

b) de inquestionável reputação ético-profissional, assim entendida como a ausência de restrições à sua atuação em quaisquer âmbitos (a exemplo de descumprimento reiterado de obrigações trabalhistas, tributárias, previdenciárias ou ambientais, ou de descumprimento de obrigações contratuais anteriores com qualquer ente público, ou de restrições ou punições à sua atuação provindas da entidade de fiscalização profissional respectiva); e

c) sem fins lucrativos, o que deve também ficar expresso nos estatutos (que inclusive devem prever sobre a destinação de eventuais superávits econômicos da atividade da instituição), tomando-se cuidado aí para examinar, nas disposições estatutárias e na execução financeira (especialmente por demonstrativos contábeis), a existência de procedimentos variados que signifiquem distribuição disfarçada de lucros a burlar as finalidades não-lucrativas decla-

radas¹⁰. Também faz parte desse critério de regularidade de contratação a vedação de remuneração a diretores e membros dos conselhos diretivos das fundações, nos termos do art. 4º do Decreto 5.205/04, que se discutirá adiante.

Para aquelas contratações que se pretendam fundamentar também na Lei 8.958/94, o seu art. 2º incs. I, II e III impõe ainda alguns condicionantes adicionais. Tais entidades contratadas devem ser:

a) Fundações de direito privado, constituídas na forma do Código Civil Brasileiro¹¹;

b) sem fins lucrativos, como já se apresentou anteriormente;

c) fiscalizadas pelo Ministério Público, o que é uma consequência automática da natureza jurídica de fundação privada, nos termos do Código Civil;

d) sujeitas à legislação trabalhista, o que é;

e) previamente registradas e credenciadas, com renovação bienal, no Ministério da Educação e do Desporto e no Ministério da Ciência e Tecnologia (credenciamento atualmente regulado pela Portaria Interministerial MEC/MCT nº 3.185, DOU 08.10.2004) – é necessário, a esse respeito, o cuidado simples de juntar ao processo de contratação cópia do comprovante desse credenciamento.

Por fim, a longamente esperada regulamentação da Lei 8.958/94 foi trazida pelo Decreto 5.205/94 (objeto de minuciosa negociação entre as instituições federais de educação superior e o Executivo federal), que trouxe alguns requisitos adicionais à condição das pessoas jurídicas contratadas, configurando requisitos subjetivos relacionados ao vínculo da fundação com a instituição de ensino apoiada. Em seus artigos 8º e 9º, acrescenta condições para que os Ministérios da Educação e da Ciência e Tecnologia defiram o credenciamento para os fins do art. 4º da Lei 8.958/94. As fundações somente serão credenciadas se:

a) o Conselho Superior da IFES formali-

zar a sua anuência ao credenciamento e aprovar os relatórios de atividades da fundação; e

b) a fundação apresentar à IFES seus relatórios de gestão e demonstrativos contábeis, anualmente ou sempre que solicitados por esta.

O Decreto traz também algumas restrições relativas às relações do pessoal das IFES com as fundações para que o credenciamento seja aceito. Os membros da Diretoria e Conselhos das fundações não poderão ser remunerados. Em contrapartida, a assunção dessas responsabilidades é permitida aos servidores das IFES apoiadas, desde que o façam sem prejuízo das atribuições funcionais na universidade (sendo isto expressamente facultado para todos os regimes de trabalho, inclusive os de dedicação exclusiva). Em caráter geral, qualquer cessão de servidores às fundações é objeto de vedação expressa por determinação anterior do TCU (Acórdão 867/ 2001 – 1ª Câmara, itens 9.2.30 e 9.2.31), ficando claro que toda e qualquer participação dos servidores nas atividades da fundação é eventual e esporádica, sem implicar afastamento do cargo e das atribuições dos servidores na universidade, somente podendo ocorrer na execução de contratos nos termos exatos da Lei 8.958/04 ou neste caso excepcional de participação a tempo parcial em funções diretivas superiores segundo o art 4º do Decreto 5.205/2004. Abordamos essas restrições à cessão de pessoal neste ponto do trabalho porque parecem-nos constituir também pré-requisitos à contratação, na medida em que o seu descumprimento implica obrigatoriamente o não-credenciamento. Certamente os órgãos de controle verificarão o atendimento desses dispositivos de forma autônoma, como parte da auditoria de gestão dos dirigentes universitários; o seu descumprimento, porém, traz como consequência *também* a vedação de contratação da entidade envolvida.

Não podemos deixar de sustentar que tais disposições representaram uma moralização profundamente necessária no cená-

rio da relação entre IFES e fundações no país. Em primeiro lugar, atribuem à própria universidade a iniciativa de incluir no circuito de contratação privilegiada as fundações que sejam de seu interesse institucional (assim interpretado pelo máximo colegiado diretor previsto em seus estatutos), prevenindo a ocorrência de múltiplas fundações criadas em função de interesses particulares de seus instituidores a proporem e disputarem contratos com a universidade gerados em razão desses mesmos interesses particulares (TEIXEIRA, 2001). Ademais, induzem à transparência da atividade fundacional, impedindo que alguma fundação oculte da comunidade universitária quaisquer aspectos de sua atividade¹³, instrumento essencial no controle de abusos e fraudes. Por fim, quanto à vedação da cessão de pessoal (endossando normativamente as posições anteriores do controle), é uma autêntica inversão de valores admitir que as universidades, com o estrangulamento que acarretam todas as restrições que sofre a administração pública para contratar, ainda pudessem ceder seu escasso pessoal a entidades privadas que não têm qualquer limitação a ir ao mercado de trabalho e contratar quantos profissionais necessitem. Independentemente do ressarcimento dos salários de eventuais servidores cedidos (nem nos referimos, por absurdo, à cessão gratuita, que seria autêntico peculato de recursos públicos), a instituição pública estaria fazendo um pesado sacrifício em seu recurso mais escasso (o quadro de pessoal efetivo) em favor das atividades próprias de uma entidade privada que teria por finalidade exatamente o auxílio à universidade. O máximo admissível, ainda assim com grande risco, é a participação parcial dos servidores na definição das linhas estratégicas da fundação, em seus colegiados diretivos, entendida como uma forma de assegurar na prática o alinhamento da atuação da fundação aos interesses da universidade. Para isto é necessário exatamente que os servidores envolvidos não estejam afastados das suas res-

ponsabilidades habituais com a Universidade, sem o que se coloca inclusive um conflito de interesses, na medida em que passariam a manter contato e relacionamento apenas com a fundação que deveriam controlar. Com a explicitação dessas condições no texto normativo, nenhuma atenuante mais existirá para o descumprimento de preceitos tão básicos de moralidade na gestão universitária.

O Decreto 5.205/94 impõe ainda uma outra condição para a contratação, que merece cuidados no seu entendimento. Dispõe em seu art. 2º que:

“A fundação de apoio poderá celebrar contratos e convênios com entidades outras que a entidade a que se propõe apoiar, desde que compatíveis com as finalidades da instituição apoiada expressas em seu plano institucional”.

Um entendimento literal seria que o Decreto estaria impondo a essas fundações a proibição incondicional de celebração de ajustes com terceiros caso não obedeçam a critérios aprovados pela universidade apoiada. Não podemos compartilhar dessa interpretação literal, e entendemos não deva ser assim aplicada pelos órgãos de controle. De ser assim, um Decreto estaria tentando impor restrições à atuação de uma entidade privada (e as fundações envolvidas são privadas por expressa determinação da Lei 8.958/94), o que contraria a garantia fundamental do art. 5º inc. II e XIII, e do art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal, a exigirem que as restrições à atividade econômica de qualquer agente privado constem expressamente em lei¹⁴. Uma restrição nesse sentido seria portanto flagrantemente inconstitucional.

Uma interpretação possível (talvez, a única que se possa fazer) é a de que, para ser credenciada ou contratada pela universidade, a fundação deveria observar a limitação desse artigo. Tratar-se-ia então de uma determinação imposta à capacidade de contratação da própria administração pública (que não poderia utilizar essa modalidade de

dispensa de licitação a menos que a contratada observasse as restrições do artigo). Nesse sentido, o Decreto não estaria exorbitando de seu poder regulamentar.

No entanto, mesmo sob essa interpretação, o dispositivo não é de modo algum conveniente à administração pública. Em primeiro lugar, como e por quem a observância dessa restrição deveria ser verificada? A quem cabe definir da compatibilidade de atividades privadas da fundação com o plano institucional da universidade? Em segundo lugar – e mais importante –, qual o prejuízo para a universidade em que a fundação realize atividades econômicas prestando serviços a terceiros, independentemente da sua relação contratual com a universidade? Ao contrário, caso tais atividades com terceiros gerem superávits que possam ser aplicados em benefício da universidade, a pretensão do Decreto é nitidamente prejudicial à instituição apoiada, pois priva-lhe de uma fonte legítima de receitas.

Entendemos assim que esse artigo 2º do Decreto 5.205/04 deva ser aplicado com o máximo de temperamento, para que não resulte inconstitucionalidade das decisões administrativas ou judiciais nele baseadas, e para que sua aplicação não resulte em prejuízo desnecessário ao próprio sistema federal de educação, ciência e tecnologia que se pretende beneficiar com a Lei 8.958/94.

2.2. Requisitos objetivos

Porém, os requisitos indispensáveis à contratação não se limitam à natureza da fundação contratada – ao contrário de uma certa cultura que infelizmente prosperou em segmentos da comunidade universitária segundo a qual, por ser uma fundação de apoio, toda e qualquer operação seria admissível. Toda uma série de critérios relativos à finalidade do contrato, seu objeto e características são também requisitos de natureza objetiva para sua validade.

Em primeiro lugar, o artigo 1º da Lei 8.958/94 fala em contratação *para apoio a projetos*. O contrato válido pressupõe então:

a) um *projeto* previamente definido e especificado pela instituição contratante,

b) que guarde correlação direta com atividade de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico,

c) atividade essa que seja desenvolvida pelo contratante e *pelo contratado*.

Desdobremos essa definição: a instituição tem que formular, previamente à contratação, um projeto (cujo produto é um serviço ou bem, absolutamente definido e mensurável, com programação de etapas perfeitamente claras) que tem que ser aprovado formalmente pela instituição contratante (exigência do art. 1, § 4º, do Decreto 5.025/2004). Nunca é demais enfatizar a necessária precisão do projeto: juridicamente, em se tratando de uma lei referente a contratos públicos, seu entendimento deverá, evidentemente, apoiar-se no sentido técnico administrativo das expressões que contém. Na prática, boa parte dos abusos cometidos na contratação das fundações seria prevenida se houvesse a atenção necessária a essa exigência. Por sua importância, merece ser transcrita na íntegra a orientação detalhada do TCU a respeito (Decisão 1646/2002 – Plenário):

“8.4.5.2.6 – o contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

8.4.5.2.7 – para efeitos desta determinação, um projeto tem produtos específicos e concretos que materializem os objetivos gerais da ação administrativa; uma duração temporária predefinida e limitada de suas operações; e uma consequência nítida de expansão quantitativa ou qualitativa (aperfeiçoamento) da instituição em função da realização de seus produtos, sen-

do normativamente definido como “um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo” (Portaria 42/99, art. 2º alínea ‘b’ do Ministério do Orçamento e Gestão, DOU 15.04.99);

8.4.5.2.8 – em consequência, a instituição deve anexar junto a todos os processos de dispensa de licitação de contratos celebrados com base na Lei nº 8.958/94, como parte integrante e indissociável da justificativa que exige o art. 26 da Lei nº 8.666/93, projeto específico de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional, em que se especifiquem, de acordo com o art. 1º da Lei nº 8.958/94 e o art. 26 § único, da Lei nº 8.666/93:

I) os objetivos acadêmicos a atingir com o contrato, em termos quantitativos (estimativa, se for o caso) e qualitativos;

II) os serviços demandados à fundação através do contrato, precisamente especificados também em termos quantitativos (estimativa, se for o caso) e qualitativos;

III) a vinculação entre os serviços demandados à fundação e os objetivos acadêmicos definidos nas alíneas anteriores;

IV) quaisquer modificações nestas informações que tornem necessária a elaboração de termos aditivos aos contratos em vigor”.

Este princípio tem consequências diretas: “o contrato deve estar diretamente vinculado a *projeto* a ser cumprido em *prazo determinado* e que resulte *produto bem definido*, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico”, diz a decisão acima. Por conseguinte, estão veda-

das contratações permanentes ou genéricas. O primeiro caso é a contratação de atividades de natureza permanente da universidade (já vedada expressamente pelo art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.958/94). O segundo é a previsão indefinida ou indeterminada dos serviços requisitados à fundação (representando o “contrato tipo ‘guarda-chuva’, entre o órgão público e uma entidade, de tal modo que tudo o que o primeiro necessite seja realizado pelo segundo”, deplorado pelo prof. JACOBY FERNANDES, 2000, p. 420)¹⁵.

Como um desdobramento instrumental, o projeto é um elemento imprescindível da justificação da contratação, portanto sua especificação detalhada deve compor o processo de dispensa de licitação, por exigência do art. 26, § único, da Lei 8.666/93.

O projeto tem ainda que guardar correlação direta com atividade de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, ou seja, com a atividade-fim da entidade contratante. Não haveria qualquer sentido em exigir que a fundação contratada tenha por finalidades essas atividades se o objeto a elas contratado sob essas condições tão privilegiadas seja de outra natureza (a exemplo da simples manutenção predial ou vigilância). A lei permite a dispensa, lembra Jacoby Fernandes, exatamente para fomentar ensino, pesquisa e desenvolvimento institucional – não há qualquer razão plausível para que contratos que não tenham tais finalidades sejam acobertados pelo privilégio concedido (FERNANDES, 2000, p. 412)¹⁶. Roque Citadini transcreve alguns acórdãos do TCE/PR autorizando compras genéricas de bens e serviços a entidades de fins não-lucrativos (laboratórios farmacêuticos públicos) com base no art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93, lamentando – com razão – essas decisões como a aceitação de uma “reserva de mercado injustificada”.

Na realidade, o apoio direto ao ensino e pesquisa, na prestação de serviços muito bem definidos na gestão direta da atividade

de ciência e tecnologia, é o real objetivo pretendido pelo legislador ao editar a Lei 8.958/94, conforme expressa a própria Exposição de Motivos do projeto de lei que resultou nesse diploma legal:

“Neste contexto, as Fundações de Apoio cumprem funções específicas, especializando-se no conhecimento de políticas de atuação e procedimentos das agências de financiamento e fomento, nacionais e internacionais, no assessoramento à elaboração de projetos compatíveis com essas fontes e gerenciamento dos recursos obtidos com administração individualizada por cada projeto” (BRASIL, 1994b).

Reiterando esta estrita correlação com a atividade-fim da instituição acadêmica, prossegue o TCU na enumeração das finalidades almejadas pela lei para essas contratações (Decisão 1646/2002 – Plenário, item 8.4.5.3.1):

“a Fundação, enquanto contratada, deve desempenhar o papel de escritório de contratos de pesquisa, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda, com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente das IFES, ou de escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das Universidades” (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário).

À vista da dimensão que assumiram os contratos com fundações, chega a ser quase ingênua a declaração de intenções constante do processo legislativo, representando esses tipos de projetos a parcela menor do movimento desses contratos. No entanto, o texto genérico e impreciso da Lei 8.958/94 termina por permitir, à custa de interpretações literais, todo um leque de objetos que longe estão de corresponder a esse cenário quase idílico de fundações voltadas apenas para a interação entre a atividade propria-

mente acadêmica e as fontes de financiamento externo. Nesse sentido, a falha na técnica legislativa¹⁷ termina por elastecer enormemente as possibilidades do contrato, substituindo o critério preciso e limitado contido na Exposição de Motivos por uma genérica listagem de “pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional” que abrange muita coisa – mas não tudo. Mesmo sob esse critério excessivamente generoso, muitas contratações ficam de fora.

Mas a conexão com as finalidades indicadas não está limitada àquela entre o objeto do contrato e as finalidades institucionais da contratante. Tem de se também vinculada à atividade concreta da fundação contratada. Nos termos literais em que coloca o TCU (Decisão 1646/2002 – Plenário, item 8.4.5.3.2):

“8.4.5.3.2 – não é lícita a dispensa de licitação com fulcro no art. 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93 ou no art. 1º da Lei nº 8.958/94 quando não existir *estrita conexão entre o serviço a adquirir pela administração e as atividades de pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional precipuamente desenvolvidas pela instituição contratada, sendo vedada a referida contratação quando o produto ou serviço não for diretamente realizado pela instituição beneficiária da dispensa* ou esta atuar apenas como intermediária entre o contratante e outra instituição provedora dos serviços, devendo ainda ficar demonstrado nos autos que a entidade contratada – além de ser brasileira, sem fins lucrativos, detentora de inquestionável reputação ético-profissional e incumbida regimental e estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional – *tem capacidade de executar, com sua própria estrutura e de acordo com suas competências, o objeto do contrato*” (Decisão 252/1999 Ata 19/99 – Plenário; Decisão 881/97 – Plenário – Ata 47/97, publicada junto à Ata 52/97, item 8.3-´m´ – grifo nosso).

Dessa forma, o contrato não pode ser se não ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional *desenvolvidos habitualmente e diretamente pela contratada*. Ou seja, não é concebível que se contrate um serviço de apoio à pesquisa a uma fundação que apenas promoveu cursos de nível técnico. Ou que uma fundação especializada na prestação de serviços de estatística e pesquisa econômica seja contratada para colaborar com uma pesquisa de campo na área da zootecnia ou da geologia física.

Aliás, o artigo 30 (inciso II e parágrafos) da Lei 8.666/93 exige à administração pública assegurar-se de que todo e qualquer contratado (independentemente da dispensa de licitação) detenha “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação”, isto sempre mediante atestados de serviços prestados anteriormente a entidades públicas e privadas. Ora, se as atividades contratadas não são precipuamente desenvolvidas pela fundação envolvida, não disporá esta dos referidos atestados. E portanto, com toda a racionalidade jurídica e econômica, não poderá ser contratada. Essa exigência reflete-se inclusive na formalização do processo, devendo o administrador assegurar que sua entidade:

“junte aos processos de dispensa de licitação com base na Lei nº 8.958/94 uma descrição das experiências e qualificações da Fundação escolhida, para verificação do cumprimento em cada caso das Decisões 252/1999 (Ata 19/99 – Plenário) e 881/97 (Ata 47/97 – Plenário) (item 87 do relatório)”; (TCU, Decisão 1646/2002, item 8.2.22).

Muito menos é admissível que se contrate uma fundação para um serviço que ela não executará, subcontratando-o a terceiros. Nesse caso, estar-se-ia diante de uma ver-

dadeira fraude: contrata-se uma fundação com base num dispositivo legal que pressupõe uma exceção ao princípio licitatório que tem fundamento na promoção de suas atividades finalísticas e na sua natureza não-lucrativa; em seguida, essa instituição transfere os recursos e a responsabilidade do contrato a um terceiro que nem tem suas finalidades estatutárias (aquelas que a lei pretendia fomentar) nem sequer tem natureza não-lucrativa. O que se tem é portanto uma burla pura e simples da licitação, vedada pelos arts. 13, § 3º, e 78, inc. VI, da Lei 8.666/93 (FERNANDES, 2000, p. 420)¹⁸. Tal como coloca Marçal Justen, “a constatação de que a estrutura própria da instituição é insuficiente para gerar a prestação adequada a satisfazer a necessidade estatal inviabiliza a aplicação do dispositivo” [o art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93] (JUSTEN FILHO, 2004, p. 255).

2.3. A controvérsia sobre a constitucionalidade

Como exemplo da “teoria da curvatura da vara” que mencionamos na primeira seção do texto, chamamos a atenção para uma controvérsia que se está esboçando no âmbito do Tribunal de Contas da União, capaz de afetar fortemente a viabilidade das contratações com base na Lei 8.958/94. Trata-se de sucessivos questionamentos, por parte de um de seus Ministros, da constitucionalidade de toda contratação baseada na Lei 8.958/94. Com base nessa tese, foram proferidas algumas deliberações divergentes da linha preponderante do Tribunal de acolher as condições estabelecidas na Lei 8.958/94 com as correções pertinentes. Nestas assentadas (Acórdão 328/2005; Acórdão 1934/2004 – Plenário; Acórdão 545/2005 – Plenário), decidiu o Tribunal no sentido de:

“determinar à IFES que só proceda a qualquer contratação de obra ou aquisição de produtos ou serviços, que constituam objeto de atividade econômica de mercado, por meio de licita-

ção, nos estritos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, conduzida por comissão constituída no âmbito da IFES, a teor do art. 51 da Lei nº 8.666/1993”.

Isso se faz a partir de considerações de que o Decreto 5.025/2004, em particular o seu art. 1º § 3º, estaria inquinado de inconstitucionalidade:

“Assim, a despeito do que dispõe o Decreto nº 5.205/2004, considero que este Tribunal deva manter o entendimento que vem adotando até o presente, resguardando-se o direito de, no momento oportuno, e no exercício de suas atribuições, dar ao referido Decreto interpretação para conformá-lo à Constituição, nos termos da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal.” (Voto do Acórdão 328/2005)

Isso se faz a partir de considerações de que o Decreto 5.025/2004, em particular o seu art. 1º, § 3º, estaria inquinado de inconstitucionalidade. Ora, colocar a discussão nestes termos, especialmente mantendo-a em suspenso por um prazo tão dilatado, é uma fonte de incerteza jurídica e administrativa. A inconstitucionalidade de uma norma legal ou regulamentar não se presume, pois estas gozam da presunção de legitimidade que advém do processo legislativo democrático e da natureza institucional do ato administrativo. Se existe algum ponto de conflito com a Constituição, é dever dos titulares do controle difuso de constitucionalidade (inclusive o Tribunal de Contas da União) pronunciá-lo incontinenti e de forma expressa, indicando com precisão qual o dispositivo afrontado e os fundamentos da impugnação da norma afastada.

Mais ainda, os princípios constitucionais de irretroatividade da lei tornam muito difícil a impugnação, em sede de controle difuso, dos contratos celebrados com base na legislação que se pretende inconstitucional (art. 5º, inc. XXXVI, da CF/88), e juridicamente inconcebível o desfazimento dos milhares de atos administrativos e financei-

ros deles decorrentes (art. 5º, inc. XXXVI) e menos ainda a apenação de quaisquer dos agentes que os praticaram (art. 5º, inc. XL, da CF/88).

O fundamento apontado para a impugnação é também contraditório: qualquer objeto de contratação, por definição, é objeto de “atividade econômica de mercado” (caso contrário, não seria passível de contratação pelo Poder Público). Se isso fosse causa suficiente para a inconstitucionalidade, toda e qualquer hipótese de dispensa de licitação seria então inconstitucional. E assim não é, porque a própria Constituição dá ao legislador a faculdade de estabelecer em lei as exceções ao princípio da licitação, conforme a ressalva que inicia o texto do inciso XXI do art. 37 da Carta Magna (já consciente, o constituinte, que o fazia num ordenamento em que prevalecia, como continuou a prevalecer, o princípio da liberdade de iniciativa na economia, também consignado no art. 170, ‘caput’ e inciso IV da Carta). E o legislador federal assim o fez, por meio dos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93. Alegar que essas exceções seriam em tese inconstitucionais seria pressupor uma antinomia interna à própria Constituição, entre os artigos 37, inciso XXI, e 170, tese dificilmente sustentável.

É verdade que, como sustentamos antes, os dispositivos da Lei 8.958/94 padecem de grandes vícios de técnica legislativa, permitindo várias interpretações dissonantes e mesmo absurdas. Tais vícios vêm sendo enfrentados pelo TCU de forma exaustiva e minuciosa, mediante a aplicação sistemática de todo o ordenamento jurídico a esse tipo de contratações¹⁹. No entanto, o combate a todas essas imperfeições exige a diligência e a humildade de enfrentar cada caso concreto e dele extrair sua lição particular, bem como a disposição de exercer plenamente o auxílio do Tribunal ao Parlamento com subsídios e argumentos dirigidos àquela instituição para que promova as mais que necessárias alterações legislativas. A via larga e aparentemente fácil da negação limi-

nar alegando inconstitucionalidade não é a mais adequada para o atingimento dos objetivos institucionais do controle externo.

2.4. A questão do “desenvolvimento institucional”

Ao tratar de objetos válidos para contratação, não se pode evitar enfrentar um dos mais escandalosos vícios do texto da Lei 8.958/94: a expressão “desenvolvimento institucional” (que, no particular, repete a redação da Lei 8.666/93). De fato, a caracterização de algum objeto como “desenvolvimento institucional” é a causa mais frequente de desvirtuamento da contratação de Fundações, como verificou auditoria consolidada do próprio TCU nos contratos com fundações²⁰.

Ausente do contexto jurídico nacional, introduzida tal expressão pelas próprias leis que destacamos (sem que nada conste a seu respeito nas respectivas Exposições de Motivos e registros da tramitação parlamentar), ficam os doutrinadores buscando em vão fórmulas semânticas no âmbito jurídico para dar alguma concreção a esse termo abstrato (FERNANDES, 2000, p. 418; NÓBREGA, 2003; TREIN; SAMPAIO, 2003). Por fim, retornam todos unanimemente à enunciação das deliberações do TCU sobre o tema, que adiante examinaremos.

Mas se não consta da tradição jurídica, e por tratar-se de matéria eminentemente técnica (contratos públicos), não é admissível que o intérprete se conforme com o senso comum indefinido (do tipo “algo que melhore a sociedade”). Há que buscar o conteúdo concreto do conceito de “instituição” e, conseqüentemente, seu “desenvolvimento institucional”, em algum âmbito do conhecimento humano.

Na visão do direito político, temos que instituições são vistas como valores ou idéias acolhidas pela sociedade:

“o conceito de instituição, de HAURIOU, que a concebe como ‘idéia de empresa que se realiza e dura num meio social’. Assim, pois, tem-se a idéia de algo

a realizar, de um valor a atingir, que conseguiu realizar-se e continuar existindo num meio social. Dessa maneira, podem-se ter instituições decorrentes da aceitação de teorias políticas, que preconizam certa forma de convivência ou determinada orientação nas relações de produção. Quando essas idéias passam do plano teórico ao da realidade, e adquirem condições de duração no meio social, estão institucionalizadas” (DALLARI, 1977, p. 158).

Já desde o ponto de vista da ciência política (ao qual remete, como vimos, a própria doutrina jurídico-política), Huntington sintetiza uma extensa tradição de pesquisa segundo a qual “as instituições são a manifestação comportamental do consenso moral e do interesse mútuo”²¹, ou “padrões de comportamento estáveis, valorizados e recorrentes”²², tendo surgido como formas de resolver, em uma sociedade complexa e heterogênea, os conflitos entre forças sociais divergentes sem que tais conflitos degenerem em lutas que minem as possibilidades de vida social²³. A institucionalização, portanto, é a aquisição de valor (para a sociedade) e estabilidade por determinadas organizações e procedimentos²⁴.

Na teoria econômica, o conceito de instituição tem uma longa tradição, estruturando sucessivas correntes de pensamento denominadas de uma forma ou outra de “institucionalistas”²⁵. Thorsten Veblen, inaugurando o chamado “antigo institucionalismo” define instituições como “conjunto de normas, valores e regras e sua evolução” (CONCEIÇÃO, 2002, p. 120), ou “hábitos de pensamento comuns à generalidade dos homens”²⁶. A teoria neo-institucionalista ressurge ao final dos anos 60 baseada na noção de instituição como sistemas de regras sociais duráveis e firmemente introjetadas (como a linguagem, a moeda, os sistemas de pesos e medidas, os modos à mesa, as empresas e outras organizações), regras estas que têm por principal utilidade criar no ho-

mem expectativas estáveis quanto ao comportamento dos demais²⁷. Pela mesma época, surgia outra corrente de pensamento que soube manter-se influente na teoria econômica, de forma contínua, até os dias atuais – a Nova Economia Institucional. Segundo esses autores:

“Instituições são as restrições estabelecidas pelos homens que estruturam as interações humanas. São formadas por restrições formais (ex: regras, leis, constituições), restrições informais (ex: normas de comportamento, convenções, códigos de conduta voluntários) e as características de seu cumprimento. Juntas, elas definem a estrutura de incentivos das sociedades, e em especial das economias” (CONCEIÇÃO, 2002).²⁸

Esse mesmo conceito é utilizado, *ipsis litteris*, nos estudos voltados à definição de políticas públicas que abordam as questões institucionais (BURKI; PERRY, 1998, p. 11; DE CAPITANI; NORTH, 1994, p. 10) (neste tipo de trabalho, surge a expressão “desenvolvimento institucional” sem definição explícita, designando apenas o aperfeiçoamento das assim definidas instituições num sentido prefixado como positivo por cada autor, BURKI; PERRY, 1998, p. 15-17)²⁹. A definição segue similar mesmo em escolas com perspectivas radicalmente distintas das do *mainstream*, como na Teoria francesa da Regulação que, lembrando o conflito e a violência inerentes à relação entre os homens, atribuem às instituições a natureza de forma de mediação de conflitos e antagonismos por meio de normas e regras que, por serem dotadas de certa soberania, conseguem transformar os antagonismos abertos em diferenciações sociais dotadas de uma certa estabilidade (AGLIETTA, 1976 apud CONCEIÇÃO, 2002, p. 127-128).

A expressão “desenvolvimento institucional” ganha foco específico em outros trabalhos, também na forma de *policy papers* mas igualmente com origem na Nova Economia Institucional. De Capitani & North

(1994, p. 1-2) apontam o desenvolvimento institucional como tema dominante para a assistência ao desenvolvimento, reconhecendo inexistência de uma teoria perfeitamente desenvolvida a esse respeito e sustentando uma vez mais a relevância da Nova Economia Institucional para abordar esse tema. Aplicando o conceito tanto para as “instituições em sentido estrito” (as “regras do jogo”) quanto para as organizações (os “jogadores”), enumeram os principais pontos críticos do aperfeiçoamento das instituições no processo de desenvolvimento, segundo a perspectiva da organização que orientam: a criação de instituições econômicas que tornem possível a existência de mercados impessoais, em particular aqueles que envolvam o comércio a longas distâncias ou os mercados de capitais que envolvam contratos distribuídos ao longo do espaço e do tempo; e o desenvolvimento de instituições políticas que especifiquem e garantam os direitos de propriedade de forma que encorajem as contratações produtivas.³⁰ Dentro desses objetivos, os projetos que o Banco Mundial chama de “desenvolvimento institucional” incluem tipicamente o fortalecimento de um ou mais dos seguintes componentes:

- estruturas organizacionais internas de agências e ministérios governamentais;
- sistemas de planejamento estratégico e formulação de políticas, incluindo o monitoramento e a avaliação;
- gestão financeira (orçamento, contabilidade e auditoria);
- gestão de recursos humanos (incluindo reformas no serviço público);
- relações interorganizações;
- estrutura organizacional e institucional de setores ou subsetores;
- vários aspectos da estrutura legal global (incluindo leis tributárias, códigos de investimentos, leis bancárias, regulamentação do mercado de capitais, leis societárias, leis de falências, bem como sistemas judiciais).³¹

Em suma, falar de instituições ou dimensão “institucional”, sob todas as visões cognitivas relevantes para o nosso problema, implica sempre falar de algo imaterial (normas, regras ou comportamentos) que foi formulado como um valor para a sociedade e que foi acolhido como prática recorrente e legitimada na conduta dos homens em sociedade³².

Portanto, qualquer que seja a acepção com que se lhe tome, a expressão “desenvolvimento institucional” não escapa de um grau extremo de generalidade. Praticamente tudo pode ser suscitado como desenvolvimento institucional.

Daí a importância das deliberações pioneiras do Tribunal de Contas da União, que permitem uma interpretação – ainda que difícil – que não confere à expressão um sentido tão vasto que, por absoluto, ensejaria a autêntica nulidade do dispositivo como regra de direito positivo. Conceitualmente, começa-se pela Decisão 655/2002, que estabelece algumas regras quase heurísticas:

“os contratos para execução de projeto de desenvolvimento institucional devem ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracterizado pela *melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho da instituição beneficiada; a manutenção e o desenvolvimento institucional não devem ser confundidos* e, nesse sentido, não cabe a contratação para atividades de manutenção da instituição, a exemplo de serviços de limpeza, vigilância e conservação predial.”

Constam aí alguns critérios básicos: como *desenvolvimento*, tem de ser “caracterizado pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho”, introduzindo a necessidade de se demonstrar uma mudança qualitativa na realidade e em dimensões conceitualmente precisas como o são a eficácia e a eficiência, e de que esta mudança seja *mensurável*, e que não se contempla a simples manutenção rotineira. Aqui ganha corpo a distinção entre a manutenção (“os

cuidados necessários ao funcionamento regular e permanente das instituições”) e o desenvolvimento de uma organização, cujas ações “visam ao progresso, ao crescimento da instituição; buscam alavancar seu desempenho de modo que, como resultado de um projeto de desenvolvimento institucional, a instituição beneficiada torna-se capaz de executar suas atribuições de forma mais eficiente e eficaz”.

Das Decisões 777/2000 e 030/2000, obtém-se ainda um rol de serviços que não são enquadrados como desenvolvimento institucional por suas próprias características (contratação indireta de pessoal, a qualquer título; gerenciamento ou operação de serviços de saúde; aquisição de gêneros alimentícios; contratação de serviços técnicos ou administrativos desvinculados de projetos acadêmicos específicos e definidos; serviços genéricos de consultoria organizacional).

Por fim, a citada Decisão 030/2000 trata com grande acerto a questão da fonte de “institucionalização” dos valores perseguidos com o desenvolvimento. Associa essa “institucionalização” de algum valor à sua inscrição como bem jurídico expressamente mencionado pela Constituição Federal. Mais precisamente:

“8.4.5.2.3 – as contratações ao amparo no art. 24 inciso XIII da Lei no 8.666/93 ou do art. 1º da Lei nº 8.958/94 que tenham por fundamento o ‘desenvolvimento institucional’ de que tratam os citados dispositivos devem restringir-se aos contratos que tenham por objeto a implementação direta de alguma forma de ação social que tenha sido especificada direta e expressamente no texto constitucional como de interesse do Estado (em rol exemplificativo, a proteção à infância, arts. 203, I, e 204, I, da Constituição Federal; ao deficiente, arts. 203, IV, e 204, I; à saúde, arts. 196, 197 e 200, V; o desenvolvimento do ensino, arts. 205, 213 e 214 e o desporto, art. 217), esclarecendo que dentre estes não se incluem os

serviços genéricos de consultoria organizacional” (Decisão 030/2000, Ata 02/2000 – Plenário, transcrita na Decisão 1646/2002 – Plenário).

É exemplar o raciocínio empreendido pelo Voto condutor da referida Decisão:

“Logo, desenvolvimento institucional não pode significar, simplesmente, ao menos no contexto do inciso XIII, melhoria ou aperfeiçoamento das organizações públicas. Os autores citados, em que pese às variações de abrangência admitidas, associam a expressão a alguma forma de ação social que tenha sido constitucionalmente especificada como de interesse do Estado. Nesse sentido, seriam entidades dedicadas ao desenvolvimento institucional, por exemplo, aquelas voltadas para a proteção à infância (arts. 203, I, e 204, I, da C.F.), ao deficiente (arts. 203, IV, e 204, I), à saúde (arts. 196, 197 e 200, V), para o desenvolvimento do ensino (arts. 205, 213 e 214), para o desporto (art. 217), entre outras. Nesse rol, entrariam as APAEs, as Sociedades Pestalozzi, a CNEC, a Associação das Pioneiras Sociais, as associações esportivas, etc.”

De fato, uma forma incontestada de aferir a institucionalização de valores sociais é a sua presença no texto da norma fundamental – quer como normas dispositivas quer como normas simplesmente programáticas – que representa as máximas aspirações da coletividade e, por conseguinte, do próprio ordenamento jurídico. Ao repassar o conceito jurídico-constitucional de norma programática, encontramos a confirmação inequívoca de que conformam no ordenamento jurídico as instituições desenvolvidas e acolhidas pela sociedade:

“[...] a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente:

(1) Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional);

(2) Como directivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da actividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição);

(3) como limites negativos, justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam” (CANOTILHO [200-?] apud BASTOS, 1996, p. 122-123).

Poder-se-ia especular sobre eventuais “instituições” não contempladas no texto constitucional, na medida em que a teoria contempla instituições “informais”. No entanto, admiti-las como critérios validadores do enquadramento no critério de “desenvolvimento institucional” é temerário. Primeiro, porque ao falar de licitação está-se no âmbito da actividade administrativa do Estado, regida pelo princípio da legalidade estrita (e eventuais instituições “extraconstitucionais” não teriam amparo em qualquer norma jurídica). Além disso, uma razão pragmática: está patente o risco de que, sem uma enumeração taxativa, o dispositivo siga sendo desvirtuado mediante sofismas os mais variados para contemplar qualquer actividade de interesse do agente público contratante. Tal risco, a nosso ver, não é admissível, pelas razões prudenciais também já elencadas pelo citado Voto relativo à Decisão 030/2000:

“Já foi registrado, no entanto, que uma interpretação larga da Lei, nesse ponto, conduziria, necessariamente, à inconstitucionalidade do dispositivo, uma vez que os valores fundamentais da isonomia, da moralidade e da impessoalidade, expressamente salvaguardados pela Constituição, estariam sendo, por força de norma de hierarquia inferior, relegados.”

Por fim, o poder regulamentar da Administração conformou-se aos princípios já estabelecidos nas deliberações examinadas,

aperfeiçoando-as com regra procedimental importante. Estabelece o Decreto 5.025/2004 (art. 1, § 3º):

“Para os fins deste Decreto, entende-se por desenvolvimento institucional os programas, ações, projetos e atividades, inclusive aqueles de natureza infra-estrutural, que levem à melhoria das condições das instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica para o cumprimento da sua missão institucional, devidamente consignados em plano institucional aprovado pelo órgão superior da instituição”.

Mantido assim, o conteúdo incremental do desenvolvimento institucional, vinculado às suas finalidades, à melhoria do cumprimento da missão (o que, a nosso ver, não contraria nem substitui nenhuma das deliberações do TCU que mencionamos – ao contrário, reitera-as). Nesse sentido, a abertura para a contratação de obras e outros projetos “de natureza infra-estrutural”, que tanta celeuma tem causado, não acarreta qualquer irregularidade: se a contratação de um serviço qualquer pode ser instrumento para melhoria da eficiência, nada impede que o seja também a realização de uma obra importante para o planejamento físico da instituição.

Mas o Decreto acrescenta uma importantíssima regra de competência: a instância competente para decidir sobre a inclusão *de cada um dos “programas, ações, projetos e atividades”* é o órgão de direção superior da instituição. Dessa forma, não cabe a qualquer agente da administração declarar o enquadramento de um contrato como “de desenvolvimento institucional”, mas sim – e em caráter privativo – ao colegiado superior de cada instituição. Aliás, nada mais justo, dado que é esse colegiado superior à instância que delibera sobre os rumos estratégicos de toda a organização universitária ou científica, e ninguém melhor que ele para conhecer das melhorias de eficiência e eficácia que pretenda a instituição. Daí decor-

re uma condição de validade de contratação bem precisa e verificável – a aprovação de cada projeto contratado pelo órgão deliberativo superior da contratante.

Em síntese final, o atendimento às finalidades legais da hipótese de dispensa da Lei 8.958/94, quando o objeto do contrato é o “desenvolvimento institucional”, estará atendido tão somente se observados os critérios e limites já fixados nos sucessivos pronunciamentos do TCU sobre a matéria, nomeadamente as Decisões 655/2002, 777/2000 e 030/2000 (compiladas na Decisão 1646/2002), aplicados e interpretados com caráter sistemático, em conjunto e simultaneamente com o art. 1, § 3º, do Decreto 5.025/2004.

2.5. Situações particulares

Não obstante os critérios gerais já estabelecidos, a multiplicidade de situações que o relacionamento universidade-fundação envolve traz à tona inúmeras dúvidas e incertezas referentes a situações particulares. Cada uma dessas situações tem de ser avaliada necessariamente caso a caso, sempre utilizando os critérios comuns acima levantados.

Alguns casos já foram previamente examinados e impugnados, a maioria listada na Decisão 1.646/2002 – Plenário (item 8.4.5.2.5)³³. O primeiro é o do gerenciamento de serviços hospitalares e de saúde pelas fundações. Significa a assunção, pelas fundações, da arrecadação das receitas de SUS e convênios, dos procedimentos administrativos e financeiros de execução da despesa e, em alguns casos, da própria gestão administrativa e patrimonial dos hospitais e unidades de saúde universitários diretamente pelas fundações. Parece à primeira vista absurdo, mas foi um movimento experimentado por várias universidades em maior ou menor grau.³⁴ Qualquer fundação pode, pela Lei 8.958/94, assumir a execução de serviços específicos contratados, sempre sob a direção da universidade contratante. Em nenhuma hipótese qualquer gestão ou po-

der de mando sobre a atividade finalística de qualquer das unidades universitárias. Importante ressaltar que, no âmbito federal, a autoridade nacional do SUS não mais aceita repassar os valores da remuneração de serviços prestados pelos hospitais universitários às fundações, e existem experiências exitosas (ao menos do ponto de vista da universidade) de reassunção integral da administração de hospitais pela instituição pública (a exemplo da Universidade Federal de Juiz de Fora).

Outro caso, infelizmente corriqueiro, é a simples aquisição de bens ou contratação de serviços de terceiros por intermédio da Fundação, sem qualquer projeto específico. São os famosos contratos de “apoio logístico” ou equivalente, pelos quais a universidade simplesmente requisita à fundação algum tipo de compra, passando-lhe os recursos (após a compra ser feita ou, mais frequentemente, antes). Trata-se de simples burla à licitação, que examinaremos em maior detalhe adiante.

Outro problema freqüente é a contratação indireta de pessoal pelas fundações. Intencionalmente ou não, a constatação tautológica de que a prestação pelas fundações dos serviços contratados exige a contratação de pessoal próprio tem sido confundida com uma permissão generalizada para contratar pessoal para a universidade.

E como diferenciar os dois conceitos? Quando estamos diante de uma terceirização legítima de um serviço contratado, e quando se trata de uma contratação indireta. Novamente, para essa diferenciação, temos que recorrer à interpretação sistemática das normas: para a contratação de quaisquer serviços terceirizados, inclusive com fundações, aplicam-se as normas desta espécie de contratação, a saber, o Decreto 2.271/97 e IN-MARE 18/97.

Essas normas caracterizam claramente a contratação indireta, como a “caracterização exclusiva do objeto como fornecimento de mão-de-obra”, a “previsão de reembolso de salários pela contratante” e a “subordi-

nação dos empregados da contratada à administração da contratante” (incisos do art. 4º do Decreto 2.271/97). Ou seja, a simples contratação de profissionais (seja qual for o seu perfil) e sua colocação à disposição da instituição contratante é intermediação irregular de mão-de-obra, configurando inclusive burla ao princípio do concurso público constante do art. 37, inc. II, da Constituição.

Na terceirização regular, portanto, o conteúdo do serviço prestado pela totalidade dos empregados da contratada é descrito em contrato, sem qualquer possibilidade de pessoalidade (indicação nominal dos profissionais a contratar)³⁵ e subordinação direta dos empregados da contratada à contratante (daí, inclusive, a necessária indicação contratual do preposto da contratada, que será o interlocutor da contratante e responsável por todas as decisões quanto ao trabalho de seus funcionários)³⁶. Em suma, trata-se de contratos em que todas as disposições do o Decreto 2271/97 e IN-MARE 18/97 devem ser observadas, servido estes como padrão de referência para a regularidade da contratação.

A única exceção possível aberta pela Lei 8.958/94 à vigência plena desses normativos é a proibição de contratação de serviços exercidos por categorias funcionais constantes do plano de cargos da entidade contratante: na medida em que se contratam, por expressa permissão dos arts. 1º e 4º da mencionada Lei, serviços vinculados a ensino ou pesquisa, por exemplo, decorre que coincidirá a natureza do trabalho do servidor da universidade e do empregado da contratada (afinal, estão desenvolvendo atividades de natureza finalística da universidade).

A este ponto, naturalmente se vai lembrar da situação dos hospitais universitários em geral. Essas unidades passaram, ao longo dos anos 90, à condição de estruturas fundamentais do atendimento do SUS, tendo sua demanda multiplicada muitas vezes sem que o quadro de pessoal efetivo ti-

vesse aumento minimamente proporcional a essa elevação brutal do volume de atendimento (em alguns casos, durante a década inteira, não sofreu qualquer aumento). Para atender a esta demanda multiplicada, as universidades passaram a utilizar os pagamentos do SUS pela prestação de serviços para contratar nas Fundações pessoal de saúde e técnico-administrativo. Tais contratos são ostensivamente situações de contratação indireta de pessoal. O TCU veio a identificar esse quadro gravíssimo quando já se encontrava constituído, e a sua reversão implicaria a demissão da maior parte dos profissionais dos hospitais e a conseqüente interrupção de parcela significativa dos serviços. Em razão dessa situação de excepcionalidade, e unicamente para não agravar o já calamitoso quadro da saúde pública no País, o Tribunal (após sucessivas idas e vindas no trato do assunto) vem permitindo a manutenção desses contratos enquanto não criadas e providas as vagas respectivas no quadro dos hospitais³⁷. No entanto, é preciso não esquecer que essas exceções abertas aos HUs são “deliberações individuais, de natureza limitada aos casos concretos em que foram proferidas e em nenhum caso passíveis de extensão ou analogia”³⁸.

Outros casos individuais de contratação têm também suscitado polêmica. Um deles é a possibilidade de contratação, com base no art. 24, inc. XIII, da Lei 8.666/93, de serviços de organização de concursos públicos. A jurisprudência do TCU é contraditória a respeito; Jacoy Fernandes (2000, p. 418-422) historia toda a controvérsia sobre o assunto, sustentando a possibilidade dessa contratação. Compartilhamos de seu entendimento, especialmente pela taxatividade da Decisão 470/93 – Plenário que colaciona.

A outra questão, suscitada pela experiência da contratação de fundações, é a possibilidade jurídica da realização de cursos pagos pelas instituições federais de ensino superior diante do princípio constitucional do ensino público gratuito. Essa prá-

tica tem recebido questionamentos de várias ordens, inclusive judiciais³⁹. A abordagem do TCU sobre a matéria, a nosso ver, é excessivamente permissiva, permitindo a cobrança de taxas e mensalidades em atividades de extensão e pesquisa (Acórdão 966/2003 – Primeira Câmara; Decisão 321/2000 – Plenário), não precisando quais das modalidades da atuação universitária estariam envolvidas nesse conceito genérico de “extensão e pesquisa”. O Conselho Nacional de Educação, consultado a respeito, preferiu orientação mais precisa: considera inadmissível a cobrança de taxas para os cursos de Mestrado Profissionalizante definidos na Portaria CAPES 080/98, art. 2º (Parecer CNE/CES 2003-0081, DOU 23.06.2003), autorizando no entanto a cobrança de taxas nos cursos de pós-graduação *lato sensu* (Parecer CNE/CES 2003-0364 DOU 18.11.2002).

Assim, temos um direcionamento normativo claramente definido: são admitidas cobranças de taxas para os cursos de extensão (TCU – Acórdão 966/2003 – Primeira Câmara; Decisão 321/2000 – Plenário) e para os de pós-graduação *lato sensu* (Parecer CNE/CES 2003-0364 DOU 18.11.2002), e obrigatória a gratuidade para a pós-graduação *strictu sensu*, mesmo sob a forma de Mestrado Profissionalizante (Parecer CNE/CES 2003-0081, DOU 23.06.2003). Não estamos aqui endossando o mérito dessas decisões à luz dos conceitos sociais do direito à educação, mas reconhecendo que, nos termos do princípio da legalidade, o administrador universitário tem demarcado esse campo de possibilidades para decidir da cobrança ou não desse tipo de encargo.

3. Problemas de implementação

Mesmo quando a contratação é válida nos termos da Lei 8.958/94, muitas universidades ainda se deparam com problemas de execução desses contratos, alguns deles gravíssimos e que poderiam todos ser evita-

dos se maior atenção fosse prestada à sempre repetida aplicação sistemática de todas as normas jurídicas⁴⁰. Da multiplicidade desses problemas, que são recolhidos na maior extensão possível na compilação de jurisprudência que acompanha o presente texto, selecionamos os que nos pareceram mais relevantes para evidenciá-los e às suas soluções.

3.1. *Liquidação antecipada de despesas*

O primeiro caso é o simples repasse dos valores à fundação pela instituição contratante, a *título de pagamento liquidado na forma legal*. São exemplos desse erro não apenas contratos irregulares, mas outros que são de natureza aceitável, a exemplo dos contratos de “gestão de recursos” por projetos concedidos de agências financiadoras e pesquisa. Isso ocorre porque a liquidação da despesa é basicamente um mecanismo de garantia para o Erário do cumprimento da obrigação do contratado. É a contrapartida do pagamento, e deve ocorrer *antes do desembolso*. A liquidação é, em sua essência, a atestação por um agente da administração de que o serviço do contratado já foi prestado (art. 63 da Lei 4.320/64, arts. 36, 38 e 42 do Decreto 93.872/86)⁴¹. E, nos casos que examinamos, *o serviço ainda não foi prestado*.

Quando o ordenador de despesa ou outro agente realiza a liquidação, a responsabilidade pelos recursos não está mais com o contratado, mas passa exatamente para aquele que atestou a prestação de serviços. Se o “repasso de recursos” à fundação é feito mediante liquidação normal, a fundação está formalmente quite com os recursos *no momento em que os recebe*.

Ora, dirão, existem casos (a maioria) em que não se justifica qualquer repasse adiantado: cabe à fundação, como qualquer outra empresa contratada, prestar o serviço às suas expensas e, após comprovada a sua prestação, receber o dinheiro correspondente. Mas e nos casos em que o cumprimento do contrato pressupõe validamente um adiantamento de recursos (como no exemplo já

citado de gestão de recursos recebidos de agências de fomento)⁴²?

Nenhum problema. Existe a expressa previsão legal de que a administração deve discriminar em cláusula contratual a parcela a ser adiantada e a forma de comprovação da sua execução (art. 40, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 e art. 38 do Decreto nº 93.872/86), bem como as garantias exigidas à entidade contratada (art. 38 do Decreto nº 93.872/86 e art. 56, *caput* e parágrafos, da Lei nº 8.666/93), conforme já orientado na Decisão TCU 1646/2002 – Plenário.

Deve ficar claro que esse adiantamento é uma *excepcionalidade*, sua necessidade deve ficar demonstrada no processo de contratação à vista das necessidades de cada serviço específico contratado (naturalmente, para modalidades de contratação uniformes como gestão de recursos de projetos de pesquisa, nada impede que seja utilizado um texto padrão uniforme para a justificativa).⁴³

Precisamos alertar também que um adiantamento válido *não* abrange o simples repasse às fundações dos recursos recebidos ao final do exercício sem tempo hábil para processar a despesa (expediente infelizmente comum no “jogo de gato e rato” da gestão fiscal voltada à geração de superávits a qualquer custo, deturpação tresloucada do comportamento clássico do modelo ‘*guardian/spender*’) – por mais razoáveis que sejam as objeções das entidades universitárias a essa prática, sua superação deve ocorrer de outra forma (inclusive para que se alcancem padrões mais racionais de gestão financeira pública – assunto já abordado expressamente no Acórdão 1.626/2003 – Relação 37/2003 – 1ª Câmara e no Acórdão 1.810/2003 – Plenário). Não se pode deixar de denunciar essa prática em que dois erros são cumulados: um do órgão central orçamentário e financeiro, ao descentralizar créditos orçamentários nos últimos dias do exercício, o que impede na prática o empenho dos mesmos (uma vez que a abertura dos processos licitatórios correspondentes exige a disponibilidade do crédito) e implica

forçosamente a não-execução dessa parcela do orçamento; o outro, da universidade, ao tentar resolver o impasse (inadmissível, aliás) gerado pela intempestividade da descentralização com a da utilização desse mecanismo de caixa paralelo.

Dirão ainda: mas existe possibilidade física de se registrar essa condição e refleti-la contabilmente, dada a automação quase completa do processo de liquidação e pagamento do governo federal⁴⁴? Sim, existe. O SIAFI dispõe de várias transações no módulo CPR (a exemplo das situações P80, P88, O79, P28, P07) que registram exatamente os adiantamentos contratuais e sua liquidação tempestiva. Não se trata de soluções perfeitas: faltam transações no SIAFI para registrar algumas modalidades (ex: adiantamento para construção de obras), e o sistema SIASG não tem ainda transações para tratar adiantamentos em seus módulos de execução automática de contratos⁴⁵. Porém, somente com a exigência dos órgãos executores das despesas por novas transações adequadas à sua realidade os gestores dos sistemas poderão adequá-los às necessidades da administração, além do que a ausência de contabilização automática não impede a formalização da condição de adiantamento nos documentos do processo de pagamento.

3.2. Pagamento mediante “taxa de administração”

O segundo caso é a malfadada “taxa de administração”, ou a previsão de remuneração da Fundação mediante um percentual sobre as despesas que realizar na execução do contrato ou sobre as receitas arrecadadas de terceiros a este título. Esse tipo de pagamento encontra vedação legal expressa: para convênios nos termos do art. 116 da Lei 8.666/93, esbarra no art. 8º, inc. I, da IN/SFC 01/97. Para contratos comuns, caracteriza inequivocamente a figura da “Administração Contratada”, ou seja, a cobertura das despesas incorridas pelo contratado mais uma comissão contratualmente as-

segurada⁴⁶. Ocorre, no entanto, que essa modalidade de execução *não está prevista* na Lei 8.666/93 (art. 6º). Ainda que se considere, *ad argumentandum*, que o rol desse artigo não seja exaustivo, tem-se que essa modalidade de execução foi *vetada*, por duas vezes, quando da promulgação das Leis 8.666/93 e 8.883/93, merecendo inclusive parecer contrário do Tribunal quando da apreciação pela Corte de anteprojeto da atual Lei de Licitações (MOTA, 1997, p. 97; JUSTEN FILHO, 1995, p. 53-54). Configura-se-nos portanto irregular a utilização da referida modalidade, com ou sem previsão em contrato.

Mas o pior dessa prática é a sua antieconomicidade manifesta. Incidindo sobre o faturamento ou a despesa total, essa “taxa” não tem correlação com os custos da Fundação (os custos do serviço administrativo ou de gestão prestados). Logo, a suposta vantagem econômica – de eficiência, custos menores, etc. – em relação à execução direta pela IFES torna-se uma alegação totalmente arbitrária. Ao contrário, o mecanismo de “administração contratada” inverte a estrutura de incentivos em desfavor da Administração, pois torna interessante para o contratado que os custos para o contratante sejam os maiores possíveis (pois assim o valor de sua remuneração também será o maior possível). Nesse regime, quanto maior o custo para a universidade, maior será a remuneração da Fundação!

A antieconomicidade da taxa de administração manifesta-se mesmo que ela incida sobre um valor fixo não modificável pelo contratado (p. ex., os recursos recebidos para gestão e posterior prestação de contas). Por essa prática, os preços dos serviços deixam de guardar proporcionalidade com os custos respectivos, o que não beneficia evidentemente a administração contratante e não traz, igualmente, vantagens econômicas ao contratado que cheguem a reduzir-lhe os custos e portanto beneficiar indiretamente a administração. É evidente que, se as Fundações prestam algum serviço com sua atu-

ação⁴⁷, esse serviço pode ser especificado, mensurado e ter seu custo incluído explicitamente como cláusula contratual ou item de despesa do ajuste ao qual atende, como de fato o será, com total conhecimento por parte de eventuais órgãos financiadores⁴⁸. De fato, esse mecanismo consta explicitamente das motivações originais da proposição legislativa da Lei 8.958/94: “As despesas operacionais das Fundações de Apoio são cobertas pela remuneração dos serviços de gerenciamento de cada projeto, cujos recursos são previstos nos respectivos orçamentos financeiros para a sua execução” (BRASIL, 1994a). Em outras palavras, é claro que a Fundação deve ser remunerada, mas com base em um dos regimes da Lei 8.666/93: preço fixo (*empreitada por preço global*) ou preço por unidade de serviço prestado (*empreitada por preço unitário*)⁴⁹.

A esse respeito, o TCU reiteradas vezes tem-se pronunciado contra essa prática nos contratos entre Universidades e Fundações⁶⁸, tendo cristalizado sua jurisprudência em que a remuneração da Fundação deve ser fixada “*com base em critérios claramente definidos e nos seus custos operacionais*”.

3.3. Não-recolhimento de receitas – “caixa dois”

Outro problema gravíssimo na execução de contratos é a ausência do recolhimento à conta única da remuneração devida à universidade pelo uso de seus recursos ou de outras receitas próprias da instituição. O art. 6º da Lei 8.958 prevê que a utilização dos recursos da Universidade pelos projetos contratados seja remunerada. Essa remuneração é receita pública originária (receita patrimonial ou receita de prestação de serviços, conforme o caso). Como receita pública, está sujeita ao princípio de unidade de tesouraria, e deve toda ela ser recolhida e movimentada na conta única do Tesouro por meio do SIAFI (art. 164, § 3º, da Constituição Federal; arts. 56, 57 e 60 a 63 da Lei nº 4.320/64; art. 2º do Decreto nº 93.872/86),

vedada a “fragmentação para criação de caixas especiais” (Acórdão 479/94 – 1ª Câmara).

No entanto, tem-se verificado historicamente a ocorrência de inúmeras fraudes a esse mecanismo, quando a remuneração ou ressarcimento à Universidade pelo uso de seus recursos não era recolhida à conta única, permanecendo em contas de titularidade da fundação (ainda que movimentadas por servidores das universidades).⁵¹ Mecanismo mais sofisticado representa a atribuição à fundação do papel de simples arrecadadora de receitas de várias naturezas (completamente desvinculadas de qualquer projeto regularmente formulado nos termos já discutidos aqui), mantendo os referidos recursos em poder da fundação à disposição da universidade⁵².

Além da ilegalidade flagrante, é quase desnecessário apontar os riscos de controle que essa prática impõe: os recursos subtraídos à conta única ficam ocultos ao escrutínio do controle e do próprio gestor, na medida em que não ingressam no patrimônio público e ficam sob a titularidade formal (e acesso material) de um terceiro de natureza privada (a fundação). Em casos como esse, é perfeitamente possível que o reitor de uma universidade (aquele que responde pelas contas da instituição) e seus órgãos superiores não saibam quanto foi a receita arrecadada por alguma unidade ou departamento, ou não tenham como verificá-la de forma independente, bastando que a fundação envolvida não permita o acesso direto aos extratos bancários dessas contas⁵³. Além disso, a movimentação sem todos os controles e trilhas de auditoria impostos pelo SIAFI implica muito maiores vulnerabilidades à fraude, sem contar na virtual impossibilidade de implantar controles internos e conciliações, visto que não transitam tais recursos pela contabilidade da universidade. Enfim, das práticas aqui relacionadas, essa provavelmente é a mais danosa à administração pública, e a mais proclive a abusos e fraudes de toda natureza. A esse respeito,

endossamos integralmente a corajosa síntese feita pelo Ministro Marcos Bemquerer Costa em seu Voto condutor do Acórdão 407/94 – Plenário:

“A terceirização desses serviços, além de contrariar o Decreto 2.271, de 07/07/1997, conforme trecho da instrução transcrito, infringe também o princípio da unidade de caixa estabelecido no art. 1º do Decreto 93.872/86, em consonância com o art. 56 da Lei 4.320/64 e art. 74 do Decreto-Lei 200/67, pois não há registro na contabilidade pública do ingresso dos recursos arrecadados, ficando a cargo da fundação a administração em conta bancária própria. Apesar da alegada sujeição da gestão dos recursos à ampla fiscalização, isso consiste num verdadeiro ‘caixa dois’.

3.4. Ausência de licitação na execução pelas fundações

Outra irregularidade observada com frequência pelo controle é a ausência de licitação na execução pelas fundações dos contratos celebrados com base na Lei 8.958/94⁵⁴. Nesse ponto, não há muito o que estender: o art. 3º, inc. I, dessa lei prevê expressamente que as Fundações devem obedecer à legislação sobre licitações e contratos quando da execução dos contratos nela baseados. Então, sendo uma disposição literal e clara, não há muito que interpretar ou elaborar: a observância da legislação de licitações (em particular a Lei 8.666/93 e a Lei 10.520/2002, que trata do pregão).

As fundações têm perfeitas condições de realizar as licitações, como tantas outras entidades de direito privado que estão sujeitas a essa obrigatoriedade (a exemplo das empresas estatais). Aliás, uma das alegadas razões para a contratação de fundações é a sua capacidade administrativa, que seria altamente questionável caso a entidade não pudesse sequer proceder a um processo licitatório sem prejuízo da eficiência na exe-

cução do contrato. Essa possibilidade plena de licitar é demonstrada pela experiência da Universidade Federal de Minas Gerais, cuja maior fundação de apoio, após determinação do TCU, passou a observar integralmente a legislação de licitações, conduzindo regularmente centenas de processos licitatórios por ano⁵⁵. A maioria das fundações, acreditamos, vem licitando normalmente, sem problema algum. Aliás, não há nada que impeça que as próprias universidades executem os procedimentos da licitação relativos a determinados contratos, se isso for de seu interesse.

4. Esboço de uma tipologia dos contratos

“[...] a palavra, a palavra, e todas as coisas deste mundo, as nomeadas e as não nomeadas, as conhecidas e as secretas, as visíveis e as invisíveis, como um bando de aves que se cansasse de voar e descesse das nuvens, foram pousando pouco a pouco nos seus lugares, preenchendo as ausências e reordenando os sentidos.” (SARAMAGO, 2000, p. 127).

Após o exame individualizado dos critérios de validade e da casuística de execução dos contratos, tentaremos um salto maior de abstração. Tentaremos desenvolver uma tipologia dos contratos comuns, salientando suas principais características e a lógica de seu desenho (tanto aqueles corretamente celebrados quanto aqueles que apresentam natureza ilegal ou irregular).

O objetivo deste esforço é destacar ao agente que se debruça sobre um contrato (quer para avaliá-lo sob o ponto de vista do controle, quer para projetar a sua utilização como administrador) os traços mais importantes que pode assumir. Como toda tipologia, tem finalidades didáticas (sublinhando as principais diferenciações entre contratos) e analíticas (destaca os elementos mais críticos sob a perspectiva que se quer

tratar, ou seja, a regularidade da contratação à vista dos preceitos da legislação administrativa)⁵⁶.

4.1. *Regulares*

O primeiro tipo é o que poderíamos chamar de “contrato-padrão”. A fundação, nesse modelo, é contratada para um serviço específico, bem caracterizado em suas etapas, prazos, insumos e produtos, vinculado a um projeto específico cujos resultados são claramente especificados em termos concretos, mensurados, e representam resultados diretos e finalísticos nos âmbitos de ensino, pesquisa, extensão e desenvolvimento institucional (com toda a atenção aos requisitos já discutidos na seção 2.4 deste texto para a caracterização do “desenvolvimento institucional”).

A fundação executa diretamente, com sua própria estrutura gerencial e de pessoal, os serviços objeto do contrato. Tais serviços são rigorosamente definidos em projeto básico constante do projeto de licitação, e a fundação comprova, com base em experiência anterior em serviço equivalente, a capacidade de desenvolver o serviço por conta própria. O uso de recursos materiais e pessoal da universidade, quando houver, é ressarcido e respeita as vedações e o caráter esporádico previstos no art. 6º da Lei 8.958/94. Existem critérios claros para remuneração dos serviços da fundação, e esses critérios são diretamente correlacionados com o volume do trabalho efetivamente prestado por essa entidade.

Alguns exemplos são possíveis de serem levantados: a execução dos serviços de secretaria administrativa de um curso de extensão realizado por docentes da Universidade dentro de um plano de trabalho aprovado pelo colegiado acadêmico correspondente; a execução de serviços de gestão e assessoramento comercial no repasse ao setor produtivo de uma tecnologia desenvolvida por uma unidade universitária (registro de patentes, negociação de *royalties*, promoção comercial).

4.2. *Irregulares (mas infelizmente comuns)*

Nem todos os contratos, infelizmente, encaixam-se no primeiro tipo. Várias distorções profundas, já analisadas individualmente neste trabalho, podem afetar a contratação de uma fundação.

a) *Fundação como “laranja”*

Neste modelo, independentemente do título pelo qual a fundação é contratada, o serviço prestado pela fundação limita-se a contratar um terceiro para execução de algum serviço, obra ou fornecimento de interesse da universidade. Ou seja, é um terceiro que executa a prestação à universidade, mas esse terceiro não é contratado diretamente pela universidade por regular processo licitatório, mas pela fundação. Os pagamentos são feitos pela universidade à fundação, ao amparo de contrato celebrado entre as duas (celebrado com dispensa de licitação, ressalte-se), e a fundação limita-se a receber esses pagamentos e repassá-los ao contratado final (cobrando ou não algum valor para isso).

Trata-se de mera fraude à obrigatoriedade de licitação, além de subcontratação não permitida pela lei. O exemplo clássico desse modelo é a contratação indireta, por meio de fundações, de cooperativas de trabalho para intermediação de mão-de-obra.

b) *Fundação como mera compradora (caixa dois de despesas)*⁵⁷

Neste modelo, também independentemente do título pelo qual a fundação é contratada, o serviço que presta é simplesmente executar compras de bens ou serviços variados, em função de demandas inespecíficas que surjam da universidade. A universidade demanda o bem ou serviço, muitas vezes transfere os recursos para a fundação antes da sua aquisição (embora a irregularidade persista mesmo se a liquidação não for antecipada), a fundação adquire o solicitado e entrega para a universidade, recebendo o pagamento correspondente. Não

existe qualquer especificação de projeto atendendo os requisitos da Lei 8.958/94, como aqui expusemos.

As razões alegadas para esse tipo de contrato são inúmeras: “agilidade” da fundação; fornecedores que não conseguem apresentar a comprovação de regularidade fiscal, não podendo portanto ser pagos diretamente pela universidade; receio de que os recursos da universidade para compras de valor elevado sejam de alguma forma bloqueados pelos órgãos centrais de orçamento e finanças durante o processo licitatório regular. Nenhuma dessas alegações é evidentemente aceitável, e cada uma delas apenas põe em evidência um risco adicional de controle ou uma irregularidade adicional. São exemplos desse tipo de contrato aqueles designados de “apoio logístico” ou “apoio administrativo”, que podem ser desenhados inclusive para ser executados individualmente por cada unidade da universidade. Também se encaixam nesse modelo os repasses às fundações das suplementações orçamentárias recebidas pelas universidades ao final do exercício para atender a despesas correntes, sem tempo hábil para proceder à sua regular execução.

Descumprem-se aí as exigências legais para que a fundação possa ser contratada com dispensa de licitação, bem como a vedação de terceirização dos serviços administrativos permanentes (tais como o de compras e execução financeira) e também, previsivelmente, o princípio da licitação e seus corolários na execução das compras pelo ente privado.

c) Fundação como simples manipuladora de receitas (caixa dois de receita)

De todos os modelos deturpados, este é talvez o mais insidioso. Aqui, a fundação simplesmente recebe o encargo de arrecadar diretamente as receitas auferidas pela prestação de serviços da universidade ou em função de suas receitas patrimoniais. Esses recursos são então incorporados a contas bancárias da fundação (na prática, in-

gressam no seu patrimônio, ainda na improvável hipótese de que a fundação os mantenha segregados contabilmente), e movimentados por esta segundo disposições da universidade

Em que pesem variados eufemismos de triste notoriedade (“receitas não contabilizadas”, “recursos movimentados em desacordo com o princípio de unidade de tesouraria”), não há como inventar conceitos: é a pura e simples formação de caixa dois (ou três, ou quatro ...) com recursos públicos, o descumprimento do princípio de unidade de tesouraria, com os riscos de fraude e controle que já mostramos acima. Já foram verificados casos da espécie, por exemplo, sobre a receita de prestação de serviços de hospitais universitários a beneficiários de convênios médicos (não-SUS) e sobre a receita oriunda de estacionamento em terreno de propriedade da universidade.

d) Fundação como gestora financeira integral (caixa dois global)

Este modelo é o mais completo exemplo de terceirização da atividade universitária para as fundações. Uma combinação dos modelos “b” e “c”, representa a assunção pela fundação de todos (ou da maior parte) dos pagamentos e recebimentos de uma unidade universitária que tem operações significativas de prestação remunerada de serviços a terceiros. Assim, todo o conteúdo econômico da operação da unidade pública passa a transitar não mais pelo orçamento público, mas pela fundação.

Essa terceirização pode ou não ser cumulada com a terceirização também da gestão, na qual atos administrativos relacionados a gestão patrimonial, alocação de pessoal, compras, passam a ser executados por empregados da fundação, que assume assim poderes de mando dentro da universidade.

Esse cenário aparentemente inconcebível foi, infelizmente, constatado pelo controle em alguns hospitais universitários. Também nesse caso, não há “projeto” mini-

mamente imaginável para fundamentar a contratação, somando-se às irregularidades dos dois modelos anteriores. Ocorre também, no caso de terceirização de atos de gestão, situação de usurpação da função pública, com terceiros praticando atos da competência exclusiva da administração pública.

e) Fundação como intermediária de mão-de-obra

Este modelo é da utilização das fundações para a simples contratação de pessoal e sua disponibilização à universidade na forma da contratação indireta, como visto acima. O papel da fundação é simplesmente o de contratar pessoal que, de outra forma, não poderia ser contratado pela universidade, recebendo esta os salários correspondentes. Viola-se, assim, além da dispensa irregular de licitação, o princípio do concurso público para contratação de pessoal a qualquer título, uma vez que o pessoal envolvido no contrato não presta serviços à fundação, mas direta e pessoalmente à entidade pública. Tornamos a insistir que as circunstâncias que conduziram o Tribunal de Contas da União a admitir a persistência desse tipo de contrato em alguns hospitais universitários (sem de forma alguma reconhecer-lhe a licitude) são irrepetíveis e excepcionais, tendo em vista um fato consumado que ocorreu durante vários anos sem ter sido detectado pelo controle. De maneira alguma pode servir como paradigma ou precedente para qualquer outra contratação similar, seja em que caso for.

Outra variante desse modelo é a utilização da fundação para pagamentos, formalmente a título de serviços de terceiros ou de bolsa, de complementações ou gratificações salariais a servidores públicos, pagamentos estes não contemplados na legislação de pessoal e que distorcem o já tremendamente elástico permissivo do art. 4º, § 1º, da Lei 8.958/94⁵⁸. Essa irregularidade coloca um difícil desafio para o controle, uma vez que, em sua vertente mais sofisticada, os pagamentos podem ser “disfarçados” com a menção

formal a projetos que representem simplesmente a prestação dos serviços inerentes ao cargo ocupado, sem qualquer das características de excepcionalidade e temporariedade previstas no mencionado dispositivo⁵⁹.

5. A modo de conclusão

“[...] um vasto afresco, onde cada segmento estruturado teria o valor de uma sugestão, de um convite para que o leitor continuasse pensando com sua própria cabeça (FURTADO, 1985, p. 204-205).

O tema das fundações de apoio na universidade é vasto demais para um único texto, mesmo com um viés inteiramente pragmático e aplicado como este. Procuramos abordar em grandes linhas os pontos principais suscitados por esse tipo de contratação, tratando-os analiticamente em maior profundidade e, em seguida, procurando agrupá-los em tipos comuns em função de suas características mais destacadas. Tentamos manter a mesma humildade de que nos fala Celso Furtado, reconhecendo que os temas estão apenas iniciados ou sugeridos (e alguns, como a questão dos pagamentos de gratificações a servidores, nem puderam ser tratados).

Se algo pode permanecer, no entanto, é a advertência da “teoria da curvatura da vara”: os entes de colaboração privados associados à instituição universitária são uma realidade comum à experiência internacional, e representam significativo potencial de contribuição à missão da universidade. Caso porém sua utilização real venha a distorcer os princípios em que se assenta a própria universidade como instituição pública, corre-se o risco de ver rejeitada pela sociedade a totalidade desse instrumento, com o que perdem a comunidade universitária e a sociedade em geral os benefícios potenciais de uma cooperação tão necessária (como todos os demais esforços de cooperação) para que a educação e a ciência, gratuitas e de qualidade, possam enfim ser bens públicos no Brasil.

Anexo

Pela sua abrangência temática e seu caráter de compilação sistematizada da jurisprudência, transcrevemos aqui, como referência para as questões suscitadas no texto, a Decisão TCU 1646/2002 – Plenário:

Decisão 1646/2002 – Plenário

1. Processo: 007.805/2002-9

2. Classe de Assunto: Auditoria

3. Responsáveis: Francisco César de Sá Barreto, Reitor; Ana Lúcia Almeida

Gazzolla, Reitora; Henrique Oswaldo da Gama Torres, Diretor do Hospital das Clínicas; Ricardo Castanheira Pimenta Figueiredo, Diretor do Hospital das Clínicas; Marcos Borato Viana, Diretor da Faculdade de Medicina; e Geraldo Brasileiro Filho, Diretor da Faculdade de Medicina.

4. Entidade: Universidade Federal de Minas Gerais

5. Ministro Relator: VALMIR CAMPELO

7. Unidade Técnica: SECEX-MG – Secretaria de Controle Externo – MG

8. Decisão

O Tribunal de Contas da União, em Sessão do Plenário, em face das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1 – Fixar à Universidade Federal de Minas Gerais, com fundamento no art. 45 da Lei nº 8.443/92 combinado com o art. 195 do Regimento Interno do TCU, o prazo de 15 dias, a contar da notificação, para que adote as seguintes providências:

8.1.1 – rescinda os contratos especificados no Quadro imediatamente abaixo, bem como os demais que tenham por objeto material de sua execução a prática de atos de competência da Universidade, como a realização de licitações, compra de bens, pagamentos de diárias e a arrecadação de recursos provenientes de prestação de serviços a terceiros (salvo quando vinculados a projetos específicos, aprovados previamente pela UFMG nos termos das Resoluções internas que regem a matéria, por prazo determinado e dentro da finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de

desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição federal contratante, nos estritos termos do art. 1º da Lei nº 8.958/94, observada a orientação a esse respeito traçada pela jurisprudência do Tribunal), dado que os mencionados contratos violam a exigência licitatória (art. 2º da Lei nº 8.666/93, sem ocorrência da hipótese do art. 1º da Lei nº 8.958/94), quebra o princípio de unidade de tesouraria (arts. 56 e 65 da Lei nº 4.320/64 e do art. 1º do Decreto nº 93.872/86) e transferem à Fundação de Apoio atos de competência exclusiva da Universidade (Decisão 293/95, Ata 28/95 – Plenário) (item 69 do relatório)

VIDE TABELA NO DOCUMENTO ORIGINAL

8.1.2 – rescinda o contrato 25/2002 (FUNDEP 4374) celebrado pelo Hospital das Clínicas, dado que o mesmo viola a exigência licitatória (art. 2º da Lei nº 8.666/93, sem ocorrência da hipótese do art. 1º da Lei nº 8.958/94), quebra o princípio de unidade de tesouraria (arts. 56 e 65 da Lei nº 4.320/64 e do art. 1º do Decreto nº 93.872/86) e transfere à Fundação de Apoio atos de competência exclusiva da Universidade (Decisão 293/95, Ata 28/95 – Plenário) (item 73 do relatório);

8.1.3 – rescinda, caso tenha sido celebrado, qualquer contrato com Fundações de Apoio que tenha por objeto a exploração de receitas de estacionamentos, a exemplo daquele de cuja celebração se cogita no processo administrativo 23072.015318/01-19 da Faculdade de Medicina, dado que um contrato de tais características viola a exigência licitatória (art. 2º da Lei nº 8.666/93, sem ocorrência da hipótese do art. 1º da Lei nº 8.958/94), quebra o princípio de unidade de tesouraria (arts. 56 e 65 da Lei nº 4.320/64 e do art. 1º do Decreto nº 93.872/86) e transfere à Fundação de Apoio atos de competência exclusiva da Universidade (Decisão 293/95, Ata 28/95 – Plenário) (item 77 do relatório);

8.1.4 – obtenha o recolhimento dos saldos respectivos à conta única, enviando ao

Tribunal os documentos comprobatórios, conforme o art. 45 da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 195 do Regimento Interno

8.2 – determinar à UFMG, com fulcro no art. 43 inciso I da Lei nº 8.443/92 combinado com o art. 194 inciso II do Regimento Interno do TCU, que no prazo de sessenta dias a contar da notificação, adote as providências seguintes:

8.2.1 – estabeleça, mediante portaria, a obrigatoriedade de adoção de procedimentos-padrão e minutas uniformes de contrato, em função da natureza do serviço contratado, quando da celebração descentralizada de contratos com Fundações de Apoio ao amparo da Lei nº 8.958/94 pelas unidades integrantes da estrutura da Universidade, no exercício de competências delegadas pelo titular da autarquia, em atendimento aos princípios do controle interno estabelecidos pela IN-SFC 01/2001, Cap. VII, seção VIII, itens 3-III- b´ e 3-V (item 16 do relatório);

8.2.2 – inclua no parecer da Auditoria Geral da UFMG sobre as contas anuais da UFMG, nos termos do art. 49 incisos II e IV da Lei nº 8.443/94, do art. 16 inciso VIII da INTCU 12/96 e do art. 15 § 5º do Decreto nº 3.591/2000, um exame amostral dos empenhos e pagamentos efetuados pelas unidades gestoras às Fundações de Apoio ao amparo da Lei nº 8.958/94, sob o ponto de vista da sua legalidade (tendo em consideração as orientações contidas na jurisprudência do TCU); (item 21 do relatório);

8.2.3 – inclua em seu processo de prestação de contas anuais uma listagem dos contratos celebrados com Fundações de Apoio com base na Lei nº 8.958/94 que tiveram vigência ao longo do exercício a que se referem as contas, especificando (item 24 do relatório):

8.2.3.1 – para todos os contratos:

I) número, data de assinatura e unidade gestora signatária do contrato

II) valor do contrato (estimado e executado no exercício), individualizando o valor exato da remuneração paga à Fundação a título de serviços administrativos ou de ges-

tão, o valor exato ou estimado de todos os demais pagamentos a serem feitos pela Universidade contratante à Fundação, a qualquer título, e o valor exato ou estimado das demais receitas geradas pelo contrato junto a terceiros e que sejam entregues pela Universidade à arrecadação direta pela Fundação para atender ao projeto a que serve o contrato;

III) descrição detalhada do objeto do contrato, incluindo resumo do projeto a que o contrato destina-se a atender;

IV) alocação de servidores da Universidade para a realização do objeto do contrato, incluindo relação dos servidores envolvidos, a carga horária efetivamente dedicada ao mesmo e a remuneração eventualmente auferida por tal participação;

V) data de início e fim da vigência do contrato;

8.2.3.2 – para todos os termos aditivos:

I) número, data de assinatura e unidade gestora signatária do contrato;

II) quaisquer das informações especificadas na alínea ´a´ anterior que tenha sido objeto de modificação pelo termo aditivo;

8.2.3.3 – especificamente para o contrato sem nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890) e naqueles que venham a amparar-se na excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-´c´ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário), acrescente aos dados gerais previstos nas alíneas anteriores:

I) descrição detalhada de cada natureza de serviço pago através do contrato;

II) extrato da movimentação de recebimentos e pagamentos no exercício do contrato realizada através da Fundação de Apoio.

8.2.4 – ao celebrar todo e qualquer contrato com Fundações de Apoio:

8.2.4.1 – faça constar, em cláusula específica ou outro documento expressamente referido no contrato e constante do processo específico de licitação ou dispensa, a discriminação do objeto de modo preciso, com todos os seus elementos caracterizadores quantitativa e qualitativamente, em cláusula contratual, em conformidade com o

art. 55, inciso I, da Lei nº 8.666/93 (item 32 do relatório);

8.2.4.2 – presente no processo específico de licitação ou dispensa, o projeto básico de todas as obras e serviços contratados, previamente à contratação, no grau de detalhe definido nos arts. 6º, inciso IX, e 7º da Lei nº 8.666/93, esclarecendo que:

I) nos processos de contratação de serviços, tal projeto básico inclua necessariamente a descrição detalhada do objeto a ser contratado, dos serviços a serem executados, sua frequência e periodicidade, características do pessoal, materiais e equipamentos a serem fornecidos e utilizados, procedimentos a serem seguidos, cuidados, deveres, disciplina, gestão da qualidade, informações a serem prestadas e controles a serem adotados, nos termos do art. 1.1 da IN-MARE nº 18/97;

II) nos processos que envolvam a participação da Fundação no desenvolvimento de obras o projeto básico deverá observar a Resolução 361 de 10/12/1991 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (DOU 12/12/91);

III) não existe óbice a que o projeto básico a que se refere esta determinação esteja contido no próprio projeto de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional a que se refere o art. 1º da Lei nº 8.958/94 (item 32 do relatório);

8.2.4.3 – faça constar, em cláusula específica, o valor total do contrato e os demais elementos especificados no art. 55, inciso III, da Lei nº 8.666/93 (item 40 do relatório).

8.2.4.4 – apresente, de forma discriminada, na especificação do valor do contrato, os seguintes elementos que o compõem:

I) valor exato da remuneração a ser paga à Fundação a título de serviços administrativos ou de gestão;

II) valor exato ou estimado de todos os demais pagamentos a serem feitos pela Universidade contratante à Fundação, a qual quer título;

III) valor exato ou estimado das demais receitas geradas pelo contrato junto a tercei-

ros e que sejam entregues pela Universidade à arrecadação direta pela Fundação para atender ao projeto a que serve o contrato (item 40 do relatório).

8.2.4.5 – liste as hipóteses de rescisão do contrato estritamente de acordo com o rol apresentado no art. 79 da Lei nº 8.666/93, especialmente seu inciso II e § 2º (item 42 do relatório);

8.2.4.6 – inclua a cláusula obrigatória prevista no art. 55 inciso IX da Lei nº 8.666/93 estabelecendo os direitos da Universidade nos casos da rescisão previstos no art. 77 da mesma Lei (item 42 do relatório);

8.2.4.7 – faça constar cláusula que estabeleça o mecanismo a ser adotado para recolhimento à conta única da remuneração devida à UFMG nos termos do art. 6º da Lei nº 8.958/94 (item 44 do relatório);

8.2.5 – submeta todos os processos de contratação ao parecer do órgão de assistência jurídica previamente à sua assinatura, conforme o art. 38 parágrafo único da Lei nº 8.666/93 (item 36 do relatório);

8.2.6 – proceda, se ainda não o fez, o imediato recolhimento, à conta única da Universidade, do saldo de todos os recursos atualmente mantidos na FUNDEP a título de recursos devidos à instituição e às unidades acadêmicas como ressarcimento ou remuneração pela participação na prestação de serviços cuja arrecadação financeira esteja a cargo da FUNDEP, bem como dos saldos dos contratos de mesma natureza quando de seu encerramento ou rescisão (esclarecendo que a descentralização dos saldos financeiros para os limites de saque das UG's subordinadas à Universidade não é objeto de questionamento, podendo ser procedida centralizadamente pela Universidade ou diretamente através dos depósitos respectivos na conta única, na forma das instruções emitidas pela Secretaria do Tesouro Nacional para a espécie), dando cumprimento ao art. 164 § 3º da Constituição, dos arts. 56, 57 e 60 a 63 da Lei nº 4.320/64 e do art. 2º do Decreto nº 93.872/86 (item 46 do relatório);

8.2.7 – encaminhe ao Tribunal, no prazo de sessenta dias, os comprovantes do recolhimento de que trata a alínea anterior, incluindo os documentos de depósito bancário e os extratos analíticos de todas as contas mantidas na FUNDEP a este título (“convênios” ou “subprojetos” relativos ao recebimento e movimento de recursos de remuneração da Universidade ou “taxas da Resolução 10/95”, quer da administração central, quer das Unidades e Departamentos) (item 46 do relatório);

8.2.8 – providencie o recolhimento permanente à conta única da Universidade da entrada dos recursos em questão, na forma e periodicidade definida em cada contrato, ainda em atendimento ao art. 164 § 3º da Constituição, dos arts. 56, 57 e 60 a 63 da Lei nº 4.320/64 e do art. 2º do Decreto nº 93.872/86 (item 46 do relatório);

8.2.9 – inclua, nos processos de dispensa e inexigibilidade de licitação, justificativa expressa do preço contratado, em atendimento ao art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei nº 8.666/93, evidenciando o cumprimento da Decisão nº 321/2000 (Ata 14/2000 – Plenário, item 8.1.1.a) de fixação da remuneração da Fundação com base em critérios claramente definidos e nos seus custos operacionais (item 49 do relatório);

8.2.10 – complemente todos os processos referentes a contratos atualmente em vigor ou em processo de contratação junto a Fundações de Apoio de forma a que atendam ao disposto na determinação da alínea anterior (item 49 do relatório);

8.2.11 – abstenha-se de celebrar contratos com Fundações de Apoio que estabeleçam o procedimento de transferir à Fundação recursos para a prática de atos de competência da Universidade, como a realização de licitações, compra de bens e pagamentos de diárias, salvo quando vinculados a projetos específicos, aprovados previamente pela Universidade Federal de Minas Gerais nos termos das Resoluções internas que regem a matéria, por prazo determinado e dentro da finalidade de dar apoio a

projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição federal contratante, nos estritos termos do art. 1º da Lei nº 8.958/94, observada a orientação a esse respeito traçada pela jurisprudência do Tribunal (item 70 do relatório);

8.2.12 – abstenha-se de celebrar contratos com Fundações de Apoio que estabeleçam o procedimento de transferir à Fundação a arrecadação de recursos provenientes de prestação de serviços a terceiros, ressalvados aqueles diretamente vinculados ao custeio de projetos específicos nos estritos limites das despesas correspondentes a tais projetos, aprovados previamente pela Universidade Federal Minas Gerais nos termos das Resoluções internas que regem a matéria, por prazo determinado e dentro da finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição federal contratante, nos estritos termos do art. 1º da Lei nº 8.958/94, observada a orientação a esse respeito traçada pela jurisprudência do Tribunal (item 70 do relatório);

8.2.13 – abstenha-se de celebrar contratos com Fundações de Apoio que, em qualquer caso, estabeleçam mecanismos de “gestão de recursos” genéricos de unidades gestoras, análogos àqueles cuja ilegalidade aqui se aponta, destinados à captação de receitas de naturezas distintas e execução de despesas de caráter eventual ou rotineiro desvinculadas de projetos específicos (item 70 do relatório);

8.2.14 – abstenha-se de utilizar um contrato regularmente celebrado com Fundação de Apoio (vinculado a um projeto específico) para a arrecadação de receitas ou a execução de despesas não oriundas da execução do objeto contratado (item 70 do relatório);

8.2.15 – controle rigorosamente a arrecadação de receitas ou a execução de despesas das unidades gestoras por intermédio de Fundações de Apoio, com vistas a evitar o início ou prosseguimento da execução fi-

nanceira dessas atividades através da FUNDEP na inexistência de contrato formalizado nos termos da Lei nº 8.958/94 (item 70 do relatório);

8.2.16 – vincule estritamente o pagamento das bolsas a que se refere o art. 4º § 1º da Lei nº 8.958/94 à execução financeira do contrato que cobre o projeto específico ao qual os beneficiários dos pagamentos prestam serviços, evitando-se rigorosamente a situação em que um contrato arque com o custeio de quaisquer bolsistas que não estejam diretamente alocados às atividades do projeto que lhe dá origem (item 74 do relatório);

8.2.17 – abstenha-se de celebrar contrato com Fundações que tenha por objeto a exploração de receitas de estacionamento, a exemplo daquele de cuja celebração se cogita no processo administrativo 23072.015318/01-19 da Faculdade de Medicina (item 77 do relatório);

8.2.18 – em qualquer caso, interrompa imediatamente a operação dos serviços de manutenção e arrecadação de estacionamentos pela FUNDEP, em particular o estacionamento do Campus Saúde (número FUNDEP 1176), por falta de amparo legal, promovendo o imediato recolhimento do saldo dos contratos respectivos à conta única, enviando ao Tribunal os documentos comprobatórios, assumindo diretamente a execução do serviço e da arrecadação ou promovendo o competente processo licitatório para concessão da exploração a terceiros (item 77 do relatório);

8.2.19 – formule, nos termos definidos neste processo, um projeto específico para cada linha de serviços prestada pelo projeto de extensão do NUPAD (contrato 299/00 da Faculdade de Medicina) juntando-os ao processo de contratação correspondente (esclarecido que, dada a existência de atividades comuns de infra-estrutura para vários tipos de serviço, é possível a celebração de um contrato para o apoio a mais de um, sendo no entanto indispensável que os projetos indiquem individualmente as ativida-

des de extensão desempenhadas) (item 80 do relatório);

8.2.20 – retifique o erro material constante da cláusula quarta do autógrafo do contrato 299/00 (FUNDEP 2045) da Faculdade de Medicina, de forma a espelhar a totalidade das responsabilidades das partes contratantes (item 81 do relatório);

8.2.21 – elabore, em prazo de noventa dias, um planejamento do encerramento da operação através da FUNDEP sob o regime da Lei nº 8.958/94 das atividades do NUPAD que já tenham atingido o grau pleno de implantação, e da respectiva assunção pela Universidade como atividade de caráter permanente (uma vez que já não estão presentes os requisitos de prazo definido de um “projeto”, tal como definidos pelo art. 1º da Lei nº 8.958/94), devendo o planejamento contemplar as medidas necessárias à transferência das operações e os recursos necessários para que tal transferência seja materialmente possível (item 85 do relatório);

8.2.22 – junte aos processos de dispensa de licitação com base na Lei nº 8.958/94 uma descrição das experiências e qualificações da Fundação escolhida, para verificação do cumprimento em cada caso das Decisões 252/1999 (Ata 19/99 – Plenário) e 881/97 (Ata 47/97 – Plenário) (item 87 do relatório);

8.2.23 – junte aos processos de dispensa de licitação com base na Lei nº 8.958/94 que envolva a participação de Fundação de Apoio em serviços auxiliares a obras de construção civil uma descrição detalhada das experiências e qualificações da Fundação escolhida nessa área específica de atuação, para verificação do cumprimento em cada caso das Decisões 252/1999 (Ata 19/99 – Plenário) e 881/97 (Ata 47/97 – Plenário) (item 87 do relatório);

8.2.24 – restrinja a contratação de Fundações de Apoio para serviços auxiliares de obras de construção civil àquelas entidades que tenham entre seus objetivos estatutários a prestação de tais serviços em obras de interesse do desenvolvimento da Universidade (item 94 do relatório);

8.2.25 – abstenha-se de efetuar pagamentos ou transferências de recursos devidos por uma das suas unidades gestoras da Universidade a outra, através de fundação de apoio ou qualquer outro ente externo, por inteiramente antieconômicos, recorrendo para tanto ao recurso das Ordens Bancárias intra-SIAFI ou das transferências de recursos orçamentários e limites de saque (através de Notas de Crédito e Notas de Lançamento), mesmo quando a arrecadação da receita para a transação envolvida esteja regularmente atribuída pela UG recebedora à Fundação mediante projeto específico nos termos da Lei nº 8.958/94 (item 102 do relatório);

8.2.26 – ao celebrar contratos com base na Lei nº 8.958/94 cuja execução implique validamente no adiantamento de recursos para serem executados através das Fundações de Apoio, para posterior prestação de contas, discrimine em suas cláusulas a parcela a ser adiantada e a forma de comprovação da sua execução (art. 40 inciso XIII da Lei nº 8.666/93 e art. 38 do Decreto nº 93.872/86), bem como as garantias exigidas à entidade contratada (art. 38 do Decreto nº 93.872/86 e art. 56, caput e parágrafos, da Lei nº 8.666/93), lembrando que por imposição dos dispositivos citados o mecanismo de adiantamento é uma excepcionalidade cuja necessidade deve ficar demonstrada no processo de contratação à vista das necessidades de cada serviço específico contratado (item 106 do relatório);

8.2.27 – determinar às Unidades Gestoras subordinadas que:

8.2.27.1 – junte a todos os processos de pagamento que não se enquadrem rigorosamente na hipótese de dispensa do art. 1.3.1 da IN/MARÉ 05/95, o registro de consulta no SICAF, inclusive quando o beneficiário for Fundação de Apoio;

8.2.27.2 – exija a comprovação de situação regular no SICAF ao contratado quando da emissão das Notas de Empenho, ordens de serviço ou qualquer outro instrumento que materialize um comando ao for-

necedor para que inicie a execução de uma dada parcela do respectivo contrato;

8.2.27.3 – na ocorrência de situação irregular ou vencida no SICAF por ocasião do pagamento, efetue o procedimento de rescisão unilateral do contrato, conforme exigido pelos arts. 59 inciso II, 79 inciso I e 78 inciso I da Lei nº 8.666/93, por descumprimento da obrigação contratual prevista no art. 55 inciso XIII da mesma Lei (item 115 do relatório).

8.2.28 – providencie o recálculo dos valores pagos nos contratos atualmente em vigor com Fundações de Apoio a título de remuneração da FUNDEP e faturados em desacordo com o contrato (uma vez que o mesmo prevê a remuneração em valores fixos mensais e o faturamento da FUNDEP incorpora a cada fatura uma porcentagem a título de taxa de administração), de forma a:

8.2.28.1 – obtenha o montante total devido, de acordo com os valores previstos em cláusulas contratuais;

8.2.28.2 – efetue o encontro de contas com o valor total pago, recolhendo à conta única da UFMG eventuais saldos pagos a maior (item 122 do relatório).

8.2.29 – certifique-se de que a Fundação corrigiu o procedimento de faturamento dos contratos celebrados com a Universidade ao amparo da Lei nº 8.958/94 de forma a:

8.2.29.1 – não emita faturas incorporando percentuais a título de taxa de administração;

8.2.29.2 – não efetue débito automático de remuneração contratual da Fundação em função de receitas ou despesas registradas no contrato, apresentando faturas específicas para tais despesas estritamente de acordo com as cláusulas contratuais (item 122 do relatório).

8.2.30 – notifique às Unidades Gestoras subordinadas que o processo de liquidação de faturas, inclusive aquelas provenientes de Fundações de Apoio, deve verificar a correspondência dos valores faturados com as cláusulas contratuais, conforme exige o art. 63 (§ 2º inciso I e § 1º inciso III) da Lei nº

4.320/64, podendo o ordenador de despesas ser responsabilizado por eventuais pagamentos liquidados em desacordo com a previsão contratual (item 122 do relatório);

8.2.31 – mantenha em arquivo específico na Administração Central da Universidade, à disposição do Tribunal para verificação, demonstrativo do encontro de contas por cada contrato e os extratos do movimento financeiro de cada contrato a partir data de retificação dos procedimentos apontados, bem como os demais documentos que evidenciem a regularização do procedimento de faturamento e liquidação dos pagamentos feitos à FUNDEP e o cumprimento desta determinação (item 123 do relatório, com a modificação do item 235);

8.2.32 – ao contratar fornecimento de bens ou serviços, inclusive ao amparo da Lei nº 8.958/94, atenha-se aos regimes de execução elencados em rol exaustivo pelo art. 10 da Lei nº 8.666/93, desenvolvendo os critérios de medição para pagamento adequados a cada tipo de serviço contratado (item 130 do relatório);

8.2.33 – por conseguinte, abstenha-se de incorrer, na formalização e na execução contratual, nas duas características da modalidade administração contratada, ou seja, a adoção da cobertura das despesas incorridas pelo contratado como critério de cálculo dos valores a serem pagos e a adoção de uma porcentagem do valor das despesas ou do valor executado no contrato como critério de cálculo da remuneração da contratada, por absoluta falta de amparo legal (item 130 do relatório);

8.2.34 – no caso de serviços desempenhados por empregados da Fundação alocados direta e integralmente aos projetos específicos vinculados aos contratos, observe todos os procedimentos elencados no Decreto nº 2.271/97 e na Instrução Normativa MARE 18/97, esclarecendo que a vedação genérica de execução indireta de serviços inerentes a cargos do quadro da Universidade (art. 1º, § 2º, do Decreto nº 2.271/97) é excepcionada pelo permissivo da Lei nº 8.958/94

naquelas contratações regularmente celebradas ao amparo daquela Lei, ou seja, para aquelas contratações vinculadas a projetos específicos, aprovados previamente pela Universidade, por prazo determinado e dentro da finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse da instituição contratante, nos estritos termos dos arts. 1º, 4º e 5º da Lei nº 8.958/94 (Decisão 186/2001, Ata 30/2001 – 2ª Câmara) (item 130 do relatório);

8.2.35 – solicite à Procuradoria jurídica junto à Universidade um estudo jurídico conclusivo, com a finalidade de subsidiar sua ação administrativa como beneficiária dos respectivos recursos e prevenir eventuais glosas de recursos, a respeito da legalidade de pagamento de taxa de administração à FUNDEP na execução de recursos recebidos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais mediante “Termo de Outorga e Aceitação de Auxílio”, à vista da explícita vedação constante no art. 19 inciso I do Decreto Estadual nº 37.924/96 (item 136 do relatório);

8.2.36 – reduza o quadro de pessoal contratado da FUNDEP no Hospital das Clínicas na exata proporção das vagas oferecidas no concurso realizado pelo Edital 77 de 29.4.2002 (resultados publicados no DOU de 2.7.2002, 3.7.2002, 4.7.2002 e 23.7.2002), esclarecendo que no caso dos médicos a diferença a maior do pessoal estatutário nomeado deve ser refletida numa redução também proporcional no volume dos serviços autônomos contratados a médicos ao amparo do referido contrato (item 150 do relatório);

8.2.37 – adote rigorosamente, nos contratos que têm por objeto a contratação de serviços para a atividade-fim do Hospital das Clínicas (em particular o contrato sem nº de 28/12/2000 – FUNDEP 1890), os procedimentos e formatos uniformemente fixados para a contratação de serviços contínuos pelo Decreto nº 2.271/97 e da IN-MARE 18/97, retificando os referidos instrumentos contratuais (item 159 do relatório);

8.2.38 – atentar para que a excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-´c´ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário) refere-se tão somente à possibilidade de contratação dos serviços profissionais inerentes a categorias funcionais abrangidas no plano de cargos da Universidade (excepcionando portanto, exclusivamente, a vedação constante do art. 1º § 2º do Decreto nº 2.271/97) e à possibilidade de participação da Fundação de Apoio em tal contratação ao amparo da Lei nº 8.958/94 (item 159 do relatório);

8.2.39 – nos contratos que têm por objeto a contratação de serviços para a atividade-fim do Hospital das Clínicas no exercício da excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-´c´ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 - Plenário), insira em cláusula contratual (com fulcro no art. 3º inciso III da Lei nº 8.958/94) a obrigação por parte da instituição contratada de selecionar o pessoal por ela empregado mediante processos seletivos que guardem todas as características de impessoalidade, moralidade e publicidade exigidas para concursos públicos pelo art. 37, caput e inciso II, da Constituição Federal (item 162 do relatório);

8.2.40 – no cumprimento da determinação da alínea anterior, oriente à instituição contratada no sentido de esclarecer aos candidatos à seleção que, apesar das características do processo seletivo, não se trata em hipótese alguma de recrutamento para cargo ou emprego público (item 162 do relatório);

8.2.41 – nos contratos que têm por objeto a contratação de serviços para a atividade-fim do Hospital das Clínicas no exercício da excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-´c´ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário), observe rigorosamente na execução contratual os quantitativos de serviços e postos de trabalho previstos no projeto de execução a que fazem referência o art. do Decreto nº 2.271/9 e o item 5.2.2 da IN-MARE 18/97, admitidas modificações apenas na forma do art. 65 da Lei nº 8.666/93 (item 173 do relatório);

8.2.42 – exclua dos referidos contratos os serviços atualmente correspondentes aos cargos de administrador, advogado, agente administrativo, analista de recursos humanos, arquiteto, assessor de planejamento, auxiliar administrativo, auxiliar de serviços gerais, copeiro, economista, mecânico de refrigeração industrial, motorista, operador de computador, pintor de paredes, recepcionista, secretária-executiva, soldador, técnico em comunicação social, técnico em contabilidade, técnico em eletrônica, técnico em mecânica, bombeiro/eletricista, programador de computador e operador de caldeira e porteiro de hospital, bem como de quaisquer outros que venham a representar atividades sem especificidade da função hospitalar (“atividades materiais, acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade”, nos termos do art. 1º, caput, do Decreto nº 2.271/97), ficando esclarecido que a excepcionalidade aberta pela mencionada Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário) abrange neste caso tão somente a possibilidade de instaurar regular licitação para a contratação de tais serviços (frente à vedação do art. 1º § 2º do Decreto nº 2.271/97) (item 173 do relatório);

8.2.43 – nos contratos que têm por objeto a contratação de serviços para a atividade-fim do Hospital das Clínicas no exercício da excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-´c´ da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário), exclua a contratação de serviços técnico-profissionais especializados a terceiros através de Fundação de Apoio, visto que não é lícita a dispensa de licitação com fulcro no art. 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93 ou no art. 1º da Lei nº 8.958/94 quando não existir estrita conexão entre o serviço e as atividades de pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional precipuamente desenvolvidas pela instituição contratada, (Decisão 252/1999 Ata 19/99 – Plenário; Decisão 881/97 – Plenário – Ata 47/97, publicada junto à Ata 52/97, item 8.3-´m´) (item 183 do relatório);

8.2.44 – instaure o competente processo licitatório para a contratação dos serviços a que se refere a alínea anterior, entre as pessoas jurídicas que se dediquem à atividade técnico-profissional específica, tendo presente que as modalidades de “melhor técnica” e “técnica e preço” previstas nos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.666/93, conjugadas com a possibilidade de definir no edital critérios rigorosos de qualificação técnica com base no art. 30 da mesma Lei nº 8.666/93, permite que a seleção do prestador seja baseada em sua qualificação técnico-profissional, de forma a contemplar as especificidades de sua condição de Hospital Universitário e centro de referência do sistema público de saúde (item 183 do relatório);

8.2.45 – mantenha o atual mecanismo de contratação de tais serviços através da FUNDEP exclusivamente durante o prazo estritamente necessário à conclusão da licitação a que alude a alínea anterior (item 183 do relatório);

8.2.46 – cesse imediatamente os pagamentos efetuados mediante pessoas jurídicas interpostas a profissionais do quadro permanente em retribuição pelo exercício das atribuições inerentes aos respectivos cargos durante a jornada de trabalho, em especial os pagamentos realizados através da FUNDEP a título de honorários de “Serviços Profissionais - SP” e “Convênios” aos servidores do Hospital das Clínicas, por absoluta falta de amparo legal, uma vez que tal retribuição somente é cabível se e quando amparada em dispositivo da legislação de pessoal vigente, através dos instrumentos que esta disponibiliza para gestão da folha de pagamentos (item 183 do relatório);

8.2.47 – elabore em noventa dias, para o contrato atualmente vigente e para os que eventualmente sejam celebrados em função da revisão ora recomendada, um planejamento do encerramento da contratação de recursos humanos através da FUNDEP para todas as atividades do Hospital das Clínicas que já tenham atingido o grau pleno de implantação, com a respectiva assunção

pela Universidade como atividade de caráter permanente (uma vez que já não estão presentes os requisitos de prazo definido de um “projeto”, tal como definidos pelo art. 1º da Lei nº 8.958/94), devendo o planejamento contemplar as medidas necessárias à transferência das operações e os recursos necessários para que tal transferência seja materialmente possível (item 188 do relatório);

8.2.48 – cesse imediatamente a intermediação remunerada da FUNDEP na contratação e pagamento de serviços de terceiros prestados por profissionais filiados a cooperativas de trabalho, no âmbito do contrato sem nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890) e naqueles que venham a sucedê-lo ou estabeleça mecanismos similares, por revelar-se a prática antieconômica (uma vez que os serviços administrativos de controle, gestão e faturamento desses serviços são na prática realizados por pessoal empregado no próprio Hospital das Clínicas e pelas cooperativas envolvidas, tornando dispensável a intermediação e o pagamento à FUNDEP frente à contratação das cooperativas sem intermediários) (item 192 do relatório);

8.2.49 – empreenda imediata repactuação do mencionado contrato sem nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890), com fulcro no art. 65 inciso II alínea ‘d’ da Lei nº 8.666/93, com vistas ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de forma a excluir da remuneração da FUNDEP ao longo de todo o contrato as parcelas pagas a título de remuneração dos serviços administrativos de controle, gestão e faturamento dos serviços terceiros prestados por profissionais filiados a cooperativas de trabalho, uma vez que tais serviços não são por ela executados, promovendo-se o pertinente encontro de contas (item 192 do relatório);

8.2.50 – cesse imediatamente o pagamento de quaisquer gratificações ou pagamentos pelo exercício de “chefias informais” ou outro tipo de funções designadas pela administração da Universidade sem previsão no quadro de pessoal da entidade, em caráter continuado ou eventual, por absoluta

falta de amparo legal e por contrariarem o art. 48 inciso X da Constituição e os arts. 3º § único e 62, caput da Lei nº 8.112/90:

8.2.50.1 – a servidores efetivos da UFMG sem expressa previsão na legislação de pessoal, em qualquer modalidade de pagamento, não cabendo na espécie sequer a modalidade de “bolsa” prevista na Lei nº 8.958/94 por não estarem atendidos os requisitos fixados na referida Lei;

8.2.50.2 – a servidores de outras entidades federais cedidos à UFMG sem expressa previsão na legislação de pessoal, em qualquer modalidade e a qualquer título;

8.2.50.3 – a pessoas sem vínculo com o serviço público federal, em qualquer modalidade e a qualquer título (item 201 do relatório).

8.2.51 – em qualquer caso, cesse quaisquer pagamentos a título de “bolsa” prevista na Lei nº 8.958/94 ao abrigo do contrato s/nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890) e naqueles que venham a sucedê-lo, uma vez que tal tipo de contrato não se insere nos requisitos da citada Lei nº de implementação de projeto específicos, segundo detalhadamente descrito nesta auditoria (item 201 do relatório);

8.2.52 – limite, no contrato s/nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890) e naqueles que venham a amparar-se na excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-*c* da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário), os serviços contratados àqueles previamente definidos no projeto básico e no plano de trabalho a que se referem o art. 2º do Decreto nº 2.271/97 e os itens 2.1 e 2.3 da IN/MARE 18/97, abstendo-se de neles executar serviços avulsos ou eventuais (item 207 do relatório);

8.2.53 – abstenha-se de adotar a proposta de reestruturação gerencial para o Hospital das Clínicas baseada em Unidades Funcionais como fundamento para contratações de Fundação de Apoio baseadas na Lei nº 8.958/94, uma vez que não representam as características de projeto exigidas pela referida Lei, conforme detalhadamente descrito nesta auditoria (item 215 do relatório);

8.2.54 – abstenha-se de pagar quaisquer vantagens sob a forma de bolsa da Lei nº 8.958/94 com fundamento na proposta de reestruturação gerencial para o Hospital das Clínicas baseada em Unidades Funcionais, quer na forma de gratificações pelo exercício de funções designadas pela administração da Universidade sem previsão no quadro de pessoal da entidade em caráter continuado ou eventual, quer na forma de gratificações por produtividade ou desempenho, tais como aquelas previstas no “Programa de Incentivo ao Desempenho HC/UFMG”, por absoluta falta de amparo legal e por contrariarem o art. 48 inciso X da Constituição e os arts. art. 3º § único e 62, caput da Lei nº 8.112/90 (item 215 do relatório);

8.2.55 – adote imediatamente as medidas corretivas no caso de já ter iniciado qualquer das práticas acima mencionadas quando do recebimento da notificação da determinação, suspendendo os contratos respectivos e cessando imediatamente os pagamentos (item 215 do relatório);

8.2.56 – tome em consideração que a intervenção do Tribunal neste momento limita-se aos aspectos mencionados nas determinações, não representando qualquer restrição aos demais aspectos do plano de reestruturação gerencial (item 215 do relatório);

8.2.57 – busque a obtenção, a título gratuito, dos serviços de assistência religiosa objeto do contrato 108/01 celebrado entre o Hospital das Clínicas e a Sociedade Propagadora Esdeva, diligenciando o pleito junto às máximas autoridades locais responsáveis pela respectiva confissão religiosa, de forma a permitir a rescisão do contrato respectivo e a utilização dos recursos públicos nas demais finalidades hospitalares que não são suscetíveis de obtenção graciosa (item 233 do relatório);

8.2.58 – retifique todos os contratos atualmente em vigor com Fundações de Apoio de forma a que atendam ao disposto nas presentes determinações;

8.2.59 – mantenha em arquivo específico na Administração Central da Universidade, à disposição do Tribunal para verificação, cópias de todos os contratos em vigor com Fundações de Apoio, após as retificações efetuadas, incluindo os termos aditivos e os demais documentos que evidenciem o cumprimento das presentes determinações (item 235 do relatório);

8.2.60 – mantenha em arquivo na Administração Central da Universidade, à disposição do Tribunal para verificação, a documentação comprobatória do atendimento a todos os itens das presentes determinações (item 235 do relatório);

8.2.61 – encaminhe ao Tribunal, no prazo de setenta e cinco dias, relatório contendo informação circunstanciada sobre o cumprimento de cada uma das determinações deste processo (item 235 do relatório).

8.3 – determine à Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa, da UFMG, com fulcro no art. 43 inciso I da Lei nº 8.443/92 c/c o art. 194 inciso II do Regimento Interno e o art. 3º incisos I e IV da Lei nº 8.958/94, na execução dos contratos celebrados com base na Lei nº 8.958/94:

8.3.1 – considerar, para todos os contratos relativos a serviços de natureza contínua, o valor total anual dos serviços como parâmetro para o enquadramento na modalidade de licitação correspondente, evitando o fracionamento de despesas (item 98 do relatório);

8.3.2 – regularizar todos os contratos em vigor para os quais ocorra o mencionado fracionamento, a exemplo do contrato de prestação de serviços firmado em 13.02.2000 entre a FUNDEP e a empresa Planejando Saúde – Planejamento e Organização em Saúde Ltda., promovendo para tanto os devidos certames licitatórios na modalidade correspondente (item 98 do relatório);

8.3.3 – ao contratar fornecimento de bens ou serviços, ao amparo da Lei nº 8.958/94 ou outra modalidade de execução de convênios, contratos, acordos e/ou ajustes que envolvam a aplicação de recursos públicos

(inclusive quando da contratação de cooperativas de trabalho), ater-se aos regimes de execução elencados em rol exaustivo pelo art. 10 da Lei nº 8.666/93, desenvolvendo os critérios de medição para pagamento adequados a cada tipo de serviço contratado, por força da observância obrigatória da Lei nº 8.666/93 imposta pelo art. 3º inciso I da Lei nº 8.958/94 (item 133 do relatório);

8.3.4 – por conseguinte, abstenha-se de incorrer, na formalização e na execução contratual, nas duas características da modalidade administração contratada, ou seja, a adoção da cobertura das despesas incorridas pelo contratado como critério de cálculo dos valores a serem pagos e a adoção de uma porcentagem do valor das despesas ou do valor executado no contrato como critério de cálculo da remuneração da contratada, por absoluta falta de amparo legal (item 133 do relatório);

8.3.5 – promova a imediata correção das cláusulas pertinentes, em particular os contratos realizados com a cooperativa de trabalho Multicoop Ltda., e realize as adequações necessárias na execução, em todos os acordos em andamento em que ocorra a prática, encaminhando ao Tribunal em sessenta dias a documentação comprobatória do atendimento à presente determinação (item 133 do relatório).

8.4 – recomendar à Universidade Federal de Minas Gerais:

8.4.1 – estabeleça nos processos de contratação de Fundações de Apoio com dispensa de licitação a obrigatoriedade de obtenção nos autos do parecer técnico previsto no art. 38 inciso VI da Lei nº 8.666/93, emitido pela unidade administrativa incumbida da aquisição centralizada dos serviços correspondentes (item 8 do relatório);

8.4.2 – amplie a força de trabalho nas atividades-fim da Auditoria Geral, mediante realocação de servidores ocupantes de cargos compatíveis com as funções por ela desempenhadas, de forma a atender às atribuições institucionais da unidade (art.

14 do Decreto nº 3.591/2000 e do Capítulo X da IN-SFC 01/2001) (item 18 do relatório);

8.4.3 – gestione, junto ao Ministério da Educação e do Desporto, a transformação de cargos vagos de nível superior no quadro da Universidade em cargos de auditor, bem como o provimento dos mesmos mediante concurso público, visando ao cumprimento das atribuições institucionais da unidade de auditoria interna (art. 14 do Decreto nº 3.591/2000 e do Capítulo X da IN-SFC 01/2001) (item 19 do relatório);

8.4.4 – desenvolva instrumentos contratuais gerais de especificação de projetos básicos de serviços habitualmente demandados às Fundações de Apoio no âmbito da Lei nº 8.958/94, a exemplo do convênio FUNDEP 3797 (DOU de 29/4/99) celebrado entre a FUNDEP e a EMBRAPA, fazendo-se-lhe remissão nos sucessivos processos de contratação (item 34 do relatório);

8.4.5 – adote, no cumprimento do preconizado na Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário, item 8.1, inciso III alínea ‘d’) os seguintes critérios de legalidade e legitimidade para o enquadramento de contratos na hipótese de dispensa de licitação da Lei nº 8.958/94 (item 58 do relatório):

8.4.5.1 – em relação à entidade contratada, adote os seguintes critérios:

8.4.5.1.1 – a instituição contratada deverá ter sido criada com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico (Decisão 655/2002 - Ata nº 21/2002 - Plenário);

8.4.5.2 – em relação ao objeto do contrato, adote os seguintes critérios:

8.4.5.2.1 – o objeto do contrato deve estar diretamente relacionado à pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

8.4.5.2.2 – os contratos para execução de projeto de desenvolvimento institucional devem ter produto que resulte em efetivo desenvolvimento institucional, caracteriza-

do pela melhoria mensurável da eficácia e eficiência no desempenho da instituição beneficiada (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

8.4.5.2.3 – as contratações ao amparo no art. 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93 ou do art. 1º da Lei nº 8.958/94 que tenham por fundamento o “desenvolvimento institucional” de que tratam os citados dispositivos devem restringir-se aos contratos que tenham por objeto a implementação direta de alguma forma de ação social que tenha sido especificada direta e expressamente no texto constitucional como de interesse do Estado (em rol exemplificativo, a proteção à infância, arts. 203, I, e 204, I, da Constituição Federal; ao deficiente, arts. 203, IV, e 204, I; à saúde, arts. 196, 197 e 200, V; o desenvolvimento do ensino, arts. 205, 213 e 214 e o desporto, art. 217), esclarecendo que dentre estes não se incluem os serviços genéricos de consultoria organizacional (Decisão 030/2000, Ata 02/2000 – Plenário);

8.4.5.2.4 – a manutenção e o desenvolvimento institucional não devem ser confundidos e, nesse sentido, não cabe a contratação para atividades de manutenção da instituição, a exemplo de serviços de limpeza, vigilância e conservação predial (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

8.4.5.2.5 – a instituição deve abster-se de contratar ao amparo da Lei nº 8.958/94 as seguintes atividades, por não se constituírem objeto válido da contratação nos termos do art. 1º da mesma Lei:

I) contratação indireta de pessoal, a qualquer título (sendo as eventuais exceções temporárias abertas aos Hospitais Universitários deliberações individuais, de natureza limitada aos casos concretos em que foram proferidas e em nenhum caso passíveis de extensão ou analogia);

II) gerenciamento ou operação de serviços de saúde;

III) aquisição de gêneros alimentícios;

IV) contratação de serviços técnicos ou administrativos desvinculados de projetos

acadêmicos específicos e definidos (Decisão 777/2000 – Plenário – ATA 37/2000, item b.18).

8.4.5.2.6 – o contrato deve estar diretamente vinculado a projeto a ser cumprido em prazo determinado e que resulte produto bem definido, não cabendo a contratação de atividades continuadas nem de objeto genérico, desvinculado de projeto específico (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

8.4.5.2.7 – para efeitos desta determinação, um projeto tem produtos específicos e concretos que materializem os objetivos gerais da ação administrativa; uma duração temporária predefinida e limitada de suas operações; e uma consequência nítida de expansão quantitativa ou qualitativa (aperfeiçoamento) da instituição em função da realização de seus produtos, sendo normativamente definido como “um instrumento de programação para alcançar o objetivo de um programa, envolvendo um conjunto de operações, limitadas no tempo, das quais resulta um produto que concorre para a expansão ou o aperfeiçoamento da ação de governo” (Portaria 42/99, art. 2º alínea ‘b’ do Ministério do Orçamento e Gestão, DOU 15.04.99);

8.4.5.2.8 – em consequência, a instituição deve anexar junto a todos os processos de dispensa de licitação de contratos celebrados com base na Lei nº 8.958/94, como parte integrante e indissociável da justificativa que exige o art. 26 da Lei nº 8.666/93, projeto específico de ensino, pesquisa, extensão ou desenvolvimento institucional, em que se especifiquem, de acordo com o art. 1º da Lei nº 8.958/94 e o art. 26 § único, da Lei nº 8.666/93:

I) os objetivos acadêmicos a atingir com o contrato, em termos quantitativos (estimativa, se for o caso) e qualitativos;

II) os serviços demandados à fundação através do contrato, precisamente especificados também em termos quantitativos (estimativa, se for o caso) e qualitativos;

III) a vinculação entre os serviços demandados à fundação e os objetivos acadêmicos definidos nas alíneas anteriores;

IV) quaisquer modificações nestas informações que tornem necessária a elaboração de termos aditivos aos contratos em vigor.

8.4.5.3 – em relação ao papel desempenhado pela Fundação no contrato, adote os seguintes critérios:

8.4.5.3.1 – a Fundação, enquanto contratada, deve desempenhar o papel de escritório de contratos de pesquisa, viabilizando o desenvolvimento de projetos sob encomenda, com a utilização do conhecimento e da pesquisa do corpo docente das IFES, ou de escritório de transferência de tecnologia, viabilizando a inserção, no mercado, do resultado de pesquisas e desenvolvimentos tecnológicos realizados no âmbito das Universidades (Decisão 655/2002 – Ata nº 21/2002 – Plenário);

8.4.5.3.2 – não é lícita a dispensa de licitação com fulcro no art. 24 inciso XIII da Lei nº 8.666/93 ou no art. 1º da Lei nº 8.958/94 quando não existir estrita conexão entre o serviço a adquirir pela administração e as atividades de pesquisa, ensino, extensão ou desenvolvimento institucional precipuamente desenvolvidas pela instituição contratada, sendo vedada a referida contratação quando o produto ou serviço não for diretamente realizado pela instituição beneficiária da dispensa ou esta atuar apenas como intermediária entre o contratante e outra instituição provedora dos serviços, devendo ainda ficar demonstrado nos autos que a entidade contratada – além de ser brasileira, sem fins lucrativos, detentora de inquestionável reputação ético-profissional e incumbida regimental e estatutariamente do ensino, da pesquisa ou do desenvolvimento institucional – tem capacidade de executar, com sua própria estrutura e de acordo com suas competências, o objeto do contrato (Decisão 252/1999 Ata 19/99 – Plenário; Decisão 881/97 – Plenário – Ata 47/97, publicada junto à Ata 52/97, item 8.3-‘m’).

8.4.6 – estructure os serviços abrangidos pelo contrato s/nº de 28/12/2000 (FUNDEP 1890), na máxima extensão possível, em projetos específicos que possam ser concebidos e executados nos exatos limites da Lei nº 8.958/94 (na forma já detalhada na jurisprudência do Tribunal e, em particular, no presente processo), nomeadamente em relação aos serviços criados ou significativamente ampliados a partir da data da última definição normativa do quadro de pessoal do Hospital (item 188 do relatório);

8.4.7 – celebre contratos específicos vinculados a cada um dos projetos referidos na alínea anterior, excluindo-os do contato atualmente vigente, deixando portanto à excepcionalidade aberta pelo item 8.1-III-*c* da Decisão 777/2000 (Ata 37/2000 – Plenário) tão somente uma relação residual de postos cuja alocação corresponda às atividades organizacionais comuns do Hospital ou da simples manutenção de atividades permanentes que já existiam (item 188 do relatório).

8.5 – recomendar à Universidade Federal de Minas Gerais que, no exercício das atribuições de controle finalístico e de gestão que lhe são atribuídas pelo art. 3º inciso III da Lei nº 8.958/94 e pelo Estatuto da Fundação de Desenvolvimento da Pesquisa, promova junto à FUNDEP os seguintes objetivos:

8.5.1 – disponibilize às unidades da UFMG, sem ônus para a universidade, recursos de assessoria em elaboração de projetos que tenham por objetivo a celebração de contratos com base na Lei nº 8.958/94 ou convênios com recursos federais, com o objetivo de aperfeiçoar a formulação e a apresentação formal dos referidos projetos, o que está inserido explicitamente entre as finalidades institucionais da Fundação (nos termos do art. 5º inciso I de seu Estatuto) (item 12 do relatório);

8.5.2 – discrimine entre seus objetivos estatutários a prestação de serviços auxiliares a obras de construção civil de interesse do desenvolvimento da Universidade Federal de Minas Gerais, tal como o faz com as

demais atividades no art. 5º de seu Estatuto, se desejar desenvolver tal atividade para a UFMG ao amparo do art. 1º da Lei nº 8.958/94 (item 94 do relatório).

8.6 – recomendar à Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, na qualidade de órgão gestor do sistema SIASG, que promova naquele sistema a implantação de controles que registrem e acompanhem as características específicas das parcelas de adiantamento contratual de que tratam o art. 40, inciso XIII, da Lei nº 8.666/93 e o art. 38 do Decreto nº 93.872/86 (item 110 do relatório).

8.7 – determinar à SECEX/MG a junta deste processo às contas da Universidade Federal de Minas Gerais relativas ao exercício de 2002, bem como proceda acompanhamento, mediante inspeção ou outro meio hábil, do cumprimento desta Deliberação.

TC 007.805/2002-9 (acompanhado de 4 volumes)

Ata 46/2002 – Plenário Sessão 04/12/2002 Aprovação 10/12/2002 Dou 08/01/2003

Especificação do Quorum:

11.1. Ministros presentes: Marcos Vinícios Vilaça (na Presidência), Iram Saraiva, Valmir Campelo (Relator), Adylson Motta, Walton Alencar Rodrigues, Guilherme Palmeira, Ubiratan Aguiar e Benjamin Zymler.

11.2. Auditores presentes: Lincoln Magalhães da Rocha, Augusto Sherman Cavalcanti e Marcos Bemquerer Costa.

Notas

¹ Para uma vasta listagem de contratações de fundações com base na Lei 8.958/94 por instituições estaduais, vide REVISTA ADUSP, (2001a. p. 41-81).

² Arts. 18 e 45 da Lei 8.443/92.

³ Neste trabalho, adotaremos indistintamente os termos “universidade” ou IFE para designar todas aquelas instituições públicas envolvidas nas contratações da Lei 8.958/94, ou seja, “instituições federais de ensino superior e de pesquisa cien-

tífica e tecnológica” (conforme o art. 1º, ‘caput’, da mencionada lei)

⁴ À diferença de nosso trabalho anterior já publicado sobre o assunto (BITTENCOURT, 1999, 2000), tratamos aqui de apresentar um rol mais exaustivo de situações, enquadradas num marco conceitual geral. Em contrapartida, apresentamos de forma mais concisa a fundamentação de cada tópico mencionado, limitando-nos no mais das vezes a apontar os dispositivos legais que são aplicáveis a cada caso.

⁵ Debate contido por exemplo em Sznewar; Zilbovicius (2001, p. 34-37); Souza, (2001, p. 38-40); Lima, (2001, p. 41-46); Lobo Filho; Sader; no Dossiê do Grupo de Trabalho instituído pela Reitoria da USP para regulamentação da atuação das Fundações no âmbito da Universidade (disponível em <<http://www2.usp.br/portugues/informreitoria/>>, acesso em 05/05/2005); Schwartzmann (2002); Di Pietro (2003, p. 18), acima citada.

⁶ Para uma discussão ao mesmo tempo objetiva e profunda do tema, Diniz (2005). Para uma apresentação exaustiva dos aspectos jurídicos aplicáveis a quaisquer fundações a partir da legislação civil, vide Paes (2006).

⁷ Algo como um procedimento de *shortlist* utilizado em aquisições de organismos internacionais.

⁸ Para uma descrição ampla dessa controvérsia, apontando as posições favoráveis e contrárias, vide Fernandes (2000, p. 429-431). Respeitável opinião em favor da necessidade de licitação reduzida, vide Justen Filho (2004, p. 255-256).

⁹ Não nos deteremos em grande detalhe na lógica desses requisitos genéricos, já fundamentados em profundidade por Fernandes (2000, p. 432 *et seq.*), no qual nos baseamos para esta síntese. Cabe-nos agora apenas fazer-lhes menção, e estender considerações sobre os pontos ainda pouco explorados ou obscuros do tratamento do tema.

¹⁰ Para uma descrição prática e detalhada dos procedimentos de gestão financeira e contábil das fundações, vide Conselho Federal de Contabilidade (2003).

¹¹ Para os aspectos jurídicos do direito fundacional, vide os já mencionados Conselho Federal de Contabilidade (2003) e Paes (2006).

¹² Para um modelo de relatórios de gestão e documentos contábeis, vide Conselho Federal de Contabilidade (2003). Destacamos que, à parte os demonstrativos contábeis (que são objeto de normatização específica do órgão regulador da profissão), as demais peças de prestação de contas e relatório de gestão podem ter seu conteúdo especificado em detalhe pela própria universidade apoiada, na medida em que a esta cabe conhecer e aprovar as atividades da fundação.

¹³ Alegações de ocultação de informações e “caixas pretas” em relação às fundações são infeliz-

mente comuns no ambiente universitário (ex: os inúmeros relatos transcritos em Revista ADUSP (2001a, p. 41-81; 2001b, p. 34-133; 2003, p. 65-102).

¹⁴ E restrições legais não existem no caso, conforme exaustivamente demonstra Diniz (2005).

¹⁵ Tais contratos são infelizmente ainda encontrados, sendo definidos como contratações para “desenvolver atividades de apoio à faculdade tal” e fórmulas similares.

¹⁶ Mencionando bem fundamentado Voto na Decisão TCU 657/97 – Plenário.

¹⁷ Falha esta que, queremos crer, se deve a equívoco e não foi intencionalmente deixada ambígua para facilitar essa “inflação” de possibilidades interpretativas.

¹⁸ Para um exemplo concreto de situação de subcontratação não autorizada sucedendo dispensa de licitação, vide a relação entre Banco do Brasil, COBRA e a empresa Coopersystems, itens 53-57 do Voto condutor do Acórdão 1302/2004 – Plenário; ou a relação entre o Hospital das Clínicas da UFMG, a FUNDEP e a cooperativa HCCOOP, itens 173-177 do relatório da Decisão 1646/2002 – Plenário.

¹⁹ Poucos ter-se-ão engajado mais intensamente que este autor nesse esforço de disciplinamento empreendido pela Corte de Contas.

²⁰ “131.É claramente perceptível que, apesar de o relacionamento autorizado pela Lei nº 8.958/94 ter finalidades certas, universidades e fundações de apoio comumente formam parcerias para a realização de atividades estranhas aos objetivos imaginados pela lei, a exemplo da também bastante observada contratação de serviços de limpeza, vigilância e conservação predial.

132. A justificativa apresentada baseia-se nas premissas de que a) o art. 1º da Lei faculta a contratação para o apoio a projetos não só de pesquisa, ensino e extensão, mas também de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, e b) que tais atividades estariam compreendidas no conceito de desenvolvimento institucional.

133. Ainda que sumariamente pudesse ser contra-argumentado o absurdo que constituiria a concretização de um projeto de limpeza predial, justifica-se a análise desse argumento com mais vagar, já que a prática é generalizada e recorrente.” (Tribunal de Contas da União. Relatório da Decisão 655/2002, Ata 21/2002 – Plenário)

²¹ “Institutions are the behavioral manifestation of the moral consensus and mutual interest” (HUNTINGTON, 1968, p. 10).

²² “Institutions are stable, valued, recurring patterns of behavior” (HUNTINGTON, 1968, p. 12).

²³ “Historically, political institutions have emerged out of the interaction among and disagreement

among social forces, and the gradual development of procedures and organizational devices for resolving those disagreements” (HUNTINGTON, 1968, p. 11).

²⁴ “Institutionalization is the process by which organizations and procedures acquire value and stability” HUNTINGTON, 1968, p. 12).

²⁵ Para toda a abordagem econômica, seguimos Conceição (2002).

²⁶ “a habit of thought common to the generality of men” (SAMUELS, 1995 apud CONCEIÇÃO, 2002, p. 122).

²⁷ “Institutions are durable systems of established and embedded social rules that structure social interactions. Language, money, systems of weights and measures, table manners, firms (and other organizations) are all institutions. In part, the durability of institutions stems from the fact that they can usefully create stable expectations of the behaviour of others”. (HODGSON, 2003; SEMINÁRIO A SITUAÇÃO ATUAL DA MICROECONOMIA, 2000 apud CONCEIÇÃO, 2002, p. 122).

²⁸ “Institutions are the humanly devised constraints that structure human interaction. They are made up of formal constraints (e.g. rules, law, constitutions), informal constraints (e.g. norms of behaviour, conventions, self-imposed codes of conduct) and their enforcement characteristics. Together they define the incentive structures of societies and specially economies.” (NORTH, 1994 apud CONCEIÇÃO, 2002, p. 125).

²⁹ Com ampla tabela de bibliografia sobre o tema a p. 18-19.

³⁰ “1) during the creation of economic institutions that would make possible impersonal markets, particularly markets that involve long distance trade or capital markets that involve contracting over space and time; and

(2) during the development of political institutions that would specify and enforce property rights in ways that encourage productive contracting”. (DE CAPITANI; NORTH, 1994, p. 2-3).

³¹ “- internal organizational structures of government agencies and ministries;

- strategic planning and policy design systems, including monitoring and evaluation;

- financial management (budgeting, accounting, auditing);

- human resource management (including civil service reforms);

- interorganizational relationships;

- organizational and institutional structure of sectors or subsectors;

- various aspects of the overall legal framework (including tax laws, investment code, banking laws, capital market regulations, corporate laws, bankruptcy laws as well as judiciary systems)”. (DE CAPITANI; NORTH, 1994, p. 4-5).

³² Apenas o entendimento dentro da organização Banco Mundial poderia ser entendido como um pouco mais limitado, voltado aos aspectos mais práticos de gerenciamento e ação estatal, mas mesmo assim com uma abrangência ainda muito grande.

³³ Para a discussão dos fundamentos de cada impugnação, vide Bittencourt (1999, 2000).

³⁴ Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Decisão 50/96 – Primeira Câmara; Universidade Federal do Paraná, Decisão 293/95 – Plenário e Decisão 292/2002 – Plenário; Universidade Federal da Bahia, Acórdão 63/1999 – Plenário; Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (BIONDI *et ali*, 2001); Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (CHRISPINIANO, 2001).

³⁵ Não se contrata, como vimos, uma simples relação de pessoas. Porém, a definição do projeto básico do serviço pode contemplar um determinado quantitativo mínimo de postos de trabalho (sempre definidos pessoalmente, em função das qualificações requeridas, a exemplo de “técnico de nível médio em eletricidade”, ou “médico do trabalho” ou “gerente de projeto”) como parâmetro técnico de exequibilidade para aceitação da proposta.

³⁶ Vide Decisão TCU 414/99 Plenário.

³⁷ Entre outros, Acórdão 523/2003 – Plenário; Acórdão 35/97 – Segunda Câmara; Acórdão 358/94 – Primeira Câmara; Decisão 50/96 – Primeira Câmara; Decisão 141/95 – Primeira Câmara; Decisão 443/95 – Plenário; Decisão 777/2000 Plenário.

³⁸ Decisão 1646/2020, item 8.4.5.2.5 inc. I.

³⁹ Algumas relatadas pelas próprias Fundações em <<http://www.confies.org.br/modules.php?name=News&file=article&sid=84>>.

⁴⁰ Alguns dos pontos aqui apresentados de forma sintética já foram os raciocínios já desenvolvidos em maior profundidade em Bittencourt (1999, 2000).

⁴¹ Fisicamente, é um carimbo na fatura apresentada pelo contratado, assinado pelo ordenador de despesa, que afirma expressamente isso.

⁴² O exemplo clássico de adiantamentos, em qualquer modalidade de licitação, é o adiantamento feito a um empreiteiro de obra para as despesas de mobilização e instalação de canteiro.

⁴³ Em trabalho anterior, sustentávamos posição radicalmente oposta à utilização de mecanismos contratuais para gestão de recursos de pesquisa (BITTENCOURT, 2000, p. 93-94), advogando o uso de convênios. Abrimos mão dessa posição (sem alterar em nenhum momento a oposição à liquidação antecipada dos recursos, como fica claro no presente texto) ao constatar casos de natureza diferente em que se aplica validamente a necessidade de adiantamento de recursos (como no caso citado

de obras), e ao verificar a extrema precariedade do quadro de pessoal das universidades, que resultaria num acompanhamento tão precário da prestação de contas dos convênios resultantes que tampouco se asseguraria adequadamente o controle *a posteriori* dos recursos repassados.

⁴⁴ Além da quase anedótica alteração dos dizeres do carimbo aplicado ao documento de liquidação apresentado pelo contratado (que, não obstante, também se faz necessária).

⁴⁵ Essa situação ocorria à época de nossa última verificação do problema, em junho de 2006.

⁴⁶ “Nessa modalidade, o particular não desembolsa seus recursos nem arca com o custo da produção do bem ou serviço. Incumbe-lhe o dever de selecionar, contratar e remunerar o pessoal necessário, adquirir os insumos e executar a prestação. A diferença entre empreitada e administração contratada reside na determinação do preço. Na empreitada, o preço é fixado de antemão (seja global, seja unitário). Na administração contratada, o preço consiste no custo da execução mais uma comissão assegurada ao contratado. A Administração tem o dever de reembolsar o particular por todas as despesas incorridas e remunerá-lo pela comissão. Logo, o lucro do particular é certo, ainda que delimitado. Corresponderá ao valor da comissão. Na empreitada, o lucro é incerto e variável. Corresponderá à diferença entre as despesas do particular e o valor recebido. Se o particular lograr reduzir suas despesas, aumentará seu lucro”. (JUSTEN FILHO, 1995. p. 53).

⁴⁷ Caso contrário não se concebe que possam ser *contratadas*.

⁴⁸ Se esse custo (precisamente definido, mensurado e comprovado) não puder ser aceito por algum órgão financiador, muito menos o será uma “taxa de administração” genérica como as que hoje se debitam aos contratos em vigor.

⁴⁹ Não se concebem contratos com fundações na restante modalidade de “empreitada integral” (*turnkey*), razão pela qual não a mencionamos.

⁵⁰ Decisão 265/98, Ata 17/98 – Plenário; Decisão 293/95, Ata 28/95 – Plenário, e especialmente Decisão 321/2000, Ata 14/2000 – Plenário, item 8.1.1-‘a’ (transcrita na Decisão 166/2002, item ‘b.9’).

⁵¹ Universidade Federal Rural de Pernambuco, Acórdão 479/94 – 1ª Câmara; Universidade Federal do Espírito Santo, Decisão 321/2000 – Plenário; Universidade Federal de Minas Gerais, Decisão 492/2002 – 1ª Câmara; Universidade Federal de Sergipe, Decisão 1458/2002 – Plenário

⁵² Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia/IBICT, Acórdão 407/2004 – Plenário; Universidade Federal de Minas Gerais, Decisão 1646/2002 – Plenário (item 8.2.13), situação descrita minuciosamente nos itens 71 a 77 do respectivo Relatório.

⁵³ Situação denunciada em Pomar (2001), em grande escala para toda a Universidade de São Paulo.

⁵⁴ Universidade Federal do Ceará, Decisão 265/98 – Plenário; Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais, Decisão 838/97 – Plenário; Universidade Federal de Sergipe, Decisão 472/1999 – Plenário; Universidade Federal de Minas Gerais, Decisão 777/2000 – Plenário.

⁵⁵ Veja-se a transição da ausência de licitação para a utilização plena desse procedimento pelo observado, sucessivamente, na Decisão 777/2000 – Plenário, na Decisão 492/2002 – 1ª Câmara e por fim na Decisão 1646/2002 – Plenário em relação às licitações da fundação de apoio.

⁵⁶ Para cumprir essas finalidades, não se mencionam em minúcias os dispositivos legais envolvidos, uma vez que todas as eventuais irregularidades suscitadas estão analisadas e discutidas, sob o ponto de vista legal, nas seções precedentes.

⁵⁷ Também conhecido como o procedimento de “compra pela fundação”.

⁵⁸ Universidade Federal de Goiás, Acórdão 158/93 – 2ª Câmara; Universidade Federal de Minas Gerais, Decisão 492/2002 – 1ª Câmara; Acórdão 867/2003 – 1ª Câmara.

⁵⁹ Pelas espinhosas particularidades da casuística da legislação de pessoal, em que cada situação individual é praticamente única, deixamos de abordar em detalhe a operacionalização dessa variante do modelo (como fizemos com todas as demais), ressaltando embora a sua existência e a sua relevância como fator de risco para o controle.

Referências

AGLIETTA, Michel. *Régulation et crises du capitalisme: l'expérience des états-unis*. Paris: Calman Levy, 1976.

BASTOS, Celso. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BIONDI, Antônio et al. Atuação da FFM gera distorções na Faculdade de Medicina e HC. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

BITTENCOURT, Fernando. Contratação de fundações com dispensa de licitação na área federal. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 30, n. 82, out./dez. 1999.

_____. Contratação de fundações com dispensa de licitação na área federal. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 37, n. 147, jul./set. 2000.

BRASIL. Exposição de motivos do projeto de lei do executivo convertido na lei 8958/94. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 6 abr. 1994a. Seção 1, p. 4803.

_____. Lei 8958/94. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, 6 abr. 1994b. Seção 1, p. 4802.

BURKI, Shahid Javed; PERRY, Guillermo E. *Beyond the Washington consensus: institutions matter*. Washington: The World Bank, 1998.

CHRISPINIANO, José. Faepa controla HC de Ribeirão Preto e verbas do SUS. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas*. São Paulo: M. Limonad, 1999.

CONCEIÇÃO, Octavio Augusto Camargo. O conceito de instituição nas modernas abordagens institucionalistas. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, jul./dez. 2002.

CONSELHO FEDERAL DE CONTABILIDADE. *Manual de procedimentos contábeis e prestação de contas das entidades de interesse social*. Brasília: Conselho Federal de Contabilidade, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do estado*. São Paulo: Saraiva, 1977.

DE CAPITANI, Alberto; NORTH, Douglass C. *Institutional development in third world countries: the role of the World Bank*. Washington: The World Bank, 1994.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

DINIZ, Gustavo Saad. Regras de direito fundacional do código civil de 2002. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 42, n. 165, jan./mar. 2005.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. *Contratação direta sem licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

FURTADO, Celso. *A fantasia organizada*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1985.

HODGSON, Geoffrey M. The hidden persuaders: institutions and individuals in economic theory. *Cambridge Journal of Economics*, Oxford, v. 27, n. 2, p. 159-175, mar. 2003.

HUNTINGTON, Samuel. *Political order in changing societies*. London: Yale university Press, 1968.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

_____. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2004.

LIMA, Iran. Fundações de apoio a USP: pelo diálogo e pelo consenso. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

LOBO FILHO, Roberto. Pelo controle, não pela extinção. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 maio 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e interpretação jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

NÓBREGA, Ailton Rocha. Contratação direta com arribo no art. 24, XIII, da lei no 8.666/93: entidade incumbida de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional. *Informativo de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n. 118, dez. 2003.

NORTH, Douglass C. Economic performance through time. *The American Economic Review*, Nashville, v. 84, n. 3, p. 359-368, jun. 1994.

PAES, José Eduardo Souza. *Fundações, associações e entidades de interesse social*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

POMAR, Pedro Estevam da Rocha. Gota d'água no oceano. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

REVISTA ADUSP. São Paulo: Associação dos Docentes da USP, v. 23, set. 2001. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br>>. Acesso em: [200-?].

REVISTA ADUSP. São Paulo: Associação dos Docentes da USP, v. 24, dez. 2001. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br>>. Acesso em: [200-?].

REVISTA ADUSP. São Paulo: Associação dos Docentes da USP, v. 31, nov. 2003. Disponível em: <<http://www.adusp.org.br>>. Acesso em: [200-?].

SADER, Emir. Público ou mercantil. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 maio 2004.

SAMUELS, Warren J. The present state of institutional economics. *Cambridge Journal of Economics*, Cambridge, v. 19, 1995.

SARAMAGO, José. *A caverna*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SAVIANI, Dermeval. *Escola e democracia*. São Paulo: Cortez, 1991.

SCHWARTZMANN, Jacques. A controvérsia sobre as fundações. *Boletim Informativo*, Belo Horizonte, a. 28, n. 1331, 13 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.fundep.ufmg.br>>. Acesso em: 4 jan. 2002.

SEMINÁRIO A SITUAÇÃO ATUAL DA MICRO-ECONOMIA: uma perspectiva metodológica, 2000, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2000.

SOUZA, José Maria. Fundações: e organizações assemelhadas. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

SZNEWAR, Laerte; ZILBOVICIUS, Mauro. USP e fundações: há saída para o impasse?. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

TEIXEIRA, Almir. Medicina e HC revelem-se "berçários" de fundações e centros. *Revista ADUSP*, São Paulo, v. 24, dez. 2001.

TREIN, Raquel Maria; SAMPAIO, Ricardo Alexandre. A compreensão proposta para a expressão "desenvolvimento institucional" contida no art. 24, inc. XIII da lei nº 8.666/93. *Informativo de Licitações e Contratos*, São Paulo, v. 10, n. 118, dez. 2003.