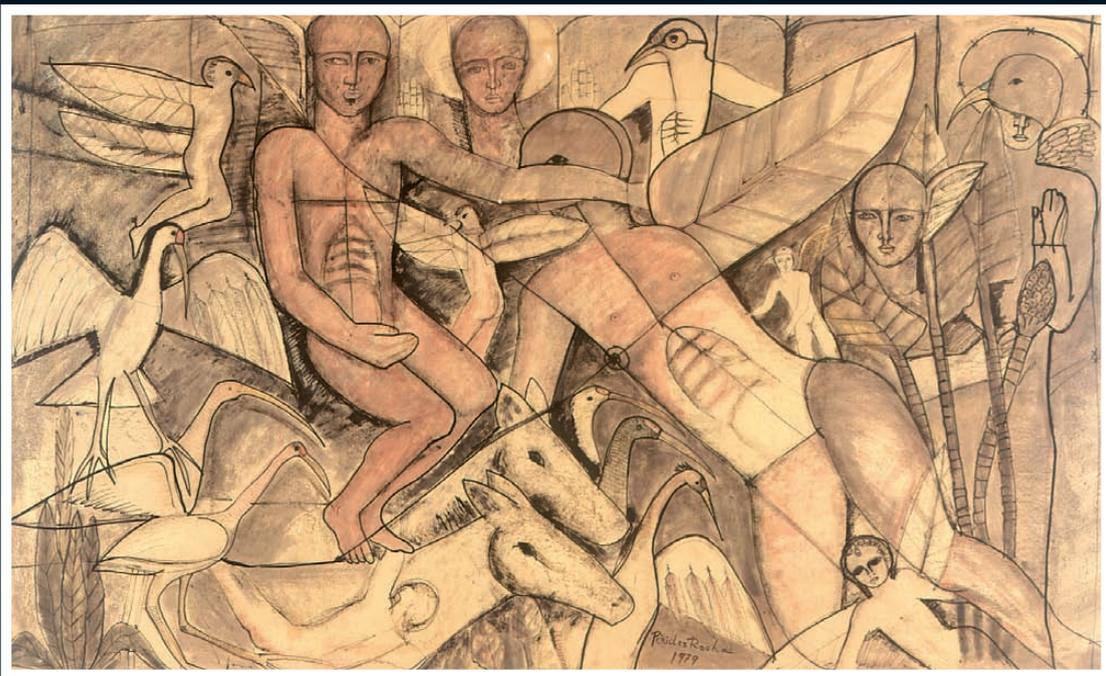


REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Senado Federal – Subsecretaria de Edições Técnicas
Brasília – Abril-Junho/2010 – Ano 47 – Nº 186



Péricles Rocha, "Lagoa do Viana", 1979. Acervo do Senado Federal.

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 47 • nº 186
Abril/junho – 2010

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) 3303-3575, -3576 e -3579

Fax: (61) 3303-4258. E-Mail: livros@senado.gov.br

DIRETORA: Anna Maria de Lucena Rodrigues

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

REVISÃO DE REFERÊNCIAS: Fabrícia da Silva Costa Feitosa, Larissa Nogueira Bello

REVISÃO DE PROVAS: Bárbara de Almeida Bezerra, Lígia C. Santana Catunda

EDITORIAÇÃO ELETRÔNICA: Nathália M. B. Benterher Narciso, Jussara Cristina Shintaku

CAPA: Rejane Campos Lima Rodrigues

IMPRESSÃO: Secretaria Especial de Editoração e Publicações

© Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida com a prévia permissão escrita do Editor.

Solicita-se permuta.

Pidese canje.

On demande l'échange.

Si richiede lo scambio.

We ask for exchange.

Wir bitten um Austausch.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA / Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas – Ano 1, n. 1 (mar. 1964). – Brasília : Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1964. Trimestral.

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

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

CDD 340.05

CDU 34(05)



“Lagoa do Viana”, de Péricles Rocha, técnica mista nanquim e aguada de 1979 em tela de 1,20 x 2,00m.

REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília · ano 47 · nº 186 · abril/junho · 2010

- Fabiano Augusto Martins Silveira O diálogo entre ciência e política no processo de formação das leis penais 7
- Paulo José Leite Farias O MPDFT passado, presente e futuro: evolução de garantidor da lei (Promotor Júpiter) para protetor do interesse público primário (Promotor Hércules e Hermes) 29
- Eduardo Biacchi Gomes e Paulo C. Coen Direitos fundamentais e o depositário infiel: evolução jurisprudencial 47
- Marco Aurélio Gumieri Valério Homologação de sentença arbitral estrangeira: cinco anos da Reforma do Judiciário 61
- Daniella S. Dias A efetividade do direito urbanístico após vinte anos da promulgação da Constituição brasileira 77
- Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia A não-discriminação como Direito Fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT 89
- Dani Rudnicki e Mônica Franco de Souza Em busca de uma política para os presídios brasileiros: as CPIs do sistema penitenciário de 1976 e 1993 107
- Júlio Aguiar de Oliveira e Bárbara Alencar Ferreira Lessa Por que as objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo não valem contra a teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino? 117
- Daniella Dutra de Almeida Barbosa e João Paulo Allain Teixeira O Supremo Tribunal Federal e o novo desenho jurisdicional brasileiro 129
- Leon Victor de Queiroz Barbosa, Ernani Carvalho e José Mário Wanderley Gomes Neto *Rule of law* e qualidade legislativa: evidências do Supremo Tribunal Federal 141
- José Alfredo de O. Baracho Júnior, Eduardo M. de Lima, Vinicius G. P. Nascimento, Ana Carolina A. Villaça e Marina D. Brasil O Estado Democrático de Direito e a necessária reformulação das competências materiais e legislativas dos Estados 153
- Erick Vidigal *A Lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil 171

Luiz Carlos P. Romero	A atuação do Congresso Nacional na regulamentação da Saúde Suplementar 195
Arthur Maciel Motta	A utilização de recursos públicos pelas Organizações Não-Governamentais 205
Luana Paixão Dantas do Rosário	O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-moral do Direito 245
Fabio Luiz de Oliveira Bezerra	Ética judicial: a dignidade da pessoa humana e os valores da verdade, justiça e amor 265
Roberto Bueno	Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do Direito 275
Dilmanoel de Araujo Soares	O direito fundamental à educação e a teoria do não retrocesso social 291
Carlos Henrique Rodrigues da Silva	A responsabilização dos dirigentes de partidos políticos por atos de improbidade e a lacuna legal quanto à prescrição 303

*Seção Resenha Legislativa
da Consultoria Legislativa do Senado Federal*

Maria Claudia Drummond	A presença do Senado brasileiro no Mercosul: um breve histórico 313
------------------------	---

O diálogo entre ciência e política no processo de formação das leis penais

Fabiano Augusto Martins Silveira

Sumário

1. O problema. 2. As condições do diálogo. 2.1. Um novo modo de argumentação e de atuação. 2.2. Necessário alargamento do campo de estudo. 2.3. Autonomia. 2.4. Consciência do caráter político da mensagem doutrinária. 3. Os riscos de um empirismo extremado. 4. O diálogo como debate público. 5. Quem é esse usurpador? 5.1. A competição no mercado político. 5.2. Saber científico e saber político. 5.3. O tempo político e a grande mídia. 6. A sedução do direito penal. 7. Três características do agir político no tocante à matéria penal. 8. A ciência da legislação penal e a chamada “orientação às consequências”. 9. Uma última palavra a favor do diálogo.

1. O problema

A doutrina pode ser vista como um ator social? Ela interfere ou deveria interferir diretamente no processo político de formação das leis penais? É legítimo que queira fazê-lo? E se assim for, quais interesses a doutrina penal tem a defender?

Essas perguntas, feitas de bate-pronto, são apenas a ponta de um novelo que gostaríamos de começar a desfiar.

É certo que um grupo social pode ter a pretensão de influenciar o processo legislativo, sem, todavia, obter êxito. Por outro lado, também é verdade que um grupo pode efetivamente exercer influência no parlamento sem agir com a chamada “consciência de classe”.

Fabiano Augusto Martins Silveira é Doutor e Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Consultor Legislativo do Senado Federal para as áreas de direito penal, processual penal e penitenciário.

Desconfiamos – colocando desde já o problema – que a doutrina penal não se autorrepresente como sujeito coletivo com a responsabilidade de intervir no processo político-decisório, a despeito das duras e implacáveis críticas que costuma desferir ao aumento da produção legislativa em matéria penal.¹

Antes de passar adiante, indagamos se, acima de todas as divergências doutrinárias, seria possível chegar a uma conclusão sobre a essência do significado político das proposições teóricas construídas pela ciência penal. Fôssemos arriscar uma resposta, diríamos, com muita simplicidade, que o compromisso histórico da mensagem doutrinária tem sido, com todos os altos e baixos, a defesa de um direito penal liberal e secular que impeça a indevida instrumentalização da pessoa humana.²

¹ O termo “doutrina” abrange tanto o conjunto abstrato de ideias que dominam o pensamento penalístico num dado momento como as pessoas incumbidas da sua comunicação, sobretudo por meio da publicação de textos. Tais dimensões – *discurso* e *sujeito* – estão profundamente imbricadas, embora a acepção mais comum do termo tenda a privilegiar o elemento discursivo, justamente para transmitir as ideias de imparcialidade, distanciamento e isenção do conhecimento científico. Assim, na maioria das vezes, a doutrina nos chega como entidade abstrata e desindividualizada, isto é, como “entendimento” ou “tipologia de interpretação”. Ofusca-se o lugar do sujeito, como se este fora um dado dispensável senão inexistente. Na verdade, tal processo de desindividualização não é exclusivo da doutrina penal, mas um expediente comum na transmissão dos mais variados saberes científicos. Chamar atenção para o *sujeito* (e não apenas para o *discurso*) nos permitiria, ao contrário, desnudar e compreender a doutrina como um autêntico ator social, com pretensões de intervir na política e no processo legislativo comparáveis às de outros grupos, ainda que não queira confessá-lo. Além do mais, quando os sujeitos do discurso vêm à tona, fica mais fácil visualizar os conflitos, divergências e pluralidade no interior do próprio campo doutrinário.

² Ilustrativamente, para Ferrando Mantovani (1997, p. 314), o fundamento do sistema penal está radicado “sobre o princípio personalístico, do primado da pessoa humana como ‘valor ético’ em si, do homem-valor, do homem-pessoa, do homem-fim, não instrumentalizável por alguma finalidade extrapessoal, nem mesmo de política criminal, seja ele sujeito ativo ou passivo, vítima ou réu; [...] da centralidade da pessoa humana, fim

Feitos todos os cálculos, a doutrina penal convenceu-se de que o cidadão não tem condições de medir forças com a máquina estatal, quando esta se projeta sobre a liberdade. Sendo assim, o poder punitivo jamais poderia prescindir de uma disciplina formal, rígida, criteriosa, que, na medida do possível, reequilibre o jogo de forças.³ Nesse horizonte, a cultura penalística funcionaria como uma espécie de memória das razões que forjaram o *Estado de Direito*, professando o que poderíamos chamar de liberalismo penal.

Assim, os enunciados cuidadosamente elaborados pela doutrina buscam “racionalizar” o direito penal, ora incrementando os limites formais ao direito de punir estatal, ora tentando delimitar minimamente o conteúdo das normas penais incriminadoras.

Quanto ao controle crítico dos conteúdos específicos dos tipos penais, estamos falando de proposições teóricas com elevada racionalidade de tipo custo-benefício, que encontram na Constituição uma rica fonte de inspiração, a exemplo dos princípios da ofensividade e da proporcionalidade. Basta ver a trajetória desses dois princípios, e sua ampla aceitação doutrinária, para constatar que a ciência penal não se porta com indiferença diante de escolhas do legislador,

primeiro e fim último, alfa e ômega do sistema penal”. “O bem jurídico na qualidade de valor e, consequentemente, inserido no amplo aspecto da finalidade da ordem jurídica, cumpre função de proteção, não dele próprio, senão da pessoa humana, que é o objeto final de proteção da ordem jurídica.” (TAVAVES, 2000, p. 180). “[...] quem infringe suas disposições [do ordenamento jurídico], é dizer, o delinquente, e há de ser objeto de sua sanção, ou seja, o apenado, é e não pode senão continuar sendo um homem, sujeito sempre de dignidade, que vive em convivência e se realiza em sociedade, e como tal deve ser tratado; concepção que consagra no Direito punitivo o respeito ao ser humano e elimina ou afasta qualquer disposição ou tratamento que mutila, desfigure ou anule o homem, seja em sua personalidade física, moral ou social.” (RIVACOBAY RIVACOBAY, 2000, p. 51).

³ Muito reveladoras, nesse sentido, as reações doutrinárias ao polêmico ensaio de Günther Jakobs (2005, p. 42-44) sobre o denominado “direito penal do inimigo”. Entre elas, consultar Prittowitz (2004); Ferrajoli (2006); Resta (2006); Zaffaroni (2007).

julgando-se, não raro, intérprete superior da Constituição (Cf. SILVEIRA, 2008). Esse gancho no texto da Carta Política, tão bem planejado pela teoria constitucionalista do delito, pretende colocar o legislador na defensiva. Ou atende aos enunciados doutrinários ou corre o risco de ver sua obra mutilada ou refeita pelo Poder Judiciário.

Receamos que essa forma de comunicação com a política consubstancie, na verdade, um monólogo. A doutrina não se faz ouvir pelo legislador e, verdade seja dita, pouco se esforça para que isso ocorra. Afinal de contas, é mais fácil jogar o agente político e o processo legislativo numa grande vala comum, pegando carona em imagens maniqueístas bastante difundidas no meio social.

Se observarmos bem, os esforços de diálogo são direcionados quase que exclusivamente ao Poder Judiciário. Todavia, como a experiência do direito penal não é totalmente reconduzível ao plano da racionalidade, os enunciados doutrinários ora pecam por incompletude e generalidade, ora pelo descolamento em relação a necessidades sociais emergentes, ora pela simplificação banal do processo político decisório.

Resultado é que a jurisprudência não pôde mais do que dar acolhimento reduzido e seletivo às prescrições da doutrina, longe de contra-arrestar o crescimento do direito penal legislado. Faz todo sentido, assim, a reflexão de Fiandaca (1991, p. 54): “se a doutrina penalística encontrou-se progressivamente marginalizada dos circuitos da produção legislativa, a culpa deste recuo lhe é, ao menos em parte, imputável”.

2. As condições do diálogo

2.1. Um novo modo de argumentação e de atuação

A despeito das dificuldades retratadas no tópico anterior, existem ensaios teóricos sempre mais incisivos no sentido de reorientar a mensagem doutrinária (Cf. PALAZZO, 1997; DONINI, 2004b). Exige-

se, em primeiro lugar, uma mudança no discurso doutrinário, no seu modo de argumentação. Antes de criticar por costume a produção legislativa, a doutrina deve armar-se de argumentos mais persuasivos. E nada melhor para isso do que ir a campo e envidar esforços com outras disciplinas para compreender e medir, o quanto possível, os impactos produzidos pela política de criminalização (impactos sociais, econômicos, processuais, institucionais, carcerários, etc.).

Essa seria, por assim dizer, uma tarefa desmistificante e desideologizante do direito penal, com o propósito de confirmar ou falsificar, empiricamente, as escolhas operadas pelo legislador. Quanto mais dispusermos de dados empíricos, intuiti Pulitanò (1985, p. 80), “a escolha e a realização dos valores saberá encontrar caminhos mais seguros.”

O jurista, em suma, deixa de lado a pura retórica dos valores constitucionais e traz informações que podem ser concretamente assimiladas por todos os participantes do debate público. Estes, por sua vez, também estão em condições de contribuir com avaliações sobre os efeitos da decisão legislativa, independentemente de uma educação jurídica especializada (Cf. LA SPINA, 1989, p. 196).

Em suma, se quiser influenciar as decisões parlamentares, a doutrina deve negociar diretamente com o legislador, sem outra saída. A propósito, Donini (1996, p. 35) destaca que os princípios constitucionais de política criminal “esperam ser realizados *mediante lei* (ainda que em certa medida reinterpretada por eles) e não *diretamente* por meio das sentenças”.

Sendo legítima, como nos parece, a pretensão doutrinária de racionalização do direito penal (leia-se, de exercer algum controle sobre o conteúdo dos tipos penais), o caminho democrático há de levar ao processo legislativo. A participação na fase pré-normativa é, pois, a nosso sentir, condição essencial para que a mensagem doutrinária

possa desprender-se do direito penal ensinado nos livros e nas academias.

2.2. *Necessário alargamento do campo de estudo*

A atuação de *lege ferenda*, levada a sério, importa a ampliação dos objetos de estudo da ciência penal. Convencionalmente, os juristas são bons entendedores e críticos do direito posto e do direito aplicado nos tribunais. Por outro lado, o desconhecimento é geral em relação ao que se passa no parlamento, inclusive no que diz respeito às regras formais que presidem o processo legislativo. Muitas vezes, a doutrina é a última a saber da chegada de uma nova lei penal.

Poderíamos cogitar, então, do necessário alargamento do “campo de problemas” de interesse dos penalistas, na linha do que afirmara Pulitanò (2003, p. 111): “o campo de problemas de que se ocupa a melhor ciência penal não é delimitado pelo horizonte deste ou daquele ordenamento positivo, mas pelo inteiro campo de problemas conexos à formação, compreensão e aplicação dos ordenamentos penais”.

Como sustentará o mesmo Pulitanò (1993, p. 1214), entre ciência e política do direito existe “um *continuum* de temas e problemas”. Para uma ciência que sempre aspirou influenciar o conteúdo da matéria penal, talvez mais do que qualquer outra disciplina jurídica, não deixa de ser embaraçoso constatar que a fase de produção normativa tenha sido praticamente desprezada pelos estudos penalísticos, muito dedicados à interpretação e aplicação do direito vigente.⁴

No campo penal, o incentivo à atuação de *lege ferenda* pediria, ademais, retoques

⁴ O desabafo é de Aurelio Menéndez Menéndez (2004, p. 19): “surpreende que nosso afazer como estudiosos do Direito centre-se na interpretação e aplicação da norma e não pondere a importância de sua mais correta elaboração e formulação; e surpreende, enfim, a ignorância e o desinteresse que se percebem na doutrina e na decisão política acerca da necessidade de melhorar o processo de elaboração das leis”.

no tradicional modelo de “ciência penal integrada”. Embora seja legítimo prefigurar espaços de autonomia do direito penal no tocante à política criminal e à criminologia, seria mais adequado, em nossa opinião, conceber suas relações dentro de um quadro de fronteiras móveis com amplas áreas de interseção. O mesmo raciocínio vale para o processo penal, que não poderia ser estudado de maneira estanque, como se não tivesse nenhum vínculo com as citadas disciplinas.

Mais do que disciplinas “complementares” ou “integradas”, a política criminal, a criminologia e, acrescentamos, a processualística fariam parte natural do caderno de anotações do penalista. Curiosamente, a arquitetura de um modelo integrado de ciências penais mais serviu ao alheamento do que à efetiva interação das citadas disciplinas, oferecendo, assim, muitos pretextos para o desinteresse na produção legislativa.

2.3. *Autonomia*

Necessário, ainda, assegurar que o diálogo com o legislador traduza-se na interlocução entre duas esferas autônomas. Não está em discussão, pois, a autonomia da ciência no confronto da política. A construção de pontes entre as duas esferas não deveria culminar, assim, num diálogo dominado pela diplomacia superficial, servilismo ou frases de efeito que a outra parte gostaria de ouvir.

Quando se propõe a participar interessadamente do debate público sobre as decisões em matéria penal, a ciência o fará com plena autonomia dos seus pontos de vista. É preciso reafirmar tal independência à exaustão, apontando-a como problema central do diálogo, porque a política, como sabemos, possui seus encantos e formas inúmeras de cooptação⁵, com chances infi-

⁵ “[...] a tentação pode ser aquela de um ingresso orgânico do cienciano nas estruturas do sistema político e/ou institucional encarregadas da produção legislativa.” (PALAZZO, 1997, p. 700). “César

nitamente superiores de que a ciência seja manipulada para fins políticos do que o contrário. Um perigo que jamais pode ser subestimado, portanto. Prevemos, assim, um diálogo tenso e não necessariamente de convergência, mas, em todo caso, diálogo.⁶

Em compensação, deve-se respeitar a autonomia do legislador e reconhecer a habilitação diferenciada que lhe foi conferida pelo voto popular. Entender que quem responde perante a sociedade é o legislador. Um ônus intransferível o de arcar com a responsabilidade final da decisão tomada. Compreender, afinal, que os olhares da ciência e da política captam dimensões diferentes do mesmo problema, e é exatamente essa diferença que faz do diálogo um processo tão necessário quanto desafiador.

Respeitar a autonomia do interlocutor significa, ademais, que o diálogo deve-se converter em propostas ou alternativas à solução em debate, o que reclama não só uma mudança no estilo argumentativo, mas, como dissemos, um novo modo de atuação da doutrina, de forma a traduzir as suas opiniões em projetos de lei ou outras iniciativas com a maior concretude possível, apurando a sua capacidade de projeção.⁷

permanece como a estrela fixa em torno da qual os juristas realizam as suas evoluções e revoluções, como sistemas planetários. [...] César, porém, não espera o jurista, usa-o quando tem necessidade dele, e desde o início daquela eleição deve ficar claro a todos que está trabalhando 'para ele'." (DONINI, 2003, p. 22-23). Cf., ainda, Donini (2000, p. 668-669).

⁶ Enzo Musco (1991, p. 25) parece um pouco mais otimista, em todo caso um otimismo muito bem-vindo: "entre política interna e ciência criminal não há apenas a posição de conflito ou de subordinação. Se o conhecimento do instrumento penalístico varia do ponto de vista da classe dos políticos e do ponto de vista da classe dos penalistas, não está todavia excluída a possibilidade de uma posição de coexistência, em igual dignidade, que acentue a necessidade de uma frutuosa e fecunda cooperação no interesse do País."

⁷ "[...] o simples fato de elaborar ou ter elaborado um projeto (não como um projeto parlamentar ou do Executivo, e nem mesmo para *ser do contra*, mas

Tudo somado, soa-nos perfeita, na sua simplicidade, a síntese de Pulitanò (2001, p. 14): "à autonomia política do legislador corresponde a plena autonomia intelectual da ciência jurídica, como de qualquer outra ciência".⁸

2.4. *Consciência do caráter político da mensagem doutrinária*

Outra condição para o diálogo maduro com a instância política é, segundo cremos, a tomada de consciência do viés político da mensagem doutrinária. A ciência penalística, como todo projeto de cunho racional, almeja à descrição desapassionada do direito penal, tentando prever-lhe alguma utilidade que não se resume à mera inflição de sofrimento.

Trata-se de um objetivo válido, tanto que não redunde em posições acrílicas quanto aos componentes ideológicos do saber produzido. Para ilustrar esse coeficiente ineliminável de ideologia, valemo-nos de uma passagem de Michel Foucault (2003, p. 20-21), interpretando o pensamento de Nietzsche sobre o conhecimento: "*Intelligere*, compreender, não é nada mais que um certo jogo, ou melhor, o resultado de um certo jogo, de uma certa composição ou compensação entre *ridere*, rir, *lugere*, deplorar, e *detestari*, detestar".

A transcrição serve de advertência à almejada neutralidade do conhecimento científico. Não compromete, todavia, a nosso ver, a pretensão de racionalidade que

simplesmente como expressão do próprio saber) conferiria à ciência – que finalmente se reconhece como ciência da legislação – aquela identidade, aquele espírito de pertença, que hoje seguramente lhe faltam, como classe, como corpo social, e até mesmo como expressão de um pensamento escrito representativo." (DONINI, 2003, p. 24).

⁸ Em complemento: "Como juristas, tendemos frequentemente a superestimar a importância de nossas elaborações teóricas ou 'dogmáticas', até aspirando vê-las pontualmente refletidas nos textos legislativos e censurando o legislador se não o faz. Parece-me que a relação entre legislação e ciência (não só jurídica) seja mais complexa: de conexão, mas também de *reciproca autonomia*." (PULITANÒ, 2001, p. 14).

move a ciência, desde que não seja levada aos extremos da ingenuidade.

Sim, a doutrina penal comparece ao debate legislativo com um atributo específico (*ratio*). Suas conclusões resultam de longa maturação literária, tendo sido submetidas a duras réplicas e reparos antes que se afirmassem.

Em síntese, a doutrina tem algo de especial a dizer, conhece bem a matéria bruta que se quer lapidar, e a sua perspectiva difere da de outros grupos sociais envolvidos no mesmo processo de discussão.

Ocorre que, numa fase essencialmente criativa como a do processo político decisório, de prospecção do futuro, o conhecimento técnico-jurídico vale tanto quanto “os faróis de um automóvel virados para trás”, lembrando Pedro Nava. O patrimônio de ideias da doutrina penal tem o seu lugar, ilumina a retaguarda, o que não é pouco, mas não oferece todas as respostas aos complexos problemas sociais suscitados pelo uso do direito penal.

Portanto, embora carregue a responsabilidade de “iluminar”, de introduzir ou não perder de vista o elemento *razão* num debate permeado por tantas paixões, a doutrina dá um salto no escuro ao propor novas leis penais. Arriscando-se, participa como ator interessado, pois não há participação desinteressada no processo legislativo, não há quem olhe para o futuro munido apenas de boas intenções.⁹

Assim, destacamos que um dos fermentos para o bom diálogo com a política é a consciência dos próprios interesses no jogo que se vai jogar; a percepção de que a mensagem doutrinária tem o seu conteúdo político, que não é pura *ratio*, mas também *voluntas*.¹⁰

⁹ Antonio Manuel Hespanha (2001, p. 343) já advertia que os juristas, quando se apresentam como intérpretes do senso comum, “quase sempre o fazem em nome de alguma particular sabedoria que creem deter com exclusividade”.

¹⁰ Antonio La Spina (1989, p. 192) observa que “uma crença acrítica na ‘pureza’ do aporte científico do jurista, embora sendo parte do tipo puro de *rf* [ra-

Com efeito, o olhar doutrinário, embora diverso, não está radicalmente distante do olhar de outros grupos sociais que recorrem ao processo legislativo. A compreensão do significado e dos valores mais profundos da cultura penalística nos permite, portanto, entender melhor a própria natureza dos processos deflagrados no parlamento. Impõe à doutrina, quem sabe, um exercício de humildade, pois lhe força entender que o desejo de influenciar as decisões políticas não difere tanto, afinal, do de outros participantes.

Dito isso, fica cada vez mais claro que os enunciados doutrinários não se impõem só por uma questão de autoridade, não em processos decisórios democráticos. O que conta é a capacidade de persuasão no debate público, de convencimento dos demais ouvintes. “Não basta – diz Pulitanò (2001, p. 10) – aduzir unilateralmente razões a favor ou contra: necessário argumentar por que aquelas razões são consideradas prevalentes em relação a outras, que poderiam eventualmente fundar soluções diversas”.

3. Os riscos de um empirismo extremado

Ao questionar o próprio estilo argumentativo e encontrar na “orientação às consequências” um promissor veio metodológico, a doutrina se dá conta de que precisa ganhar novos ouvintes, participar da cena democrática com melhor *performance* persuasiva.

Sem embargo, vale registrar que a sondagem empírica da política de criminalização não representa a conversão espiritual da doutrina ao empirismo (como único critério possível de verdade), antes o esgotamento de um ciclo discursivo que já não empolga nem mesmo os penalistas mais ortodoxos. Um ciclo discursivo imerso,

cionalidade formal], revela-se ideológica no duplice sentido de *biased* e falsa. A pretensão de falar em nome de princípios supralegislativos ou extralegislativos pressupõe, na verdade, uma tomada de posição política.”.

para acompanhar Donini (2003, p. 10), no “idealismo ignaro dos fatos”.

Uma ciência penal orientada às consequências, no sentido mais rico da expressão, sabe reconhecer o peso da verificação empírica das teses que circulam no debate legislativo e das escolhas já realizadas, sem renunciar, porém, às referências valorativas que a Constituição é pluralmente capaz de oferecer; uma ciência que amplia o seu campo de problemas, para nele incluir, seriamente, o momento da formação das normas penais, dispondo-se a negociar diretamente com o legislador; por conseguinte, uma ciência que almeja aprimorar a sua capacidade de projeção, consciente do papel, técnico e político, que é chamada a exercer.

4. O diálogo como debate público

A reunião de todas as condições há pouco mencionadas traria, e é justo que seja assim, certo otimismo quanto a influenciar a instância política. Entretanto, desde já, advertimos que não há garantias a esse respeito. Não há nada que previna frustrações no campo da política. Tudo que a doutrina penal tem a fazer é, pois, dedicar-se a esse diálogo com responsabilidade intelectual e espírito de colaboração, sem esperar que o legislador cumpra integralmente o plano de voo.

Aliás, quando falamos em “diálogo com o legislador”, não nos referimos necessariamente à pessoa do parlamentar ou de sua agremiação política. O diálogo deve estender-se, com igual empenho, a todos os sujeitos que participam do processo decisório. O capital da doutrina cresce na medida em que consegue atingir outros personagens (mídias, instituições públicas, órgãos de classe, movimentos sociais, igrejas, organizações não governamentais, organismos internacionais, etc.).

Em suma, “diálogo com o legislador” nada mais é do que um passaporte para a cena democrática, disse-o bem Pulitanò

(2001, p. 9): “participar do jogo do legislador, mesmo como técnicos sem poder numa Comissão Ministerial ou no fórum de uma discussão pública, significa entrar no jogo da democracia”. E complementa Giuseppe Losappio (2003, p. 144): “O jurista que pretende se tornar o único e só projetista do direito, na realidade, legitima sua definitiva alienação dos laboratórios da lei; em verdade, ele mesmo entrega à política uma folha em branco”.

Da mesma forma, diálogo *com* o parlamento não quer dizer incondicionalmente diálogo *no* parlamento. Tanto melhor se existirem canais institucionais que permitam dar vazão ao pensamento doutrinário com garantias de transparência, representatividade, continuidade e recíproca autonomia. Mas a ausência de espaços formais não se pode transformar em pretexto para adiamento do diálogo, tampouco convém superestimá-la como o grande nó da questão.

O diálogo de que falamos é essencialmente *debate público* em todas as esferas de discussão, com o propósito de ecoar na instância legislativa. Tememos reduzir o problema a uma mera questão administrativa se nos fixássemos, obsessivamente, no desenho de canais institucionais. De fato, a engenharia institucional pode facilitar o encontro entre doutrina e legislador, entre ciência e política. Faltam, no entanto, é bom que se diga, iniciativas de ambas as partes. Arriscaríamos dizer, inclusive, que os acadêmicos têm presença mais regular no parlamento, notadamente nas audiências públicas conduzidas pelas comissões temáticas de cada Casa, do que deputados e senadores nas universidades. Enfim, uma *institucionalidade* bem-vinda, desde que não sufoque outros ambientes de discussão, e que se constrói sobretudo em via de mão dupla.

De uma vez por todas, o diálogo com a política não é apenas uma linha de pesquisa ou um comportamento exótico de juristas. Antes disso, é o necessário ponto

de encontro entre a velha pretensão doutrinária de exercer algum controle sobre o conteúdo da legislação penal e o princípio da democracia representativa.

Com efeito, a doutrina não deve deixar de cultivar seus enunciados teóricos, combinando-os, todavia, com provas que possam ser partilhadas (e, evidentemente, submetidas à crítica) por outros interlocutores num debate o mais amplo possível.

Concluindo: recíproca autonomia, capacidade de persuasão e de projeção, consciência do viés político da própria mensagem e o aprimoramento possível de canais institucionais formam, segundo cremos, o elenco de condições ideais para o diálogo com o legislador.

5. Quem é esse usurpador?

Falta ainda mencionar um elemento que facilita todo e qualquer processo de diálogo, que é o colocar-se na posição do outro, entender os seus pontos de vista, o seu modo de falar, de agir e de pensar.

Ajudaria muito se entendêssemos que os políticos não se definem como legisladores. Essa categoria, "legislador", parece fruto de tentativas de racionalização da política, de tornar previsível o comportamento dos agentes investidos de mandato popular, de enquadrá-los numa determinada teoria da democracia. Por essa ótica, o legislador responde aos anseios da comunidade e os traduz em forma de lei, sendo o grande magistrado dos conflitos sociais. Assim, somos instados a entender qualquer lei como resultado de uma série de condições históricas que levaram àquela decisão legislativa.

As explicações mais corriqueiras sobre o crescimento do direito penal vão todas por esse caminho. Isto é, o avanço do Estado Social, a hipersensibilidade ao risco, a influência da grande mídia ou a pressão dos grupos sociais seriam os fatores que explicariam a expansão do direito incriminador. A pessoa do legislador não teria

vontade própria, o seu comportamento é maquinal. Vai-se deixando levar por essas grandes correntes marinhas sem controle sobre o leme da embarcação. Enfim, não haveria lugar para a sorte, o acaso ou a ambição pessoal. As leis seriam determinadas de fora para dentro do ambiente parlamentar.

É triste informar, no entanto, que o mundo da política não funciona dessa forma. O "legislador" não faz parte do mundo da política. Existe o político, a personalidade pública que se submeteu ao teste das urnas, sabendo que, dali à frente, outras eleições virão. Nos regimes democráticos, o que define o político é fundamentalmente o exame eleitoral. Como nem todos os candidatos podem ser eleitos, o político é moldado pela competição a que está permanentemente submetido.

Rápido nos perguntamos se esse mundo competitivo, com regras muito particulares, não teria alguma coisa a ver com o crescimento do direito penal. Isto é, se, além das chamadas explicações sociológicas, poderíamos incluir também o instinto de sobrevivência do profissional da política. Saber se as leis penais seriam também o resultado das condições ambientais internas do parlamento.

5.1. A competição no mercado político

O clima de competição faz com que o parlamentar conviva diariamente com o adversário. Este pode ter ou não mandato eletivo e até pertencer ao mesmo quadro partidário. A quem queira entender uma personalidade política, comece por seus adversários. Este é o calo que impõe ao político a obrigação de movimentar-se, de agir, de construir, em permanente estado de alerta, as condições para preservação do seu mandato ou para a conquista de novos postos. Assim, *a hiperatividade é uma característica marcante da vida política*. O político não pode ficar parado, como se estivesse satisfeito com o atual estado de coisas. Ele é um reformador por natureza.

Encara as relações sociais e as disputas de poder sob a perspectiva da reforma. Seu discurso é sempre um discurso reformista. Recomendar ao político um período de dieta ou repouso seria mais ou menos como assinar-lhe a sentença de morte.¹¹

Daí resulta que a apresentação de projetos de lei é um dado objetivo que mede a atuação parlamentar. Por essa lógica, é tolerável que um congressista não consiga aprovar os seus projetos de lei, mas imperdoável que ele não os apresente. Se contarmos apenas os projetos de lei ordinária sobre matéria penal de iniciativa parlamentar, deputados e senadores apresentaram 955 propostas entre 2003 e 2007, conforme a tabela abaixo:

Tabela 1. Projetos de lei ordinária sobre direito penal

	Câmara dos Deputados	Senado Federal	Total
2003	205	54	259
2004	143	37	180
2005	110	41	151
2006	92	33	125
2007	199	41	240
2003/2007	749	206	955

Fonte: bases de dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Nesse agitado ambiente, clientelismo e fisiologismo são formas bastante difundidas do agir político. Sem compreendê-los, não entraríamos em capítulos decisivos da história política brasileira.¹² São, todavia, gramáticas não necessariamente utilizadas

¹¹ Assim Ferrando Mantovani (1995, p. 239): “A terceira verdade é que *leges non sunt multiplicandae sine necessitate*, com o conseqüente convite ao ‘repouso do legislador’, preferível a um legiferar sempre mais desalinhado e exaltado, porque quem semeia leis nem sempre colhe justiça.” Também Musco cultiva a esperança de uma abstinência legislativa em matéria penal pelos próximos anos. É como finaliza o seu estudo: “Na esperança, obviamente, que governo e parlamento se abstenham – a partir de hoje e pelos próximos anos – de legiferar em matéria penal.” (MUSCO, 1993, p. 183).

¹² Ver, a propósito do clientelismo e sua relação com outras “gramáticas para a relação Estado-sociedade no Brasil”, notadamente o universalismo

pela totalidade dos políticos (ou não em todos os contextos ou momentos de suas carreiras). Aquilo que o político dificilmente poderia dispensar é o senso aguçado de oportunismo e uma pequena dose de demagogia. O oportunismo libera os políticos do incômodo princípio da coerência; a demagogia ajuda na formação de alianças e na conquista do público. (Hannah Arendt (2003, p. 310) nos provoca com a seguinte reflexão: “jamais se incluiu a veracidade entre as virtudes políticas, pois ela de fato pouco contribui para esta transformação do mundo e das circunstâncias, que é uma das mais legítimas atividades políticas”).¹³ Os dois atributos não são, evidentemente, exclusivos da vida parlamentar, mas compõem um código ancestral de regras não escritas da política. E, convenhamos, o recurso ao direito penal oferece mil oportunidades para que as referidas habilidades sejam exercitadas.

5.2. Saber científico e saber político

A essa altura a dúvida não é se a ciência deve dialogar com a política, mas se esse diálogo é realmente possível. De fato, entre saber científico e saber político existem muito mais diferenças do que afinidades. Aquele busca explicar a realidade, no que se vale de descrições generalizantes e não contraditórias. Cultiva, para tanto, o rigor terminológico na formulação de enunciados teóricos, com tendência, que não é leve, ao hermetismo.

No campo da ciência, predomina a forma escrita na transmissão dos conhecimentos acumulados, de tal maneira que o diálogo entre os membros da comunidade científica transcorre basicamente por intertextualidade. Admitamos que a ciência

de procedimentos, o insulamento burocrático e o corporativismo (NUNES, 1997, p. 26-42).

¹³ Noutro trecho: “Jamais alguém pôs em dúvida que verdade e política não se dão muito bem uma com a outra, e até hoje ninguém, que eu saiba, incluiu entre as virtudes políticas a sinceridade.” (ARENDE, 2003, p. 283).

é, muitas vezes, uma experiência solitária, do intelectual refletindo consigo mesmo. A credibilidade do saber científico, não é incomum ouvir, é garantida por sua neutralidade. Trata-se, assim, de um saber apolítico, no sentido de que é indiferente à maioria.

Eis que surge não um pequeno dilema à ciência penal: à medida que o penalista se compromete com determinadas escolhas legislativas, perde, gradativamente, as suas credenciais de origem, isto é, o título de legitimação próprio do conhecimento científico; à medida que se esconde, perde a capacidade de influir.¹⁴ No primeiro caso, teríamos uma “dogmática afortunada”, à custa da laureada pureza científica; no segundo, uma “dogmática sem consequências”, todavia impoluta.¹⁵

Por outro lado, os conhecimentos e maturidade do homem público são empregados menos para explicar do que intervir na realidade. É um saber pragmático que visa a tomada de decisões. Pratica-se uma linguagem aberta, flexível, retórica, às vezes contraditória, às vezes dúbia, que

¹⁴ Tal dilema foi bem observado em Palazzo (1997, p. 695-696).

¹⁵ Os termos “dogmática afortunada” e “dogmática sem consequências” foram abordados num dos painéis de um famoso congresso transcrito em Berlim no ano de 1999, intitulado “La Ciencia alemana de Derecho penal ante el cambio de milenio, Reflexión retrospectiva y perspectivas de futuro”, tendo sido organizado pelo Instituto Max Planck. Participaram do referido painel Björn Burkhardt, Wolfgang Frisch, Francisco Muñoz Conde e Franz Salditt. Os expositores trabalharam o tema sob angulações muito diversas. Frisch (2004, p. 210, 222, 225), por exemplo, recusa-se a contrapor os conceitos de dogmática “afortunada” e “sem consequências”, mas admite que os poucos resultados obtidos pela ciência penal nas duas últimas décadas do século XX não se comparam à considerável influência exercida nas primeiras décadas do mesmo século. Embora transmita uma visão, digamos, otimista do trabalho dogmático, sente-se obrigado a reconhecer a influência modesta do conceito de bem jurídico no debate político-criminal e desenvolvimentos dogmáticos questionáveis no âmbito da Parte Especial. Franz Salditt (2004, p. 248), por sua vez, é categórico ao afirmar que “a maior fortuna de qualquer dogmática está em convencer o legislador.”

nada tem a ver, portanto, com o rigorismo da linguagem científica.

O saber político é, ademais, a antítese da neutralidade e encontra o seu título de legitimação nas maiorias que consegue formar.¹⁶ Ao contrário da ciência, só se faz política coletivamente e o modo de operar do político depende muito da oralidade. Trata-se, em poucas palavras, de um saber pragmático, retórico, oral, parcial (no sentido de tendencioso) e orientado à formação de consensos.

Mas, bem observado, o saber político não é acientífico, pois não repele as explicações provenientes da ciência, nem se apresenta como uma fonte de conhecimento rival. Apenas convive com outras formas de explicação do mundo (tradição, religião, etc.), com trânsito fluido entre essas várias narrativas. Poder-se-ia afirmar, assim, que a política é mais receptiva à ciência do que o inverso.

5.3. O tempo político e a grande mídia

Outra dificuldade de sintonia entre os dois pólos é a noção de tempo, muito mais acelerada na política do que na ciência. O tempo político é o tempo mundano dos acontecimentos, da surpresa, do aqui e agora. O tempo acadêmico, diferentemente, é o tempo da reflexão, do distanciamento. O legislador fez-se refém da velocidade dos acontecimentos e não consegue imprimir-lhes outra cadência, como faz o intelectual.

As respostas legislativas estão, pois, sempre a reboque dos acontecimentos. Censurar o parlamento só por legislar a partir de casos concretos é o mesmo que se opor à escala temporal da política. O intelectual prefere uma construção mais elaborada, não lida bem com o frescor do cotidiano.

Certo é que, seja pela mesma linguagem coloquial, seja pelo pragmatismo de fundo,

¹⁶ “[...] nem mesmo o mais autocrático tirano ou governante pode alçar-se algum dia ao poder, e muito menos conservá-lo, sem o apoio daqueles que têm modo de pensar análogo.” (ARENDDT, 2003, p. 289).

seja pela sincronicidade dos tempos, a política aproxima-se mais da mídia do que da ciência, e inicia com aquela praticamente uma relação de dependência.

Ocorre que o político, para sobreviver, precisa muito mais dos meios de comunicação do que eles do político, chegando a desprezá-lo. Leiamos essa interessantíssima passagem de Jacques Derrida (1994, p. 110):

“Se, em todas as democracias ocidentais, tende-se a não respeitar mais o político profissional, ou até mesmo o homem de partido enquanto tal, isso não se deve somente a certa insuficiência pessoal, a certo erro ou incompetência, a certo escândalo daí em diante altamente divulgado, ampliado, na verdade muitas vezes produzido, quando não premeditado, por um poder midiático. Sucede que o político torna-se cada vez mais, ou até mesmo exclusivamente, um personagem de representação midiática no exato momento em que a transformação do espaço público, justamente pela mídia, o faz perder o essencial do poder e mesmo da competência que detinha anteriormente das estruturas da representação parlamentar, dos aparelhos de partido que se ligavam a ela etc. Qualquer que seja a sua competência pessoal, o político profissional, segundo o antigo modelo, tende hoje a tornar-se *estruturalmente* incompetente. O mesmo poder midiático acusa, produz e amplia, *ao mesmo tempo*, esta incompetência do político tradicional: por um lado, subtrai-lhe o poder legítimo que detinha do antigo espaço público (partido, parlamento etc.), mas, por outro lado, obriga-o a se tornar uma simples silhueta, quando não uma marionete, no teatro da retórica televisiva. Consideravam-no ator da política; ele corre o risco frequentemente, sabe-se bem, de não ser mais do que ator de televisão.”

A grande mídia (a televisão em especial) transformou o espaço público na segunda metade do século XX – é disso que nos fala Derrida. Decorre que o legislador precisa desesperadamente dos holofotes dos meios de comunicação, pois a competição da qual participa não lhe deixa alternativa. Não é dado ao homem público desdenhar das repercussões midiáticas, positivas ou negativas, dos seus atos. Cada proposição legislativa, cada discurso inflamado, cada gesto eloquente já é, em si, um cálculo antecipado de tais repercussões.

A agenda parlamentar não estabelece, assim, um compromisso inarredável com a efetividade das soluções, pois o que interessa, muitas vezes, é simplesmente *marcar posição*. Boa parte das proposições legislativas em matéria penal atendem a essa específica finalidade declaratória. Pouca diferença faz se o projeto vai adiante ou não, se tem viabilidade ou não. É o que poderíamos chamar de *projeto-discurso*, ou seja, projeto de lei na forma, discurso efêmero na essência.

Em síntese, apontamos para um ambiente de acirrada competição que leva à hiperatividade; e nessa o legislador se deixa levar pela enxurrada dos acontecimentos; tempo político e tempo midiático parecem seguir a mesma unidade de medida; a mídia constitui, para bem e para mal, um dos maiores pontos de referência da política nas democracias ocidentais contemporâneas.

6. A sedução do direito penal

Onde entra o direito penal nessa narrativa? Por que não extravasar a hiperatividade legiferante noutros setores? De se ver, entretanto, que a inflação legislativa não é um fenômeno circunscrito à esfera penal. Fernando Sainz Moreno (2004, p. 135-136) prefere inclusive falar em “proliferação jurídica” (da qual a “proliferação legislativa” é apenas um elemento), no sentido de que “a situação atual é o resultado da conjunção da abundância de normas com

a abundância de resoluções de todo tipo, administrativas e judiciais, e com a inundação de literatura jurídica que chega a cotas inalcançáveis”.

O direito penal é, contudo, o setor em que a dita proliferação mostra suas garras mais perigosas. Da perspectiva do legislador, duas são, a nosso ver, as principais razões para o refúgio na estratégia punitiva.

Em primeiro lugar, a mensagem contida na norma penal é de fácil consumo, simples, direta, sem necessidade de ulteriores esclarecimentos.¹⁷ Note-se que Sainz Moreno (2004, p. 136), há pouco citado, entende a proliferação jurídica como resultado da “proliferação total” em que vivemos, “onde se multiplicam as informações, as criações literárias, as atuações econômicas, as doutrinas políticas, os atos sociais, as relações humanas que aparecem e desaparecem sem deixar rastro”.

Nesse hiperespaço informativo, nada mal recorrer a um mecanismo que goza de generalizada compreensão, como um leiteiro que se destaca num mar de anúncios publicitários.

Ademais, a possibilidade de se aproximar do público por meio de mensagens diretas e de fácil entendimento faz do direito penal uma ferramenta que seduz políticos dos mais diversos arcos ideológicos, podendo variar o conteúdo da prestação, não a sua natureza.

A segunda razão é que outros setores em que a comunicação com o público também é fluida começam a fechar as portas para as iniciativas do legislador ordinário. Com efeito, a Constituição brasileira prevê regras que limitam a iniciativa parlamentar ou o poder de emendar leis relacionadas à administração pública e ao orçamento, além de regular, em amplitude, áreas como tri-

¹⁷ “Quando uma sociedade decide separar aquilo que é crime daquilo que não o é, quando decide dar um nome ao mal, portanto, de dizer o bem, ela atraca em territórios altamente simbólicos que ao mesmo tempo modela e transforma.” (DELMAS-MARTY, 1992, p. 27).

butação e seguridade social.¹⁸ Por sua vez, a economia desenvolveu uma espécie de ojeiriza ao parlamento, pois recebe a proteção de trincheiras técnico-burocráticas infensas à política – é como Edson Nunes descreve o fenômeno do “insulamento burocrático”.¹⁹

No caso do direito penal, o céu é o limite. Não há nenhuma restrição especial quanto ao trâmite da proposição, nem exigência de *quorum* diferenciado. Até mesmo a apreciação da matéria pelo plenário da Casa é dispensável.²⁰

O caminho está, portanto, desobstruído à atuação genuinamente parlamentar, fato cada vez mais raro noutros importantes segmentos das relações jurídico-sociais, em que a iniciativa parlamentar não tem vida fácil.

Em suma, a *divisão total do espaço de atuação parlamentar* é um elemento decisivo para compreender a atividade legislativa no setor penal. O processo legislativo sobre

¹⁸ No caso da administração pública, falta competência ao legislador para iniciar o processo legislativo (*ex vi* dos arts. 61, § 1º, II, *a e e*, e 84, VI, *a*, da Constituição); também não se admite aumento de despesa nos projetos de iniciativa do Presidente da República, nos termos do art. 63, I, da Constituição; o orçamento não é impositivo e depende, para ser emendado, de uma série de condições previstas nos arts. 166, §§ 3º e 4º do texto constitucional. No caso do sistema financeiro, exige-se o *quorum* qualificado da lei complementar (art. 192). O mesmo vale para a instituição de outras fontes de custeio da seguridade social, observado o disposto no art. 195, §§ 4º e 5º. Quanto à matéria tributária, observem-se as restrições constantes dos arts. 146, III, 150, § 6º, 154, I, todos da Constituição. No que concerne às renúncias fiscais ou qualquer aumento de despesa, vale lembrar, ainda, as exigências previstas nos arts. 14 e 16 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal.

¹⁹ “O insulamento burocrático significa a redução do escopo da arena em que interesses e demandas populares podem desempenhar um papel. Esta redução da arena é efetivada pela retirada de organizações cruciais do conjunto da burocracia tradicional e do espaço político governado pelo Congresso e pelos partidos políticos, resguardando estas organizações contra tradicionais demandas burocráticas ou redistributivas.” (NUNES, 1997, p. 34).

²⁰ *Vide* o art. 58, § 2º, I, da Constituição Federal, o art. 24, II, do Regimento da Câmara dos Deputados e o art. 91, I, II e § 1º, IV, do Regimento Interno do Senado Federal.

direito penal, em comparação a outras matérias relevantes, é visto como um caminho desimpedido.²¹

Em relação ao total de proposições que ingressam anualmente nas duas Casas legislativas por iniciativa dos parlamentares, os projetos de lei ordinária sobre direito penal – ainda que se conjuguem com outras matérias – consomem parte considerável da energia produtiva do parlamento, conforme exposto na tabela abaixo:

Tabela 2. Projetos de lei sobre direito penal em relação ao número total de projetos de iniciativa parlamentar com ingresso anual nas duas Casas legislativas.

	Câmara dos Deputados			Senado Federal		
2003	205	2.742	7,48%	54	537	10,06%
2004	143	1.776	8,05%	37	371	9,97%
2005	110	1.559	7,06%	41	421	9,74%
2006	92	1.073	8,57%	33	345	9,57%
2007	199	2.534	7,85%	41	741	5,53%
2003/2007	749	9.684	7,73%	206	2.415	8,53%

Fonte: bases de dados da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Se dividirmos todos os projetos de lei de iniciativa parlamentar envolvendo direito penal pelo número total de projetos também de origem parlamentar, concluiríamos que, a cada 100 projetos apresentados por

²¹ O único impedimento, como sabemos, é quanto ao uso de medidas provisórias para tratar de “direito penal, processual penal e processual civil”, conforme dispõe o art. 62, § 1º, I, b, da Constituição, introduzido pela Emenda Constitucional nº 32, de 2001, consagrando anterior orientação do STF. Mesmo depois da emenda, foi criada “causa de extinção da punibilidade” via medida provisória (*vide* o art. 11 da Lei nº 10.603, de 2002), o que não deixa de ser uma burla, fôssemos rigorosos. No entanto, o STF já entendia que a vedação não se aplica a “normas penais benéficas” (Recurso Extraordinário nº 254.818/PR, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, decisão unânime em 8 de novembro de 2000). Outra questão, ainda não decidida, é saber se o referido impedimento abrange todo o trâmite

deputados, senadores e comissões parlamentares, oito tangenciam a matéria penal ($955/12.099 = 7,89\%$), o que nos parece um dado extraordinário em face da grande variedade da produção normativa.

Trata-se, não obstante, de um número simplesmente aproximativo, sobretudo porque muitos dos projetos de lei considerados também regulam outras matérias (ou seja, o instrumento penal entra apenas como elemento acessório ou coadjuvante). De qualquer forma, embora não seja uma cifra absolutamente precisa, podendo inclusive variar de ano a ano, importa tomar consciência de que, por estimativa, oito em cada 100 projetos de lei apresentados por parlamentares brasileiros teriam repercussões político-criminais.

O número seria ainda maior se agregássemos os projetos relativos a direito processual penal e direito penitenciário, matérias não só intimamente ligadas ao direito penal material, mas que também inflamam a retórica parlamentar sobre segurança pública.

7. Três características do agir político no tocante à matéria penal

Sempre tentando captar a perspectiva do legislador, temos de considerar três características, não diríamos irremovíveis, mas fortemente consolidadas do agir político no tocante à produção do direito penal. Ignorá-las seria um erro da doutrina;

legislativo, de modo a proibir a modificação da medida provisória por emendas parlamentares que introduzam dispositivos penais (projeto de lei de conversão). Em nossa opinião, o *juízo de urgência* que fundamenta a edição das medidas provisórias e o célere processo legislativo que lhe sucede são incompatíveis com a reforma da matéria penal. Logo, nem o texto original da medida provisória pode criar ou modificar normas de direito penal, nem o produto do correspondente processo legislativo. Identificamos algumas leis originárias de medidas provisórias que ganharam relevância penal no curso da apreciação legislativa, a exemplo do art. 9º da Lei nº 10.684, de 2003, do art. 14 da Lei nº 11.076, de 2004, do art. 54 da Lei nº 11.484, de 2007, e do art. 5º da Lei nº 11.705, de 19 de junho de 2008.

moderá-las, um objetivo legítimo do diálogo com o legislador.

Primeira. *O legislador não tem visão do todo do sistema normativo penal.* Como regra, as proposições legislativas miram um problema específico, para o qual julgam ter uma solução melhor do que a prevista na legislação vigente. O foco reduz-se ao dispositivo (ou conjunto de dispositivos) que representa um obstáculo às pretensões reformistas. São pouco contabilizadas as contradições que daí poderão advir em nível mais geral. Isso também vale para as lacunas legislativas, quando o interesse reformador resume-se a dar conta daquele vazio pontualmente identificado.

Dito de outro modo, para o legislador o “sistema jurídico” é uma quimera. Tudo o que consegue ver são fragmentos ou dificuldades concretas. Resolver o problema ou atender à expectativa que deu origem à proposição legislativa é o que importa. As exigências de equilíbrio sistêmico assumem um papel secundário na reflexão que encoraja a apresentação da proposição legislativa.

Logo, após a sucessão de muitas reformas esparsas, vemos multiplicarem-se os chamados “subsistemas penais”, expressão doutrinária que conserva um resquício da ideia de sistema para descrever – é curioso – um fenômeno essencialmente assistêmico.

Segunda. *O legislador não tem, necessariamente, compromisso com a efetividade do produto normativo.* É que, ao legislar sobre direito penal, atua muito mais no plano simbólico do que no real. Exemplo disso são as muitas proposições legislativas que propõem aumento de pena. Sabe-se da duvidosa eficácia dessa estratégia e, mesmo assim, não são poucas as iniciativas que enveredam pelo simples recrudescimento da resposta punitiva.

Em reforço dessa afirmação convém sublinhar, ainda, o fato de que o legislador não está implicado diretamente no processo de efetivação do conteúdo normativo. Ou seja, não figura na ponta do sistema penal.

(Em contrapartida, outros atores com responsabilidades mais avançadas, como polícias, autoridades carcerárias, magistratura, ministério público, etc., afluem ao processo legislativo e, nem por isso, traduzem suas demandas sempre em termos de efetividade). Outras instâncias serão cobradas pelos problemas relacionados à gestão penitenciária, e o legislador, até onde sabemos, não desenvolveu para com elas o nobre sentimento da solidariedade.

Além disso, temos de reconhecer que o parlamentar não responde politicamente pelo insucesso da legislação penal. Responde, sim, pela lei recém aprovada, pelo estardalhaço criado, pela atenção dedicada a grupos sociais, mas não pela mesma lei submetida, mais tarde, ao duro teste da realidade. Com o passar do tempo, já não conseguimos mais lembrar a paternidade da lei penal.

Não se trata, agora, de um problema com os enunciados teóricos, senão falta de memória política. Falando de direito penal, o eleitor não avalia o candidato pelo grau de eficiência das leis que ele ou seu partido conseguem emplacar. Assim, é o que nos parece, os desdobramentos futuros jogam um papel secundário no debate legislativo acerca da matéria.

Tomando de empréstimo termos de La Spina (1989, p. 201-203), poderíamos afirmar, enfim, que a “externalidade da decisão legislativa” (suas consequências práticas ulteriores) não impressiona muito o legislador penal. Não falta razão a Musco (1991, p. 14) ao dizer que o objetivo da ação parlamentar é o de “estimular nova confiança no sistema, de influenciar o nível da moral corrente, de fazer fermentar na opinião pública a consciência da capacidade de prestação do poder legislativo”, questão menor se, ao fim e ao cabo, os problemas permaneçam onde sempre estiveram ou até se agravem, uma vez que a responsabilidade pelo fracasso pode ser transferida a outros órgãos. Dessa forma, a criminalização acaba como opção “de

fuga da dimensão real dos problemas por governar” (MUSCO, 1991, p. 8).

Terceira. No desenho da norma penal incriminadora, o legislador leva em conta sobretudo a natureza do ataque. As discussões teóricas não conseguem competir com a imagem implacável da conduta ofensiva que se quer deter. É ela que ativa a consciência do legislador para a necessidade de reforma e seria estranho, mais tarde, seguir outros critérios menos persuasivos na confecção do tipo penal. A doutrina identifica no bem jurídico o núcleo em torno do qual devem gravitar todos os demais elementos da conduta a ser tipificada. Na cabeça do legislador, porém, o *leitmotiv* é a ação concreta por criminalizar.

De consequência, mesmo que a conduta já esteja prevista num tipo penal, é necessário explicitá-la, com todos os seus caracteres, em norma específica – tal é o ideal das respostas legislativas às novas formas de criminalidade. Sucede que uma série de condutas ganha autonomia no rol do direito incriminador, embora, no fundo, sejam expressão autêntica do *more of the same*, uma política criminal de redundâncias.²²

8. A ciência da legislação penal e a chamada “orientação às consequências”

Há pouco comentávamos a necessária ampliação do campo de problemas da ciência do direito penal, para nele incluir as questões relacionadas à formação do ordenamento jurídico-penal. Tradicionalmente, as contribuições de *lege ferenda* situam-se na esfera de competência da política criminal, disciplina que participa do chamado “modelo integrado de ciências penais”.

As três ciências auxiliares – criminologia, política criminal e direito penal – soma-

²² De acordo com Fiandaca (1995, p. 28), os processos contemporâneos de recodificação não provocam tantas rupturas em relação ao código que se quer suplantá-lo, pois “as verdadeiras novidades não se referem à escolha dos valores tuteláveis enquanto tais: antes, são tipificadas novas formas de agressão a bens jurídicos em larga medida já consolidados.”

riam esforços para atuar em todas as frentes do problema criminal. A cada disciplina uma função estática e analiticamente bem definida: estudos criminológicos empíricos (momento explicativo) dão suporte a decisões político-criminais (momento decisivo) que serão postas em prática pelo direito penal (momento operativo) (Cf. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, 1992, p. 97-98). Como se vê, as disciplinas realizam bem a troca de turno, estão integradas, embora não se misturem nem se toquem.

A questão é se o referido modelo ajuda a aquecer o diálogo com a instância legislativa. Uma ciência do direito penal orientada às consequências vale-se, como já afirmamos, de argumentos empíricos na defesa dos seus pontos de vista, no mesmo passo em que refina sua vocação projetista – aspectos cruciais da renovação do seu estilo argumentativo e modo de agir. Não está interessada, portanto, em zoneamentos arbitrários e obsoletos que lhe restrinjam os instrumentos de investigação.

Nesse sentido, o aproveitamento do modelo integrado condiciona-se à flexibilização dos limites disciplinares e à constante fricção dos referidos campos, de tal ordem que não soe absurdo dizer que o direito penal é *também* criminologia e política criminal.

A divisão estanque dos mencionados campos tem servido, tão-somente, ao tecnicismo e ao conseqüente autismo do jurista. Na medida em que a criminologia passa a observar o funcionamento do sistema penal (que, de usufrutuário, passa a ser objeto dos estudos criminológicos²³), já não seria razoável vê-la apenas como disciplina auxiliar, isso se pensarmos o direito penal como ciência capaz de produzir autocríticas.

Sem investigações criminológicas, a crítica doutrinária ao crescimento do direito penal tende a repetir as mesmas críticas de sempre, razão pela qual não custa dobrar a aposta de De Francesco (1975, p. 51) na

²³ Cf. Baratta (1988, p. 50; 1999, p. 109-106); Larrauri (1992, p. 25-38).

“improrrogabilidade de uma mais estreita colaboração entre direito penal e criminologia”.

Na outra extremidade, a conhecida figuração lisztiana do direito penal como “barreira intransponível da política criminal” (LIZST, 1905 apud SILVA SÁNCHEZ, 2000, p. 17) (que, em última análise, é uma metáfora de guerra duradoura entre os dois polos) foi perdendo o vigor de outrora. Propunha-se, em troca, sobretudo a partir de um famoso ensaio de Roxin, de 1970, a releitura do direito penal em conformidade com os fins político-criminais (sistema teleologicamente orientado).

No pensamento de Roxin, o direito penal busca unidade quanto aos escopos da política criminal, sem o que não seria possível superar o pernicioso alheamento dogmático da realidade circundante.²⁴ E Pulitanò (1993, p. 1213) vai ainda mais longe, ao defender que o estudo do direito penal não se deve limitar à construção de ordenamentos normativos coerentes com escopos prefixados, mas chegar à própria definição dos escopos: “não se vê qual sentido há em ficar no meio do caminho, incorporando ao território da ciência *jurídica* o problema *técnico* da construção de

²⁴ Opondo-se à dicotomia lisztiana, Roxin (2000, p. 17-28) alerta que o desencontro entre direito penal e política criminal (vem a ser: o que é dogmaticamente correto pode ser político-criminalmente errado, como também o que é dogmaticamente errado pode ser político-criminalmente correto) gera, na verdade, a desvalorização do próprio pensamento sistemático. Em vez disso, é preciso que as decisões valorativas da política criminal sejam introduzidas na *ratio* do sistema do direito penal. Assim, conclui que submissão ao direito e adequação aos fins político-criminais não são opostos inconciliáveis. Sempre de acordo com Roxin, a unidade sistemática entre direito penal e política criminal deve ser realizada na construção da teoria geral do delito. Um sistema fechado isola a dogmática das decisões valorativas político-criminais e, conseqüentemente, da realidade social. Daí que o pensamento sistemático deve buscar três qualidades essenciais: a) ordem e clareza conceitual; b) proximidade à realidade; c) orientação por fins político-criminais. Repercussões e críticas às propostas de Roxin em De Francesco (1975, p. 54-58); Tagliarini (1976, *passim*); Pulitanò (1985, p. 91-92); Bricola (1988, p. 3-13); Moccia (1989, *passim*).

ordenamentos adequados ao escopo, e não também os problemas de determinação dos escopos”.

Em Roxin, temos o primado da política criminal sobre o direito penal; em Pulitanò, direito penal e política criminal constroem-se em contínua unidade.

Não faltaram, assim, esforços teóricos respeitáveis que terminaram por relativizar os limites formais entre os campos citados. Perguntamo-nos, contudo, se o diálogo com o legislador penal pediria um *locus* epistemológico próprio.

Embora seja uma resposta demasiado óbvia, não conseguimos pensar senão na área de interseção dos três conjuntos até aqui analisados, isto é, no ponto ótimo de aproveitamento das contribuições oriundas dos saberes empírico, heurístico e normativo. Que se queira dar um nome específico a essa região, parece-nos um direito legítimo daqueles que se vêm dedicando ao estudo das relações entre política e ciência penal.

A propósito, entre os penalistas italianos, ganham força os termos “ciência da legislação” ou “teoria da legislação”. Num escrito de 1985, Marinucci (1985, p. 329) concluiu que “a doutrina italiana [...] começou finalmente a pôr os pés na teoria da legislação penal”. E logo adiante esclarecia o que estaria abarcado no referido campo de estudo: “a técnica de formulação dos tipos penais, os problemas do controle das escolhas legislativas, os incertos equilíbrios entre os poderes do Estado (papel do Parlamento, da Corte Constitucional, da magistratura ordinária), as conexões com as funções da pena [...]”.

Noutro escrito em que se discutem os problemas metodológicos da codificação penal, Marinucci e Dolcini (1992, p. 386) reclamam a ciência da legislação como “ponto de encontro das pesquisas comparatísticas, jurisprudenciais e criminológicas”. Fiandaca e Musco (1994, p. 36) associam à ciência da legislação o conhecimento aplicado à elaboração de leis com lastro em dados empíricos e criminológicos: “na

Itália, faltam quase que completamente pesquisas de caráter empírico úteis à ciência da legislação”.²⁵ Na mesma linha, Vincenzo Militello (2003, p. 213) afirma que “um conhecido cânone de ciência da legislação penal impõe que as incriminações se conformem aos caracteres empírico-criminológicos que pretendem contrastar”. Donini (2004a, p. 65) também visualiza a ciência da legislação pelo uso articulado de dados empíricos na projeção das leis, isto é, pelo “ingresso de *saberes novos, saberes empíricos*, que concernem às noções e dados que o projeto legislativo deve considerar em *input*, em vista dos resultados prefixados por alcançar”.

Quais conclusões poderíamos tirar dos excertos acima? Em primeiro lugar, vemos claramente que, pelo menos no âmbito da doutrina penal italiana, o termo “ciência da legislação” está muito ligado às exigências de fundamentação empírica do provimento legislativo, provavelmente para marcar a diferença em relação aos argumentos puramente valorativos do constitucionalismo penal.

Como dissemos, o respaldo empírico da decisão legislativa constitui o núcleo da “orientação às consequências”, cujo objetivo é diminuir a distância estrutural entre *meios* e *fins*, e, principalmente, entre *fins* e *efeitos*. La Spina (1989, p. 195) explica o raciocínio subjacente à tentativa de “controle dos efeitos” da decisão legislativa: “prever os tempos, a quantidade, os fatores de distúrbio, as repercussões ulteriores de certos efeitos, como também a congruência entre estes e os escopos. [...] as hipóteses de relações causais, os procedimentos de controle e de aceitação de tais hipóteses”.

A premissa é a de que quanto mais dados instruírem o processo legislativo,

²⁵ Todo o trecho: “A projeção legislativa dos tipos penais é o mais das vezes carente sob o aspecto dos conhecimentos empíricos e criminológicos que deveriam constituir indispensável suporte de uma intervenção penal cientificamente orientada: na Itália, faltam quase que completamente pesquisas de caráter empírico úteis à ciência da legislação”.

seja para confirmar, seja para rejeitar uma determinada estratégia, menor o desvio em relação ao alvo. Ou seja, o controle crítico do conteúdo das leis penais viria na forma de controle prévio possível dos efeitos da política de criminalização. A ciência da legislação é vista, pois, como escoadouro das informações multidisciplinares que servirão de baliza empírica à construção das normas e institutos de direito penal.

Naturalmente, parte-se do cálculo de que, no atual quadro de expansão do direito penal, o legislador faz pouco caso das consequências das leis aprovadas. Outros elementos seriam muito mais valorizados na opção pela estratégia punitiva. Por isso, oferecer previsões realísticas sobre os efeitos da medida que se cogita adotar teria, presumivelmente, um efeito moderador sobre toda a legiferação no campo penal. A simples relação de conformidade entre *meios* e *fins* não dispõe da mesma capacidade de contenção.

Os “efeitos” (verificados ou prognosticados) teriam o poder de desqualificar tanto os meios penais quanto os fins político-criminais declarados numa determinada medida ou proposta legislativa. Afinal de contas, qual melhor argumento para criticar o uso perdulário da ferramenta penal do que estampar a sua limitadíssima eficiência? Qual outro argumento mais poderoso para retrucar o legislador em sua obsessão por novas leis penais?

Remanesce, porém, a perturbadora dúvida se o poder da *empirical proof* não fora superestimado nas contas de quem defende uma guinada às consequências. (Hannah Arendt (2003, p. 287) recorda, a propósito da relação entre política e verdade, que “as possibilidades de que a verdade fatural sobreviva ao assédio do poder são de fato por demais escassas; aquela está sempre sob o perigo de ser arditosamente eliminada do mundo, não por um período apenas, mas, potencialmente, para sempre”).²⁶ Trata-se,

²⁶ Adiante: “a verdade fatural, se porventura opõe-se ao lucro ou ao prazer de um determinado grupo,

em todo caso, de uma dúvida impossível de ser eliminada antes que a doutrina penal possa dizer, com autoridade, que já tentou esse caminho.²⁷

Por outro lado, como dissemos em tópico precedente, o modo de pensar orientado às consequências não afasta completamente o risco de um racionalismo empírico extremo, que despreze o plano dos valores constitucionais como também o fato de que outras formas de racionalidade comparam ao processo legislativo em matéria penal.²⁸ Substituiríamos a tirania dos valores pela tirania das pesquisas empíricas. Tirania esta que, dissimuladamente, faça crer que a seleção dos fatos observados segue critérios imparciais e que sua inserção num certo enredo explicativo independe das pré-compreensões do pesquisador. Noutras palavras, o risco de prevalecer, mais uma vez, o monólogo nos contatos com a política.

Como a concebemos, a ciência da legislação aplicada ao direito penal deve desen-

é acolhida hoje em dia com maior hostilidade que nunca". "[...] a verdade fatural não é mais auto-evidente do que a opinião, e essa pode ser uma das razões pelas quais os que sustentam opiniões acham relativamente fácil desacreditar a verdade fatural como simplesmente outra opinião" (ARENDDT, 2003, p. 293,301).

²⁷ Depois de colocar alguns senões à "orientação às consequências", Hassemer (1984, p. 35) conclui: "Não se poderá obter nunca uma resposta totalmente precisa à pergunta acerca do grau de influência que a orientação às consequências do sistema penal possa alcançar sobre a práxis, porém resulta evidente que o Direito Penal moderno, sim, orienta-se às suas consequências e que esta dinâmica se fortalece na atualidade. Esta tendência afeta antes de tudo o *legislador penal*."

²⁸ Sobre as várias formas de racionalidade possivelmente presentes numa única decisão legislativa, confira La Spina Antonio (1989, p. 179-220). "A racionalidade, ou melhor, cada uma das formas de racionalidade ainda por especificar, refere-se, assim, sobretudo aos comportamentos dos atores, antes do que ao seu resultado – a específica lei. É sobre a base dos critérios dos quais os atores são portadores que tal resultado será considerado mais ou menos racional [...] Cada uma das racionalidades há, na verdade, em sede heurística e explicativa, idêntica dignidade em relação às outras e aspira receber igual consideração." (LA SPINA, 1989, p. 179). Noutro trecho: "Se o provimento obtido responde perfeitamente àqueles pleiteados

volver em primeiro lugar uma sensibilidade comunicativa. Não é bastante, pois, a dedicação a estudos empíricos que embasem excelentes proposições legislativas com respaldo constitucional. Saber *o que* propor é uma etapa fundamental, talvez a mais laboriosa, mas, além dela, está o problema de como, *quando*, *com quem* ou *contra quem* propor (racionalidade comunicativa).

Significa ter a consciência de que intervir no processo deliberativo parlamentar também exige habilidade persuasiva e senso de oportunidade. Para que tais qualidades tenham lugar, é preciso descobrir o parlamento. Fazê-lo um objeto de persistente observação. Tornar-se fiscal da agenda parlamentar. Avaliar e acompanhar o fluxo das proposições, medir a qualidade e a intensidade do debate sobre a matéria penal, conhecer o terreno onde se está pisando, vale dizer, a nossa realidade legislativa.

Se for assim, a ciência da legislação, que tem pela frente a tarefa de despertar o talento comunicativo da doutrina penal, deve-se apoderar do material produzido no processo legislativo (projetos, emendas, requerimentos, pareceres, votos em separado, notas taquigráficas, etc.) para que sirva de insumo à reflexão científica. Quando submetido a uma análise sistemática e minuciosa, referido material pode antecipar tendências reformistas, inspirar construções alternativas, guiar as pesquisas empíricas, receber já uma primeira confrontação constitucional, em suma, pontuar o

por nós, seremos propensos a defini-lo como racional, e a sustentar tal juízo com argumentos trazidos por outras *r* [racionalidades]. Mas o que acontece quando nós somos mais perdedores do que vencedores? A resposta mais imediata consiste em deslegitimar o sucesso do adversário com qualquer argumento a nossa disposição, apresentando-o como injusto, iníquo, danoso para o bem comum, fruto de desenhos obscuros, e assim por diante (Idem, p. 213-214). La Spina (1989, p. 217, 220) reconhece a escassez de avaliações sobre as consequências das leis penais, mas, mesmo assim, não deixa de enfatizar que todos os tipos de racionalidade por ele analisados (formal, orientada aos escopos, material e orientada aos valores) têm lugar na reforma da legislação penal.

diálogo com o legislador em termos mais pragmáticos.

Trata-se de um manancial de informações até agora desprezado pela doutrina penal ou, quando muito, ressuscitado para desvendar a suposta vontade do legislador por meio da chamada interpretação histórica. A verdade é que falta à cultura jurídica como um todo a devida atenção aos documentos legislativos, talvez pela carência de metodologia adequada para recolher e conectar os registros. Como sugestões ainda muito preliminares para um trabalho do gênero, todo por construir, parecem-nos decisivas a análise em bloco de proposições afins e a velocidade da crítica.

Sempre que possível, conviria comparar os diversos projetos de lei sobre um determinado tema, de sorte a identificar as tendências em formação. O esforço é para que a crítica doutrinária possa ser aproveitada no curso do processo legislativo, chegando aos interlocutores antes da decisão final. Opiniões extemporâneas, infelizmente, não contam no processo político decisório.

Com efeito, o trabalho parlamentar que precede a tomada de decisões, bem garimpado, torna-se uma fonte primária de dados sobre direito penal por vir. Precisamos escutar o que os documentos legislativos estão querendo dizer. Por isso, a relevância de fiscalizar a agenda deliberativa dos congressistas. Hoje, os estudos de ciência da legislação penal estão voltados quase que exclusivamente para a *organização da normativa penal*, o que passa por definir, à distância, o espaço ideal do código e da legislação complementar no inteiro sistema.²⁹ Logo, um trabalho de grande arquitetura. Não menos relevante, porém, é a atuação de varejo, tema por tema, como eles aparecem nas propostas parlamentares do dia-a-dia.

A atuação da doutrina penal não deveria cingir-se, pois, à reforma do código, momento de notável visibilidade, mas tam-

²⁹ Sobre o tema, reenviamos a Silveira (2010, passim).

bém acompanhar o incessante processo de transformação da matéria criminal.

Em nosso modo de compreender, a ciência da legislação discutiria tanto as grandes arrumações do sistema jurídico-penal quanto reparos, por exemplo, no instituto da prescrição³⁰, bem como a defesa de um *quantum* razoável para o limite máximo de cumprimento da pena privativa de liberdade³¹

³⁰ O instituto da prescrição penal tem sido objeto de duras investidas parlamentares. Entre 2003 e 2007, pudemos verificar 32 projetos de lei que alteravam de alguma forma o regime prescricional, 19 oriundos da Câmara dos Deputados, 13 do Senado Federal. Pela leitura das proposições, percebia-se claramente uma inquietação quanto ao sistema vigente. Havia um número expressivo de tentativas de esticar o prazo de validade da pretensão punitiva estatal, de modo a livrar o processo penal do “inconveniente” obstáculo. Pouco se escreveu a respeito das modificações propostas. Nenhuma alternativa foi colocada à mesa por parte dos segmentos doutrinários, tampouco esforços para explicar a razão de ser das modalidades prescricivas. O resultado era mais do que previsível, culminando na Lei nº 12.234, de 2010, que extinguiu a prescrição retroativa.

³¹ O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade, hoje fixado em 30 anos, conforme dispõe o art. 75 do Código Penal, não é, definitivamente, uma unanimidade no parlamento brasileiro. Na Câmara dos Deputados, em 2008, contávamos 15 proposições que estabeleciam outro parâmetro (35, 40, 45, 50 ou até 60 anos). No mesmo período, 7 projetos seguiam o mesmo caminho no Senado Federal. Embora boa parte das proposições tenha sido arquivada, trata-se de um tema jamais ausente da agenda parlamentar. O Projeto de Lei do Senado nº 66, de 2003, que aumentava o tempo máximo para 40 anos, chegou a ser aprovado na Casa de origem, depois arquivado na Casa revisora. A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados teve ainda a oportunidade de pronunciar-se pela inconstitucionalidade dos Projetos de Lei nº 2.503, de 2000, e 6.578, de 2002, alegando a impossibilidade de adoção de penas de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b, da Constituição). Ao lado da tese constitucional, encontramos, noutros documentos, referências à “expectativa de vida dos brasileiros” e a assertiva de que tal estratégia “não produz efeitos práticos”. Longe de alarmismo, a análise conjunta das proposições (algumas pendentes de deliberação) revela a insistência da proposta ao longo dos anos, como se estivesse à espreita de uma melhor oportunidade. Seria o caso, pois, de qualificar a crítica doutrinária tentando medir os impactos negativos de tal elevação sobre os números da política penitenciária brasileira.

ou das regras especiais aplicáveis ao crime continuado.³²

Em síntese, sem diminuir a tradicional função de elaborar o texto normativo conforme critérios sistematizantes de melhor técnica legislativa, sublinhamos dois outros papéis para a ciência da legislação penal, não excludentes entre si. Um, desenhar as grandes linhas da reforma penal, avançando sobre a dinâmica equação entre código e legislação especial (centro *versus* subsistemas penais); dois, fiscalizar o dia-a-dia da agenda parlamentar, colhendo pistas das principais tendências legislativas, único meio de intervir pragmaticamente nos debates em curso.

Em ambos os casos, o sucesso da empreitada depende da capacidade de comunicação da doutrina, do esforço para trazer bons argumentos que sensibilizem no momento certo os atores envolvidos, do empenho em transformar a crítica intransigente em propostas concretas e oportunas.

Quanto ao legislador especificamente, o poder de argumentação da doutrina deve fazer as contas com aquelas características reportadas no tópico precedente, quais sejam, a falta de visão do todo da legislação penal, a não responsabilização política pelo desempenho das leis aprovadas e a casuística descrição legal das inúmeras formas de ataque aos bens jurídicos.

Novamente, a análise dos documentos legislativos serviria, a nosso ver, para

³² A regra do crime continuado, prevista no art. 71 do Código Penal, também vem sofrendo frequentes ataques. Em 2008, na Câmara dos Deputados, 4 iniciativas propunham a extinção da referida causa de aumento da pena, no que resultaria a simples aplicação da soma do concurso material de crimes. Outras 5 proposições sugeriam que a aludida regra especial não fosse aplicada em relação a determinados crimes (por exemplo, crimes dolosos contra a vida, tortura, crimes hediondos, genocídio, etc.). No Senado Federal, também encontramos proposição que proibia a regra de contagem das penas na hipótese de crime continuado em relação aos crimes dolosos contra a vida. Sem querer apontar um prognóstico para o desfecho da questão, parece-nos, de qualquer modo, já bem sinalizado algum descontentamento em relação aos atuais efeitos da caracterização do crime continuado.

valorizar posições minoritárias entre os parlamentares, isto é, recuperar manifestações espontâneas de preocupação quanto ao ritmo da produção de leis penais. Nesse sentido, também seria o caso de analisar a atividade legislativa a partir daquilo que foi rejeitado, ou seja, não só o que o parlamento transformou em lei, mas igualmente as proposições reprovadas que, de alguma forma, mobilizaram o debate político.

9. *Uma última palavra a favor do diálogo*

O sobrevoo sobre as regras do mundo político e o esforço para enxergar o horizonte aberto ao legislador poderiam, talvez, qualificar esse ilustre personagem como um *usurpador*. Seria, no entanto, uma leitura equivocada e que esconde, a nosso ver, certo desconforto com a democracia.

Simplemente não vemos como a doutrina possa-se esquivar do diálogo com a política. Qual subterfúgio para recusar uma oportunidade, antes, uma responsabilidade democrática? O que está em jogo não é mais a autoridade científica da doutrina penal, mas o seu dever histórico e cultural de entrar no debate público da política criminal. “Devemos sujar as mãos” – exclama abertamente Donini (2000, p. 661).

A verdade é que o diálogo só é possível se for ao menos tentado. Sem essa tentativa, a crítica doutrinária segue renovando a sua lista de adjetivos aos produtos normativos recém lançados e à figura do “legislador”. É a teimosa preferência por uma crítica “externa e total”, expressão utilizada por Silva Sánchez (2004, p. 36,44) para censurar posições doutrinárias que pregam uma “ciência sem política”.

Sem diálogo, enfim, não se alcançam o “político” nem o modo de produção das leis penais no seu tumultuado cotidiano. Aproveitando a reflexão de Franz Salditti (2004, p. 253), “a teoria jurídico-penal se coloca diante de uma tarefa que constitui um verdadeiro desafio. Somente se aceitar este desafio poderá dizer de si mesma que é afortunada”.

Referências

- ARENDET, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. Tradução de Mauro W. Barbosa. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 2003. Título original: *Between past and future*.
- BARATTA, Alessandro. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. *Estudios penales y criminológicos*, n. 12, p. 13-68, 1988.
- _____. *Criminología crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.
- BRICOLA, Franco. Rapporti tra dommatica e politica criminale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 3-39, 1988.
- DERRIDA, Jacques. *Espéctros de Marx: o estado da dívida, o trabalho do luto e a nova internacional*. Tradução de Anamaria Skinner. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994. Título original: *Spectres de Marx*.
- DE FRANCESCO, Vittorio Gennaro. In tema di rapporti tra politica criminale e dommatica: sviluppi e prospettive nella dottrina del reato. *Archivio Penale*, Roma, ano 5, v. 31, p. 27-63, 1975. Parte 1.
- DELMAS-MARTY, Mireille. *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*. Tradução de Alessandro Bernardi. Milão: Giuffrè, 1992. Título original: *Le flou du droit. Du code pénal aux droits de l'homme*.
- DONINI, Massimo. *Teoria del reato: una introduzione*. Padova: Cedam, 1996.
- _____. La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice. *L'Indice Penale*, ano 3, n. 2, p. 657-706, maio/ago. 2000.
- _____. *Il volto attuale dell'illecito penale: la democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*. Milão: Giuffrè, 2004a. (Coleção Quaderni di diritto penale comparato, internazionale ed europeo).
- _____. Oltre il tecnicismo e l'ideologia: verso una costruzione più scientifica delle leggi penali. In: DONINI, Massimo (Org.). *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*. Atti del Convegno di Modena, 14-15 dic. 2001. Milão: Giuffrè, 2003.
- _____. Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica. In: STORTONI, Luigi; FOFFANI, Luigi (Org.). *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica della Scuola di Francoforte*. Atti del Convegno di Toledo del 13-15 apr. 2000. Milão: Giuffrè, 2004b.
- FERRAJOLI, Luigi. Il "diritto penale del nemico" e la dissoluzione del diritto penale. *Questione Giustizia*, n. 4, 2006.
- FIANDACA, Giovanni. Concezioni e modelli di diritto penale tra legislazione, prassi giudiziaria e dottrina. *Questione Giustizia*, n. 1, p. 13-55, 1991.
- _____. Relazione introduttiva. In: *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 19-20 nov. 1993. Padova: Cedam, 1995.
- FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Perdita di legittimazione del diritto penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 23-63, 1994.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3 ed. Rio de Janeiro: NAU, 2003. Título original: *La vérité et les formes juridiques*.
- FRISCH, Wolfgang. Dogmática jurídico-penal afortunada y dogmática jurídico-penal sin consecuencias. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Criminología: uma introdução a seus fundamentos teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução de Francisco Muñoz Conde e Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- HESPANHA, Antonio Manuel. Código y complejidad. *Justiça & História*, v. 1, n. 1-2, p. 329-349, 2001.
- JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão ou direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. Tradução do espanhol: *Derecho penal del enemigo*.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2 ed. México, DF: Siglo Veintiuno, 1992.
- LA SPINA, Antonio. *La decisión legislativa: lineamientos de una teoría*. Milão: Giuffrè, 1989. (Série Sociológico-jurídica, 1).
- LOSAPPIO, Giuseppe. La riforma del diritto penale. Codice e leggi penali speciali: "critica rimozionale", "codificazione", "poli-centrismo". *L'Indice Penale*, ano 6, n. 1, p. 109-145, 2003.
- MANTOVANI, Ferrando. Sulla perenne esigenza della codificazione. In: *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di diritto comparato e penale dell'Università di Firenze, 19-20 nov. 1993. Padova: Cedam, 1995.

_____. Il principio di offensività nello schema di delega legislativa per un nuovo codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 313-337, 1997.

MARINUCCI, Giorgio. Relazione di sintesi. In: STILE, Alfonso M. (Org.). *Bene giuridico e riforma della parte speciale*. Nápoles: Jovene, 1985.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Note sul metodo della codificazione penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 2, p. 385-418, 1992.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. Introducción. In: SEMINÁRIO LA PROLIFERACIÓN LEGISLATIVA, UN DESAFÍO PARA EL ESTADO DE DERECHO. Madrid: Civitas, 2004.

MILITELLO, Vincenzo. Partecipazione all'organizzazione criminale e standards internazionali d'incriminazioni. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 184-223, 2003.

MOCCIA, Sergio. Sui principi normativi di riferimento per un sistema penale teleologicamente orientato. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 3, p. 1006-1024, 1989.

MUSCO, Enzo. Diritto penale e politica: conflitto, coesistenza o cooperazione. In: BASSIOUNI, M. C., LATAGLIATA, A. R.; STILE, A. M. (Org.). *Studi in onore di Giuliano Vassali*. Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale 1945-1990. Milão: Giuffrè, 1991. v. 2. (Politica criminale e criminologica procedura penale).

_____. A proposito del diritto penale "comunque ridotto". In: PEPINO, Livio (Org.). *La riforma del diritto penale: garanzie ed effettività delle tecniche di tutela*. Milão: Franco Angeli, 1993.

NUNES, Edson. *A gramática política do Brasil: clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

PALAZZO, Francesco. Scienza penale e produzione legislativa: paradossi e contraddizioni di un rapporto problematico. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 2, p. 694-735, 1997.

PRITTWITZ, Cornelius. O direito penal entre direito penal do risco e direito penal do inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 31-45, mar./abr. 2004.

PULITANÒ, Domenico. Política criminal. *Enciclopedia del Diritto*, Milão, n. 34, p. 73-100, 1985.

_____. Quale scienza del diritto penale? *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 4, p. 1209-1237, 1993.

_____. Nel laboratorio della riforma del codice penale. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 3-26, 2001.

_____. Il laboratorio del giurista: una discussione su strumenti e scopi. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milão, n. 1, p. 108-140, 2003.

RESTA, Federica. Nemici e criminali: le logiche del controllo. *L'Indice Penale*, ano 9, n. 1, p. 181-227, jan./abr. 2006.

RIVACOBAY RIVACOBAY, Manuel de. Introducción al estudio de los principios cardinales del derecho penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 8, n. 32, p. 39-54, out./dez. 2000.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Título original: Kriminalpolitik und strafrechtssystem.

SAINZ MORENO, Fernando. El legislador racional y la predecibilidad de la conducta humana. In: SEMINÁRIO LA PROLIFERACIÓN LEGISLATIVA, UN DESAFÍO PARA EL ESTADO DE DERECHO. Madrid: Civitas, 2004.

SALDITT, Franz. Dogmática afortunada y dogmática sin consecuencias. In: MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Política criminal y persona*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

_____. Sfide scientifiche e sfide politiche della scienza del diritto penale. In: STORTONI, Luigi; FOFFANI, Luigi (Org.). *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo: l'analisi critica della Scuola di Francoforte*. Atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000. Milão: Giuffrè, 2004.

SILVEIRA, Fabiano Augusto Martins. A Constituição e o princípio da ofensividade penal vinte anos depois. In: DANTAS, Bruno (Org.) et al. *Constituição de 1988: o Brasil 20 anos depois*. Brasília: Senado Federal, 2008. v. 1.

_____. Modelos de distribuição da normativa penal: o papel do Código e dos subsistemas penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 82, p. 48-87, jan./fev. 2010.

TAGLIARINI, Franco. Política criminal e sistemática giurídico-penal nel pensiero de Claus Roxin. *L'Indice Penale*, Padova, p. 347-360, 1976.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ Instituto Carioca de Criminologia, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico, n. 14).

O MPDFT passado, presente e futuro

Evolução de garantidor da lei (Promotor Júpiter) para protetor do interesse público primário (Promotor Hércules e Hermes)

Paulo José Leite Farias

Sumário

Introdução. 1. Modelos ideais de membros do Ministério Público: os promotores Júpiter, Hércules e Hermes de François Ost. 2. Retrato passado da atuação ministerial: promotor Júpiter (garantidor da letra da lei). 3. Ministério Público e a Constituição Federal de 1988: promotor Hércules/Hermes (fiscalizador das políticas públicas). 4. Uma nova perspectiva para análise da atuação do MP: protetor do interesse público primário. 5. O MPDFT entre Hércules e Hermes: o TAC de regularização fundiária e as ACPs contra o VLT.

Introdução

A Constituição de 1988 consagrou extensas atribuições ao Ministério Público, entre elas, a fiscalização das políticas estatais. O panorama mais significativo para o Ministério Público surgido após a Constituição de 1988 foi, sem dúvidas, o da modificação de sua condição de “Defensor do Rei” para a de legítimo “Defensor da Sociedade”, constituindo-se ouvidor e defensor dos direitos do povo. Essa função, no entanto, ainda está por se realizar de forma eficiente, haja vista que, mesmo após 22 (vinte e dois) anos de vigência da Carta Política Cidadã, a população ainda não tem pleno conhecimento das funções ministeriais.

Sem dúvida, é função do Ministério Público a proteção do interesse público primário. Nesse sentido, coube ao Ministério Público a definição das balizas para decisões

Paulo José Leite Farias é Pós-doutor pela Boston University (EUA). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público - IDP e do IESB-DF.

políticas fundamentadas no assim denominado “interesse público”¹. Conforme Faria (1993a, p. 66), uma decisão política seria de interesse público quando visasse beneficiar “todos os cidadãos, se não imediatamente, pelo menos, a médio e longo prazo” e que fossem identificadas por todos “como ‘boa’ para si num primeiro momento”. Nessa perspectiva, uma ação estatal, justificada por esse intuito, seria aquela que estivesse de acordo com diferentes aspirações individuais e, para a qual, houvesse consenso mínimo quanto aos procedimentos adotados².

Deste modo, no aniversário de 50 (cinquenta) anos do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), esta pesquisa foi desenvolvida com o objetivo de identificar a existência ou não de um modelo de atuação típico do Promotor de Justiça brasileiro, no exercício de sua atividade de fiscal das políticas públicas, com base no modelo ideal de juízes elaborado por François Ost³, transposto para as atividades do Ministério Público.

¹ O interesse público é aquele que atende ao interesse da generalidade dos habitantes de um país, é social e historicamente condicionado e contrapõe-se aos interesses particulares de cada um dos cidadãos e de cada um dos grupos econômico-sociais (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, p. 642). É importante ressaltar que não interessa a este trabalho reproduzir os diversos sentidos atribuídos pela doutrina ou pela ciência política ao interesse público. O intuito é, de fato, verificar como essa categoria de interesse molda o Ministério Público do presente e do futuro. Nesse aspecto, importante destacar que parte da doutrina diferencia o interesse público em primário e secundário. O primário representa o interesse social, o interesse comum do povo (esse a cargo do advogado da Sociedade MP); o secundário representa especificamente o interesse do Estado com aparato organizativo autônomo (ALESSI, 1978, p. 226-227).

² Segundo o mesmo autor (FARIA, 1993b, p. 66), “é por essa razão que os procedimentos balizadores da produção do interesse público, sob a forma de políticas governamentais, costumam ser expressos por meio de princípios gerais formulados em bases suficientemente amplas e capazes de corresponder aos mais variados interesses particulares no âmbito de uma sociedade livre e competitiva”.

³ François Ost (1993) expõe esse modelo no seguinte artigo: “Júpiter, Hercules e Hermes: tres modelos de

A hipótese inicial é a de que o Ministério Público, em especial o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), cada vez mais assume funções de Hércules e Hermes (raciocínio jurídico está pautado por um modelo não lógico-formal de direito). Esse modelo seria contraposto idealmente, como se verá mais adiante, ao Promotor Júpiter elaborado por Ost (1993, p. 172-176). O modelo Promotor Júpiter estava vinculado originalmente à função do Ministério Público de garantidor da letra da lei.

No intuito de testar a hipótese deste estudo, a pesquisa foi estruturada em quatro etapas. Na primeira, apresenta-se o marco teórico de François Ost, mostrando as características dos tipos ideais Promotor Júpiter, Hércules e Hermes. Na segunda, apresenta-se um breve histórico da origem do MP, destacando seu papel de garantidor da letra da lei (*custos legis*). Na terceira, por sua vez, faz-se o retrato presente do MP à luz da Constituição de 1988, enfatizando o seu papel de fiscal das políticas públicas. Por fim, propõe-se uma nova perspectiva para a análise da atuação ministerial nos 50 (cinquenta) anos de atividade do MPDFT, enfatizando o papel do Ministério Público de protetor do interesse público primário na análise de dois casos: o procedimento de regularização dos loteamentos irregulares que culminou no TAC n. 02/2007 e as ações civis públicas movidas pelas Promotorias do Meio Ambiente, da Ordem Urbanística e do Patrimônio Público contra o Veículo Leve sobre Trilhos (VLT) em 2008 e 2009.

Ao final, apresenta-se a conclusão da análise, retomando considerações formuladas nos itens 1, 2 e 3. Verifica-se a ocorrência da hipótese inicial do trabalho, qual seja, o MPDFT atua, predominantemente, a partir de um modelo que mistura as atribuições de Hércules e Hermes, podendo

juizes”. Ele será analisado pelo item 1 deste trabalho. Outro interessante trabalho sobre o Poder Judiciário que se baseou no modelo de Ost é a dissertação de Mestrado de Camila Duran-Ferreira (2008).

ser melhor caracterizado no futuro como protetor do interesse público primário, não obstante continue atuando como Júpiter na defesa da letra da lei.

1. Modelos ideais de membros do Ministério Público: os promotores Júpiter, Hércules e Hermes de François Ost

Tratar da caracterização do Ministério Público nos dias atuais é falar sobre um dos mais importantes atores do cenário institucional do Brasil. Não é sem propósito que diariamente a mídia noticia algum fato no qual membro do Ministério Público é o personagem principal na defesa dos interesses públicos primários da sociedade brasileira.

No intuito de investigar a forma pela qual o Ministério Público do Distrito Federal atua na defesa da implementação de uma modalidade específica de política, propõe-se uma análise empírica que parte de três modelos de juízes elaborados por François Ost (1993): Júpiter, Hércules e Hermes.⁴

O objetivo é trabalhar com tipos ideais⁵, adaptando-os à realidade do Ministério Público, que não constituem uma fiel descrição de um aspecto definido da realidade; contudo, foram construídos por meio de

⁴ Em interessante estudo, Campilongo (2002, p. 46-57), que também cita o modelo criado por Ost em sua obra, discute a relação entre decisão judicial e sistema político a partir da tipologia dos quatro juízes de Carlo Guarnieri: o juiz-executor (baixa autonomia e baixa criatividade), o juiz-delegado (baixa autonomia e alta criatividade), o juiz-guardião (alta autonomia e baixa criatividade) e o juiz-político (alta autonomia e alta criatividade).

⁵ Emprega-se o termo “tipos ideais” no sentido dado por Max Weber (2000, p. 12), qual seja, tipos puros ideais “que mostram em si a unidade conseqüente de uma adequação de sentido mais plena possível, mas que, precisamente por isso, talvez sejam tão pouco freqüentes na realidade quanto uma reação física calculada sob o pressuposto e um espaço absolutamente vazio”. Conforme Weber (Idem, p. 13), quanto mais nítida e de forma inequívoca constroem-se esses tipos ideais, “quanto mais alheios do mundo estejam, neste sentido, tanto melhor prestarão seu serviço, terminológica, classificatória, bem como heurística”.

adequações de sentido, que podem auxiliar na explicação científica de um fenômeno empírico. São utilizados, neste trabalho, como um recurso para instrumentalizar a análise das diferentes formas de atuação do Ministério Público. É evidente que a realidade é extremamente complexa e o modelo, por sua própria natureza, ao reduzir essa complexidade, apresenta o risco de excessiva simplificação. Entretanto, sua vantagem é analítica, ou seja, o modelo de Promotores possibilita a identificação de um denominador comum entre o passado, o presente e o futuro do Ministério Público.⁶

Apesar de o modelo de Ost referir-se a juiz (singularmente considerado), ele é utilizado, por este estudo, para tipificar a atuação do MP. Nesse ponto, deve-se destacar que, no sistema romano-germânico, há casos de identidade entre a profissão de Juiz e de Ministério Público.⁷

O primeiro promotor, conforme descrito por Ost (Idem, p. 172-176), é Júpiter⁸. Esse promotor traz consigo a ideia de transcendência. Ele corresponderia ao modelo tradicional de formação do promotor, que

⁶ Esse exercício pode revelar a cultura jurídica subjacente à formação do julgador. Em interessante estudo, Santos (2007, p. 68-71) apresenta ao leitor o perfil do magistrado português. De acordo com o autor, esse julgador seria dominado por uma cultura normativista, técnico-burocrática, fundamentada em três grandes ideias: “a autonomia do direito, a ideia de que o direito é um fenômeno totalmente diferente de todo o resto que ocorre na sociedade e é autônomo em relação a essa sociedade; uma concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica (*sic*); e uma concepção burocrática ou administrativa dos processos” (SANTOS, 2007, p. 68). Algumas dessas características aproximam-se do juiz Júpiter de Ost (1993), como se verá adiante.

⁷ Na Europa é comum a confusão da profissão de Magistrado e de Membro do Ministério Público (Portugal), a esse respeito vide Ribeiro (2003) e Paes (2003).

⁸ François Ost (1993, p. 169, 170), ao construir sua tipologia, evoca, a princípio, duas figuras extremas da “juridicidade”: Júpiter e Hércules. Hermes seria uma terceira figura que, por sua própria complexidade, poderia responder ao que qualifica como “pós-modernismo”, período histórico contemporâneo caracterizado pela superposição e pela interferência constante de “jogos de linguagem”.

tem sua preocupação voltada à validade da norma jurídica e à certeza do direito, partindo de uma concepção estritamente liberal de Estado. A racionalização última desse modelo está presente na promulgação das modernas constituições políticas que representam o topo do ordenamento jurídico, pensado este de forma hierárquica e piramidal, com seu fundamento de validade baseado em uma construção linear e unidirecional (da norma inferior para a norma superior). O instrumento de trabalho desse promotor é representado por um código, que traz em si a ideia da coerência, completude, clareza e não redundância do ordenamento. Quatro corolários podem ser identificados, a partir da ideia de código: (i) o monismo jurídico: o ordenamento jurídico é único e sistemático; (ii) o monismo político: a soberania estatal pressupõe um processo de identificação nacional e de centralização administrativa; (iii) a racionalidade linear e dedutiva: a interpretação compreende uma atividade de coerência lógica e de harmonia do sistema; e, por fim, (iv) o controle de eventos futuros: o código pode prever e antecipar as situações jurídicas possíveis, não deixando espaço para a criação do operador jurídico do Ministério Público.

A fundamentação das decisões do promotor Júpiter será, portanto, essencialmente lógico-formal. Comumente, ele vai recorrer ao que se denomina o processo de subsunção do fato à norma e utilizar-se-á de recursos de interpretação como a “vontade do legislador”. O Promotor Júpiter é o mecânico do silogismo jurídico.

Por outro lado, o promotor Hércules⁹ (OST, 1993, p. 176-182) relativizaria o mito da supremacia do legislador e traria consigo a ideia dos trabalhos cotidianos árduos.

⁹ A ideia do juiz Hércules é também desenvolvida por Dworkin (2003, p. 377 et seq.). Entretanto, eles não são concebidos da mesma maneira. Em Dworkin (2003), Hércules distancia-se de sua condição humana e eleva-se a uma forma de racionalidade superior, o que não condiz com o juiz desenhado por Ost (1993, p. 180), mais próximo do pragmatismo e do decisionismo.

O diagnóstico feito por ele é o do aumento da complexidade social, que o modelo de código tem dificuldades em lidar. É a falência do antigo paradigma Júpiter: a impossibilidade de articular norma e fato como premissas maiores e menores (partes de um silogismo). O trabalho do promotor Hércules será cada vez mais complexo: ele vai-se pronunciar sobre empresas em dificuldades para evitar falência, será chamado a se manifestar para institucionalizar uma política pública deficiente, entre outras atividades, que transcendem as funções tradicionais de um modelo jurídico liberal¹⁰.

Hércules vai decidir com base em normas, à sombra do código, mas levará a cabo outros trabalhos, uma vez que é também engenheiro social¹¹. Para ele, a lei é uma simples possibilidade jurídica, que não se impõe a *priori* ao operador do Direito. A ideia da lógica do sistema abre espaço para a busca do resultado prático. A concretização e a criação do direito é realizada pelo promotor no caso concreto. A importância do fato traz consigo a ideia de efetividade, para além da validade da norma jurídica. O direito é considerado não como um conjunto de regras do dever-ser, mas como um fenômeno fático complexo, formado pelas atuações ministeriais em casos concretos. A generalidade e abstração da lei abrem espaço para a singularidade e o concreto de um juízo, centrado na flexibilização das regras para a solução do caso concreto. A variabilidade das decisões é o traço característico desse modelo de promotor e seu instrumento é, por excelência, os autos do procedimento de investigação. A concepção de direito subjacente é o direito social,

¹⁰ Ost (1993, p. 117) identifica a expressão mais radical de Hércules nas correntes do realismo e da sociological jurisprudence, nos Estados Unidos, citando entre outros Ronald Dworkin.

¹¹ Ost e Kerchove estabeleciam uma comparação entre dois modelos de magistrados, atuando em dois domínios diferentes, que antecipavam as diferenças entre Júpiter e Hércules. Ost e Kerchove (2001, p. 147) afirmavam, em suma, que os magistrados ora atuam como árbitros, ora como engenheiros sociais.

emergido de um Estado intervencionista que busca a Justiça Social.

A atuação do promotor Hércules pres-supõe uma racionalidade indutiva (do fato à norma), revela uma preocupação com princípios de justiça social e reforça a importância da centralidade da figura do membro do ministério público.

Por fim, o modelo de promotor Hermes, também oposto ao do Promotor Júpiter, parte do reconhecimento de que o direito configura-se como algo necessariamente inacabado, que adquire sentido somente na mediação de conflitos e no controle das mudanças sociais. Hermes será o promotor responsável por canalizar a comunicação entre as diversas racionalidades do mundo contemporâneo. O diagnóstico de Hermes é a perda da centralidade do próprio juiz e do legislador. A clausura e o determinismo do discurso do direito são substituídos por uma ideia de invenção controlada de um discurso jurídico hermenêutico¹². Os indícios de um elevado grau de complexidade social identificados por ele seriam: (i) a multiplicidade dos atores jurídicos: é necessário reconhecer agora o papel das diversas organizações sociais na circulação das normas jurídicas (internalização das regras de direito e colaboração dos diversos agentes na concretização das políticas públicas) e na criação de novos centros de emanção de regras (o fenômeno do pluralismo jurídico¹³); (ii) a imbricação sistemática de funções: os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário têm suas funções cada vez mais

¹² Nesse ponto, Dworkin (2003), que também elaborou um modelo de juiz Hermes, difere-se daquele de Ost. Para o primeiro, esse modelo de juiz privilegia a intenção do legislador (DWORKIN, 2003, p. 381). Para Ost (1993, p. 172), o juiz Hermes esforça-se por integrar na construção do sentido jurídico, além da vontade do legislador, as criações normativas que emanam de outras fontes como a jurisprudência, o costume, as convenções internacionais, os princípios gerais de direito, a doutrina, entre outras.

¹³ Existe o fenômeno do pluralismo jurídico sempre que, em um mesmo espaço geopolítico, vigoram, oficialmente ou não, mais de uma ordem jurídica (SANTOS, 2007).

imbricadas (o Executivo legisla e também julga, o Legislativo julga, além de legislar, e o Judiciário é ator diretamente responsável pela implementação de políticas públicas); e, (iii) a multiplicação dos níveis de poder: fortalecimento de órgãos jurídicos supranacionais e emergência de poderes locais.

Para Hermes, tendo em vista esse diagnóstico, o fenômeno do direito será concebido como uma “rede”, formada por diversos atores jurídicos e centros de emanção de regras¹⁴. Dessa forma, esse promotor centra-se em marcos procedimentais para canalizar a autonomia dos subsistemas diferenciados e capazes de se autorregular. O Promotor Hermes vai conceber o direito não como regra ou instituição, mas como discurso com significado em suspenso, em que prevalece a teoria da argumentação jurídica. Seu método de trabalho pode ser representado por um conjunto de dados organizado em diversos subsistemas que coexistem e podem influenciar sua ponderação da verdade.

A característica marcante do modelo Hermes será a criatividade das suas soluções e, na possibilidade de decidir, não decidir e só proceduralizar um acordo, um consenso, um termo de ajustamento de conduta (TAC). O traço distintivo da argumentação de um promotor Hermes evidenciará, portanto, uma preocupação dirigida aos efeitos de sua atuação no sistema econômico e social. Desse modo, sua decisão terá um caráter peculiar: será essencialmente provisória, com intuito de flexibilizar a proteção de um direito fundamental e poder acompanhar as mudanças socioeconômicas.

Para representar graficamente os três modelos de juízes, sugere-se o quadro abaixo (Quadro 1), que relaciona Júpiter, Hércules e Hermes com variáveis-chave, tais como o tipo de Estado subjacente,

¹⁴ Ost e Kerchove (2000, p. 1-10) apontam como características do modelo piramidal: a hierarquia, a linearidade e a arborescência (normas derivam de uma fonte única).

a racionalidade, a concepção da ciência jurídica, o procedimento de resolução do conflito, a base hermenêutica, o instrumen-

to de trabalho, a autoridade atribuída e a definição da centralidade de determinados atores.

Quadro 1. Características do Promotor Júpiter, Hércules e Hermes

Modelo de Promotor	Júpiter	Hércules	Hermes
Tipo de Estado	Liberal	Social	Pós-Social
Racionalidade	Formal	Material	Procedimental
Direito	Direito Codificado	Direito Jurisprudencial	Direito Pós-Moderno
Procedimento	Códigos Constituições Princípios Conceitos	Tutelas de urgência	Mediação Conciliação Arbitragem
Base Hermenêutica	Constituição Federal	Caso concreto	Pontos de inter-relação
Instrumento	Código	Autos do procedimento	Banco de dados
Autoridade	Lei	Decisão Judicial	Não há autoridade <i>a priori</i>
Centralidade	Legislador	Juiz	Atores jurídicos diversos

A diferença de metodologia dos três tipos de promotores é consequência da mudança dos tipos de conflitos submetidos a sua apreciação. O modelo de justiça liberal traz em si a ideia da adjudicação de direitos para a resolução de conflitos essencialmente bilaterais, e, portanto, de justiça comutativa, típico de um promotor Júpiter. Entretanto, os instrumentos processuais desse modelo passado não conseguem dar conta dos conflitos contemporâneos, essencialmente, policêntricos¹⁵, relacionados à justiça distributiva¹⁶. O que está em jogo nesse modelo

de conflito é um “bem público ou comum, cujo consumo não é excludente (...). Bem comum, coletivo, ou público é aquele que não pode praticamente ser excluído do consumo de qualquer pessoa do grupo ao qual é comum, ou em outras palavras, aqueles que não pagam ou não compram o bem não podem ser excluídos de seu benefício” (LOPES, 1998, p. 119). Esse tema – interesses difusos – requer, portanto, um tratamento ministerial diferenciado, que não se ajusta à função do Promotor Júpiter.

Para identificar a correspondência entre a atuação ministerial e os modelos de Ost, serão consideradas para cada tipo ideal as seguintes características relevantes elencadas no quadro a seguir (Quadro 2).

2. Retrato passado da atuação ministerial: promotor Júpiter (garantidor da letra da lei)

2.1. A origem histórica do Ministério Público

Nos escritos relacionados ao Ministério Público, seus autores costumam informar que há controvérsias acerca das origens remotas da Instituição.

Inicialmente destacamos que não é objetivo do presente trabalho aprofundar os

¹⁵ Os conflitos policêntricos são aqueles que envolvem a divisão do indivisível, que só poderiam ser resolvidos por formas de acordo razoáveis entre as partes, uma vez que o julgador do caso não poderia escolher entre um dos posicionamentos, *a priori*. A representação elaborada por Füller (1978), é de uma teia de aranha, que busca trazer a ideia de uma intervenção local impossível de ser isolada do todo. Muito semelhante à representação de uma rede por Ost, subjacente à construção do modelo Hermes. Para um estudo que compara esses modelos, ver Veríssimo (2006).

¹⁶ A justiça comutativa refere-se a um modelo de atuação judicial em que o julgador presta um serviço público de resolução de conflitos individuais, pela aplicação de regras, que visam retroagir ao passado para restituir a situação antes da ocorrência do evento contestado. A justiça retributiva, por sua vez, refere-se à questão delicada da apropriação individual de bens comuns. Para uma exposição dos conceitos, ver Lopes (1994).

Quadro 2. Características do modelo de Promotor relevantes para a pesquisa empírica

Modelo de Promotor	Características relevantes para a pesquisa empírica
Júpiter	<ul style="list-style-type: none"> • Racionalidade dedutiva: da norma ao fato (silogismo normativo); • Raciocínio lógico-formal; • Uso da expressão “vontade do legislador”; • Preocupação com a validade da norma jurídica e com o princípio da supremacia da Constituição Federal; • Referências à clareza e à suficiência do tipo legal.
Hércules	<ul style="list-style-type: none"> • Racionalidade indutiva: do fato à norma; • Preocupação com princípios constitucionais de justiça social; • Flexibilização das regras, tendo em vista características específicas do caso concreto; • Importância da centralidade da figura do MP.
Hermes	<ul style="list-style-type: none"> • Preocupação com os efeitos da decisão judicial no sistema político-econômico; • Busca pelo diálogo interdisciplinar (considerações quanto à equidade e à oportunidade política e econômica da decisão); • O Promotor de Justiça é somente um mediador do conflito e busca acomodar os diversos interesses envolvidos; • As decisões são essencialmente provisórias, com o intuito de flexibilizar os conflitos e acompanhar as mudanças no ambiente socioeconômico; • Na dúvida, o Promotor não atua decidindo, mas elabora acordos, transações e termos de ajustamento de conduta (TAC). [Como no ordenamento jurídico brasileiro há proibição do <i>non liquet</i>, entende-se que, como forma de adaptação a esse sistema, o Promotor Hermes vai usar recursos do direito para não decidir, adiando sua resposta até que não seja mais necessária (porque o conflito já teria sido resolvido por outros sistemas, como a economia ou a política), ou buscando acordos construídos pelos próprios personagens principais dos conflitos.]

Fonte: Elaborado pelo autor, com base em Ost (1990) e Ost (1993).

temas relacionados ao sistema evolutivo legal e social do Ministério Público, seja no mundo, seja no Brasil, buscando, em textos de autores que já se encarregaram de tal mister, elucidar, ao menos superficialmente, como se deu essa evolução histórica para destacar o seu papel inicial de protetor da letra da lei, com destaque para aplicação da lei penal.

Com essa objetividade e concisão, citemos Marcellus Polastri Lima (1997, p. 1) sobre a evolução histórica do Órgão Ministerial:

“(…) sendo costumeiramente citados como precursores da Instituição, os Éforos de Esparta, que tinham a função moderadora entre o poder real e senatorial, além de serem acusadores,

e os *Magiai* no antigo Egito, aos quais incumbia a denúncia das práticas criminosas aos magistrados.

Posteriormente, na Roma Antiga, são apontados como antecedentes dos Promotores de Justiça os *Advocatus Fisci* e os *Procuratores Caesaris*, e séculos após, na Idade Média, os estudiosos reconhecem traços da Instituição nos *Satons* germânicos, nos *Bailos* e *Senescais*, procuradores dos senhores feudais, nos *Gastaldi* do direito longobardo, nos *Advogatori di Comum* de Veneza, e, ainda, nos *Gemeiner Anklanger* da Alemanha, que se incumbiam da acusação quando o particular se quedava inerte, além dos *Vindex Religionis* do direito canônico.

Entretanto, a origem mais próxima, e nisto estão de acordo os doutrinadores, está na Ordenance de 25.03.1302 de 'Felipe o Belo', na França, e nas posteriores *Ordenances* de 28.12.1335, de 20.07.1367 e de 22.11.1371, que conferiram aos *procurateurs* atributos que, indubitavelmente, os assemelham aos promotores de justiça de hoje, sendo que após a Revolução Francesa foram conferidas ao 'Ministério Público' francês maiores garantias.

Em relação a expressão 'ministério público', no sentido hoje utilizada, surgiu no século XVIII, na França, onde escritos passaram a designar a função dos procuradores como verdadeiro ministério em defesa dos interesses públicos, já que defendiam os interesses do rei e da Coroa."

Assim, seja na função de protetor do interesse do Rei, seja na função de protetor do interesse da Coroa, cabia ao Ministério Público a atribuição de fazer valer a letra da lei. Aqui sobressaía o modelo do Promotor Júpiter (raciocínio lógico-dedutivo para aplicação silogística da norma ao fato).

2.2. O Ministério Público no Brasil

No Brasil a evolução do Ministério Público se deu paulatinamente e resta perceptível o crescimento e fortalecimento da Instituição, notadamente pós Constituição de 1988 que lhe conferiu contornos de Instituição defensora da Sociedade, lutando pela efetividade das políticas públicas garantidoras dos direitos fundamentais.

Em uma análise dos enunciados dos textos legais e das Constituições brasileiras pretéritas, podemos destacar a posição de fiscal da lei do Ministério Público (Promotor Júpiter):

"A primeira Constituição – ainda imperial, de 1824 – apenas mencionava, vagamente, a existência de um Procurador da Coroa e Soberania Nacional, com a incumbência de acusação no 'juízo dos crimes'. Em 1828, pela Lei

de 18 de setembro, criou-se o cargo de Promotor de Justiça, para officiar perante as Relações e os diversos juízos das Comarcas. Depois, através do Aviso de 16 de janeiro de 1838, os Promotores passaram a ser considerados como 'fiscais da lei'. Este foi, por assim dizer, o ato precursor, no Brasil, da finalidade máxima e característica do Ministério Público.

Mas a expressão Ministério Público veio a ser mencionada pela primeira vez no art. 18 do Regimento das Relações do Império, de 2 de maio de 1847.

Na Constituição de 1891 (a primeira republicana), tratou-se apenas da figura do Procurador-Geral da República, 'cujas atribuições se definirão em lei' e que deveria recair na pessoa de um ministro do Supremo Tribunal Federal, indicado pelo Presidente da República.

A Constituição de 1934 institucionalizou o Ministério Público e o inseriu no Título 'Dos órgãos de cooperação nas atividades governamentais', referente à 'organização federal'. Também previa essa Carta que lei federal organizaria o Ministério Público na União, no Distrito Federal e nos Territórios, e que leis locais organizariam o Ministério Público nos Estados. A partir dessa Constituição, o Ministério Público veio adquirindo posição institucional de relevo nas Constituições e em leis especiais, muito embora fosse visto como uma função subordinada ao Poder Judiciário.

Com a Carta de 1937, que foi outorgada, o Ministério Público desapareceu, mandando o art. 99 que para Procurador-Geral da República recaísse a escolha em pessoa que reúna os requisitos exigidos para Ministro do Supremo Tribunal Federal. Essa Constituição desprezou o importante órgão defensor da sociedade, dele

tratando apenas de maneira genérica, sem fixar expressamente as bases de sua estrutura institucional.

Foi a Constituição seguinte, de 1946, que restituiu a dignidade da instituição, dispensando-lhe um título autônomo, com independência em relação aos poderes da República e com estrutura federativa (MP estadual e MP federal). Seus membros ganharam estabilidade, o ingresso na carreira passou a ser possível somente através de concurso público e ficou prevista a promoção na carreira.

Na Constituição de 1967, o Ministério Público foi posto como um apêndice do Poder Judiciário, e com a Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/69, a essa Carta, passou a figurar como parte integrante do Poder Executivo, sem independência funcional, financeira e administrativa, o que lhe tirava o vigor para alçar vôos mais edificantes do que apenas manter a engrenagem do sistema funcionando.

Enfim, pode-se resumir que o Ministério Público, antes da Constituição de 05/10/88, nunca foi institucionalizado no Brasil. Na Constituição do Império ficou atrelado ao Poder Legislativo (Senado); na de 1891, ao Judiciário; na de 1934, aos órgãos de cooperação nas atividades governamentais (Executivo); e nas de 1946 e 1967, também ao Poder Executivo. Há quem comente que desde a Constituição Imperial, de 1824, até a Emenda Constitucional nº 1, de 17/10/69, não houve qualquer crescimento institucional do Ministério Público e que, se houve, foi por avulsão, nunca por evolução.

Somente com a Constituição de 1988, o Ministério Público adquiriu o caráter de Instituição desvinculando-se das amarras dos Poderes do Estado e vindo a situar-se em capítulo próprio, intitulado 'Das funções essenciais à justiça'". (CAMINHA, 2000, p. 2).

Cumprir ainda fazer referência à Emenda Constitucional nº 45/2004, posto que, entre as mudanças estruturais que proporcionou na Seção I do Capítulo IV da CF/88, criou o Conselho Nacional do Ministério Público com competência de controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros.

Além das previsões de ordem constitucional, não se pode olvidar de comentar os marcos legais, infraconstitucionais, mais importantes para o desenvolvimento do Ministério Público brasileiro.

O sempre lembrado Hugo Nigro Mazzilli (1991, p. 7) relata que:

"No Código de Processo Penal de 1941, o Ministério Público conquistou o poder de requisição de inquérito policial e diligências, passando a ser regra sua titularidade da ação penal, enquanto também se lhe atribuía a tarefa de promover e fiscalizar a execução da lei. Nos Códigos de Processo Civil (1939 e 1973), o Ministério Público conquistou o crescente papel de órgão agente e interveniente.

Extraordinário crescimento adveio quando da Lei Complementar federal nº 40/81, que definiu um estatuto para o Ministério Público nacional, com suas principais atribuições, garantias e vedações.

Em 1985, a chamada Lei da Ação Civil Pública conferiu-lhe importante iniciativa na promoção de ações para proteção de interesses difusos (meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico)."

O relato de Mazzilli destaca a mudança de paradigma da atuação do Ministério Público com a Ação Civil Pública. O antigo Promotor Júpiter não consegue mais resolver os problemas que lhe são apresentados, surge a necessidade de novos modelos de Promotor que centram sua análise no caso concreto e não na norma abstrata e impesso-

al (Promotor Hércules e Hermes). A atuação do Ministério Público na defesa de direitos metaindividuais exige uma expansão do campo de ação dos seus membros.

Vale destacar, nesse sentido, ainda a chamada “Carta de Curitiba”, documento elaborado e aprovado em 1986, no 1º Encontro Nacional de Procuradores Gerais de Justiça e Presidentes de Associações do Ministério Público, após ampla consulta aos membros do Ministério Público, por meio das diversas associações estaduais e da CONAMP, que serviu de alicerce para o novo perfil institucional trazido pela Carta Magna vigente.

Importa também fazer menção da Lei Complementar nº 75/93 que, ao dispor sobre organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, constituiu um diploma legal avançado refletor do novo perfil do Ministério Público pátrio.

Por fim, cumpre salientar a Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que ratifica a atuação do Ministério Público na atuação de fiscal das políticas públicas.

3. Ministério Público e a Constituição Federal de 1988: Promotor Hércules/Hermes (fiscalizador das políticas públicas)

3.1. O Ministério Público e a Constituição Federal de 1988

A evolução histórica do Ministério Público no nosso País deixa claro que a Constituição de 1988 criou um novo perfil de Ministério Público, já que disciplinou, harmonicamente, os seus poderes e funções institucionais, atribuições e garantias, destacando a sua atuação de fiscalizador das políticas públicas e de protetor do interesse público primário.

Conceitualmente, a Carta Política fez com que o Ministério Público conquistasse espaços e alargasse suas funções, definindo-o como “instituição permanente,

essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses públicos indisponíveis”.

A Lei Fundamental, em inovação revolucionária, inseriu o Ministério Público, ao contrário das Constituições passadas, em capítulo autônomo – *Das funções essenciais à justiça* –, desvinculando-o do Poder Executivo e do Judiciário. Demonstra, claramente, a intenção do legislador constituinte em conferir ao Ministério Público a função fiscalizadora das próprias atividades estatais.

Recebe a Instituição autonomia funcional, administrativa e financeira, provendo seus cargos diretamente; como também, na área penal, restou assegurada a promoção privativa da ação penal pública, além de ter o Ministério Público incumbido o zelo pelo efetivo respeito aos poderes públicos e aos serviços de relevância pública, bem como aos direitos assegurados constitucionalmente.

A Constituição dá-lhe garantias para o cumprimento de suas novas atribuições, estabelecendo também vedações, que balizam eticamente a atuação de seus membros.

“Nestes termos, ao Ministério Público na Constituição Federal de 1988 cabe a defesa da ordem jurídica enquanto ordem concreta de realização da ordem cultural, não só no exercício da Ação de Inconstitucionalidade, mas também nas funções fiscalizadoras junto não só aos órgãos judiciais na qualidade de *custos legis*, mas sim, alargada na fiscalização dos serviços públicos e agentes políticos; a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (ROCHA, 1996, p. 97).

3.2. O Ministério Público no Estado Democrático de Direito

As novas atribuições do Ministério Público na Constituição Federal podem ser entendidas no contexto da expressão de defensor do regime democrático e dos

interesses públicos indisponíveis. Nesse aspecto, relevante comparar o *Common Law* e o *Civil Law*:

“O juiz de *common law* escreve opiniões, e não raciocínios silogísticos. Na cultura judiciária de *common law* o juiz não é um matemático, e sim um contador, um narrador do direito. Seu prestígio junto ao seu meio profissional lhe impõe, como contrapartida, que assuma plena e abertamente suas próprias interpretações e que dê conta delas através da argumentação na primeira pessoa do plural (quando fala pela maioria) ou do singular (quando sua opinião é dissidente). Para isso, assina opiniões geralmente longas e bem documentadas (redigidas, é preciso dizê-lo, com a ajuda de seus *clerks*, jovens juristas brilhantes). Até mesmo as opiniões judiciárias de língua inglesa que carecem de brilhantismo contam uma história sobre o sentido do direito aplicável à espécie e exprimem frequentemente uma moral política que não embaraça o juiz (ao passo que na França se denunciaria imediatamente uma colusão do direito e da moral). O juiz de *common law* não é a caixa de ressonância da lei: sua palavra é mais o diapasão ao qual se submetem os advogados e toda a comunidade de profissionais do direito. Em lugar de uma concepção hierarquizada do direito, na qual o juiz não penetra na pirâmide senão para tornar transparente a intenção do legislador, a *common law* instaura uma comunidade de linguagem horizontal, a dos ‘pares’ (*peers*), na qual as opiniões circulam e são constantemente postas à prova” (GARAPON; PAPAPOULOS, 2008, p. 173-174).

A amplitude da tarefa do Ministério Público de proteção dos interesses da ordem jurídica (atividade restrita de fiscal da lei) faz com que o Ministério Público de 1988,

a exemplo do juiz do *common law*, seja um escritor de opiniões e não de raciocínios silogísticos (caixa de ressonância da lei). O Promotor Júpiter abre espaço para o Promotor Hércules e Hermes que trabalham não com silogismos, mas com casos concretos (Promotor Hércules), buscando procedimentalizá-los na construção da Justiça (Promotor Hermes).

Com o deslocamento da titularidade da soberania, do Estado para a Nação, o Ministério Público também sofreu o mesmo deslocamento. O Ministério Público não mais defendia os interesses do Rei, mas do novo titular da Soberania, a população que tem sua voz no regime democrático.

Com efeito, o novo perfil do Ministério Público se vincula indissociavelmente ao Estado Democrático de Direito, que destaca a forma de governo democrático como expressão da soberania popular. Aqui a policentria dá lugar à monocentria!

Como destaca José Afonso da Silva (1996, p. 113), define-se o estado Democrático de Direito como aquele em que se “reúne os princípios do Estado Democrático e do Estado de Direito, não como simples reunião formal dos respectivos elementos, porque, em verdade, revela um conceito novo que se supera, na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*”.

A função do Estado Democrático de Direito, na visão do citado autor, é a de superar as desigualdades sociais e regionais, instaurando um regime democrático que realize a justiça social.

É por isso que, no Estado Democrático de Direito, a função do Ministério Público de fiscalizador das políticas públicas para a defesa dos interesses da população em geral exige novos modelos de Promotores.

Assim, a fiscalização das políticas públicas passa a ser o principal papel do Ministério Público. Este (Hércules e Hermes) promove a justiça social, construindo uma sociedade livre, justa e solidária. A ele se credita a função de defesa da dignidade da

pessoa humana, por meio das atribuições que lhe possibilitam cobrar do próprio Estado e dos particulares o respeito à ordem jurídica, aos direitos difusos e coletivos, aos direitos sociais, aos direitos individuais indisponíveis.

Tratando da importância da existência de uma Instituição independente com tais prerrogativas, Marco Aurélio Lustosa Caminha (2000, p. 3) afirma que:

“A existência de uma função estatal com essa atribuição torna possível que cheguem ao Poder Judiciário [...] as demandas mais importantes: as das massas desfavorecidas, as que visam a tutelar direitos difusos e coletivos da população e aquelas em que se discutem os direitos dos incapazes, contra quaisquer que sejam os violadores, sobretudo quando este é o próprio Poder Público – pois nessas causas é que se exteriorizam as mais variadas formas de violações de direitos humanos.”

Como se viu, as funções Ministeriais são fundamentais e confirmadoras do próprio Estado Democrático de Direito, porém não se limitam ao manuseio de instrumentos técnico-jurídicos viabilizadores do acesso ao Poder Judiciário. Há, no caso, a centralidade do Promotor Hércules que muitas vezes busca soluções extrajudiciais:

“Oportuno destacar, também, que o Ministério Público não é órgão de atuação exclusivamente processual, pois dentre suas missões institucionais encontra-se uma gama infindável de atribuições extraprocessuais, muitas das quais desconhecidas dos demais profissionais do Direito e da própria sociedade. Por exemplo, quando instala e desenvolve inquérito civil, fiscaliza fundações, prisões e delegacias de polícia, como também quando procede ao exame das habilitações de casamento ou homologa acordos, ou ainda quando estabelece compromissos de ajustamento. Nes-

ta medida, nota-se que o teatro de operações do Ministério Público se alarga e extrapola a órbita judicial, daí ter dito o legislador constituinte menos do que devia, na medida em que a instituição também é essencial em tarefas não-jurisdicionais a si incumbidas” (PORTO, 1998, p. 16).

A defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis dever-se-á dar, notadamente, mediante ações desenvolvidas pelos Promotores de Justiça Hércules diretamente com a população afetada. Aqui os Promotores de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios não de sair de seus gabinetes para ouvir a população e, mais do que ouvir, agir em seu benefício, garantindo, dessa forma também, não só o acesso ao Poder Judiciário, mas o acesso aos seus direitos primários, zelando, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais necessárias a sua garantia. É a figura do Ministério Público “ombudsman”, fiscalizador das políticas públicas.

4. Uma nova perspectiva para análise da atuação do MP: protetor do interesse público primário

4.1. O Ministério Público como instituição relevante no processo de implementação e controle das políticas públicas

O Ministério Público é um órgão extremamente relevante na arquitetura das instituições políticas, afinal, é ele o responsável pelo controle dos atos estatais afetos à cidadania em geral (fiscalizador das políticas públicas)¹⁷. Dessa forma, uma reflexão sobre o funcionamento dessa instituição e

¹⁷ A ideia de um sistema tradicional de separação de poderes caracteriza-se (i) pela especialização funcional, ou seja, pela correspondência entre órgãos e funções estatais; e, (ii) pela independência orgânica, isto é, na ausência de meios de subordinação entre os órgãos (SILVA, 2000, p. 153). Para uma crítica à interpretação dessa concepção tradicional, pela doutrina brasileira, ver Rocha (2004, p. 71-86).

sua atuação no processo de efetividade de normas jurídicas faz-se necessária.

Historicamente, o advento de um modelo de Estado de bem-estar social fez surgir uma nova concepção de Direito para articular decisões públicas. A norma jurídica passou a incorporar princípios para a atuação estatal no domínio socioeconômico, ao mesmo tempo em que previa garantias para as liberdades de natureza individual. Esse momento histórico, que assistiu à emergência dos Estados Unidos como grande potência, levou as nascentes e velhas democracias ao sistema de *judicial review*.

A ampliação da atuação do Ministério Público e a conseqüente transferência da decisão política sobre direitos do Legislativo e do Executivo para o MP, é atribuída a ideia de judicialização da política ou expansão do poder judicial (TATE; VALLINDER, 1995, p. 28)¹⁸. Diversas foram as condições que facilitaram o surgimento desse fenômeno: (i) a democracia como regime político; (ii) a separação de poderes e a adoção do mecanismo de *judicial review* (SHAPIRO; SWEET, 2002, p. 142); (iii) a nova legitimação dos governos pela constitucionalização de direitos sociais e econômicos; (iv) o uso das Cortes por grupos de interesse e oposição política com objetivo de provocar a concretização ou modificação de programas públicos; (v) a ineficácia dos poderes Executivo e Legislativo para implementar políticas (TATE; VALLINDER, 1995, p. 28-32); (vi) e, especialmente, em relação ao sistema jurídico brasileiro, a proibição do *non liquet*¹⁹, que

¹⁸ Segundo Vallinder (1995, p. 13), a ideia contemporânea da expansão global do Poder Judiciário faz referência a duas linhas do movimento: o processo de transferência de decisões típicas dos poderes políticos, Executivo e Legislativo, para as cortes judiciárias, assim como a incorporação de mecanismos próprios de ação judicial por parte desses mesmos órgãos políticos, nos setores administrativo e legislativo.

¹⁹ O sistema brasileiro adota o princípio da proibição do *non liquet*, segundo o qual, o juiz está obrigado a decidir a causa levada à sua apreciação. O fundamento legal está no artigo 126 do Código de Processo Civil (Lei 5869, de 1973): “O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei.

torna obrigatório um posicionamento da Corte sobre a questão levada à sua apreciação. Assim, a “comunidade de intérpretes” (VIANNA et al, 1999, p. 47) passou a estar aberta como espaço de discussões das escolhas político-econômicas²⁰.

4.2. O Ministério Público do futuro: Hércules e Hermes protegendo o interesse público primário

Conforme destaca Rogério Arantes (2002, p. 22), as mudanças institucionais do Ministério Público, iniciadas na transição democrática, foram determinadas endogenamente pelas lideranças da instituição. Para demonstrar essa trajetória, Arantes sistematiza as mudanças legislativas das atribuições do Ministério na esfera cível, em curso a partir da década de 1970, argumentando que a instituição foi capaz de estabelecer uma linha de continuidade da sua legitimidade tradicional na proteção de incapazes e direitos individuais indisponíveis à sua legitimação na proteção dos direitos coletivos e difusos.

Conforme consta, ao longo do final dos anos 70 e início dos anos 80, em uma série de conferências nacionais da instituição, promotores e procuradores passaram a expor suas intenções de cada vez mais representarem um interesse tido como público, em detrimento das funções de

No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito”.

²⁰ A respeito do controle de constitucionalidade no Brasil, interessante passagem de Vianna e outros (1999, p. 47) pode ser destacada: “(...) apesar de as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns) terem caído como um raio em dia de céu claro no cenário institucional brasileiro, desde logo elas foram reconhecidas como um instrumento de significativa importância, não só para a defesa dos direitos da cidadania, como também para a racionalização da administração pública”. Segundo Cappelletti (1999, p. 99), os tribunais podem dar, nesse sentido, uma importante contribuição à representatividade geral do sistema, “eles efetivamente podem permitir o acesso ao judicial process e, assim, dar proteção a grupos que, pelo contrário, não estariam em condições de obter acesso ao political process”. Vide também Duran-Ferreira (2008).

representação judicial do Estado, não considerada, esta última, verdadeira vocação da instituição.

No Brasil, a atuação do MP perante o Poder Judiciário ensejou a judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final. Conforme enfatiza Luís Werneck Vianna (2002, p. 8-10), não obstante o processo de consolidação institucional da democracia brasileira, ela experimentaria um *deficit* no modo do seu funcionamento, resultante da predominância do Executivo sobre o Legislativo e do insulamento da esfera parlamentar em relação à sociedade civil. Contudo, observar-se-ia também reações da cidadania ao fechamento desses poderes às suas demandas e expectativas, indicadas pela busca crescente do Poder Judiciário contra leis, práticas da Administração ou omissões tanto do Executivo quanto do Legislativo.

Bruno Machado (2007, p. 19) destaca que:

“Os tribunais e os atores que integram o sistema de justiça [dentre eles o MP] passaram a ser alvo de mais atenção das ciências sociais nos últimos anos. Em um contexto em que a ‘criminalização da política’ deixou de ser fenômeno isolado e ganhou contornos inéditos, é natural que o foco de atenção tenha se dirigido ao órgão responsável pela acusação penal. Historicamente subordinado ao Poder Executivo, o Ministério Público (MP) é, entre as instituições do sistema de justiça, aquela que suscita mais dificuldade para o seu enquadramento institucional. Em decorrência da evolução da engenharia constitucional dos Estados de Direito no século XX, acirram-se os debates sobre sua natureza jurídica, funções a serem desempenhadas e modelos instituídos.”

A valorização da cidadania intermediada pelo Ministério Público já ficou consagrada no meio acadêmico na sua ati-

vidade de guardião dos interesses difusos e coletivos da sociedade. Nesse aspecto, a socióloga Débora Alves Maciel (2002), em interessante pesquisa, destaca o papel do MP paulista na proteção ambiental da cidade de São Paulo. Em uma nova frente de análise do MP, que complementa a visão de Arantes e de Vianna, Maciel destaca ser o Ministério Público brasileiro uma espécie de órgão de mediação entre vários setores da sociedade civil e do Estado, sendo capaz, por sua posição estratégica na arquitetura institucional, de promover coordenação entre vários grupos de interesses e movimentos sociais sem se tornar, contudo, insensível a eles. Trata-se, portanto, de uma visão semelhante aos trabalhos desenvolvidos pela Professora da Universidade de Chicago Iris Marion Young (2000), que enfatiza a importância das instituições do estado como coordenadoras das iniciativas sociais. Esse papel de intermediação poderia ser sentido nas denúncias realizadas ao órgão e no encaminhamento que este confere a elas. Entretanto, o perfil de atuação permanece dependente de conjunturas específicas nas quais ora o órgão apresentará um papel mais tutelar (MP Júpiter), ora um papel mais transformador (MP Hermes e MP Hércules).

5. O MPDFT entre Hércules e Hermes: o TAC de regularização fundiária e as ACPs contra o VLT

Esta monografia teve como objetivo investigar a configuração passada e presente do Ministério Público brasileiro, com vistas a uma previsão de padrão de sua atuação futura. Para tanto, o modelo ideal de juízes de François Ost foi criativamente transposto para membros do Ministério Público.

Assim, foi examinada a configuração histórica do MP e a sua evolução para o desempenho da sua relevante função de guardião do interesse público primário.

Nesse contexto, verificou-se que o novo perfil do MP modifica a sua atuação de

Promotor Júpiter para uma atuação de Promotor Hércules e Promotor Hermes.

Transpondo a análise para a atuação do MPDFT, verifica-se que, na sua origem de guardião da persecução penal, o MPDFT destacava as características de um modelo jupiteriano de Promotor, que pautava a sua ação por um raciocínio lógico-formal, afeto à sua função de guardião da ordem jurídica. Verificava-se se o fato era típico e o subsumia ao dispositivo penal correspondente!

A Constituição de 1988, no bojo da nova arquitetura institucional do MP, modificou tal atribuição, ensejando a atuação do Promotor Hermes e do Promotor Hércules no Ministério Público do Distrito Federal. Dados coletados a partir do portal do site do MPDFT (www.mpdft.org.br) e da leitura de artigos da imprensa local permitem essa conclusão por meio da análise de dois casos emblemáticos vinculados aos cinquenta anos da Capital do Brasil: o processo de regularização fundiária promovido pelo Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) n. 02/2007 celebrado em maio de 2007²¹ e as Ações Cíveis Públicas (ACPs) promovidas pela PRODEMA, PROURB e PRODEP relativas ao Veículo Leve sobre Trilhos (VLT) nos anos de 2008 e 2009.²²

²¹ O processo de regularização de condomínios em terras do Distrito Federal teve início em abril de 2007, quando o Supremo Tribunal Federal (STF) julgou constitucional a Lei nº 9.262/96, cujo texto autoriza os ocupantes de condomínios do Setor São Bartolomeu a adquirirem, por meio de venda direta, os lotes onde vivem. Por analogia, a lei foi estendida aos demais condomínios do Distrito Federal situados em área pública por meio de Termo de Ajustamento de Conduta celebrado entre o MPDFT e o Governo Distrital. Foram necessários dois meses de negociações entre o governo local e o Ministério Público do DF (MPDF) para definir as regras que norteariam o processo de regularização. A assinatura do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) nº 02/2007 entre o GDF e MP, em maio de 2007, estabeleceu as normas aplicáveis.

²² No âmbito das Ações Cíveis Públicas 2008.01.1.166080-0, 2009.01.1.16.1850-3, 2009.01.1.173501-4, promovidas pelas Promotorias de Defesa da Ordem Urbanística (PROURB) e Promotoria de Defesa do Meio Ambiente (PRODEMA), o Poder Judiciário determinou que estudos urbanísticos

Com relação ao TAC, a figura do Promotor Hércules fica caracterizada de plano pela racionalidade indutiva do problema. A partir da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (fato jurídico), constrói-se a norma de extensão para a concretização do *modus operandi* da regularização fundiária.

Ademais, o conteúdo do TAC destaca a preocupação com os princípios constitucionais de justiça social, fazendo, por exemplo, com que haja um tratamento preferencial aos loteamentos de baixa renda. Ademais, o MP torna-se a figura central na resolução dos problemas fundiários, cabendo a ele e não ao Judiciário o detalhamento da regularização.

A atuação de Promotor Hermes também mostra-se relevante no caso! A busca de acordo com o Governo local mostra a disposição de chamar os atores principais para a mesa de negociação dos interesses públicos primários (interesses da população em geral e não do Estado visto de forma isolada). No caso, houve acordo, pois havia convergência entre o interesse estatal (interesse público secundário) e o interesse público da sociedade em geral representada pelo MP (interesse público primário).

O segundo caso já demonstra hipótese em que o interesse público estatal (interesse público secundário) é questionado por incongruência com o interesse público primário. Renato Alessi (1978, p. 227-228) destaca que o interesse secundário do aparato administrativo do Governo pode facilmente chocar-se com o interesse público primário (da coletividade). Assim neces-

(Estudo de Impacto de Vizinhança – EIV) e ambientais (Estudo de Impacto Ambiental – EIA) deveriam ser realizados a partir do termo de referência elaborado pela Secretaria de Estado de Desenvolvimento Urbano e Meio-Ambiente (SEDUMA). Em outra ACP promovida pela Promotoria de Defesa do Patrimônio Público (PRODEP), foi dada em um primeiro momento liminar para a imediata suspensão das obras do Veículo Leve sobre Trilhos (VLT) e dos processos de empréstimo firmados pelo Distrito Federal com a Agência Francesa de Desenvolvimento (AFD) e com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID).

sários instrumentos que garantam o vínculo entre ação administrativa e a realização do interesse público primário. Há necessidade de garantias contra a possibilidade do uso do poder da Administração em favor da realização ilegítima do interesse secundário da própria Administração, ou, o que é pior, do interesse pessoal das pessoas físicas prepostas de ofícios administrativos.

Desse modo, em relação ao VLT, verifica-se uma atuação ministerial com pitadas de Júpiter, Hermes e Hércules na busca do respeito ao interesse público primário que aparentemente não convergia com o interesse estatal de realizar o VLT. Na ACP movida pela PRODEP, verifica-se a clara invocação de letras da lei violadas no âmbito do processo de alocação orçamentária com claro destaque para o papel de Promotor Júpiter preocupado com o respeito da norma jurídica orçamentária. Por outro lado, as ACPs movidas pela PROURB e pela PRODEMA possuem clara conotação de procedimentalização de conflitos de interesses metaindividuais. O Promotor Hermes se apresenta como um mediador de conflito que busca por um lado melhorar o transporte coletivo da população do Distrito Federal e por outro garantir obra mais eficiente e menos impactante para a qualidade de vida urbana e ambiental da sociedade brasileira. O Promotor Hércules, em uma racionalidade indutiva do fato – construção VLT – busca a aplicação de princípios constitucionais ambientais e urbanísticos na execução de obras que afetam estacionamentos e trânsito nas avenidas W3 Sul e Norte, construindo parâmetros concretos para a análise desse problema particular.

Com ênfase no modelo Hermes e Hércules, o MPDFT atuou de forma a gerir interesses públicos primários na questão dos condomínios e da melhoria do transporte público coletivo na Capital do País. Assim, não adjudicou uma única solução jurídica para um problema, mas procedimentalizou diferentes soluções a serem dadas em

TAC (regularização dos loteamentos irregulares) ou em decisão judicial (VLT) que avaliassem toda a conjuntura do problema jurídico-social. Com esses exemplos, caracteriza-se a posição do MPDFT de protetor do interesse público primário.

Referências

ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo: i soggetti attivi e l'esplicazione della funzione amministrativa*. Milano: Giuffrè, 1978. t. 1.

ARANTES, Rogério Bastos. *Ministério público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

CAMINHA, Marco Aurélio Lustosa. *O ministério público ombudsman, defensor do povo ou função estatal equivalente, como instituição vocacionada para a defesa dos direitos humanos: uma tendência atual do constitucionalismo*. *Jus Navigandi*, mar. 2000. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br>>. Acesso em: 01 fev. 2010.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1999.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DURAN-FERREIRA, Camila. *O controle dos planos de estabilização monetária pelo Supremo Tribunal Federal: um estudo empírico*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de São Paulo, São Paulo, 2008.

FARIA, José Eduardo Campos de Oliveira. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993a.

_____. “Antinomias jurídicas e gestão econômica”. *Crítica Jurídica: Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho*, México, n. 13, 1993b.

FÜLLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, 1978.

GARAPON, Antoine; PAPAPOULOS, Ioannis. *Julgados nos Estados Unidos e na França*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

- LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério público e persecução criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito do consumidor e privatização. *Ajuris*, Porto Alegre, Volume Especial, p. 361-368, 1998.
- MACHADO, Bruno Amaral. *Ministério público: organização, representações e trajetórias*. Curitiba: Juruá, 2007.
- MACIEL, Débora Alves. *Ministério público e sociedade: a gestão dos conflitos ambientais em São Paulo*. 2002. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, 2002.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Madrid, n. 14, 1993.
- OST, François; KERCHOVE, Michel Van de. *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- _____. De la pyramide au reseau? Vers un nouveau mode de production du droit? *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n. 44, p. 1-82, 2000. Disponível em: <<http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/textes/ost8.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2009.
- PAES, José Eduardo Sabo. *O ministério público na construção do Estado democrático de direito*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.
- PORTO, Sérgio Gilberto. *Sobre o ministério público no processo não criminal*. Rio de Janeiro: Aide, 1998.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. *Ministério público*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ROCHA, Jean Paul Cabral Veiga da. *A capacidade normativa de conjuntura no direito econômico: o déficit democrático da regulação financeira*. 2004. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.
- ROCHA, José da Moura. *O ministério público no Estado democrático de direito*. Recife: Escola Superior do Ministério Público, 1996.
- SANTOS, Boaventura Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez Editora, 2007.
- SHAPIRO, Martin; SWEET, Alec Stone. *On the law, politics, and judicialization*. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.
- _____. *Curso de direito constitucional positivo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- TATE, C. Neal. Why the expansion of judicial power? In: TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
- TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. When the courts go marching in. In: TATE, Neal; VALLINDER, Torbjörn (Org.). *The global expansion of judicial power*. New York: New York University Press, 1995.
- VERISSIMO, Marcos Paulo. *A judicialização dos conflitos de justiça distributiva no Brasil: o processo judicial no pós-1988*. 2006. 264 f. Tese (Doutorado em direito processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10042007-153328/>>. Acesso em: 26 mar. 2010.
- VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- VIANNA, Luis Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade*. 4 ed. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 2000.
- YOUNG, Iris Marion. *Inclusion and democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

Direitos fundamentais e o depositário infiel

Evolução jurisprudencial

Eduardo Biacchi Gomes e Paulo C. Coen

Sumário

1. Introdução. 2. Histórico da figura do depositário infiel e o direito comparado. 2.1. Roma. 2.2. Fidúcia germânica. 2.3. Fidúcia no modelo inglês. 3. Fidúcia e prisão do depositário infiel no Brasil. 3.1. Entendimento doutrinário e jurisprudencial em nosso ordenamento jurídico. 4. Posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e a proteção aos direitos fundamentais. 5. Considerações finais.

1. Introdução

A prisão civil por dívida, extinta pelos romanos no século V a.C., com a revogação da Lei *Paetalia Papiria*, sempre ensejou grande debate, tanto doutrinário como jurisprudencial, notadamente quando se examina a questão à luz dos tratados de Direitos Humanos.

Ao efetuar uma análise superficial de nossa Constituição Federal de 1988, poder-se-ia concluir que o artigo 5º, inciso LXVII, autorizaria a prisão do depositário infiel:

“Art. 5º

LXVII – não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Por outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos, o *Pacto de São José da Costa Rica*, 1969 (Decreto Legislativo 27, de 26.05.1992, e promulgada pelo presidente

Eduardo Biacchi Gomes é Pós-Doutor em Estudos Culturais pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com estudos realizados na Universidade de Barcelona. Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná, Professor de Direito Internacional da UniBrasil, Facinter e PUCPR.

Paulo C. Coen é Professor de Direito Penal, Processual Penal, Criminologia e Medicina Legal em graduação da UniBrasil, Fac. Dom Bosco, UniFAE, FaPar, e Técnica Pericial, em pós-graduação, da Fac. CBES.

por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992), dispõe em seu artigo 7º, item 7, que:

“Art. 7º - Direito à Liberdade Pessoal
7. Ninguém deve ser detido por dívida. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar”.

Antes da Convenção Americana, já existia outro instrumento internacional protetivo dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966, ratificado pelo Brasil, em 24 de janeiro de 1992, aprovado pelo Legislativo, mediante Decreto Legislativo nº 226/91, e integrado à legislação interna pelo Decreto presidencial nº 592, de 6 de julho de 1992, assim disposto:

“Artigo 11º

Ninguém pode ser aprisionado pela única razão de que não está em situação de executar uma obrigação contratual”.

Em nosso ordenamento jurídico, o parágrafo 2º, artigo 5º, da Constituição deve ser interpretado como verdadeira cláusula aberta de recepção dos Tratados de Direitos Humanos e, de acordo com o parágrafo primeiro do mesmo artigo, uma vez ratificados, possuem aplicabilidade imediata.

A questão da paridade entre Tratados de Direitos Humanos e Constituição veio a ser reforçada com a redação da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que inseriu o parágrafo 3º no artigo 5º da nossa Constituição:

“Art. 5º

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Muito embora, conforme será examinado adiante, a melhor doutrina sempre

tenha defendido a posição de que os tratados de direitos humanos possuem grau de hierarquia constitucional, esse não era o entendimento majoritário de nossos tribunais, que conferiam aos referidos tratados o grau de hierarquia infra-constitucional, equiparando-os às leis ordinárias, de forma a justificar a prisão do depositário infiel.

A efetividade conferida aos parágrafos 2º e 3º do artigo 5º da Constituição Federal pelo Supremo Tribunal Federal, e a sua evolução jurisprudencial, é tema deste artigo.

2. Histórico da figura do depositário infiel e o direito comparado

2.1. Roma

Fiducia em latim significa confiança. O termo é observado na Lei das XII Tábuas, a representar *lealdade e honestidade* entre o credor fiduciário e o devedor fiduciante.

No Direito Romano, o devedor respondia por seus débitos com sua vida e liberdade. O patrimônio material veio a substituir esses bens jurídicos posteriormente, por influência do cristianismo (OLIVEIRA, 2003, p. 3-6).

Cabe mencionar, a partir do *contractus*, as figuras da *fiducia cum amico* e da *fiducia cum creditore*.

Como explica José Carlos Moreira Alves (1998 apud FELICIANO, 1999, p. 17), a *fidúcia romana* era o contrato pelo qual o devedor fiduciante recebia do credor fiduciário a propriedade sobre coisa infungível mediante um *contrato real bilateral imperfeito*; real, pois as obrigações decorriam da tradição (entrega do bem); imperfeito, pois as obrigações das partes não eram equivalentes. O devedor deveria confiar na boa-fé do credor para reaver a coisa, conforme descrito abaixo.

Em Roma existiam três formas de garantias reais: o *pignus datum*, o *pignus obligatum* ou *hypotheca* e a *fiducia cum creditore* (FELICIANO, 1999, p. 19). No primeiro ocorre desapossamento da coisa em detrimento do devedor, que não ocorria na *hypotheca*.

Diversamente do que ocorre na atualidade, o objeto de ambos podia ser coisa móvel ou imóvel.

O terceiro instituto, a fidúcia, não constituía direito real sobre coisa *alheia*, pois o direito do credor sobre a coisa era de *propriedade*. O devedor podia ser privado do uso da coisa, a não ser que credor e devedor concordassem que a coisa poderia continuar na posse do devedor a título precário (Idem, p. 20).

A *fiducia cum creditore* é tida como a forma de garantia real mais primitiva em Roma, e a que mais se assemelha à alienação fiduciária em garantia da atualidade.

Para o devedor, apresentava o inconveniente da transferência da propriedade da coisa ao credor; dessa forma, só poderia fruir plenamente do objeto do negócio quando se extinguisse totalmente o débito.

Em Roma no decorrer dos séculos IV e V d.C., a fidúcia foi deixada em segundo plano, privilegiando-se a hipoteca, vez que essa atendia melhor os requisitos da tutela do crédito: conciliar a proteção dos direitos do credor com o mínimo de inconvenientes para o devedor (Ibidem).

Essa preferência se justificava para o devedor, pois, na fidúcia, deveria transferir a propriedade do bem para o credor, não podendo dele fruir totalmente enquanto não extinguisse totalmente o débito; ademais, conforme já citado, dependia da boa-fé do credor para reaver a coisa, pois não dispunha de *actio* para compeli-lo a restituir.

Para o credor também havia inconvenientes na fidúcia, pois, à época, o devedor podia obter a propriedade do bem mediante usucapião (*usureceptio ex fiducia*) após um ano de posse. Isso podia ser remediado se credor e devedor concordassem que a coisa se mantivesse na posse do devedor a título precário ou de locação (FELICIANO, 1999, p. 21).

Para o devedor não havia solução adequada, motivo pelo qual a fidúcia teve seu uso restrito.

Havia ainda a chamada *fiducia cum amico*, que, nas comunidades romanas, era empregada como complemento ou substitutivo do comodato ou do depósito.

Cabe distinguir que o *depositário* só detém a coisa, não podendo utilizá-la sem incorrer em furto de uso; por sua vez, o *comodatário* é um detentor que pode utilizar a coisa nos termos ajustados em contrato até ser solicitada a devolução (Idem, p. 24,25).

Em virtude dos inconvenientes mencionados, em Roma a fidúcia caiu em desuso, desaparecendo por completo da legislação de Justiniano, como transcreve Otto de Souza Lima (1959 apud FELICIANO, 1999, p. 64): “L’indice più significativo di tale decadenza si há nel fatto che la legislazione imperiale postclassica si desinteressa del regolamento dell’instituto.”.

2.2. Fidúcia germânica

No direito germânico verifica-se, como fonte característica até o século XVI, o costume, dada a desconfiança nítida em relação ao *jus scriptum*. Até a Idade Média, poucas leis existiam, mas houve a recepção do direito romano. Coexistiam, portanto, entre o povo germânico seus institutos típicos e outros de influência romana, entre eles a *fidúcia* (FELICIANO, 1999, p. 64,65).

É no *penhor da propriedade* que se encontram, no direito germânico, traços característicos da transmissão fiduciária romana. O devedor transferia ao credor a propriedade da coisa. A venda, concretizada pela *carta venditionis*, era acompanhada de um pacto de restituição, a *contracarta* (CHALHUB, 2000, p. 17-19). Havia ainda duas figuras intermediárias relevantes, o *manusfidelis* e o *salmann*.

O primeiro, pessoa de confiança que transmitiria um patrimônio ao beneficiário, praticaria atos de liberalidade, o que parecia o ressurgimento da *fiducia cum amico*.

O segundo era um intermediário que se obrigava perante o alienante a transmitir os bens recebidos ao terceiro destinatário.

Seus poderes eram, portanto, não para transmitir o fundo a terceiros, mas para adquiri-lo para o destinatário (Idem).

O direito real que o *salmann* exercia sobre a propriedade, que efetivamente adquiria, era limitado pelo fim que determinava sua intervenção no negócio.

Como resume Martin Wolf Messina, “enquanto no sistema romano a alienação era incondicional, só existindo uma obrigação pessoal de restituição sujeita à extinção da dívida, já em direito germânico a coisa era transmitida sob condição resolutiva de pagamento da dívida; assim, pois, cumprida a condição, a propriedade voltava ao alienante, assegurada por efeito da condição resolutiva” (BUZAID, 1969 apud CHALHUB, 2000, p. 19).

No Direito Comparado, o instituto está previsto no parágrafo 695 do *Bürgerliches Gesetzbuch*, o BGB: o direito de propriedade do credor sobre o bem é limitado e resolúvel mediante a realização de condição (OLIVEIRA, 2003, p. 11).

2.3. Fidúcia no modelo inglês

No direito inglês antigo, o *mortgage* consistia na transmissão da propriedade para fins de garantia. Verifica-se semelhança com a *fiducia cum creditore* por serem ambos baseados num contrato real em que reside uma obrigação (do credor em restituir o bem uma vez cumprida a prestação pelo devedor).

Esse direito do credor se resolvia automaticamente quando cumprida a obrigação, o que aproximava o *mortgage* mais do penhor de propriedade germânico que da *fiducia cum creditore* (CHALHUB, 2000, p. 22).

De acordo com José Carlos Moreira Alves (1979 apud OLIVEIRA, 2003, p. 5), o instituto mais próximo da alienação fiduciária seria o *Chattel Mortgage*, em que “a propriedade legal da coisa é transferida ao credor, ficando o devedor com uma denominada propriedade substancial”.

O *trust receipt* teve origem na *equity* e não na *common law*. Como indica Chalhub (2000, p. 24),

“o *trustee* (aquele que recebia os bens mediante *trust*) que, na *common law* era tido como único e verdadeiro proprietário, na Corte da Chancelaria não passava de um proprietário provisório, um intermediário; o *trustee* tinha um direito legal (*legal right*) e o beneficiário um direito substancial de fruição (*equitable right*), sendo que, no conflito com a lei, prevalecia a equidade, podendo o beneficiário, portanto, assegurar seu direito mediante recurso à Corte”.

No Direito Comparado, os institutos do *trust receipt* (recibo de garantia) e do *chattel mortgage* foram absorvidos pela legislação como acordos de boa-fé bilateral, sendo o bem alienado ao credor a garantia do cumprimento de uma obrigação por parte do devedor.

No *trust receipt*, o negócio é baseado na confiança depositada no devedor pelo credor-financiador, não sendo primordial a alienação fiduciária (MAZZUOLI, 1999, p. 32,33). Na alienação a confiança não é primordial dados os vários mecanismos colocados à disposição do credor para satisfação.

O *chattel mortgage* é uma hipoteca mobiliária que guarda profunda relação com o penhor de propriedade do antigo direito germânico.

O devedor poderia dar uma mesma coisa em garantia a diversos credores, estabelecendo-se uma série de *mortgages* determinada pela ordem de inscrição no registro competente (FELICIANDO, 1999, p. 79).

Uma vez examinados os aspectos históricos e de Direito Comparado do instituto do depositário infiel, cumpre analisar o tema, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro.

3. Fidúcia e prisão do depositário infiel no Brasil

A ressalva quanto às hipóteses autorizadas da prisão do depositário infiel do

inciso LXVII do artigo 5º da Constituição de 1988 encontra fundamento histórico nas Ordenações Filipinas:

“...se fosse alguma cousa posta em guarda e depósito, e o depositário recusasse entregá-la ao senhor sem justa e legítima razão, ou usasse della sem vontade expressa do senhor, deve ser preso, até que da cadea entregue a cousa, e pague o dano, que nella fez, por usar della contra a vontade de seu dono” (Livro IV, tít. LXXVI, § 5º).

Na Constituição de 1891, não há menção do referido instituto, mas, na Carta de 1934, o tema é objeto do artigo 113, parágrafo 30, que não estabelece qualquer exceção. O primeiro *Habeas Corpus*, impetrado, 1870, versou sobre o tema do depositário infiel, HC 73, o qual teve a sua ordem denegada.¹

“Art. 113

§ 30. – Não haverá prisão por dívidas, multas ou custas”.

Verificava-se, à época, omissão ao instituto uma vez mais na Constituição de 1937, mas o tema retorna em 1946, agora com exceções que autorizam a prisão:

“Art. 141

§ 32. – Não haverá prisão civil por dívida, multas ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei”.

Esse texto se repetiu em 1967, no parágrafo 17 do artigo 150, e foi repetido pela Emenda nº 1 de 1969 (parágrafo 17 do artigo 153).

A Constituição de 1988 não repetiu a expressão “na forma da Lei”, embora traga as exceções que autorizam a prisão.

Essa expressão significa delegar a regulamentação à lei ordinária e também não admitir outra forma, restringindo o processo (MAZZUOLI, 1999, p. 46).

¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/STJ_HabeasCorpus73.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2009.

Em 1984 o Supremo Tribunal Federal edita a Súmula 619:

“Súmula 619 – A prisão do depositário judicial poderá ser decretada no próprio processo em que se constituiu o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”.

Ocorria ofensa ao parágrafo 17 do artigo 153 da Constituição de 1969:

“Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

17. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel ou do responsável pelo inadimplemento de obrigação alimentar, na forma da lei” (vigente à época).

Ocorre que a prisão decretada no próprio processo não está *na forma* (procedimental) *da lei* (Idem, p. 47), pois a Lei de Mercado de Capitais exigia a ação de depósito. Como afirma José Raul Gavião de Almeida (apud MAZZUOLI, 1999, p. 47),

“Quando o constituinte desejou transferir ao legislador ordinário a identificação dos casos em que permite violação aos direitos de inviolabilidade, expressamente o fez, a exemplo da redação posta no § 10 ao art. 153 da CF. Assegura-se ali a inviolabilidade do domicílio, abrindo exceção para a invasão domiciliar durante o dia nos ‘casos e na forma que a lei estabelecer’. Casos e formas expressam conceitos de tipicidade e de procedimentalidade, respectivamente”.

Significa dizer que a lei ordinária poderia dispor sobre o procedimento mediante o qual a prisão se daria, mas não ampliar o rol de hipóteses em que ela poderia ocorrer.

Na Carta de 1988, desaparece a expressão “na forma da lei”. Com isso, o constituinte deixa de exigir que a prisão seja feita me-

diante a interposição da ação de depósito, eliminando essa forma procedimental para que pudesse ocorrer a prisão por dívida, conforme se verifica na posição do Supremo Tribunal Federal que legitima essa via:

“prisão civil não é pena pública ou privada, mas mera técnica processual de coerção (meio indireto de execução). Consequentemente, não é correta a exegese literal dada ao § 1º do art. 902 do Cód. de Proc. Civil² no sentido de, se da inicial não constar pedido de prisão, haverá julgamento *extra petita* se a sentença aludir a ela para a hipótese de não-cumprimento do mandado de execução da condenação. Não há, obviamente, condenação a meio indireto de execução de sentença condenatória” (STF, Pleno, Embargos de Divergência, no RE 92.847, ac. de 03.05.1984, rel. Min. Moreira Alves, *in* RTJ 113/626).

Levando a formação de jurisprudência:

“Em se tratando de depositário judicial, a prisão pode dar-se nos autos do processo em que se constituiu o encargo, sendo desnecessária, para tanto, a propositura de ação de depósito” (TRF - 1ª R - 4ª TC, no AgI nº 940115052-4/MG, rel. Juiz Eustáquio Silveira, DJ 04.11.1996, p. 81.889).

Com a súmula 619, pacificou-se o entendimento com relação ao depositário judicial, afastando a necessidade da ação de depósito.

Naturalmente, pela natureza controversa da matéria, houve a formação de divergência doutrinária e principalmente jurisprudencial, por se considerar a ofensa ao devido processo legal (inciso LIV do artigo 5º da Constituição) (WAMBIER, 2000, p. 188).

² Art. 902 § 1º/CPC: “no pedido poderá constar, ainda, a cominação de pena de prisão de até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do art. 904, parágrafo único”. O Art. 904/CPC dispõe que, somente não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do devedor.

3.1. Entendimento doutrinário e jurisprudencial em nosso ordenamento jurídico

A doutrina brasileira, ao debater sobre o tema, sempre fez a distinção entre *alienação fiduciária* e *venda a crédito com reserva de domínio*.

Leciona Orlando Gomes (1971 apud NERY JUNIOR; NERY, 2002, p. 662) que:

“Para distingui-las, basta atentar na circunstância de que, na *venda com reserva de domínio*, a alienação é suspensa, conservando o devedor a propriedade do bem, até que se realize a condição, enquanto na alienação fiduciária em garantia a transferência da propriedade é um dos pressupostos de sua perfeição. Na primeira a garantia expressa-se na *reserva*, com sua própria estipulação, enquanto, na segunda, só se realiza pela venda da coisa, para satisfação do crédito. Na venda com reserva de domínio, a propriedade do bem permanece na cabeça do vendedor, até que se torne desnecessária tal garantia. Na alienação fiduciária, é transmitida, voltando para o patrimônio do transmitente quando a dívida é paga, ou passando, por venda, a terceiro, na hipótese contrária”.

A chamada *venda com reserva de domínio*, aquela em que a propriedade do bem adquirido a crédito permanece com o vendedor, sujeita a apreensão e venda judicial até a liquidação final do débito; veio suprir as deficiências apontadas pelos agentes financeiros no penhor e na hipoteca.

No primeiro, é exigida a *traditio* da coisa empenhada e, na segunda, há a limitação a bens imóveis, aeronaves e embarcações de grande porte (MAZZUOLI, 1999, p. 27).

A alienação fiduciária está prevista no artigo 66 da Lei 4.728, de 14 de junho de 1965, que teve sua redação alterada pelo Decreto-Lei 911, de 1º de outubro de 1969.

O objetivo do dispositivo legal era fomentar a indústria automobilística nacio-

nal mediante agilização do comércio das unidades nacionais, porém resguardando de forma diferenciada o Sistema Financeiro que não via no penhor ou venda com reserva de domínio garantias suficientes para os negócios.

O consumidor adquire determinado bem fazendo uso de recursos que obtém em instituição financeira; essa, para se assegurar do ressarcimento, “aliena” a propriedade resolúvel desse bem, mantendo a posse indireta (*constituto possessorio*). O devedor fica com a posse direta. É negócio puramente de garantia, sem penhor ou títulos, já que, não havendo o pagamento da dívida, ajuíza o credor ação autônoma de busca e apreensão, adquirindo o credor a posse direta do bem.

Como característica, não há a efetiva tradição, pois o credor fica com a posse indireta, enquanto o devedor fica com a direta, assumindo, segundo a lei, todas as responsabilidades de um *depositário*:

“Art. 66. – A alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com lei civil e penal”.

Resumidamente, consiste a alienação fiduciária, na lição de Orlando Gomes (1971 apud MAZZUOLI, 1999, p. 31):

“... negócio jurídico pelo qual uma das partes adquire, em confiança, a propriedade de um bem, obrigando-se a devolvê-la quando se verifique o acontecimento a que se tenha subordinado tal obrigação, ou lhe seja pedida a restituição”.

A Lei 4.728 não faz distinção entre coisas fungíveis e infungíveis, mas Mazzuoli (1999, p. 34) entende que somente a coisa *infungível* pode ser objeto de garantia fiduciária, “pois em face da própria natureza

da obrigação de restituir, que só se cumpre devolvendo-se a quem de direito coisa não substituível por outra do mesmo gênero, já se pode concluir que as coisas fungíveis estão excluídas de figurar como objeto desse tipo de garantia”.

O ordenamento jurídico nacional equipara o devedor-fiduciante à figura do depositário, previsto no artigo 652 do Código Civil.

Os artigos 1º e 4º do Decreto-Lei 911 definem devedor-alienante fiduciante como depositário.

A licitude seria questionável à medida que se restringem direitos por equiparação. Embora neste artigo se aborde a recente mudança de visão do Supremo Tribunal Federal, há tempos o Superior Tribunal de Justiça tem-se manifestado nesse sentido no plano infraconstitucional. Julgados:

“segundo decisão da Corte Especial do STJ, é ilegítima, ou ilegal, a prisão civil do alienante ou devedor como depositário infiel” (STJ, 3ª T., HC 10853, rel. Min Nilson Naves, v.u., j. 4.11.1999, DJU 29.11.1999, p. 157).

“no plano infraconstitucional, a Corte Especial assentou não ser cabível a prisão do depositário infiel na alienação fiduciária” (STJ, 3ª T., REsp 164104-SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 11.5.1999, DJU 7.6.1999, p. 103).

e ainda

“Em se tratando de alienação fiduciária, o devedor não pode ser preso como acontece no caso do depositário infiel” (2ª TACivSP, 10ª Câmara, Ap 610123-0/2, rel. Juiz Marcos Martins, v.u., j. 29.8.2001).

“devedor alienante que não pode ser equiparado ao depositário infiel. Regra do DL911/69 1º, que não foi recepcionada pela nova ordem constitucional. Inteligência do CC 1265 e 1287 (1916) e do CF 5º, LXVII” (RT 751/207 – STJ) (grifo nosso).

Ocorre que o STF manifestava-se de forma diversa, mantendo a equiparação. Fazia-o utilizando como argumentação a soberania, ao confrontar o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição e o artigo 7º, nº 7, do Pacto de São José da Costa Rica:

“Os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em tratado internacional de que seja parte (§ 2º do art. 5º da Constituição) não minimizam o conceito de soberania do Estado-povo na elaboração de sua Constituição; por essa razão o artigo 7º nº 7 do Pacto de São José da Costa Rica deve ser interpretado com as limitações impostas pelo art. 5º, LXVII, da Constituição. (...)” (STF, 2ª T., HC 73044-2-SP, rel. Min. Maurício Correa, m.v., j. 19.3.1996).

Importante abordar a evolução argumentativa que levou à mudança de posição do STF em dezembro de 2008, esvaziando o conteúdo do artigo 66 da Lei 4.728/65 modificado pelo Decreto-Lei 911/69, com afastamento da equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel.

As hipóteses em que a Constituição Federal autoriza a prisão civil são elementos de uma lista *taxativa*. Justamente pelo fato de a prisão do depositário infiel ser uma *exceção* em que o constituinte vislumbra a possibilidade de prisão por dívida, deve ser interpretada *restritivamente* (MAZZUOLI, 1999, p. 44). Torna-se de difícil aceitação o uso de equiparação ao se trabalhar com normas *restritivas de direitos*, ou seja, uma equiparação *in pejus*.

Cabe lembrar que a ficção que levou a essa equiparação visa meramente assegurar as instituições financeiras, ainda que sob o risco de inobservância de direito do consumidor. Afirma Waldirio Bulgarelli (1997 apud MAZZUOLI, 1999, p. 37) que:

“Na verdade – não obstante podendo até admitir-se como válidas (o que não são) as razões invocadas para justificar a conformação desse instituto

entre nós – o que ocorreu foi um acentuado reforço da garantia nas operações com as financeiras, chegando-se ao extremo de considerar o simples comprador de uma mercadoria a crédito como DEPOSITÁRIO (*sic*) e, como tal, se inadimplente, levá-lo à prisão, e ainda, (o que só excepcionalmente se admite no penhor) de poder a *soi disant* credora (financeira) vender o bem, particularmente, pagando-se da dívida e devolvendo o restante (o que é bem raro ocorrer, por óbvio)”.

Essa ficção, editada no referido Decreto-Lei de 1969, nem foi objeto de discussão no Congresso Nacional, vez que o país se encontrava sob a vigência dos Atos Institucionais 5 e 12, que facultavam ao chefe do Executivo tais poderes, ressuscitando na economia pátria a *manus injectio* da Lei das XII Tábuas.

Orlando Gomes (1971 apud MAZZUOLI, 1999, p. 59) não vê no devedor da alienação fiduciária um depositante, pois “não recebe a coisa para guardar, nem o credor-fiduciário a entrega para esse fim, reclamando-a quando não mais lhe interesse a custódia alheia”.

A posse imediata de que dispõe o devedor é para seu uso. Não sendo depositário, é descabida (não se prestando a outro fim que para atender aos agentes financeiros) a equiparação ao depositário infiel que poderia³ levá-lo à prisão civil.

Nesse sentido se manifestou o STJ já em 1992:

“Prisão civil, não essencial à ação de depósito e somente admissível nos depósitos para guarda, e não nos depósitos de garantia de crédito, sob pena de retrocedermos aos tempos prístinos da prisão por dívidas, constitucionalmente defesa” (REsp 12.507-0/RS, 4ª T., DJU 01.02.1.993, p. 465).

³ Vide atual posição do STF, item 4.

É entendimento da doutrina, podendo-se ressaltar Clóvis Beviláqua, Orlando Gomes, Washington de Barros Monteiro, Arnaldo Wald e Pontes de Miranda, que depósito é “contrato pelo qual uma pessoa recebe um objeto móvel alheio, com a obrigação de guardá-lo e restituí-lo em seguida” (MAZZUOLI, 1999, p. 60).

Conforme debatido anteriormente, além da equiparação do devedor fiduciante ao depositário infiel, a posição do STF legitimando a prisão civil por dívida nos próprios autos, à luz da Constituição de 1988, gerou controvérsia doutrinária.

Inicialmente, com relação ao parágrafo 1º do artigo 902 e ao artigo 904, ambos do Código de Processo Civil:

“Art. 902 - (...)

§ 1º - No pedido poderá constar, ainda, a cominação da pena de prisão até 1 (um) ano, que o juiz decretará na forma do artigo 904, parágrafo único.

Art. 904. - Julgada procedente a ação, ordenará o juiz a expedição de mandado para a entrega em 24 (vinte e quatro) horas, da coisa ou do equivalente em dinheiro.

Parágrafo único - Não sendo cumprido o mandado, o juiz decretará a prisão do depositário infiel.”

A partir daí têm-se posições diversas. Mazzuoli (1999, p. 49) afirma que, assim como o autor não pode requerer a qualquer tempo a prisão do devedor, devendo fazê-lo na inicial, o juiz também não pode ordenar a prisão de ofício, sob pena de considerar-se essa decisão *extra petita*. Cita, em sua obra, José Carlos Moreira Alves que considera possível a decretação da prisão de ofício, bastando não ocorrer a entrega da coisa nas 24 horas previstas em lei. Já que a prisão civil não é pena, mas mera técnica processual, “não há razão de ser para ela integrar o *pedido em sentido técnico* e ter de ser cominada em sentença condenatória, como é a sentença em ação de depósito” (MAZZUOLI, 1999, p. 49).

Com a Carta de 1988 e o asseguramento do Princípio do Devido Processo Legal, ao deparar-se com a Súmula 619, Humberto Theodoro Júnior (1997, p. 73,74) afirma que:

“... não vejo como se possa impor tão grave sanção sem observância de um procedimento regular traçado em lei, isto é, fora da ação de depósito que, *in casu*, se apresenta como o devido processo legal (uma das garantias fundamentais dos direitos humanos). (...) Inexiste na lei permissivo para decretar sumariamente a prisão do depositário, sem que se lhe enseje contraditória a defesa ampla, segundo os ditames do devido processo legal.”.

Defende-se, assim, o Devido Processo Legal, tanto em seu aspecto formal, quanto material (BULOS, 2001, p. 235; SILVA, 2002, p. 430).

Quanto à natureza jurídica da prisão civil, há que se destacar que se trata de é uma “técnica executória de caráter indireto”, vez que não há efetiva execução, em sentido técnico, vez que não satisfaz o credor. Funciona como meio a impelir o devedor a cumprir com sua obrigação, como leciona Wambier (2000, p. 388, 389):

“A prisão civil *não é propriamente meio de execução*, mas meio coercitivo sobre o devedor para forçá-lo ao adimplemento, porque, com a prisão em si mesma, não se obtém a satisfação do crédito alimentar. O que se busca é que, ante a ameaça de prisão, ou mesmo sua concretização, o devedor pague a obrigação alimentícia, como forma de evitar ou suspender o cumprimento da prisão. É sempre excepcional, só admitida ante o permissivo constitucional (art. 5º, LXVII), visto que o ordenamento jurídico repudia a prisão por dívida. A prisão civil *não tem caráter punitivo*. Não é pena ...trata-se de forma de *pressão psicológica* sobre o ânimo do devedor,

para obrigá-lo ao cumprimento da prestação.” (grifo nosso)

Embora se possa vislumbrar, devido ao cerceamento de liberdade, algum paralelo entre a prisão civil e a penal, há diferenças conceituais.

A prisão civil não visa uma *pena*, vista no viés liberal como *retribuição* ao agente pelo mal causado à sociedade ou ainda caráter *preventivo* no tocante à reincidência (BARATTA, 1999, p. 42).

Entretanto o caráter aflitivo que ambas carregam é equivalente, mais ainda porque o Supremo Tribunal Federal já se manifestou quanto ao regime de cumprimento da prisão civil, afastando a possibilidade de regime semiaberto ou aberto:

“a prisão civil é incompatível com a prisão albergue ou com a prisão domiciliar” (HC 74.381-PR, 1º T., julg. 26.08.1997).

Parece não haver dúvida quanto ao constrangimento causado pela prisão, bem como a distinção finalística e etiológica entre a prisão civil e a prisão penal.

Outrossim, é inequívoco que, entre a instituição financeira credora e o devedor-fiduciante, há o estabelecimento de uma relação consumerista.

A partir de 1990, essas relações passaram a ser reguladas pela Lei 8.078, o Código de Defesa do Consumidor, que, em seu artigo 42, traz:

“Art. 42 – Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça”.

Não se trata de estímulo à impunidade daquele que descumpre suas obrigações, mas da necessidade que se fazia da observância da lei ordinária, em se mantendo a equiparação do devedor-fiduciante ficcionalmente (criada por outra lei infraconstitucional) e, sobretudo, do texto constitucional, no caso, o parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal.

4. Posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e a proteção aos direitos fundamentais

Antônio Augusto Cançado Trindade entende que tratados de Direitos Humanos, uma vez ratificados, não precisariam da promulgação e publicação do decreto presidencial para vigorar internamente. Eles poderiam ser invocados pelo particular, pois já fariam parte do chamado *bloco de constitucionalidade* (são normas *materialmente* constitucionais).

A Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, traz o parágrafo 3º ao artigo 5º da Carta de 1988, e suscita a questão sobre a hierarquia dos tratados publicados anteriormente e posteriormente à Emenda, bem como o que ocorreria com relação àqueles que não tivessem observado o *quorum* nela previsto. Os tratados que tratam de Direitos Humanos *devem* ter hierarquia constitucional, não formalmente, mas *materialmente*.

Para Flávia Piovesan, o parágrafo 3º cria duas categorias de tratados de direitos humanos:

“Desde logo, há que se afastar o entendimento de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o *quorum* de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro de formalmente constitucional. (...) Vale dizer que com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente consti-

tucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força de § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal. Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e substância essencialmente constitucional, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados” (TAVARES; LENZA; ALARCÓN, 2005, p. 72,73).

O voto do ministro Gilmar Mendes, no Recurso Extraordinário nº 466.343-1, entende que os tratados de Direitos Humanos teriam hierarquia *acima da lei*, ou seja, em virtude do fundamento da nova realidade mundial, em que a pessoa humana é elevada à categoria de sujeito de Direito Internacional.

Ocorre que, após 1977 (Recurso Extraordinário 80.004-SE/77), o Brasil adotou posição (retrógrada) que previa que a hierarquia de tratados fosse igual à da lei ordinária.

Isso alterou a jurisprudência daquela Corte que antes conferia primazia ao direito internacional sobre o interno.

Possuindo a mesma hierarquia das leis internas, o Tratado sujeita-se às regras de

aplicação destas em caso de conflito e ao controle de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal.

Conforme afirma Jorge Fontoura, há claro anacronismo:

“O fato de termos um ordenamento francamente dualista, como reflexo inelutável de nossa cultura jurídica, onde nada pode atentar contra o querer constitucional, nem mesmo o tratado, havendo de resto a possibilidade sempre presente de o legislador nacional dispor contra a norma contida em tratado anterior, é um dado fundamental para situarmos corretamente o grau de nosso avanço jurídico. A supremacia da norma interna, consoante à prevalente jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – RE 80.004/SE, bem como o silêncio obsequioso da Constituição Federal sobre o potencial conflito, não deixam espaço a interpretações inovadoras. Como consequência, não estamos preparados para as demandas de nosso tempo (D’ANGELIS, 2002 apud NUNES, 2004)”.

Nesse sentido caminhou o Supremo Tribunal Federal quando julgou o *Habeas Corpus* nº 73.044, já citado no item IV, que resultou em negar eficácia à Convenção Americana de Direitos Humanos quando essa, ao vedar a prisão civil do depositário infiel, contrariou o inciso LXVII do art. 5º da Constituição Federal.

O ministro Gilmar Mendes, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 466.343-1, buscou superar esse problema ao dizer que haveria o chamado “efeito paralisante” a esse entendimento, ou seja, que ele não seria mais aplicado enquanto o Brasil fosse parte da Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica.

Num conflito entre Constituição Federal e tratados de Direitos Humanos, a tese de Mendes é que esses tratados teriam grau hierárquico “acima da lei”, em virtude da

nova ordem mundial, na qual os Estados estão inseridos, desde 1948. Com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e uma tendência à sua constitucionalização, essas normas foram inseridas nos ordenamentos internos com hierarquia constitucional. Em virtude do sistema rígido de nossa Constituição, essas normas teriam essa hierarquia “supralegal”. As normas externas *não revogam o ordenamento interno, apenas suspendem-lhes a aplicabilidade*.

Cabe citar a mudança na posição do ministro Celso Mello quanto à hierarquia constitucional dos tratados internacionais.

Em 1996, em voto na ADIN 1408, que trata da Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, o ministro teve posição contrária à hierarquia constitucional dos tratados internacionais.

Na ADIN 1480, a Convenção 158 da OIT regulamentava a despedida arbitrária, sem justa causa.

Na década de 90, o Brasil ratificou essa convenção, pois os advogados dos empregados passaram a invocar a aplicabilidade dessa convenção, que teria revogado o artigo 7º, inciso I, da Constituição que diz que a despedida sem justa causa seria regulada por lei complementar, e, enquanto isso não ocorresse, valeria o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Muitos processos foram adiados enquanto os juízes verificavam qual conduta adotar.

Em 04/09/1997, foi interposta essa ADIN. O entendimento do ministro Celso Mello foi que a Convenção 158 era um tratado e um tratado tem apenas eficácia de lei e não poderia ser considerada Lei Complementar, sob pena de violação à CF, pois os tratados estão subordinados à CF, conforme estabelecido em 1977:

“A Constituição qualifica-se como estatuto fundamental da República. Nessa condição, todas as leis e tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa desse instrumento básico. Nenhum valor jurídico terá o tratado interna-

cional que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.

É que o sistema jurídico brasileiro não confere qualquer precedência hierárquico-normativa aos atos internacionais sobre o ordenamento constitucional” (RTJ 179/493-496).

No *Habeas Corpus* nº 87.585 do Tocantins, em seu voto de março de 2008, o ministro Celso Mello entende que os tratados de Direitos Humanos têm grau de hierarquia constitucional, alterando, portanto, entendimento anterior:

“Após longa reflexão sobre o tema em causa, Senhora Presidente – notadamente a partir da decisão plenária desta Corte na ADI 1.480-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 179/493-496) –, julguei necessário reavaliar certas formulações e premissas teóricas que me conduziram, então, naquela oportunidade, a conferir, aos tratados internacionais em geral (qualquer que fosse a matéria neles veiculada), posição juridicamente equivalente à das leis ordinárias.

As razões invocadas neste julgamento, no entanto, Senhora Presidente, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre convenções internacionais sobre direitos humanos (*revestidas de ‘supralegalidade’, como sustenta o eminente Ministro GILMAR MENDES, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer*), e tratados internacionais sobre as demais matérias (*compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias*).

Isso significa, portanto, examinada a matéria sob a perspectiva da ‘supralegalidade’, tal como preconiza o eminente Ministro GILMAR MENDES, que,

cuidando-se de tratados internacionais sobre direitos humanos, estes não de ser considerados como estatutos situados em posição intermediária que permita qualificá-los como diplomas impregnados de estatura superior à das leis internas em geral, não obstante subordinados à autoridade da Constituição da República.”

Os tratados de Direitos Humanos não devem ser considerados como normas legais; devem ter um grau de hierarquia diferenciado pelo julgador, de forma a dar uma melhor interpretação do próprio parágrafo 2º do artigo 5º, pois esses tratados, *materialmente, são constitucionais, pois visam proteger a pessoa humana.*

Disso se depreende que o Estado deve adequar a Constituição ao Ordenamento Jurídico internacional. Os dispositivos internos sobre *prisão do depositário infiel* não foram revogados, apenas tiveram o chamado *efeito paralisante*.

No Brasil, com vinte e seis séculos de atraso com relação àquilo que se entende como sociedade *civilizada*, a histórica decisão do Supremo Tribunal Federal, de 03 de dezembro de 2008 (Recurso Extraordinário 466.343.-SP), sepultou a prisão civil do depositário infiel.

O Supremo também afirmou, por 5 votos a 4, que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Congresso Nacional são hierarquicamente superiores às leis ordinárias, mas não têm o mesmo peso da Constituição.

De acordo com recente declaração do ministro Celso de Mello,

“Independentemente da fundamentação que se dê a esse entendimento, todos convergem no sentido do reconhecimento de que não mais subsiste (prisão civil) em face da ordem constitucional brasileira, em depósito convencional ou judicial” (SEGUNDA TURMA..., 2008),

verificando-se a revogação da Súmula 691 do STF, o que impediria a Corte de

analisar pedido de *Habeas Corpus* contra decisão liminar de tribunais superiores⁴.

“Súmula 691/STF – Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do Relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar”.

5. Considerações finais

Como afirma Luiz Flávio Gomes (2008), ao mesmo tempo a decisão também marca o surgimento de um novo modelo de Estado – o constitucional internacionalista (ou transnacional): “do Estado legalista (século XIX) passamos para o Estado constitucional (1945-1946: julgamentos de Nuremberg) e a partir de agora alcançamos o Estado Constitucional Internacionalista (03.12.2008)”. E continua: “Já não basta (para se conhecer o Direito) dominar as leis e os códigos (Estado legalista). Doravante só é jurista pleno quem também conta com razoável intimidade com a constituição (Estado constitucional de Direito) assim como com os tratados de direitos humanos (Estado constitucional internacionalista)”.

Coloca-se em xeque a noção moderna de soberania. A argumentação trazida por aqueles que defendem a manutenção do conceito lembra que não haveria incompatibilidade entre o Estado soberano e a existência de uma sociedade internacional, pois a faculdade em aceitar ou não os tratados dela decorrentes já é, por si, manifestação de soberania.

Os compromissos assumidos decorrentes desses tratados seriam vinculantes do agir do Estado em virtude de sua autodeterminação.

Conforme afirma Joana Stelzer (2000 apud CRUZ, 2007), “o Estado Constitucional Moderno não é mais concessor do Direito, mas instrumento nas integrações regionais”. Nessa integração, continua,

⁴ Nesse sentido v.: HC 90.450, HC 90.983, HC 94.695, HC 93.280 e HC 91.361.

“a deliberação última já não é do Estado, eis que transferiu o poder de normatizar, executar e julgar determinados assuntos para instituições de viés supranacional” (STELZER, 2000 apud CRUZ, 2007).

Referências

- ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- _____. *Direito romano*. v. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BUZUID, Alfredo. Ensaio sobre alienação fiduciária em garantia. *Revista dos Tribunais*, Rio de Janeiro, v. 401, p. 9, mar. 1969.
- CHALHUB, Melhim Namem. *Negócio fiduciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- _____. *Propriedade imobiliária: função social e outros aspectos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- CRUZ, Paulo Márcio. *Soberania e superação do Estado constitucional moderno*. 26 mar. 2007. Disponível em: <http://conpedi.org/manuel/arquivos/anais/manaus/direito_e_politica_paulo_marcio_cruz.pdf>.
- FELICIANO, Guilherme Guimarães. *Tratado de alienação fiduciária em garantia*. São Paulo: LTr, 1999.
- FONTOURA, Jorge. A tutela regional das relações de consumo: as vicissitudes do Mercosul. In: D'ANGELIS, Wagner Rocha (Coord.). *Direito da integração e direitos humanos no século XXI*. Curitiba: Juruá, 2002.
- GOMES, Luiz Flávio. *Decisão histórica do STF: fim da prisão civil do depositário infiel*. dez. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12081>>.
- GOMES, Orlando. *Alienação fiduciária em garantia*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- LIMA, Otto de Souza. *Negócio fiduciário*. São Paulo: RT, 1959.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Alienação fiduciária em garantia e a prisão do devedor fiduciante: uma visão crítica à luz dos direitos humanos*. Campinas: Aga Juris, 1999.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Novo código civil e legislação extravagante anotados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- NUNES, Maria Terezinha. *Harmonização tributária e consolidação do MERCOSUL*. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Legislativo) – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2004. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/senado/unilegis/pdf/UL_TF_DL_2004_Maria_Terezinha_Nunes.pdf>.
- OLIVEIRA, Celso Marcelo de. *Alienação fiduciária em garantia*. Campinas: LZN, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora (Orgs.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005.
- SEGUNDA TURMA do Supremo rejeita prisão de depositário infiel. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 24 set. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-set-24/turma_supremo_rejeita_prisao_depositario_infiel>.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- STELZER, Joana. De Soberano a Membro: o papel do estado inserido na dinâmica comunitária europeia. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, ano 6, n. 11, p. 193-208, out. 2000.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 15 ed. v. 3. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord.). *Curso avançado de processo civil*. 3 ed. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Homologação de sentença arbitral estrangeira

Cinco anos da Reforma do Judiciário

Marco Aurélio Gumieri Valério

Sumário

Introdução. 1. Sentença arbitral estrangeira. 1.1. Debate sobre a homologação de sentença arbitral estrangeira. 1.2. Art. 3º da Convenção de Nova Iorque e homologação de sentença arbitral estrangeira. 2. Homologação de sentença arbitral estrangeira. 2.1. Denegação do pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira. 2.2. Homologação de sentença arbitral estrangeira junto ao STJ. Conclusão.

Introdução

Fenômenos em constante evolução, as relações negociais transformam-se continuamente, modernizadas que são pelas frequentes transações entre empresas sediadas em diferentes partes do mundo.

A velocidade com que os acordos são fechados, as mercadorias circulam e a riqueza é transferida exige que eventuais conflitos sejam solucionados em tempo hábil, impondo a preferência por um método de resolução de controvérsias especializado e informal. Não é raro verificar que a tutela jurisdicional tardia, ainda que a decisão prolatada seja favorável à parte demandante, cause a ela dano irreparável, tornando inalcançável o ideal de justiça (FIUZA, 1995, p. 36-37).

A arbitragem é um meio extrajudicial de resolução de conflitos capaz de dirimir problemas contratuais, podendo ser determinada antes ou depois do surgimento da

Marco Aurélio Gumieri Valério é Advogado, Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista, Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista, Professor da Universidade de São Paulo.

questão controvertida, pela cláusula arbitral ou pelo compromisso arbitral, respectivamente. Tem por virtude a liberdade de as partes envolvidas na contenda poderem estabelecer as regras e indicarem as pessoas que devem decidir a matéria posta em questão (VALÉRIO, 2004, p. 17).

O instituto apresenta-se, assim, como um instrumento em consonância com o dinamismo da economia de mercado – antigamente chamada de capitalismo – colocado à disposição do executivo – outrora chamado de capitalista –, tornando-se um dos procedimentos de maior aceitação no mundo dos negócios¹.

A inserção da arbitragem no comércio internacional foi tamanha que se pode afirmar serem escassas as áreas que não a tenham escolhido como principal forma de composição de litígios.

Consciente dessa situação, o legislador brasileiro, graças à sanção da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, a chamada Lei de Arbitragem, inovou sensivelmente a concepção do instituto no direito pátrio, dando-lhe uma nova roupagem. Atento aos reclamos do empresariado nacional, operou-se uma verdadeira revolução no ordenamento jurídico interno, colocando o país na vanguarda das legislações sobre arbitragem, sendo apontada como uma das mais modernas do mundo e tida como modelo por diversos países.

As sentenças arbitrais normalmente são cumpridas de forma voluntária, até porque as partes envolvidas têm noção dos efeitos negativos em futuros contratos advindos do inadimplemento. O conseqüente abalo de confiança na imagem não impede, todavia, que o descumprimento da decisão ocorra até com uma certa frequência.

¹ Galbraith (2004, p. 14-17) destaca o esforço empreendido nas últimas décadas para a troca de nomenclaturas. Em vez do *capitalista*, o *executivo*, personagem que conquistou melhor aceitação pública do que seu antecessor. A um termo cheio de conotações históricas como *capitalismo*, prefere-se a expressão anódina *sistema de mercado*.

Na hipótese de inadimplência em sentença arbitral estrangeira, só resta à parte adimplente pleitear seu reconhecimento junto ao órgão judiciário competente do país em que a decisão deverá surtir seus efeitos. Esse juízo de admissibilidade que reconhecerá a validade e a eficácia da decisão perante o ordenamento jurídico interno é denominado homologação.

Inserido num contexto de revitalização do instituto iniciado pela Lei n. 9.307/1996, o processo de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras passou por profundas alterações. Publicada no dia 31 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional n. 45 trouxe, em seu bojo, a transferência de competência do Supremo Tribunal Federal – STF para o Superior Tribunal de Justiça – STJ, para processar e julgar a homologação de sentenças alienígenas (BRASIL, 2004).

Aspecto pouco debatido da Reforma do Judiciário, os efeitos do art. 105, I, *i*, da Constituição Federal de 1988 foram imediatos; assim, todas as ações de reconhecimento ainda não julgadas, com sua entrada em vigor, foram automaticamente remetidas do STF para o STJ.

O ressurgimento da arbitragem no ordenamento pátrio tem a difícil missão de superar a inércia evolutiva advinda de décadas de ostracismo normativo. Partindo-se da premissa de que a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras é hodiernamente assunto de importância inequívoca para o país, esse artigo assume um significado bem expressivo na medida em que objetiva analisar os aspectos inerentes ao tema em suas mais novas cores e mais recentes tons.

1. Sentença arbitral estrangeira

A Lei n. 9.307, de 26 de setembro de 1996, conceitua a sentença arbitral estrangeira em seu art. 34, parágrafo único, como aquela proferida fora do território nacional². Por

² Art. 34. Parágrafo único: Considerase sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional (BRASIL, 1996b).

seu turno, a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, parte do mesmo princípio; porém, em seu art. 1º, amplia essa definição, permitindo que o país no qual é requerido o reconhecimento e a execução da sentença arbitral alienígena aplique suas regras a todas as decisões tidas como estrangeiras conforme sua legislação interna³.

No plano internacional, a sentença arbitral não tem a mesma eficácia das decisões nacionais. Essa circunstância decorre da noção de soberania, que, a seu turno, traça os limites da jurisdição. A decisão proferida por autoridade estrangeira não adquire eficácia extraterritorial de forma automática, sujeitando-se na forma de tratado internacional ou de legislação nacional sobre a matéria, a processo específico de homologação e de execução (SOUZA JÚNIOR, 1997, p. 311).

A Lei de Arbitragem dispõe, no *caput* do art. 34, que a sentença será reconhecida ou executada no Brasil em conformidade com as regras de direito trazidas no bojo de tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência,

³ Art. 1º A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se tencione o seu reconhecimento e a sua execução. Entender-se-á por “sentenças arbitrais” não só às sentenças proferidas por árbitros nomeados para cada caso, mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam. Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração (BRASIL, 2002, p. 3).

estritamente de acordo com a legislação interna⁴.

A princípio, houve quem apontasse nessa determinação um perigo para a soberania nacional, cujo atributo de recusar por ofensa à ordem pública e aos bons costumes o cumprimento de atos, de negócios, de contratos e, neste caso específico, de sentenças arbitrais estrangeiras estaria ameaçado. Para Antonio Corrêa, o legislador pátrio, ao promulgar a Lei n. 9.307/1996, teria abdicado desse preceito quando se tratasse de arbitragem. Em suas palavras, as sentenças arbitrais estrangeiras “podem ofender a soberania, a ordem pública e os bons costumes que mesmo assim irão obter validade em território nacional” (CORREA, 1998, p. 162-163).

Com a devida vênia, trata-se de um exagero por parte do doutrinador. Existem muitos tratados que trazem em seu bojo regras de direito comum a serem aplicadas nos países signatários, regras essas que podem ser de direito civil, de direito empresarial, de direito penal, ou seja, todo e qualquer ramo do direito.

Não se deve confundir o tratado em si com as normas de direito comum nele contidas: (a) o acordo envolve relações de coordenação entre estados soberanos; pertence ao direito público externo; contém sanções de caráter internacional para o eventual estado infrator; tem ainda um mecanismo próprio de revogação como a denúncia; (b) e as normas de direito comum nele contidas envolvem relações de subordinação entre um estado e os que habitam seu território; destinam-se ao direito interno, público ou privado; contém sanções de direito interno; e sua revogação se sujeita à sistemática constitucional comum do país.

O tratado não pode ser incorporado às leis internas do país. O que se incorpora são

⁴ Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta lei (BRASIL, 1996b).

apenas as normas de direito comum por ele transportado. É, portanto, apenas um modo de dizer, ou uma força de expressão que não corresponde à realidade quando se diz que um tratado foi “incorporado” ao direito interno. Sua aprovação pelo Congresso Nacional, por meio de decreto legislativo, produz efeito duplo: de um lado, surgem direitos e obrigações internacionais; de outro lado, incorporam-se ao direito interno as eventuais normas de direito comum trazidas em seu bojo.

A Constituição Federal de 1988 coloca no mesmo nível as leis ordinárias e os tratados internacionais no art. 102, III, b⁵. Cabe à norma incorporada submeter-se, destarte, às regras da Carta Magna (MELLO, 1982, p. 144). Assim sendo, a Norma incorporada vale como direito local e não como direito internacional, sujeitando-se às regras internas de hierarquia e de conflitos de leis no tempo e no espaço (STRENGER, 1978, p. 110).

O que o caput do art. 34 da Lei de Arbitragem faz é, simplesmente, destacar a importância dos tratados internacionais como instrumentos de harmonização de regras procedimentais para a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras. Em momento algum se atenta ou se abre exceção à regra de análise da conformidade das sentenças arbitrais estrangeiras com a ordem pública ou ainda com os bons costumes.

Contudo, de nada adiantaria a disposição do legislador em privilegiar regras acordadas em tratados internacionais se o Brasil não ratificasse os acordos que versam sobre a homologação e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras dos quais é signatário.

Talvez por esse motivo, em menos de uma década, o país tenha aprovado por decreto legislativo e promulgado por decreto

⁵ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (BRASIL, 1988).

presidencial o conteúdo jurídico de três dos principais acordos multilaterais já firmados sobre a matéria: (a) Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958 (BRASIL, 2002, p. 3); (b) Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá, de 30 de janeiro de 1975 (BRASIL, 1996, p. 8.012); e (c) Convenção Interamericana sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de Montevidéu, de 8 de maio de 1979 (BRASIL, 1997, p. 28.436).

Além disso, como membro do Mercado Comum do Sul - Mercosul, o país também é signatário do Protocolo de Las Leñas sobre Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, de 27 de junho de 1992 (BRASIL, 1993, p. 13.552). Sua relevância prática para a homologação e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, no entanto, é pequena em relação aos estados-membros do bloco, já que todos eles ratificaram as convenções multilaterais acima citadas.

Há ainda tratados bilaterais celebrados pelo Brasil aplicáveis à arbitragem internacional. Cumpre destacar, particularmente, a Convenção de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, celebrada com a França em 30 de janeiro de 1981 (BRASIL, 2000, p. 6). O acordo é aplicável expressamente a sentenças arbitrais, sendo esse aspecto de relevância prática com relação às decisões proferidas no âmbito da Câmara Internacional do Comércio de Paris - CCI/ICC, quando a sede do tribunal arbitral é no território francês⁶.

1.1. Debate sobre a homologação de sentença arbitral estrangeira

Muito se debateu sobre a previsibilidade de homologação de sentenças arbitrais

⁶ O Brasil também tem acordo similar com o Uruguai. Todavia, sua aplicação foi prejudicada pelo Protocolo de Las Leñas de 1992, acordo multilateral que regula a arbitragem no Mercosul (BRASIL, 1996a, p. 5.939).

estrangeiras no Brasil. A Lei n. 9.307/1996, ao estabelecer no art. 35, parágrafo único que uma sentença arbitral alienígena, para ser reconhecida e executada, deveria ser homologada, deu fôlego a essa discussão (VALÉRIO, 2003, p. 92).

Essa querela está intimamente ligada à discussão em torno da natureza jurídica da arbitragem. Ao se questionar a necessidade, ou não, de uma maior interferência estatal no procedimento arbitral, estava se discutindo, indiretamente, qual de seus aspectos se privilegiaria: o público ou o privado.

Essa é uma das questões que geram as mais acirradas discussões, sendo facilmente apontada como a maior das polêmicas criadas em torno do instituto. A natureza jurídica da arbitragem é “o campo mais fértil para elocubrações jurídicas e que, ainda hoje, divide os doutrinadores” (MARTINS, 1994, p. 33).

Os privatistas, contrários ao procedimento de homologação, alegavam que a regra inserida na alínea *h* do art. 102 da Constituição Federal de 1988 não autorizava a homologação de sentença arbitral estrangeira, referindo-se, tão somente, a *sentença estrangeira*. Entende-se como tal a emanada de órgão judicial proferida por autoridade pública. Assim, ao ampliar a então competência do STF, hoje do STJ, a Lei de Arbitragem estaria incorrendo em flagrante ilegalidade⁷.

Além disso, o fato de decorrer da vontade das partes e ser destinada a dirimir contendas sobre direito patrimonial disponível, não havendo intervenção de autoridade pública estrangeira, tornaria a sentença arbitral um título executivo extrajudicial, e não judicial como consta no art. 31 da Lei n. 9.307/1996, o que justificaria sua execução similar à de

⁷ A Lei de Arbitragem atribui ao STF a competência para homologar laudos arbitrais estrangeiros. Ocorre que tal competência não se afigura entre as enumeradas no art. 102 da CF. Segundo esse dispositivo, o STF é competente para a homologação de sentenças estrangeiras. Ao atribuir mais uma hipótese de competência, incorre a Lei de Arbitragem em flagrante inconstitucionalidade (CÂMARA, 1997, p. 123-124).

um título extrajudicial internacional, nos termos do art. 585, VII, do CPC⁸.

Ademais, a homologação de sentença judicial estrangeira se justificaria em virtude de se tratar de ato emanado de autoridade pública que se pretende seja executado e cumprido em outro território, enquanto a sentença arbitral estrangeira é ato privado proferido por pessoa ou pessoas despidas de qualquer autoridade pública, pelo que não se justificaria essa apreciação.

Em derradeiro, ao lado desses argumentos, apontava-se a morosidade nos processos de homologação de sentença arbitral estrangeira, tendo em vista a quantidade de casos a serem julgados.

Os publicistas, por sua vez, favoráveis ao procedimento de homologação, apoiavam a constitucionalidade do art. 35 da Lei de Arbitragem, defendendo a tese de que essa norma infraconstitucional não conferia, então ao STF, agora ao STJ, a competência para homologar sentença arbitral estrangeira, o que, de fato, seria uma infração à hierarquia das leis. Na verdade, o que ela faz é igualar, em importância e tratamento, a sentença arbitral estrangeira com a sentença judicial estrangeira. A então competência do STF, agora do STJ, para homologá-la estaria implicitamente incluída na regra do art. 102, alínea *h*, da Constituição Federal.

Argumentavam ainda que, apesar de a investidura no cargo de árbitro ter caráter privado, a função e o exercício são de interesse estatal e, portanto, de caráter público. Assim, o árbitro, ao ser indicado pelas partes, não atua apenas em nome delas, mas também em nome do Estado. Fundamento, portanto, para equiparar árbitros a juízes togados e a sentença arbitral à sentença judicial, decorrendo, daí, o caráter de título

⁸ É certo que a norma citada trata da eficácia executiva de títulos extrajudiciais estrangeiros, mas isso não desabona nossa proposta. Ora se os títulos extrajudiciais estrangeiros são eficazes no Brasil, independentemente de homologação, *a fortiori* assim deve ser considerado um título judicial cuja formação se dá em razão da opção, pelas partes, por solucionar seu conflito através da arbitragem (CÂMARA, 1997, p. 125).

executivo judicial. Tendo em vista que, para a sentença judicial estrangeira ter eficácia de título executivo judicial, era necessária a sua homologação pelo STF, hoje pelo STJ, o mesmo deve ocorrer com a sentença arbitral estrangeira⁹.

Por fim, quanto à questão da demora nos julgamentos, justificavam-na pela necessidade de um procedimento que atendesse, em seus trâmites, aos princípios informadores do processo.

Existia, ainda, um posicionamento conciliatório que, de certa forma, saiu vencedor. Apesar de reconhecerem a necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira, eram a favor de se retirá-la do rol de competências do STF de modo a desafogá-lo, o que de fato ocorreu, transferindo-se para o STJ. Todavia, desejavam que fosse atribuída ou ao juiz competente para a execução da sentença arbitral estrangeira ou ao juiz originário da causa (CHAVES, 2009).

O único ponto em que não há discordâncias quanto à natureza jurídica da arbitragem é que, provavelmente, esse assunto jamais será pacífico na doutrina, na legislação ou na jurisprudência.

1.2. Art. 3º da Convenção de Nova Iorque e homologação de sentença arbitral estrangeira

No dia 23 de julho de 2002, o então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, assinou, juntamente com o Ministro das Relações Exteriores, Celso

⁹ No plano internacional, a sentença ou laudo arbitral não possui a mesma eficácia das decisões nacionais, circunstância que decorre da noção de soberania estatal, que a seu turno traça os limites da jurisdição estatal. Logo, a decisão proferida por autoridade estrangeira não adquire eficácia extraterritorial automática, sujeitando-se, na forma das convenções internacionais sobre a matéria ou da legislação do Estado em que se lhe pretenda validar, algum mecanismo de incorporação na ordem interna. Entre nós, esse processo de incorporação toma o nome de homologação de sentença estrangeira, e, no direito comparado, de um modo geral, é tratado como meio de reconhecimento e execução de decisões proferidas por tribunais estrangeiros (SOUZA JÚNIOR, 1997, p. 311).

Lafer, o Decreto n. 4.311, publicado no Diário Oficial da União – DOU do dia seguinte, promulgando a Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 10 de junho de 1958, em vigor desde o dia 7 de junho de 1959. Seu texto foi aprovado pelo plenário do Senado Federal, em reunião realizada no dia 24 de abril de 2002, por meio do Decreto Legislativo n. 52 publicado no DOU do dia 26 do mesmo mês.

A Convenção de Nova Iorque é considerada o mais amplo acordo referente à prática da arbitragem internacional, aplicando-se ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um país que não o em que se tencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas naturais ou jurídicas.

O acordo já foi acolhido por mais de cento e vinte países de todas as partes do globo, incluindo quase todos os países da América Latina, inclusive Argentina, Paraguai e Uruguai, integrantes, juntamente com o Brasil, do Mercado Comum do Sul – Mercosul.

O depósito da carta de adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas foi realizado, pelo governo brasileiro, no dia 7 de junho de 2002, entrando em vigor noventa dias depois.

Embora seu espírito já tivesse sido incorporado pela Lei n. 9.307/1996, sua recepção ao ordenamento jurídico pátrio não passou despercebida, pois, além de sua importância histórica no desenvolvimento do instituto em âmbito internacional, sua recepção trouxe novamente, à tona, uma importante querela doutrinária.

Sua ratificação levantou, além das densas camadas de poeira acumulada nos quarenta e quatro anos de gaveta, uma discussão que, certamente, dará margem a inúmeras discordâncias, críticas e mal-entendidos. Trata-se da questão relativa à necessidade, ou não, de se proceder à homologação da sentença arbitral estrangeira junto ao tribunal competente no Brasil.

Dessa vez, a questão tem origem no art. 3º da Convenção de Nova Iorque em que, visando impossibilitar a adoção de restrição que pudesse impedir a livre execução de sentenças arbitrais, estabeleceu-se que cada estado contratante reconhecerá as sentenças arbitrais como vinculativas e as executará de acordo com as regras procedimentais do território onde a sentença seja invocada, segundo as condições previstas nos artigos seguintes. Ao reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais a que se aplique a convenção não serão impostas substancialmente condições mais onerosas ou custas ou encargos maiores que os impostos quando do reconhecimento ou execução das sentenças arbitrais nacionais.

Pelo que se depreende de uma leitura superficial que ressalte a segunda parte deste excerto, a exigência de homologação de sentença arbitral estrangeira seria incompatível com o estipulado na convenção, por se tratar de uma exigência extra, ferindo a isonomia garantida perante a sentença arbitral nacional. Todavia, numa análise mais detida, interligando a primeira com a segunda parte do artigo, percebe-se que a solução acima não é a mais acertada.

Ao estipular que os estados contratantes reconhecerão as sentenças arbitrais como vinculativas e as executarão de acordo com as regras procedimentais do território onde seja invocada, está-se destacando a liberdade destes para regulamentar, em suas leis domésticas, o procedimento a ser adotado de reconhecimento ou execução de sentenças arbitrais; conseqüentemente, a legislação interna atribuirá essa tarefa a quem bem entenda e, no caso brasileiro, essa competência é do STJ.

Na verdade, a segunda parte do art. 3º refere-se às *condições* que vinculam o reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Qualquer interpretação contrária levaria ao entendimento de que a Convenção de Nova Iorque tem capacidade para interferir em matéria de organização

interna de cada país, limitando a soberania dos países, o que é inadmissível.

Segundo Nunes Pinto (2009), “ao utilizar a expressão *condições mais onerosas*, a Convenção se refere especificamente às condições para reconhecimento ou execução, nada tendo a ver, portanto, com os denominados procedimentos para reconhecimento e execução”. Na categoria de condições mais onerosas, estaria a exigência da dupla homologação da sentença arbitral estrangeira, que vigorou no Brasil até a edição da Lei n. 9.307/1996.

Considerando a atuação do Brasil no cenário internacional, a ratificação da Convenção de Nova Iorque, apesar de tardia, é de extrema relevância para o desenvolvimento do instituto da arbitragem no país. Quanto a tudo o que foi levantado a partir da publicação do Dec. n. 4.311/2002, o legislador deve preocupar-se, apenas, com a densa nuvem de poeira.

2. Homologação de sentença arbitral estrangeira

A sentença é um ato soberano que se constitui internamente em cada Estado no momento em que é prolatada pelo juiz competente de acordo com sua *lex fori*. A decisão estrangeira, contudo, não tem a mesma eficácia da nacional em decorrência da noção de soberania, que traça os limites da jurisdição estatal. Logo, a decisão proferida por autoridade alienígena não adquire eficácia extraterritorial automática sujeitando-se, na forma das convenções internacionais ou das legislações internas, a algum mecanismo de incorporação que consiste, basicamente, na declaração feita por um determinado país de que se submete a uma decisão emanada por outro. Em outras palavras, a sentença proferida num ordenamento jurídico alienígena passa a ter a mesma validade que uma decisão exarada por um órgão jurisdicional nacional.

Nesse sentido, vale verificar os diversos sistemas legislativos sobre incorporação

enumerados por Vicente Greco Filho (2003, p. 375-376): (a) sistema de recusa à execução dos julgados estrangeiros, segundo o qual se desconhece o processo de homologação; (b) sistema de revisão absoluta, segundo o qual, no processo de reconhecimento, reexamina-se o mérito da decisão estrangeira, substituindo-se esta por uma nova, nacional; (c) sistema de controle limitado, segundo o qual é possível o exame do mérito da decisão alienígena, mas para o fim de admiti-la ou rejeitá-la; e, por fim, (d) sistema de controle limitado, segundo o qual o julgado estrangeiro é submetido a controle em determinados pontos. Este último, também chamado de sistema de delibação, é adotado tradicionalmente pelo direito brasileiro desde a Constituição Federal de 1934¹⁰. De acordo com Maria Helena Diniz (2004, p. 359-377), “na delibação ter-se-á mera apreciação inquisitiva da prova documental, examinando-se as alegações e as provas alusivas, por exemplo, a falta de citação, procede ou não. Logo, em momento algum poderá declarar válido ou inválido o processo estrangeiro. A delibação não alterará o mérito da decisão alienígena; examinará tão-somente se houve cumprimento dos requisitos internos e externos exigidos pelo art. 15 da Lei de Introdução”.

O reconhecimento é feito após um exame realizado por um órgão judiciário do país onde se pretende executar forçosamente a sentença estrangeira com vistas a determinar se ela fere as leis locais ou viola a ordem pública interna.

A homologação é, assim, o trâmite processual por meio do qual a justiça togada exerce controle sobre alguns dos elementos e dos aspectos da sentença estrangeira, seja ela arbitral ou estatal, para obter uma declaração no sentido de que a decisão goza das condições exigidas pela lei interna ou tratado internacional aplicável para ser executada. Cumpre frisar que ela não im-

¹⁰ Art. 77. Compete ao Presidente da Corte Suprema conceder *exequatur* às cartas rogatórias das Justiças estrangeiras (BRASIL, 1934).

plica uma análise de mérito, mas apenas uma avaliação de requisitos meramente formais.

Anteriormente à Lei de Arbitragem, o sistema vigente de reconhecimento de sentenças arbitrais alienígenas era o de dupla homologação. A sentença deveria ser sancionada pelo órgão judiciário competente no seu país de origem para, posteriormente, ser homologada pelo órgão judiciário brasileiro.

Essa regra gerava, além da inconveniência burocrática, situações surreais em que sentenças arbitrais estrangeiras não eram homologadas simplesmente pelo fato de que, no ordenamento jurídico do país em que foi proferida, não havia a previsão de sua primeira homologação, o que tornava logicamente impossível sua segunda homologação¹¹.

Coerentemente, o legislador acabou com essa necessidade e, para essa mesma decisão ser reconhecida no Brasil, basta tão somente sua homologação no órgão jurisdicional competente, segundo o art. 35 da Lei de Arbitragem¹². A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça – STJ, por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004 (BRASIL, 2004), competência originária para, em instância de mera delibação, homologar a sentença estrangeira que não se revele ofensiva à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes.

A validação de uma sentença estrangeira ocorre mediante a reunião de certos requisitos. A doutrina distingue os chama-

¹¹ Em trabalho anterior à Lei de Arbitragem de 1996, Santleben afirma que condição *sine qua non* para a homologação da sentença arbitral estrangeira é que ela tenha sido confirmada ou declarada exequível no país de origem por uma decisão judicial que preencha todos os requisitos dos quais depende a homologação de decisões estrangeiras conforme o direito brasileiro (SANTLEBEN, 1986, p. 209-210).

¹² Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal [Superior Tribunal de Justiça, após a EC n. 45/2004] (BRASIL, 1996b).

dos pressupostos ou requisitos positivos e negativos necessários ao eficaz reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras. Os negativos são os elementos impeditivos para a admissibilidade e reconhecimento da decisão estrangeira perante o ordenamento jurídico nacional. E os positivos são aqueles que devem estar presentes para o acolhimento do pedido de homologação.

2.1. Denegação do pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira

Antes de qualquer coisa, é necessária uma distinção entre os termos *homologação* e execução de sentença estrangeira. O primeiro significa uma providência defensiva e de proteção da soberania nacional em que reside a ordem jurídica interna, fazendo valer a autoridade da coisa julgada que seja emanada de decisão do órgão jurídico competente, impedindo, assim, nova discussão sobre a matéria objeto da homologação. E o segundo apresenta-se com nítido caráter coercitivo na medida em que, além de possibilitar o reconhecimento da decisão estrangeira, permite que a parte interessada requeira ao tribunal a utilização dos meios coativos necessários à satisfação do julgado (SOUZA JÚNIOR, 1997, p. 311-312).

A sentença arbitral estrangeira poderá ter sua homologação denegada quando o réu provar que as partes na convenção de arbitragem eram incapazes. Por ser um negócio jurídico, a primeira condição para sua validade é a capacidade dos contratantes, aliás, em consonância com o estipulado no art. 104 do Código Civil de 2002¹³.

A legitimidade para requerer a homologação da sentença arbitral estrangeira é de quaisquer das partes interessadas¹⁴. É

¹³ Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I agente capaz; II objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002a).

¹⁴ Ementa: Sentença estrangeira. Pedido de homologação. Legitimidade. Requisitos preenchidos. 1. Qualquer pessoa interessada tem legitimidade para requerer a homologação de sentença estrangeira. 2. No caso, a requerente, Samsung Eletrônica da Amazônia

requisito essencial ser parte para ter acesso a essa prestação jurisdicional¹⁵.

Se a convenção de arbitragem não era válida, segundo a lei à qual as partes a submeteram ou, na falta de indicação, em virtude do ordenamento jurídico do país onde a sentença arbitral foi proferida, também é causa denegatória de reconhecimento. E tal ocorre porque a convenção de arbitragem não tem o condão de afrontar a norma existente a respeito, criando em seu lugar uma regra particular para as partes.

Mesmo se estas não submeteram a convenção de arbitragem à lei pertinente, mas se afronta o direito do país onde foi proferida, também constitui motivo justo para deixar de ser homologada.

Não pode ser reconhecida a sentença arbitral se o réu provar que não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento arbitral ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa. Aqui, o primeiro motivo para denegação é o de que, não tendo o réu sido notificado da designação do árbitro ou do procedimento arbitral, não chega

Ltda., representante exclusiva da Samsung Aerospace Industries Ltd. no Brasil, tem interesse na homologação da sentença arbitral proferida pela Câmara Coreana de Arbitragem Comercial, dado que a aludida decisão poderá ser útil para o julgamento da ação contra si ajuizada pela requerida perante a 1ª Vara Cível da Comarca de Petrópolis. 3. Presentes os requisitos indispensáveis à homologação da sentença estrangeira, não havendo ofensa à soberania ou à ordem pública, deve ser deferido o pedido de homologação. 4. Sentença estrangeira homologada (BRASIL, 2008a).

¹⁵ Ementa: Sentença arbitral estrangeira. Homologação. Ilegitimidade ativa da requerente. Extinção do processo sem julgamento do mérito. I - A homologação da sentença estrangeira não pode abranger e nem se estender a tópicos, acordos ou cláusulas que não se achem formalmente incorporados ao texto da decisão homologanda. Precedentes do c. STF. II - Na hipótese dos autos, a sentença homologanda sequer faz menção à requerente como parte ou interessada na lide arbitral. III - *In casu*, para que se possa verificar a legitimidade ativa da requerente, imprescindível é a análise do contrato de cessão firmado entre esta e a empresa vencedora da lide arbitral, o que é vedado em sede de homologação de sentença estrangeira. Processo extinto sem julgamento do mérito, em razão da ausência de legitimidade ativa da requerente (BRASIL, 2006a).

sequer a formar a relação de arbitragem. É condição essencial para a existência desta a aquiescência das partes com a designação do árbitro, que, a seu turno, tem sede na própria convenção de arbitragem. E, mesmo se constituído o juízo arbitral em consonância com a lei ou com a vontade das partes que essa não afronte, se negado o contraditório e a ampla defesa, a sentença arbitral também não será homologada. A disposição do item III do art. 38 da Lei n. 9.307/1996¹⁶ chega a ser redundante, pois a ampla defesa já envolve o contraditório, o qual nada mais quer dizer que a cada ato de postulação do autor deve corresponder um ato de defesa do réu.

Não merece reconhecimento, ainda, a sentença arbitral se proferida fora dos limites da convenção de arbitragem e não tenha sido possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem. A convenção de arbitragem faz lei entre as partes de tal sorte que, se a decisão extrapola os limites da convenção de arbitragem e não puder expurgar o excesso da sentença, essa não pode ser homologada pelo órgão competente.

Se a instituição da arbitragem não estiver de acordo com o compromisso arbitral ou com a cláusula compromissória, também não deve ser reconhecida, pois foge ao que foi livre e espontaneamente convencionado pelas partes¹⁷.

¹⁶ Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: [...] III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa (BRASIL, 1996b).

¹⁷ Ementa: Sentença arbitral estrangeira. Controle judicial. Impossibilidade de apreciação do mérito. Inexistência de cláusula compromissória. Incompetência do juízo arbitral. Ofensa à ordem pública nacional. I - O controle judicial da sentença arbitral estrangeira está limitado a aspectos de ordem formal, não podendo ser apreciado o mérito do arbitramento. II - Não há nos autos elementos seguros que comprovem a aceitação de cláusula compromissória por parte da requerida. III - A decisão homologanda ofende a ordem pública nacional, uma vez que o reconhecimento da

Quando a sentença arbitral não tenha se tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou ainda tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença for prolatada, não é suscetível de homologação, pois, conquanto haja uma sentença, essa é inexecutável, quer porque sujeita a aditamento, quer porque anulada ou suspensa por órgão judicial do país em que foi proferida.

Denegada deve ser ainda a homologação para o reconhecimento de sentença estrangeira se ficar constatado que o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem, pois, se do contrário fosse, estaria o órgão competente, ao reconhecer decisão cujo objeto não pudesse ser deslindado pelo juízo arbitral, desrespeitando essa norma.

Finalmente, não pode ser reconhecida a decisão que ofenda a ordem pública nacional, que, segundo Belizário Antônio de Lacerda, é “o complexo legal positivo de um país juridicamente organizado que lhe possa garantir o funcionamento de suas instituições e poderes constituídos, necessários e essenciais à sobrevivência do estado e da própria coletividade”. Ainda segundo Lacerda (1998, p. 99-100), a ordem pública nacional compreende também os bons costumes, isto é, “os atos que não arpeiem o consenso médio de um povo dentro de uma determinada época e de um determinado território”.

A autonomia da vontade pode ser definida como a liberdade de contratar, de criar direitos. Todavia, como nenhum princípio é absoluto, este tem por limites as reservas impostas pelo ordenamento jurídico de cada país. Tais restrições se mostram ainda mais significativas quando

competência do juízo arbitral depende da existência de convenção de arbitragem (art. 37, II, c/c art. 39, II, da Lei n. 9.307/1996). Precedente do STF. IV - *In casu*, a requerida apresentou defesa no juízo arbitral alegando, preliminarmente, a incompetência daquela instituição, de modo que não se pode ter como aceita a convenção de arbitragem, ainda que tacitamente. Homologação indeferida (BRASIL, 2006).

se cuida da homologação de sentença arbitral estrangeira.

Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil na forma da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou, admitindo-se, inclusive, a citação postal pessoal ou por meio de terceiro com poderes para receber a citação em nome do citando com a prova inequívoca do recebimento, desde que assegure à parte estabelecida no Brasil tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

A regra do art. 40 da Lei de Arbitragem corrobora a natureza informal do processo arbitral, pois, ainda que denegada a homologação da sentença arbitral estrangeira por vício formal, isso não impede que a parte interessada faça um novo pedido depois de sanar os vícios.¹⁸

Reconhecida a sentença arbitral estrangeira pelo órgão competente, a sua execução não poderá mais ser objeto de pedido de nulidade ou de embargos via convenção de arbitragem a teor da regra contida no art. 35 da Lei n. 9.307/1996¹⁹, o qual estabelece textualmente que, para ser reconhecida ou executada no Brasil, a decisão está sujeita, unicamente, à homologação pelo STJ.

2.2. Homologação de sentença arbitral estrangeira junto ao STJ

Publicada no dia 31 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional n. 45 trouxe, em seu bojo, a transferência de competência do Supremo Tribunal Federal – STF para o Superior Tribunal de Justiça – STJ, para processar e julgar, originariamente, a homologação de sentenças estrangeiras

¹⁸ Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados (BRASIL, 1996b).

¹⁹ Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 1996b).

(BRASIL, 2004). Aspecto pouco debatido da Reforma do Judiciário, os efeitos do art. 105, I, *i*, da Constituição Federal de 1988²⁰ foram imediatos; assim, todos os reconhecimentos ainda não julgados foram automaticamente remetidos do STF para o STJ.

Nessa mesma data, no intuito de garantir a estabilidade e a segurança jurídica, antecipando-se em suas novas responsabilidades, a Presidência do STJ editou a Resolução n. 22, que sujeitou tais feitos, provisoriamente, aos ritos previstos nos artigos 215 a 224 para reconhecimento e execução de sentença estrangeira do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal – RISTF. Por meio de seu art. 1º, parágrafo único, a Resolução n. 22/2004 conferiu à Corte Especial do STJ as competências atribuídas anteriormente ao Plenário do STF enumeradas nos artigos 219, parágrafo único, 223 e 228, parágrafo único do RISTF (BRASIL, 2004a).

Além disso, foi emitido pelo então Presidente do STJ, Ministro Edson Carvalho Vidigal, o Ato n. 15, de 16 de fevereiro de 2005 (BRASIL, 2005), delegando ao então Vice-Presidente do Tribunal, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, hoje ambos aposentados, a competência para a homologação²¹.

Esses dois dispositivos, todavia, foram expressamente revogados pelo art. 15 da Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005, que dispôs, ainda em caráter transitório até que se estabeleça um regimento interno próprio para tal finalidade, sobre a competência acrescida ao STJ pela EC n. 45/2004 (BRASIL, 2005b).

A Resolução n. 9 de 4 de maio de 2005 estipulou, em seu art. 1º, a criação das classes processuais de reconhecimento de

²⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: [...] (i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias (BRASIL, 1988).

²¹ Atualmente, o Presidente e o Vice-Presidente do Superior Tribunal de Justiça – STJ são, respectivamente, os Ministros Francisco César Asfor Rocha e Ari Pargendler. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.

sentença estrangeira e de cartas rogatórias no rol dos feitos submetidos ao STJ. Cabe a estas observar as regras dispostas em caráter excepcional, até que o Plenário da Corte aprove disposições regimentais próprias.

No parágrafo único desse mesmo artigo, foi sobrestado o pagamento de custas processuais nos casos de homologação que deram entrada no Tribunal após a publicação da EC n. 45/2004, até deliberação posterior. Essa medida visa atender à disposição contida no art. 112, *caput*, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - RISTJ, que dispensa o pagamento de taxas nos processos de sua competência originária²².

Contrariando disposição anterior do Ato n. 15/2005, que delegou a atribuição para homologar sentenças estrangeiras ao Vice-Presidente, a competência retorna, segundo o art. 2º da Resolução n. 9/2005, ao Presidente do STJ.

Pelo art. 3º, o reconhecimento de sentença estrangeira será requerido pela parte interessada ou remetido por carta rogatória, faculdade atribuída pelo art. 19 do Protocolo de Las Leñas.²³

A petição inicial deverá conter as indicações constantes do art. 282 do CPC²⁴ e ser instruída com a certidão ou cópia autêntica do texto integral da sentença estrangeira, além de outros documentos indispensáveis, devidamente traduzidos e autenticados. O Tribunal, contudo, tem sido tolerante com

²² Art. 112, *caput*: No Tribunal, não serão devidas custas nos processos de sua competência originária ou recursal (BRASIL, 2009).

²³ Art. 19. O pedido de reconhecimento e execução de sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da Autoridade Central (BRASIL, 1993, p. 13.552).

²⁴ Art. 282. A petição inicial indicará: I - o juiz ou tribunal a que é dirigida; II - os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do autor e do réu; III - o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV - o pedido, com as suas especificações; V - o valor da causa; VI - as provas com que o autor pretende demonstrar a verdade dos fatos alegados; VII - o requerimento para a citação do réu (BRASIL, 1973).

erros de transcrição que constem da sentença estrangeira a ser homologada.²⁵

Havendo alguma omissão, defeito ou irregularidade, o presidente ordenará que o postulante emende ou complete a inicial, sob pena de indeferimento liminar da peça inaugural.

O art. 4º da Resolução n. 9/2005 lembra que a sentença estrangeira não terá eficácia no Brasil sem o prévio reconhecimento pelo STJ ou por seu Presidente. Seu § 1º abre a possibilidade para que provimentos não-judiciais que, pela lei brasileira, tenham natureza de sentença também sejam homologados. Por sua vez, o § 2º abre a possibilidade para que sentença alienígena possa ser reconhecida parcialmente. Por fim, mas não menos importante, o § 3º admite tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentença estrangeira.

São ainda requisitos indispensáveis ao reconhecimento de sentença alienígena, segundo o art. 5º da Resolução n. 9/2005: I - haver sido proferida por autoridade competente; II - terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; III - ter transitado em julgado; e IV - estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil.

Frisa o art. 6º que sentença estrangeira que ofenda a soberania ou a ordem pública não será homologada²⁶.

²⁵ Ementa: Sentença Estrangeira. Homologação. Requisitos. Lei n. 9.307/1996 e Resolução n. 9/2005 do STJ. Ausência de violação à ordem pública. 1. O pedido de homologação merece deferimento, uma vez que, a par da ausência de ofensa à ordem pública, reúne os requisitos essenciais e necessários a este *desideratum*, previstos na Resolução n. 9/2005 do STJ e dos artigos 38 e 39 da Lei n. 9.307/1996. 2. Eventual correção de erro de transcrição, verificado na sentença homologanda, mas não erigido à condição de rasura, até porque devidamente autenticada pela autoridade consular brasileira, não impedem a homologação. 3. Pedido de homologação deferido (BRASIL, 2008).

²⁶ Ementa: Sentença arbitral estrangeira. Homologação. Cláusula compromissória. Ausência de assinatura. Ofensa à ordem pública. Precedentes do STJ e do STF. 1. a inequívoca demonstração da manifestação de vontade da parte em aderir e constituir o juízo arbitral

O art. 8º garante que a parte interessada será citada para, no prazo de 15 (quinze) dias, contestar o pedido de reconhecimento de sentença alienígena. A citação, quando feita no território nacional, dar-se-á por oficial de justiça expedindo-se carta de ordem e, quando realizada no exterior, se dará por carta rogatória.

A defesa, pelo art. 9º, somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos da Resolução n. 9/2005. Na hipótese de contestação à homologação de sentença estrangeira, o processo será distribuído para julgamento pela Corte Especial, cabendo ao relator os demais atos relativos ao andamento e à instrução do processo. Na hipótese de revel ou incapaz o requerido, será nomeado curador especial pessoalmente notificado dos atos procedimentais.

Segundo o art. 10, o Ministério Público terá acesso aos autos pelo prazo de 10 (dez) dias, podendo impugná-los.

Das decisões do Presidente no reconhecimento de sentença estrangeira é garantido, pelo art. 11, tanto o agravo regimental contra decisão do Vice-Presidente do STJ ou do relator do processo quanto o embargo de declaração, destinado ao esclarecimento de obscuridade ou contradição, ou, ainda, ao suprimento de lacuna na decisão.

Com a oposição de contestação pelo réu, na hipótese de homologação de sentença estrangeira, este incidirá na sucumbência e arcará com as custas do processo e com

ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio inculcado em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados à arbitragem. (SEC n. 967/GB, Relator Ministro José Delgado, in DJ 20/3/2006). 2. A falta de assinatura na cláusula de eleição do juízo arbitral contida no contrato de compra e venda, no seu termo aditivo e na indicação de árbitro em nome da requerida exclui a pretensão homologatória, enquanto ofende o art. 4º, § 2º, da Lei n. 9.307/1996, o princípio da autonomia da vontade e a ordem pública brasileira. 3. Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira indeferido (BRASIL, 2009a).

os honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC²⁷.

Com o deslocamento para o STJ da competência para reconhecer sentenças estrangeiras, abriu-se a possibilidade de reapreciação da matéria pelo STF, em sede de recurso extraordinário, sempre que houver violação de norma constitucional ou declaração de inconstitucionalidade de um tratado ou lei federal, como frisa o art. 102, III, da Constituição Federal de 1988²⁸. Porém, a EC n. 45/2004 introduziu restrição ao cabimento de tal recurso, que deverá desestimular a sua utilização desarrazoada nos processos, inclusive no de homologação de sentença arbitral estrangeira (ARAÚJO; GAMA JÚNIOR, 2009).

Transitada em julgado a decisão de reconhecimento proferida pelo STJ, será processada em seguida a execução do julgado. O art. 12 da Resolução n. 9/2005 determina que a sentença estrangeira homologada seja executada por carta de sentença no Juízo Federal competente, que deve ser indicado previamente pelas partes em convenção arbitral, ou de acordo com as regras de competência internacional, em conformidade com o art. 109, X, da Constituição Federal de 1988.²⁹

²⁷ Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. [...] § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo anterior (BRASIL, 1973).

²⁸ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] (b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal (BRASIL, 1988).

²⁹ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o *exequatur*, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade,

Mesmo com o traslado da competência do STF para o STJ, persiste, contudo, essa importante característica que transforma a sentença estrangeira em título executivo judicial seguindo o rito estabelecido pelo art. 575 do CPC.³⁰

Conclusão

Nada impede que um Estado determine que, em seu território, somente se aplicará a lei que promulgou e executar-se-ão as sentenças proferidas por seus tribunais. É o clássico aforismo *lex non valet extra territorium*. Entretanto, o fato é que, hodiernamente, os países não se esquivam da necessidade de, em determinados casos, reconhecer, em seu território, a eficácia da lei estrangeira e de sentenças proferidas no exterior.

Esse reconhecimento deve ser creditado à evolução das relações negociais, principalmente a partir da década de oitenta do século passado. A abertura dos mercados de Estados até então fechados ao intercâmbio mercantil, a exemplo do Brasil, propiciou uma revolução no comércio internacional, mitigando a clássica e, por que não, ultrapassada noção de soberania.

A Reforma do Judiciário não alterou os pressupostos positivos e negativos de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, previstos na Lei n. 9.307/1996, na Convenção de Nova York de 1958, na Convenção do Panamá de 1975 ou, ainda, no Protocolo de Las Leñas de 1992.

É natural, todavia, que seu procedimento no STJ e o entendimento jurisprudencial dominante no STF sofram algumas modificações, até pelo caráter diverso que definem as duas cortes. Como destacam Nádia de Araújo e Lauro Gama (2009),

inclusive a respectiva opção, e à naturalização (BRASIL, 1988).

³⁰ Art. 575. A execução, fundada em título judicial, processar-se-á perante: IV – o juízo cível competente, quando o título executivo for sentença penal condenatória ou sentença arbitral (BRASIL, 1988).

“para um país que se afirma como líder regional, busca maior credibilidade no contexto internacional e o incremento de suas transações comerciais com parceiros estrangeiros, é salutar que a cooperação judiciária internacional permaneça na ordem do dia, sofrendo as críticas que induzem ao aperfeiçoamento”.

A média de tempo transcorrido entre a chegada do pedido e sua decisão pela Presidência do STJ tem sido de apenas um mês, nos casos em que a documentação chega completa e de forma correta à Corte.³¹

Em concreto, é cedo para avaliar como o STJ desempenhará suas novas funções, mas é certo que terá de afeiçoar-se – e logo – aos mecanismos, cada vez mais ágeis, de cooperação internacional utilizados no Brasil, a fim de enfrentar os desafios jurídicos gerados pelo incremento do comércio internacional e pela integração regional.

Referências

ARAÚJO, Nádia de; GAMA JÚNIOR, Lauro. *Sentenças estrangeiras: novas perspectivas da cooperação internacional*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

_____. Decreto Legislativo n. 52, de 24 de abril de 2002. *Aprova o texto da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque), concluída em Nova Iorque, em 10 de junho de 1958*. DOU – Seção 1 - 26/4/2002, p. 2; Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. *Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras*. DOU – Seção 1 - 24/7/2002, p. 3.

³¹ A quantidade de homologações cresce gradativamente. Em fevereiro de 2007, o Gabinete da Presidência homologou 51 sentenças oriundas do exterior. Em março foram 67 e, em abril, o número chegou a 98. O mês de maio superou os anteriores: até o dia 25, houve 105 homologações (BRASIL, 2007).

_____. Decreto Legislativo n. 90, de 6 de junho de 1995. *Aprova o texto da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, concluída em 30 de janeiro de 1975, na cidade do Panamá*. DOU – Seção 1 – 12/06/1995, p. 8.482; Decreto n. 1.902, de 9 de maio de 1996. *Promulga a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 30 de janeiro de 1975*. DOU – Seção 1 – 10/5/1996, p. 8.012.

_____. Decreto Legislativo n. 93, de 20 de junho de 1995. *Aprova o texto da Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, concluída em Montevidéu, em 8 de maio de 1979*. DOU – Seção 1 – 23/06/1995, p. 9.197; Decreto n. 2.411, de 2 de dezembro de 1997. *Promulga a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, concluída em Montevidéu em 8 de maio de 1979*. DOU – Seção 1 – 3/12/1997, p. 28.436.

_____. Decreto Legislativo n. 88, de 1º de dezembro de 1992. *Aprova o texto do Protocolo para a Solução de Controvérsias, celebrado entre a República Federativa do Brasil, a República Argentina, a República do Paraguai e a República Oriental do Uruguai, em Brasília, em 17 de dezembro de 1991*. DOU – Seção 1 – 2/12/1992, p. 16.613; Decreto n. 922, de 10 de setembro de 1993. *Promulga o Protocolo para a Solução de Controvérsias, firmado em Brasília em 17 de dezembro de 1991, no âmbito do Mercado Comum do Sul*. DOU – Seção 1 – 13/9/1993, p. 13.552.

_____. Decreto Legislativo n. 38, de 2 de setembro de 1984. *Aprova o texto da Convenção de Cooperação Judiciária em Matéria Civil Comercial, Trabalhista e Administrativa, assinada em Paris, a 30 de janeiro de 1981, pelos Governos da República Federativa do Brasil e da República Francesa*. DOU – Seção 1 – 3/9/1984, p. 12.833; Decreto n. 91.207, de 29 de abril de 1985. *Promulga a Convenção de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa*. DOU – Seção 1 – 30/4/1985, p. 6.593; Decreto Legislativo n. 163, de 3 de agosto de 2000. *Aprova o texto do Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Francesa, em Paris, em 28 de maio de 1996*. DOU – Seção 1 – 4/8/2000, p. 1; Decreto n. 3.598, de 12 de setembro de 2000. *Promulga o Acordo de Cooperação em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa e o Governo da República Francesa, celebrado em Paris, em 28 de maio 1996*. DOU – Seção 1 – 13/9/2000, p. 6.

_____. Decreto Legislativo n. 77, de 9 de maio de 1995. *Aprova o texto de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa celebrado entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai, em Montevidéu, em 28 de dezembro de 1992*. DOU – Seção 1 – 15/05/1995, p. 6.865; Decreto n. 1.850, de 10 de abril de 1996. *Promulga o Acordo de Cooperação Judiciária em Matéria Civil, Co-*

mercial, Trabalhista e Administrativa, entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo da República Oriental do Uruguai, de 28 de dezembro de 1992. DOU – Seção 1 – 11/04/1996a, p. 5.939.

_____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. *Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

_____. Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973. *Institui o Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

_____. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996b. *Dispõe sobre a arbitragem*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002a. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Ato n. 15 de 16 de fevereiro de 2005. *Delega, ao Vice-Presidente do Tribunal, Ministro Sálvio de Figueiredo, matrícula M000764, a competência para conceder exequatur às cartas rogatórias e homologar sentenças estrangeiras*. DJ 18/2/2005, p. 124, Seção I. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração na Sentença Estrangeira Contestada*. Processo n. 2005/0031430-2. Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 3/8/2005. Data da Publicação: 29/8/2005a. Fonte: DJ, p. 134. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005*. Dispõe, em caráter transitório, sobre competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional n. 45/2004. DJ 6/5/2005, p. 154, Seção I. DJ 10/5/2005b, p. 163, Seção I, republicado por ter saído com incorreção. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Resolução n. 22, de 31 de dezembro de 2004*. Dispõe, em caráter transitório, sobre a competência acrescida ao Superior Tribunal de Justiça pela Emenda Constitucional n. 45/2004. DJ 31/12/2004a, p. 1, Seção I. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada*. Processo n. 2005/0034926-5. Relator:

Ministro Félix Fischer. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 17/5/2006. Data da Publicação: 16/10/2006. Fonte: DJ, p. 273. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada*. Processo n. 2005/0053918-3. Relator: Ministro Felix Fischer. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 30/06/2006. Data da Publicação: 25/9/2006a. Fonte: DJ, p. 197. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença estrangeira contestada*. Processo n. 2007/0251382-3. Relator: Ministro Fernando Gonçalves. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 19/12/2007. Data da Publicação: 21/2/2008. Fonte: DJe. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Estrangeira Contestada*. Processo n. 2005/0158546-1. Relator: Ministro Paulo Gallotti. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 18/6/2008. Data da Publicação: 06/10/2008a. Fonte: DJe. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença estrangeira contestada*. Processo n. 2006/0173771-1. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Órgão Julgador: Corte Especial. Data do Julgamento: 17/12/2008. Data da Publicação: 5/3/2009a. Fonte: DJe. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Sentenças estrangeiras são homologadas com rapidez pelo STJ*. Data de publicação: 29 maio 2007. Disponível em: <<http://www.stj.org.br>>. Acesso em: 2 jun. 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei n. 9.307/96. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

CHAVES, Natália Cristina. *Arbitragem comercial internacional*: comentários acerca do procedimento de exequatur no Brasil. Disponível em: <<http://www.praetorium.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

CORRÊA, Antônio. *Arbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Forense, 1998.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução do Código Civil interpretada*. São Paulo: Saraiva, 2004.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999.

FIUZA, César. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1995.

GALBRAITH, John Kenneth. *A economia das fraudes inocentes*. São Paulo: Cia. das Letras, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

LACERDA, Belizário Antônio de. *Comentários à lei de arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

MARTINS, Pedro Antônio Batista. Anotações sobre a arbitragem no Brasil e o projeto de lei no Senado 78/92. *Revista de Processo*, Brasília, n. 77, abr. 1994.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. vol. I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

NUNES PINTO, José Emílio. *A arbitragem no Brasil e a Convenção de New York de 1958*. Disponível em: <<http://www.jusnavigandi.com.br>>. Acesso em: 15 abr. 2009.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Arbitragem privada internacional no Brasil depois da Lei n. 9.307/96*: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque. *A lei de arbitragem*. São Paulo: Malheiros, 1998.

SANTLEBEN, Jurgen. Arbitragem comercial no direito internacional privado brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. especial, 1986.

SANTOS, Ricardo Soares Sterni dos. *Mercosul e a arbitragem internacional*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998.

SOUZA JÚNIOR, Lauro da Gama e. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras. In: CASSELLA, Paulo Borba (coord.). *Arbitragem: lei brasileira e praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1997.

STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

_____. *Arbitragem comercial internacional*. São Paulo: LTr, 1996.

VALÉRIO, Marco Aurélio Gumieri. *Arbitragem no direito brasileiro*. São Paulo: Leud, 2004.

_____. Ainda sobre a necessidade de homologação das sentenças arbitrais estrangeiras pelo STF e a Convenção de Nova Iorque de 1958. *Revista de direito mercantil*, São Paulo, n. 131, jul./set. 2003.

A efetividade do direito urbanístico após vinte anos da promulgação da Constituição brasileira

Daniella S. Dias

Sumário

1. Considerações iniciais. 2. A nova ordem urbanística na Constituição Federal de 1988 e sua limitada eficácia. 2.1. A autonomia jurídico-formal dos municípios e a repartição das receitas tributárias. 2.2. Os desafios para a implementação do direito à cidade sustentável e as competências concorrentes para o desenvolvimento de políticas urbanas. 2.3. A inexistência de planejamento para a implementação de políticas públicas e a falta de efetividade do plano diretor municipal. 2.4. A incipiente democracia participativa. 2.5. O redimensionamento das atividades realizadas pelo Ministério Público. 3. Considerações finais.

1. Considerações iniciais

Tratar dos balanços e perspectivas sobre a efetividade do Direito urbanístico após vinte anos da promulgação da Constituição brasileira pressupõe análise dos paradoxos¹ para a implementação do direito à cidade sustentável – direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento, ao transporte, ao

Daniella S. Dias é Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Pará, com Especialização em Direito Ambiental pela Universidade Federal do Pará; Especialização em Educação Ambiental pela Universidade Federal do Pará; Doutorado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; e Investigação Pós-Doutoral na Universidade Carlos III de Madri na Espanha, no Departamento de Direito Público Comparado e no Instituto Pascual Madoz. Atualmente é Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará e Professora da Universidade da Amazônia e da Universidade Federal do Pará.

¹ “Um paradoxo surge quando um conjunto de premissas aparentemente inquestionáveis origina conclusões inaceitáveis ou contraditórias. A resolução de um paradoxo implica mostrar que há um erro escondido nas premissas, ou que o raciocínio é incorreto, ou que a conclusão aparentemente inaceitável pode, afinal, ser tolerada. Os paradoxos desempenham, portanto, um papel na filosofia, visto que a existência de um paradoxo não resolvido mostra que há algo nos raciocínios ou nos nossos conceitos que não compreendemos” (BLACKBURN, 1997, p. 279,280).

trabalho, ao lazer (Estatuto da Cidade, art. 2º, inciso I).

O presente artigo tem por objetivo apontar os paradoxos existentes no texto constitucional e além do texto constitucional, paradoxos que tornam os valores referentes à ordem urbanística (dispostos no texto constitucional e em legislações infraconstitucional) de difícil ou limitada efetividade. Nesse sentido, analisaremos algumas questões paradoxais, que impedem a implementação do direito à cidade sustentável, a saber: a inexistência da autonomia financeira dos municípios, o problema das competências concorrentes para o desenvolvimento de políticas urbanas e a falta de vivência do federalismo cooperativo, a incipiente democracia participativa, a necessidade de redimensionamento das atividades realizadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário para dar um novo sentido e legitimidade às funções institucionais, tendo em vista o resgate da democracia e da cidadania.

2. A nova ordem urbanística na Constituição Federal de 1988 e sua limitada eficácia²

Dignidade humana, igualdade, desenvolvimento sustentável, soberania popular, proteção ao meio ambiente, cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade, autonomia municipal, federalismo cooperativo são alguns dos valores paradigmáticos para a caracterização da nova ordem urbanística a partir da Constituição de 1988.

O texto constitucional apresenta como objetivos fundamentais da República Federativa a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional por meio da erradicação da pobreza, da marginalização e da redução

das desigualdades sociais e regionais (C.F. art. 3º, incisos I, II e III).

Para a realização dos objetivos da República, o texto constitucional traz, em seu pacto político, a necessidade da vivência da igualdade nos espaços urbanos, igualdade que pressupõe a vivência da democracia como pressuposto para a garantia do desenvolvimento urbano em bases sustentáveis e do bem-estar dos habitantes. A promoção do bem-estar de todos nos espaços urbanos depende do combate às desigualdades socioespaciais, política e ambiental por meio de políticas inclusivas; requer a implementação de políticas que possam concretizar o princípio da igualdade de forma que todos possam ter acesso à moradia digna, à circulação digna, ao trabalho, ao acesso a equipamentos públicos e de lazer, o que implica a proteção ao meio ambiente, ao patrimônio histórico-cultural, à biodiversidade e à sociodiversidade, valores também expressos na Carta Magna.

De acordo com o texto constitucional, ao município cabe o gerenciamento da política de desenvolvimento urbano municipal, o ordenamento da cidade de forma a viabilizar as funções que a cidade há que oferecer – recreação, circulação, trabalho, moradia, e que estas sejam eficazmente cumpridas. Nesse sentido, elencam-se algumas de suas atribuições constitucionais relacionadas ao gerenciamento da política de desenvolvimento urbano, próprias e comuns aos outros entes federativos, a saber: a realização (prestação) dos serviços públicos de interesse local (artigo 30, inciso V, C.F.), nestes compreendidos a prestação de transporte coletivo que tem caráter essencial; promoção do adequado planejamento territorial (artigo 30, inciso VIII, C.F.); realização de proteção do patrimônio histórico-cultural local, consoante as normas federais e estaduais sobre a temática; incentivo ao turismo, como fator de desenvolvimento social e econômico, simultaneamente à atuação dos demais entes federativos (artigo 180, C.F.); proteção ao patrimônio cultural brasileiro, por meio

² *Eficácia* seria a potencialidade da norma constitucional para produzir efeitos jurídicos, enquanto a *aplicabilidade*, a virtude de a norma ser realizável, de causar efeitos práticos (SILVA, 1998, p. 60).

de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (Artigo 216, parágrafo primeiro, C.F.); proteção ao meio ambiente (Artigo 225, C.F.); manutenção, em cooperação técnica e financeira com a União e o Estado, de programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental (Artigo 30, inciso VI, C.F.), bem como a prestação, em regime de cooperação com os outros entes federativos (Estado e União), de serviços de atendimento à saúde da população (Artigo 30, inciso VII, C.F.), ao participar do Sistema Único de Saúde (Artigos 198 e 200, C.F.). Da mesma forma, deverá o município, em regime de colaboração com a União e o Estado, organizar os sistemas de ensino (artigo 211, C.F.), e também constituir guardas municipais, objetivando a proteção dos bens, serviços e instalações municipais (Artigo 144, parágrafo 8º, C.F.). Essas são algumas das atribuições relacionadas aos objetivos constitucionais para o desenvolvimento e planejamento de políticas urbanas.

Se a carta constitucional definiu que o município é ente político dotado de autonomia como pressuposto para a implementação de políticas de desenvolvimento urbano que consigam ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, por que, então, a maioria dos municípios brasileiros não conseguem dar efetividade aos ditames constitucionais?

Apesar de possuímos um sistema jurídico que assegura e objetiva garantir a necessidade de criação de espaços urbanos sustentáveis e justos, não necessariamente o texto constitucional, seus comandos normativos são refletidos na realidade. Significa dizer que o gradiente de penetração dos comandos normativos do texto constitucional é diminuto, que a efetividade, que o nível de penetração desses comandos normativos ainda é bastante frágil.

Manuel Atienza (2001, p. 31), ao tratar do sentido do Direito, afirma que a existência do Direito não assegura a ordenação justa da sociedade e que um maior grau de

juridicidade não necessariamente implica maior Justiça. Com base no pensamento de Atienza (Idem), podemos dizer que, apesar de possuímos um excelente conjunto normativo tratando da ordem urbanística, estamos muito longe de garantir a justiça social e de solucionar os inúmeros conflitos decorrentes do processo de ocupação do solo urbano.

Quais seriam, então, as razões para tão limitada efetividade dos comandos normativos constitucionais?

2. 1. A autonomia jurídico-formal dos municípios e a repartição das receitas tributárias

Um dos paradoxos existentes no corpo da Constituição Federal é o fato de que a autonomia jurídico-formal dos municípios é incompatível com as regras constitucionais de repartição das receitas tributárias.

Por meio da Constituição Federal de 1988, ganha o município contornos de ente político-jurídico, integrando a Federação com autonomia antes jamais recebida, conferindo caráter peculiar ao Federalismo pátrio. A larga autonomia municipal para a realização de políticas públicas é traço característico do federalismo brasileiro contemporâneo, que privilegia a competência municipal para a realização de políticas públicas.

A Constituição Federal de 1988, em seus artigos 18, 29 e 30, revela a autonomia municipal consubstanciada nas capacidades de auto-organização, capacidade de auto-governo (trata-se de esfera federativa que possui representantes do Poder Executivo e Legislativo), capacidade de autoadministração (por meio de suas normas e de seus administradores, tem autonomia para resolução de questões de interesse local). E, ainda, está expressa a capacidade de legislar ou capacidade normativa, por meio da produção normativa de leis que tangem seus interesses.

Para que o Federalismo cooperativo expresse a descentralização de funções,

de atribuições, a capacidade legislativa e a autonomia dos entes federados, é necessário que os recursos financeiros destes entes federativos possam efetivamente servir à realização de suas competências, à consecução de inúmeros serviços, planos, programas e políticas públicas. A Constituição Financeira deve “estabelecer as regras que asseguram a alocação de recursos suficientes para o exercício da autonomia” (BRITO, 1997, p. 147). Logo, a autonomia financeira é correlata à autonomia política dos entes integrantes da Federação.

Em relação aos entes municipais, considerados entes jurídico-políticos componentes da Federação (Art. 1º, C.F.), a propalada autonomia há que expressar verdadeira autonomia política, administrativa e financeiro tributária para que a larga autonomia que lhe foi conferida, no plano jurídico-constitucional, possa-se revelar efetiva autonomia financeira³, ou seja, é necessário que os municípios possam obter recursos e geri-los, dando-lhes a destinação que lhes aprouver. A autonomia jurídico-financeira dos entes federativos caracteriza o Estado Federado. Nesse sentido, Baracho (1996, p. 18) afirma:

³ Neste sentido, argumenta Costa: “É importante considerar, entretanto, que essa necessidade de recursos financeiros para que as entidades federadas possam, de fato, exercer suas prerrogativas não deve ser apenas visualizada sob o ponto de vista financeiro mas também em seu aspecto jurídico, i.e., como uma descentralização jurídico-financeira, revestida da autonomia para obter, gerenciar e dispor dos recursos financeiros.

Note-se que a descentralização será jurídica, e não só financeira, quando seja perfeita no plano jurídico, vale dizer, quando não sofra interferência mutiladora do poder central. Ora, se a Constituição de um Estado federal estabelecer a autonomia financeira dos seus entes federados, de forma que os mesmos não se encontrem subordinados ao poder central para legislar a respeito do assunto, aí há autonomia financeira, mas uma autonomia jurídico-financeira. Ora, se a autonomia jurídico-financeira se reflete na garantia conferida constitucionalmente às entidades federadas para obterem, gerenciarem e disporem de seus recursos financeiros, a obtenção desses recursos é um dos desdobramentos dessa autonomia. É um aspecto funcional e jurídico da autonomia jurídico-financeira” (COSTA, 1999, p. 53-59).

“A teoria federativa não depende apenas da organização constitucional dos poderes, desde que está vinculada aos equilíbrios administrativos, partidários e financeiros. A administração e execução das competências legislativas devem ser examinadas, ao lado de outros temas como o sistema de partidos políticos, a repartição de poderes da taxaço, onde o federalismo financeiro condiciona o exercício de outras competências”.

Considerando a ampla gama de atribuições e competências administrativas delegadas ao Poder municipal, a consecução das inúmeras funções administrativas se expressa nas diversas responsabilidades do município em atender às necessidades da população. Essas atribuições devem ser concretizadas pela estrutura administrativa municipal, por meio de seus órgãos e funcionários. Essas tarefas exigem grandes recursos financeiros.

As possibilidades de intervenção estatal de forma a regular as atividades privadas em razão do interesse coletivo, do interesse social, por meio da tributação regulatória, e de instrumentos tributários financeiros é questão diretamente ligada ao Federalismo fiscal⁴. Este se revela pela forma de organização e distribuição de competências entre entes federativos paralelamente à distribuição de receitas e à realização das referidas competências e funções pelos órgãos estatais, ou seja, o entendimento do Federalismo fiscal requer compreensão acerca da distribuição de competências tributárias entre entes federados, do entendimento do

⁴ Partindo da distinção entre a perspectiva dos cientistas políticos e a dos economistas, Oates oferece seu conceito de federalismo fiscal ou, como diz ele, a definição econômica de federalismo: “Gobierno federal: Un sector público com niveles centralizados y descentralizados de toma de decisiones, en el que las elecciones hechas a cada nivel respecto la provisión de los servicios públicos están determinadas en gran medida por la demanda de estos servicios por los residentes en las respectivas jurisdicciones y tal vez por otros que desempeñan actividades en ellas” (FEITOSA, 1993, p. 174).

próprio Federalismo e das distribuições de competências administrativas e legislativas entre entes federados.

A Constituição Federal de 1988 ampliou os percentuais de transferências tributárias aos Estados e municípios, transferência fiscal não vinculada, a não ser para a educação (Art. 167, inciso IV c/c Art. 212, C.F.). Silva (1995, p. 39) assinala que as transferências fiscais dobraram para os Estados e municípios, o que propiciou, segundo a autora, maior autonomia dos governos subnacionais em realizar suas políticas públicas, deixando de serem meros executores dos interesses e objetivos do poder central.

No entanto, sabe-se que a maioria dos municípios brasileiros não possuem autonomia financeira, logo, não há independência para a gestão dos assuntos locais. Obsta-se a sustentabilidade dos espaços locais que, autônomos juridicamente, dependem de repasse de verbas pelo governo central para sobreviver. A autossuficiência financeira é relativa porque diretamente dependente das verbas da União e dos

Estados-membros. Nesse sentido, a falta de autonomia jurídico-financeira é óbice à concretização dos princípios e regras constitucionais para o desenvolvimento urbano.

O princípio do Federalismo sofre limitações em sua funcionalidade, pois muitos municípios, como Belém do Pará, apesar de possuírem a autonomia financeira que, no plano jurídico-formal, caracteriza a descentralização no Estado Federal, não conseguem, mesmo com a transferência de recursos financeiros da União e Estados, realizar a contento as funções constitucionais que lhe foram atribuídas.

Comprova-se, atualmente, que o município de Belém não se poderia financiar tão-somente com a arrecadação dos tributos que lhe competem, sendo necessária a utilização dos recursos intergovernamentais para a realização das competências que lhe cabem. Basta analisar o quadro abaixo para verificar como o município de Belém do Pará depende sobremaneira das transferências intergovernamentais.

Demonstrativo da Receita do Município de Belém, constante da Lei nº 8.730/2010 (Lei Orçamentária Anual de 2010)

ESPECIFICAÇÃO DA RECEITA	Valor (R\$ 1,00)
I - Receitas Correntes	1.532.054.232
1.1 - Receita Tributária	285.468.089
a) Impostos	250.223.332
- ISSQN	173.282.053
- IPTU	42.856.204
- ITBI	13.882.241
- Outros Impostos	20.202.834
b) Taxas	35.244.757
1.2 - Transferências Correntes	1.067.806.043
a) Transferências da União	643.068.856
b) Transferências dos Estados	328.624.645
c) Transferências Multigovernamentais	95.657.155
d) Outras Transferências	455.387
1.3 - Outras Receitas correntes	178.780.100
II - Receitas de Capital	146.966.597
2.1 - Operações de Crédito	93.776.483
2.2 - Alienação de Bens	1.700.000
2.3 - Amortização de Empréstimo	1.224.421
2.4 - Transferência de Capital	50.265.693
III - Receita Intraorçamentária Corrente	62.059.345
IV - Deduções da Receita	(128.818.133)
RECEITA TOTAL	1.612.262.041

Gerenciar implica capacidade normativa, e, com vistas ao gerenciamento urbano para a plena consecução das funções sociais da cidade, ao poder municipal cabe a ordenação do espaço urbano por meio do Plano Diretor, do zoneamento, do parcelamento do solo, do controle das construções, entre outras competências, ou seja, a autonomia municipal se perfaz em competências legislativas bem como em atribuições para a prestação de serviços de interesse local.

No entanto, caberia ainda um importante questionamento: diante de todas as competências administrativas que lhe foram atribuídas, teria o município de Belém a capacidade de realizar eficazmente as responsabilidades que lhe foram conferidas pelo texto constitucional, com base nos valores arrecadados e transferidos? Isto é, o montante total da receita municipal (entenda-se receita arrecadada e transferida) seria suficiente para que o município cumpra as inúmeras atribuições dispostas na Lei Orgânica municipal e no Plano Diretor? Poderia o município, com base nos valores acima descritos, realizar o desenvolvimento urbano por meio de políticas públicas que objetivem o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade?

2.2. Os desafios para a implementação do direito à cidade sustentável e as competências concorrentes para o desenvolvimento de políticas urbanas

Os municípios brasileiros, diante de inúmeras atribuições para o desenvolvimento urbano e planejamento de políticas urbanas – prestação de serviços públicos de interesse local, planejamento territorial, proteção do patrimônio histórico-cultural local e do patrimônio cultural brasileiro, proteção ao meio ambiente, organização dos sistemas de ensino e criação de programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental, serviços de atendimento à saúde da população –, devem concretizar essas atribuições apesar dos escassos recursos financeiros estatais, da inexistência de um planejamento ade-

quado que consiga abranger as influências do binômio rural e urbano, do aumento das áreas periféricas, que abrigam grande parte da população carente, do inadequado uso do solo, da degradação do meio ambiente, da pobreza, da criminalidade, da insegurança, da especulação imobiliária, da diminuição da oferta de empregos, da falta de planejamento e de políticas para a circulação e para a mobilidade, da falta de infraestrutura e de políticas de saneamento básico universal, do aumento da poluição, da diminuição da qualidade de vida, da escassa participação política.

No entanto, ainda que o município tenha grande responsabilidade para tratar dos problemas decorrentes da ocupação do solo urbano e de sua organização, não se pode ter uma postura acrítica em pensar que os problemas urbanos estão encerrados no âmbito municipal. Os problemas urbanos são problemas locais que possuem, por consequência, efeitos no âmbito nacional, assim como a falta de políticas nacionais para o trato de questões que envolvem planejamento urbano tem direto efeito sobre os espaços locais. Logo, não somente o município é o responsável para ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade para a garantia da qualidade de vida e do bem-estar de sua população!

Apesar de ter sido delegada ao município a função precípua de executar a política de desenvolvimento urbano municipal, este não poderá fazê-la com esmero se as diretrizes e princípios em nível nacional e regional forem obscuros ou inexistentes; da mesma forma que a política de desenvolvimento urbano municipal será restrita e ineficaz, se não estiver consubstanciada nos planos e metas nacional e regional para o desenvolvimento urbano.

Meirelles (1993, p. 391) já falava da necessidade de normas federais e estaduais que entrelaçassem prioridades e diretrizes para o trato da questão urbana nacional, pois o que se observava era a criação paulatina de planos diretores municipais, em

razão da obrigatoriedade constitucional, e a existência de normas esparsas sobre ordenação territorial em nível nacional e estadual. Inexistiam, portanto, adequadas relações entre esferas governamentais bem como a integração de objetivos, princípios, metas e políticas para o desenvolvimento de políticas urbanas coerentes em âmbito nacional. Esse fato ainda é recorrente no Brasil e afeta não somente a questão do desenvolvimento urbano.

Apesar da competência concorrente para o trato da questão urbana, ainda não existe, no Brasil, política de desenvolvimento urbano coerente e sistematizada, em que estejam claramente definidas e devidamente cumpridas as atribuições, tanto legislativas como administrativas, para o tratamento da questão urbana.

Quanto à divisão de competências no federalismo cooperativo brasileiro, em vez de o sistema jurídico-administrativo servir de forma eficiente para execução de planos, programas e políticas públicas, observa-se que as competências concorrentes tornam-se verdadeiro óbice à consecução de atividades racionalmente integradas.

Krell (1995, p. 42), ao tratar da temática, afirma que, em razão das competências concorrentes, os entes federativos “se atrapalham, se atropelam ou se omitem na prestação dos serviços, sendo um dos efeitos mais danosos dessa concorrência de atribuições o impedimento da cobrança da prestação efetiva dos serviços pela sociedade”.

Já que a todos cabe a prestação de serviços públicos, fácil e corriqueira se torna a omissão e a impassibilidade, à espera de que outros níveis governamentais assumam as competências e encargos que continuam comuns a todos (Idem).

Como crítica, é preciso realmente que os entes federativos abracem suas respectivas competências para a consecução de objetivos que se fazem comuns, como o desenvolvimento urbano. A falta de disposições normativas impede a concretização

de políticas que tragam transformações positivas ao espaço urbano; por consequência, o sistema federativo, que existe em função da coligação de esforços para o alcance de objetivos comuns, torna-se inoperante, estático, desprovido de força, pois a delegação de competências ou a centralização de funções – caso não efetivadas na prática –, podem-se consubstanciar em retórica que amarrará a sociedade brasileira a objetivos que não serão transplantados à realidade.

É preciso vislumbrar a questão urbana como um problema da Federação e não como tópico delegado a tão novo ente jurídico que necessita, para sucesso de suas competências, da ajuda e cooperação das demais esferas, sob pena de a política urbana se tornar discurso político. É preciso vislumbrar a atuação de todas as esferas de forma harmônica, integrada, para realmente alcançarmos as transformações que tragam bem-estar, qualidade de vida, mudança neste espaço público que é a cidade e donde brotam e se expressam as iniquidades, as desigualdades, as diferenças e indiferenças, e onde se quer construir uma vida mais digna a todos os cidadãos.

É preciso a implementação de uma política de desenvolvimento urbano que expresse o sistema federativo harmônico, funcional, eficaz e coerentemente integrado.

2.3. A inexistência de planejamento para a implementação de políticas públicas e a falta de efetividade do plano diretor municipal

Assim como ainda não existe uma política de desenvolvimento urbano que expresse o sistema federativo harmônico, funcional, eficaz e coerentemente integrado, da mesma forma, no âmbito municipal, o planejamento ainda não é visto como importante ferramenta para o enfrentamento dos complexos problemas urbanos.

As políticas públicas são realizadas aleatoriamente e o plano diretor, instituto primordial para se traçar as diretrizes e regras para a implementação de políticas de desenvolvimento e expansão urbana,

ainda não ganhou a relevância necessária nos municípios brasileiros.

Apesar de o plano diretor ser o principal instrumento para a definição do que seja, no âmbito urbano, o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade e para a definição das possibilidades de uso e exercício do direito de propriedade consoante os objetivos e políticas públicas para o desenvolvimento urbano, os administradores municipais ainda não tomaram consciência sobre a importância da existência e da efetividade do plano diretor para o cumprimento das funções sociais da cidade e da propriedade. A falta de aplicabilidade, de efetividade dos planos diretores faz parte da realidade dos grandes e dos pequenos municípios brasileiros.

O município de Belém, por meio da Lei nº 8.655, de 30 de julho de 2008, criou o Plano Diretor. A nova legislação trata dos princípios fundamentais, das diretrizes e dos objetivos gerais e setoriais da política e gestão urbana.

O plano tange as políticas de desenvolvimento econômico, educacional, de saúde, de assistência social, de patrimônio cultural, de esporte e lazer, de habitação, de infraestrutura e meio ambiente. Trata também da mobilidade urbana, da acessibilidade, do sistema municipal de áreas verdes e de lazer, do plano municipal de arborização urbana, inclusive de diversos instrumentos da política municipal de meio ambiente, do ordenamento territorial, dos parâmetros e instrumentos da política urbana, da gestão democrática da política urbana e de seus instrumentos de democratização.

O Plano Diretor define as diretrizes para a política habitacional, cria Zonas de Vazios Urbanos, prevê o Direito de Preferência (Preempção), o Parcelamento, Urbanização e Edificação Compulsórios, a Dação em Pagamento, o Consórcio Imobiliário, a Contribuição de Melhoria, a Outorga Onerosa do Direito de Construir, a Outorga Onerosa de Mudança de Uso, as Operações Urbanas Consorciadas. No entanto, grande

parte de seus instrumentos dependem de regulamentação para sua aplicação. A falta de efetividade do plano diretor impede a concretização do direito à vida digna.

2.4. *A incipiente democracia participativa*

Outro problema que tem direta relação com a criação e implementação de políticas públicas para os espaços urbanos é o fato de que, apesar de o texto constitucional ter tratado da necessidade de participação popular para o fortalecimento do poder local, a participação política no desenvolvimento de políticas urbanas ainda é muito frágil⁵.

Como salientam Soares e Gondim (2002, p. 81), a participação popular na administração pública tornou-se preponderante na cultura política brasileira, de forma recente e, ao menos no discurso, passou a ser incluída nas propostas de governo e nos programas de planejamento estratégico das cidades, independentemente de qualquer orientação ideológica dos gestores.

Para Oliveira (2003, p. 94),

“A gestão democrática é manifestação material do Estado Democrático de Direito, segundo o qual o povo participa efetivamente da Administração Pública, desde a formação até a execução da norma, como forma de garantia dos direitos fundamentais da pessoa humana”.

E aduz:

“A idéia de gestão autoritária, em que as decisões eram tomadas no

⁵“La Constitución de Brasil de 1988 hizo posible que se pusieran en práctica mecanismos directos e indirectos de participación social. En la constitución se propugnó una nueva descentralización política y administrativa, entendida como la mejor forma de asegurar que se iban a satisfacer las necesidades de la ciudadanía” (RODRÍGUEZ, 2005, p. 115). (...) “En la Constitución Brasileña de 1988 se declara de manera expresa en el artículo primero que Brasil ‘es una República Federativa en la que el poder emana del pueblo’ y éste se expresa ‘a través de representantes elegidos’ o ‘directamente’. De esta manera se abrió la puerta a que en casi todas las Constituciones estatales se contemplara dicha posibilidad legal. Las normas municipales, en su mayoría, también reprodujeron tal previsión” (Idem, p. 123).

interior de gabinetes e simplesmente impostas à população, é coisa do passado. Modernamente, exige-se que o administrador público não só tenha competência para tomar decisões, mas que este tome em sintonia com o que o povo pretende. O gestor da coisa pública deve ter sensibilidade para ouvir a comunidade a que serve” (OLIVEIRA, 2003, p. 109).

Pensar em desenvolvimento sustentável nos espaços urbanos e práticas democráticas requer que o poder público municipal atue para viabilizar processos democráticos de qualidade, em que possa existir a participação dos cidadãos, a atuação do poder público municipal com responsabilidade e transparência para implementar as diretrizes constitucionais e legais bem como os marcos internacionais que definem as metas a serem alcançadas para a existência da igualdade, da qualidade de vida, da proteção à dignidade humana, valores imprescindíveis para a existência de espaços urbanos sustentáveis. Como salienta Barcellona (1995, p. 16), “un nuevo estatuto de la ciudadanía y la civilización democrática son los ingredientes de una verdadera y gran reforma de las instituciones y de la sociedad, que debe sustraerse al actual ‘monopolio’ de los expertos”.

Todavia o desafio da democratização é algo que depende da vontade política dos governantes, do Poder Legislativo e sobretudo do controle político a ser realizado pelos cidadãos, pela sociedade.

Como assevera Streck (2002, p. 118):

“Apenas com a mobilização social, através da ampliação e efetivação da democracia participativa, será possível fazer com que os objetivos traçados na Constituição de 1988 – entre eles a superação definitiva das desigualdades regionais – saiam do papel, para que possamos, com fundamento na dignidade da pessoa humana, realmente construir uma sociedade livre, justa e solidária”.

2.5. O redimensionamento das atividades realizadas pelo Ministério Público

Desde a promulgação da carta constitucional de 1988, o Ministério Público recebeu competências e atribuições necessárias para a manutenção da ordem democrática e para realização dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Assume o Ministério Público atividades como controle extrajudicial da administração pública; realiza análises quanto à discricionariedade administrativa e a implementação de políticas públicas protetivas do meio ambiente, à saúde, ao direito do consumidor, entre outros direitos; instaura inquéritos civis e impetra ações civis públicas tendo em vista a proteção do patrimônio público, dos interesses difusos e coletivos, do meio ambiente.

O Estatuto da Cidade, por sua vez, apresenta o Ministério Público como ator indispensável no processo de planejamento e crescimento dos espaços urbanos. O Promotor de Justiça será agente determinante para a consecução de uma nova gestão urbanística que se faça transparente, legítima, democrática.

O Ministério Público abraça funções de verdadeiro “agente político” haja vista a ampliação das atribuições que recebeu para garantia dos direitos sociais, individuais e difusos. No entanto, a ampla gama de atribuições determinadas no texto constitucional reflete o verdadeiro descompasso entre a realidade normativa e a realidade fática.

Esse descompasso é fruto da falta de formação, de capacitação e de instrumentos para solucionar conflitos, normalmente vivenciados por populações marginalizadas. Os problemas tomam maiores proporções, pois tanto os Promotores de Justiça como os Juizes de Direito se defrontam com diversas formas de regulação jurídicas produzidas em sociedade, uma verdadeira criação não política do Direito, no dizer de Mercado (1995), um verdadeiro pluralismo jurídico da natureza infraestatal, segundo Farias (1997).

A existência de novas formas de regulações jurídicas no seio da sociedade deixa a todos nós atônitos, pois o paradigma jurídico de solução de conflitos interpartes, a que fomos treinados a utilizar desde os bancos das universidades, não apresenta soluções factíveis e eficientes para propiciar a paz, a segurança social, a realização da Justiça.

Promotores de Justiça se veem diante de um paradoxo: as estruturas jurídicas e as instituições com que trabalham não possuem “lentes” para ver e resolver conflitos complexos, muito menos para viabilizar, de forma eficiente, o exercício de sua função jurídico-constitucional de protetor da ordem democrática e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Diante desse paradoxo, faz-se necessário e urgente o redimensionamento das atividades do Ministério Público para dar um novo sentido e legitimidade à própria Instituição, tendo em vista o resgate da democracia e da cidadania.

Será que, diante dos complexos efeitos produzidos pela globalização sobre o Estado Democrático de Direito, o Ministério Público deve rever as prioridades de atuação? Será que a função exercida no âmbito judicial perde terreno para a importância que a atividade extrajudicial assume na resolução de conflitos para o cumprimento da legalidade, para concretização da justiça? Será que mudamos ou ainda necessitamos modificar os paradigmas de atuação? Será que os instrumentos de controle extrajudicial são suficientes e eficientes para o controle dos atos administrativos, para estabelecer a transparência e coibir atos de improbidade? Por que o Ministério Público ainda não solidificou as bases de ação para o controle das políticas públicas como caminho à consecução do Estado Democrático de Direito? Será que nossa função na atualidade se desloca da garantia do cumprimento da legalidade no conflito *interpartes* para a resolução dos conflitos de massa por meio de pactos, por meio de ajustamento de conduta? Será que esses

instrumentos extrajudiciais de controle são suficientes? Não teríamos que buscar novos conhecimentos e forjar novas posturas de atuação para o controle e fiscalização da implementação de políticas públicas? Qual a nossa verdadeira função no Estado Democrático de Direito para garantir a proteção à dignidade humana, em todas as suas dimensões, como forma de enfrentar as crises, problemas e conflitos decorrentes da globalização?

As diversas possibilidades de atuação que o órgão ministerial terá em razão do interesse público nos espaços urbanos revelam a necessária e urgente criação de Promotorias de Justiça de Habitação e Urbanismo, e, ainda, de um Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente, Habitação e Urbanismo que possibilite a constante e necessária troca de informações, a produção de conhecimentos jurídicos e técnicos para que o Ministério Público possa, mais uma vez, abraçar competência de tão grande envergadura. Vale ressaltar que em Belém do Pará ainda não existe uma Promotoria especializada para a resolução dos problemas afeitos às questões habitacionais e ao Direito urbanístico.

Da mesma forma que é preciso realizar profundas modificações na forma de pensar o Ministério Público, a necessidade de redimensionamento das atividades judiciais se faz premente⁶.

3. Considerações finais

A efetividade do Direito Urbanístico, após vinte anos da promulgação da Constituição brasileira, depende de inúmeros fatores. A mudança paradigmática que o

⁶ Para Guerra Filho (1987), o papel do Judiciário no Estado Democrático de Direito é distinto do papel clássico, pois a atividade judicial não se resume à mera aplicação do Direito preexistente. O Poder Judiciário se configura um importante centro de decisões politicamente relevantes para o Estado Democrático e o processo judicial precisa expressar-se como um mecanismo de participação política.

texto constitucional propõe, ao trazer novos valores para a construção dos espaços urbanos, pressupõe uma nova postura, “novas lentes”, nova forma para problematizar, planejar e implementar políticas públicas. Essa mudança requer transformação na forma em que se tem estruturada a Administração Pública, que não prima pelo diálogo com a população. Hoje, a partir do texto constitucional, o processo de tomada de decisão pressupõe o debate, o conflito, o raciocínio dialético e o regime democrático é instrumento para se solucionar politicamente os conflitos, necessidades e interesses que permeiam os espaços urbanos.

A vontade política para uma mudança institucional, para a abertura democrática deve vir acompanhada de um verdadeiro comprometimento com o planejamento, um planejamento que se faça factível, coerente com as necessidades sociais e urbanas. No entanto, o processo de planejamento depende não somente da vivência democrática, mas também de um verdadeiro compromisso federativo, de um pacto federativo em que entes políticos assumam suas atribuições e prestem apoio e infraestrutura àqueles que não conseguem, por si só, desenvolver suas competências.

A necessidade da vivência do federalismo cooperativo depende sobremaneira de uma mudança positiva que se realize a partir do texto constitucional, de forma a que a autonomia jurídico-política conferida aos entes municipais seja também a expressão de sua autonomia financeira. Esses são verdadeiros pressupostos para que os municípios possam legislar, atuar e implementar políticas públicas em razão do interesse local, de forma sustentável.

Vale dizer, também, que nenhuma mudança de valores se torna factível sem uma mudança de postura. A nova ordem urbanística, para ser efetiva, necessita que instituições eminentemente democráticas, como o Ministério Público e o Poder Judiciário, unam esforços e busquem estruturar-se a partir dos novos pressupostos de atuação

que o texto constitucional lhes impôs, o que depende, acima de tudo, de vontade política!

Referências

ALCKMIN FILHO, Geraldo. Recuperar São Paulo: uma alternativa possível. In: CALDERÓN, Adolfo e Ignacio; CHAIA, Vera. *Gestão municipal: descentralização e participação popular*. São Paulo: Cortez, 2002.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. A federação e a revisão constitucional. As novas técnicas dos equilíbrios constitucionais e as relações financeiras. A cláusula federativa e a proteção da forma de estado na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 4, n. 14, p. 16-26, jan./mar. 1996.

BARCELLONA, Pietro. Conversación sobre el Estado social. In: Mundialización económica y crisis político-jurídica. *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Granada, n. 32, p. 101-138, 1995.

BLACKBURN, Simon. *Dicionário Oxford de filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Estatuto da cidade*. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRITO, Edvaldo. Federalismo tributário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 5, n. 18, p. 134-145, jan./mar. 1997.

CARNEIRO, Ruy de Jesus Marçal. *Organização da cidade*. Planejamento municipal, plano diretor, urbanificação. São Paulo: Max Limonad, 1998.

CORREIA, Cláudia. Gestão democrática da cidade: construindo uma nova política. In: RIBEIRO, Luiz Cesar de Queiroz; CARDOSO, Adauto Lucio (Org.). *Reforma urbana e gestão democrática: promessas e desafios do estatuto da cidade*. Rio de Janeiro: Revan, Fase, 2003.

COSTA, Gustavo de Freitas Cavalcanti. *Federalismo & ICMS: reflexos tributários*. Curitiba: Juruá, 1999.

DRUCKER, Peter. Uma nova civilização que desponta. In: FERREIRA, Antonio Fonseca. *Gestão estratégica de cidade e regiões*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

FARIA, José Eduardo. La globalización y el futuro de la justicia. *Jueces para la democracia. Información y Debate*, Madrid, n. 29, p. 89-93, jul. 1997.

- FEITOSA, Raymundo Juliano Rêgo. *Federalismo y poder financiero en la constitución brasileña de 1988*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Autônoma de Madrid, 1993.
- FIÚZA DE MELLO, Alex. *Para construir uma universidade na Amazônia: realidade e utopia*. Belém: EDUFPA, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Autopeiose do direito na sociedade pós-moderna: uma introdução a uma teoria social sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1987.
- KRELL, Andreas Joachim. *Autonomia municipal na Alemanha e no Brasil*. *Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito*, Recife, v. 7, n. 7, 1995.
- MATTOS, Liana Portilho. *Da gestão democrática da cidade*. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado: Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- _____. *Do Conselho Nacional de Desenvolvimento Urbano*. In: MATTOS, Liana Portilho (Org.). *Estatuto da cidade comentado: Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MATTOS NETO, Antonio José de. *Competência legislativa municipal sobre meio ambiente*. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, ano 4, n. 4, abr./jun. 1996.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- MERCADO PACHECO, Pedro. *Transformaciones económicas y función de lo político en la fase de la globalización*. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Granada, n. 32, p. 101-138, 1995.
- OLIVEIRA, Aluizio Pires de. *O Estatuto da cidade: anotações à Lei 10.257/2001*. Curitiba: Juruá, 2003.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Comentários ao estatuto da cidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RODRÍGUEZ, Rafael. *Ciudadanos soberanos*. Participación y democracia directa. España: Almuzara, 2005.
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SILVA, Vera Martins da. *Os municípios paulistas e o federalismo fiscal brasileiro*. São Paulo: IMESP, CEPAM, 1995.
- SOARES, José Arlindo; GONDIN, Linda. *Novos modelos de gestão: lições que vêm do poder local*. In: SOARES, José Arlindo; CACCIA-BAVA, Silvio (Org.). *Os desafios da gestão municipal democrática*. São Paulo: Cortez, 2002.
- SOMARRIBA, Maria das Mercês Gomes. *Orçamento participativo: descentralização e democratização do poder local*. In: FERNANDES, Edésio. *Direito urbano e política urbana no Brasil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica ao Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

A não-discriminação como direito fundamental e as redes municipais de proteção a minorias sexuais – LGBT

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia

Sumário

Introdução. 1. O princípio da não-discriminação na Constituição de 1988 e os sistemas nacional e internacional de proteção dos Direitos Fundamentais. 2. Leis federais e Propostas de Emenda à Constituição – tentativa de avanço e estagnação. 3. A não-discriminação como um Direito Fundamental: prestações “positivas” e “negativas”. 4. Leis municipais de proteção contra discriminação e/ou de promoção dos direitos de minorias sexuais. 5. Órgãos públicos de defesa e ONGs – algumas experiências. Considerações finais.

Introdução

Pensar os Direitos Fundamentais¹ a partir dos Municípios parte da premissa de que no nível local há possibilidades muito maiores de luta e efetivação dos Direitos, pois que se facilita o exercício da soberania popular e da cidadania (art. 1º, I, II, e parágrafo único – Constituição de 1988), por

¹ Utilizaremos aqui a expressão “direitos fundamentais” sem distinguir entre direitos consagrados em Tratados e Convenções Internacionais (o que, em geral é designado como *direitos humanos*), como também os que (já) foram “positivados” em Ordenamentos Jurídicos locais (constantes, em regra, em Constituições, sob a denominação de “direitos fundamentais”). Consideramos que Direitos consagrados em instrumentos normativos (Tratados e Convenções Internacionais) sobre Direitos Humanos de que o Brasil seja parte se incorporam ao nosso sistema de direitos, tornando-se, assim, obrigatórios, como prescreve o art. 5º, §§ 2º e 3º da CR/88.

Alexandre Gustavo Melo Franco Bahia é Mestre e Doutor em Direito Constitucional – UFMG. Professor do Programa de Mestrado em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas.

meio de atuações coletivas ou individuais, institucionalizadas ou não. A constatação do argumento, no que tange à luta por reconhecimento da minoria LGBT (lésbicas, gays, bissexuais e transgêneros)², parece clara: enquanto no nível federal muito pouco tem sido feito, Municípios (e também Estados-membros) vêm se mostrando mais “abertos” aos influxos comunicativos vindos da “periferia” (Cf. HABERMAS, 1997, p. 85-102) e à criação mais eficaz de “redes de proteção” – pense-se, por exemplo, em programas de redistribuição de renda (como bolsa-família) que são executados e monitorados no âmbito dos Municípios, o que fortalece o papel destes como promotores de direitos.

A respeito da atuação dos Municípios perante políticas LGBT, um exemplo da atuação local como fator de mudança (que atinge não apenas o local, mas transcende) são duas ONGs que atuam na cidade de Medellín, na Colômbia: *Comunidad Amig@s Comunes* e *El Solar*, que, desde 2001 vêm promovendo ações de visibilidade (da identidade LGBT) – por meio de várias atividades durante o “Mês da Diversidade Sexual” – e de luta contra homofobia – com o “Dia do Não à Homofobia” e a *Colcha de la Pasión*, feita com “retazos de mensajes a personas que han sido víctimas de crímenes de homofobia, y que se constituye en un primer paso de sensibilización y denuncia de estos actos” (SÁNCHEZ, 2005, p. 75). Também no Chile, ONGs têm buscado estabelecer “una base de sociabilidad y de promoción de experiencias de reconoci-

² Quando falamos em minoria LGBT, não levamos em consideração a diferença que é feita entre “minorias” e “grupos vulneráveis” (isto é, grupos que podem até ser compostos por número grande de pessoas, mas que sofrem discriminação, como mulheres, idosos e crianças), haja vista que, como mostra Séguin (2002, p. 13), não se pode hoje mais falar em minorias tendo em vista apenas critérios étnicos, religiosos, linguísticos ou culturais. Dessa forma, conclui: “[n]a prática tanto os grupos vulneráveis quanto as minorias sofrem discriminação e são vítimas da intolerância, motivo que nos levou (...) a não nos atermos a diferença existente”.

miento y ciudadanía” (GUAJADO, 2006, p. 54).

Reconhecemos que a não-discriminação contra a população LGBT é um direito fundamental e que merece tratamento protetivo dos órgãos públicos.

Apesar da urgência quanto ao tema – há que se recordar, de antemão, que, “apenas no Brasil, a cada três dias uma pessoa é assassinada em virtude de ódio motivado na orientação sexual” (RIOS, 2001, p. 279,280) –, o que mostraremos é que, no nível federal interno, pouco ou quase nada de concreto tem sido feito, o que contrasta com ações do Brasil como entidade de Direito Público Externo, em Documentos Internacionais de que o país é signatário, algumas delas inclusive propostas por ele. De outro lado, os Municípios (e também os Estados) vêm mostrando ações mais diretas. Procuraremos mostrar, outrossim, a atuação (e os desafios) de algumas ONGs em sua atuação local.

1. O princípio da não-discriminação na Constituição de 1988 e os sistemas nacional e internacional de proteção dos Direitos Fundamentais

Em um sistema constitucional que se apresenta como constante aprendizado, a Constituição é (e deve ser tida, sempre como) um projeto aberto (Cf. CARVALHO NETTO, 2004, p. 282) a constantes novas inclusões. Isso possibilita que novos direitos possam ser incorporados, como, aliás, consta expressamente do parágrafo 2º de seu artigo 5º: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

No que tange a Tratados Internacionais (e similares) sobre Direitos Humanos de que o Brasil é signatário e que, de alguma forma, tratam da igualdade (bem como da proibição de discriminação), podemos

citar: a *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, especialmente o Art. 2º, 1. “Toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, opinião, ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição”; o *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, de 1966; a *Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial* (1965); a *Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais* (1978); a *III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, à Discriminação Racial, à Xenofobia e à Intolerância Correlata – África do Sul*, 2001; e o *Pacto de San José da Costa Rica* (art. 13, § 5º).

Sobre esses, vale lembrar que a Declaração dos Direitos Humanos aprovada em 1948 é marcada justamente por ser uma resposta às atrocidades cometidas pelo nazi-fascismo. Assim, esta Declaração, bem como todo o Sistema Internacional de Direitos Humanos, é marcado pela afirmação da igualdade e dignidade da pessoa humana e a proteção contra qualquer forma de discriminação.

Ainda, em consequência do *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*, “o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas considerou indevida a discriminação por orientação sexual no tocante à criminalização de atos sexuais homossexuais, ao examinar o caso *Toonen v. Austrália*” (RIOS, 2001, p. 287). Como nos lembra Relatório da ILGA, nessa decisão os membros do Comitê confirmaram “que as legislações que criminalizam relações sexuais consensuais do mesmo sexo estão violando não apenas o direito à privacidade, mas também o direito à igualdade em face da lei sem qualquer discriminação contrária aos artigos 17(1) e 26 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos” (OTTOSSON, 2008).

Além desses instrumentos, há alguns que merecem especial atenção:

1) A *Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções*, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) (25/11/81), Resolução n. 36/55:

“Considerando que o desprezo e a violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, em particular o direito a liberdade de pensamento, de consciência, de religião ou de qualquer convicção, causaram direta ou indiretamente guerras e grandes sofrimentos à humanidade (...)

Considerando que é essencial promover a compreensão, a tolerância e o respeito nas questões relacionadas com a liberdade de religião e de convicções e assegurar que não seja aceito o uso da religião ou das convicções com fins incompatíveis com os da Carta, com outros instrumentos pertinentes das Nações Unidas e com os propósitos e princípios da presente Declaração,

(...)

Preocupada com as manifestações de intolerância e pela existência de discriminação nas esferas da religião ou das convicções que ainda existem em alguns lugares do mundo, Decidida a adotar todas as medidas necessárias para a rápida eliminação de tal intolerância em todas as suas formas e manifestações e para prevenir e combater a discriminação por motivos de religião ou de convicções,

(...)

Artigo 2

(...)

2. Aos efeitos da presente declaração, entende-se por ‘intolerância e discriminação baseadas na religião ou nas convicções’ toda a distinção, exclusão, restrição ou preferência fundada na religião ou nas convicções e cujo fim ou efeito seja a abolição ou o fim do

reconhecimento, o gozo e o exercício em igualdade dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.

Artigo 3

A discriminação entre os seres humanos por motivos de religião ou de convicções constitui uma ofensa à dignidade humana e uma negação dos princípios da Carta das Nações Unidas, e deve ser condenada como uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais proclamados na Declaração Universal de Direitos Humanos e enunciados detalhadamente nos Pactos internacionais de direitos humanos, e como um obstáculo para as relações amistosas e pacíficas entre as nações.

Artigo 4

(...)

2. Todos os Estados farão todos os esforços necessários para promulgar ou derrogar leis, segundo seja o caso, a fim de proibir toda discriminação deste tipo e por tomar as medidas adequadas para combater a intolerância por motivos ou convicções na matéria.”

2) A Resolução n. 2435: *Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero*, aprovada pela Assembleia Geral da OEA em 3 de junho de 2008, mostrando preocupação com os “atos de violência e das violações aos direitos humanos correlatas perpetradas contra indivíduos, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero”³. A partir disso, declarou:

“RESOLVE: 1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação

sexual e pela identidade de gênero. 2. Encarregar a Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos (...) de incluir em sua agenda (...) o tema ‘Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero’. 3. Solicitar ao Conselho Permanente que informe a Assembléia Geral, (...) sobre o cumprimento desta resolução, que será executada de acordo com os recursos alocados no orçamento-programa da Organização e outros recursos.”

3) No mesmo ano de 2008, foi aprovada por 66 países (incluindo o Brasil) uma Declaração da ONU condenando violações dos direitos humanos com base na orientação sexual e na identidade de gênero. Na Declaração (A/63/635, de 22/12/08), os países signatários *reafirmaram*

“o princípio da não discriminação, que exige que os direitos humanos se apliquem por igual a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero (...) [e se mostraram] profundamente preocupados com as violações de direitos humanos e liberdades fundamentais baseadas na orientação sexual ou identidade de gênero. (...) Estamos, assim mesmo, alarmados pela violência, perseguição, discriminação, exclusão, estigmatização e preconceito que se dirigem contra pessoas de todos os países do mundo por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero, e porque estas práticas solapam a integridade e dignidade daqueles submetidos a tais abusos.”

E, sendo assim, os Declarantes *condenaram*

“as violações de direitos humanos baseadas na orientação sexual ou na identidade de gênero onde queira que tenha lugar, em particular o uso da pena de morte sobre esta base, as execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, a prática da tortura e ou-

³ Cabe aqui um esclarecimento. Identidade de Gênero diz respeito a quais dos papéis sociais de gênero o indivíduo se identifica (masculino, feminino ou transgênero); já a Orientação Sexual diz respeito a que sexo está voltado o desejo, o afeto e o desejo sexual de alguém (daí se falar em heterossexual, homossexual e bissexual) (Cf. RIOS, 2001, p. 281).

tros tratos ou penas cruéis, inhumanos ou degradantes, a detenção provisória ou detenção arbitrárias e a recusa de direitos econômicos, sociais e culturais incluindo o direito a saúde. (...) Fazemos um chamado a todos os países e mecanismos internacionais relevantes de direitos humanos que se comprometam com a promoção e proteção dos direitos humanos de todas as pessoas, independentemente de sua orientação sexual e identidade de gênero. (...) Urgimos aos Estados a que tomem todas as medidas necessárias, em particular as legislativas ou administrativas, para assegurar que a orientação sexual ou identidade de gênero não possam ser, sob nenhuma circunstância, a base de sanções penais, em particular execuções, prisões ou detenção. (...) Urgimos os Estados a assegurar que se investiguem as violações de direitos humanos baseados na orientação sexual ou na identidade de gênero e que os responsáveis enfrentem as conseqüências perante a justiça. (...) Urgimos os países a assegurar uma proteção adequada aos defensores de direitos humanos, e a eliminar os obstáculos que lhes impedem levar adiante seu trabalho em temas de direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero.”

Segundo Relatório da ILGA, em 2008 oitenta e seis países, membros das Nações Unidas, “ainda criminalizavam as relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo (...). Entre eles, 7 apresentam dispositivos legais com penalidade de morte como forma de punição” (OTTOSON, 2008, p. 4). A despeito dos méritos da Resolução e da urgência na aprovação de atos internacionais vinculantes, é importante anotar que ainda não existe nenhuma Convenção Internacional sobre o tema.

Percebe-se, assim, o compromisso do Estado Brasileiro na defesa das minorias

que sofrem preconceito em razão da orientação sexual, pois que esses instrumentos integram a ordem constitucional brasileira (art. 5º, §§ 2º e 3º).

A proposição de defesa dessas minorias tem como um marco a Assembleia Nacional Constituinte de 1987-1988, que pretendeu colocar a proteção em razão de orientação sexual como um dos “Objetivos Fundamentais” da República Federativa do Brasil. A inclusão da proteção contra discriminação por orientação sexual ao dispositivo constitucional que, mais tarde, viria a estar prescrito no art. 3º, IV (“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: ... IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”), esteve presente em pelo menos duas Comissões da Assembleia Nacional Constituinte (Comissão da Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher e Comissão da Ordem Social). Os constituintes da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias chegaram a receber em sessão João A. de Souza Mascarenhas, então Diretor de Comunicação Social da ONG Triângulo Rosa, que discursou sobre a importância de constar a expressão “orientação sexual” na proteção contra discriminação (Cf. Diário da Assembleia Nacional Constituinte – DANC. de 20/05/1987). As várias e incessantes propostas de emenda ao texto, a princípio rejeitadas, acabaram por prevalecer e retirar a expressão “orientação sexual” do Primeiro e do Segundo Substitutivos apresentados para votação em Plenário⁴.

4 Na Comissão de Sistematização, Eliel Rodrigues (PMDB-BA) apresentou emenda para que fosse suprimida a expressão “comportamento sexual” (na verdade, “orientação sexual”), no que foi acompanhado por outros constituintes. Essa proposta foi acatada. Sob o pretexto de “enxugar” o texto constitucional, “o relator da Comissão de Sistematização, deputado Bernardo Cabral, retirou a expressão orientação sexual daquela redação” (Diário do Congresso Nacional, Seção I, de 8/8/95, p. 16533).

De toda sorte, como se pode perceber, inclusive pelos discursos e justificativas da retirada, o fato de a Constituição não falar expressamente na proibição de discriminação por orientação sexual não quer dizer que a mesma não esteja presente, quer na proibição de discriminação por “sexo”, quer na expressão aberta “e quaisquer outras formas de discriminação”, quer ainda na integração de Tratados e Convenções Internacionais em nossa ordem jurídica (art. 5º, §§ 2º). Assim, o reconhecimento – e, logo, a proteção – decorre diretamente do que a Constituição *já prevê* quando, por exemplo, disciplina o direito de igualdade (art. 5º, *caput* e I) e a proibição de qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV).

2. Leis Federais e Propostas de Emenda à Constituição – tentativas de avanço e estagnação

Merecem destaque as Propostas de Emenda à Constituição n. 392/2005, do Deputado Paulo Pimenta, e 66/2003, da Deputada Maria do Rosário, visando (re) introduzir ao inciso IV do art. 3º a proteção contra discriminação por “orientação sexual” – antes dessas, a então Deputada Marta Suplicy apresentou, em 1995, a PEC n. 139, que visava (re)inserir a proteção contra discriminação por orientação sexual entre os objetivos da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV); bem como acrescentar a proibição de diferença de salários pelas mesmas razões (art. 7º, XXX) –⁵. Desde 2005, ambas as Propostas *caminham* apenas.

⁵ Segundo Marta Suplicy: “O que pretendemos com esta emenda é resgatar a cidadania de milhares de brasileiros que são preteridos no mercado de trabalho, assassinados, discriminados no cotidiano do convívio social. Portanto dentro do princípio que deve reger a ação legislativa, na permanente defesa dos direitos humanos e considerando: 1 – que ‘o desconhecimento e o menosprezo dos direitos humanos tem originado atos de barbárie ultrajantes para a consciência da humanidade’, dos quais o genocídio nazista na Europa é exemplo, que eliminou, junto a seus milhões de judeus e outras importantes minorias raciais, aproximadamente 220.000 homossexuais, segun-

Yanagui (2007, p. 17 et seq.) mostra que há um número grande de proposições legislativas (e “votos de censura”, “indicações”, etc.), tanto na Câmara quanto no Senado, visando tratar da temática relacionada a minorias sexuais. Entre elas, lembra o PL. 4.242/2004, do Deputado Edson Duarte, o PL. 3.770/2004, do Deputado Eduardo Valverde e os PL. 5/2003 e 5.003/2001, da Deputada Iara Bernardi (além de outros projetos em anos anteriores, já então arquivados), em geral visando a criminalização da homofobia. Aliás, parte desses Projetos de Lei foram reunidos e, ao serem aprovados na Câmara, seguiram para o Senado, dando origem ao PLC. 122.

A Deputada Marta Suplicy apresentou o PL. 1.151/95 visando regular a união de pessoas do mesmo sexo. No final de 1996, foi dado parecer favorável pela Comissão que o analisava. Entretanto, “[d]esde então, a apreciação da matéria em plenário vem sendo adiada. ‘De tal ordem a polêmica que rodeia o tema, que a matéria entrou em pauta seis vezes, sem nunca ter ido a plenário. Juntaram-se as igrejas, todas as religiões e credos e empreenderam uma verdadeira cruzada contra sua aprovação’” (YANAGUI, 2007, p. 20).

No Direito Comparado, percebemos que desde o ano de 1989, vários países da Europa vêm adotando legislações de “parceria civil” e mesmo de casamento: Dinamarca (1989),

do dados da Igreja Luterana Austríaca e 2 – que ‘todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e a segurança pessoal’, assim como ‘sem distinção, direito à igual proteção da lei’ e ‘igual proteção contra toda discriminação que infrinja esta Declaração e contra toda provocação a tal discriminação’; 3 – que ‘toda pessoa tem o direito ao respeito à sua integridade física, psíquica e moral’, da qual é parte constituinte a orientação sexual; (...) 4 – que ‘nas sociedades pluralistas de hoje, no seio das quais a família guarda naturalmente todo seu lugar e seu valor, práticas, tais como a exclusão das pessoas de certos empregos em razão de sua orientação sexual, a existência de atos de agressão ou a manutenção de perseguição sobre essas pessoas, que tem sobrevivido a vários séculos de preconceitos’ (Diário do Congresso Nacional Seção I, de 8/8/95, p. 16533,16534, grifo nosso). Ver também a PEC nº 67, de 1999, do Deputado Federal Marcos Rolim, tratando de tema semelhante.

seguida de Noruega, Suécia, Islândia, França, Portugal, Holanda (o primeiro país a adotar o casamento com iguais direitos para homossexuais em 2001), Bélgica (em 2003 também passou a permitir o casamento) e depois a Espanha. Em 1994, o Parlamento Europeu aprovou Recomendação (Doc. A3-0028/94) sobre a *paridade de direitos dos homossexuais na Comunidade Europeia*. Também o Canadá reconhece o casamento entre pessoas do mesmo sexo; bem como alguns Estados nos EUA; Buenos Aires reconhece, desde 2002, a união civil – de forma semelhante a Cidade do México. Em dezembro de 2007, o Uruguai se tornou o primeiro país latino-americano a regulamentar a união civil de pessoas do mesmo sexo (Cf. BARROSO, 2007; ARÁN, 2004). Como a própria democracia, esse reconhecimento também não está imune a *quedas e retrocessos*, como foi a aprovação, em 2008, via consulta popular, da “Proposição 8”, pela qual foi aprovada Emenda à Constituição da Califórnia proibindo casamentos não heterossexuais.

Yanagui (2007, p. 19) também anota a existência de proposições “contra” os homossexuais, como o PL. 5.816/2005, do Deputado Elimar M. Damasceno, que previa “apoio psicológico às pessoas que desejarem deixar a homossexualidade” (a proposta foi arquivada); também a Indicação n. 2.478/2004, do Deputado Milton Cardias, “sugerindo que o Ministério das Relações Exteriores parabeneze e apóie o presidente dos Estados Unidos, George Bush, quanto à sua manifestação contrária ao casamento entre pessoas do mesmo sexo”.

Além dos exemplos citados, vale a pena também mencionar outras iniciativas.

A lei 9.612/1998, que trata de rádios comunitárias, estabelece: “Art. 4º: As emissoras do Serviço de Radiodifusão Comunitária atenderão, em sua programação, aos seguintes princípios: (...) IV – não discriminação de raça, religião, sexo, preferências sexuais, convicções político-ideológico-partidárias e condição social nas relações comunitárias”.

Há atualmente na Câmara dois Projetos de Lei em apenso, ambos tratando da possibilidade de adoção por casais homossexuais. O mais antigo, o PL. 2.285/2007, do Deputado Federal Sergio Barradas Carneiro (PT-BA), visa o reconhecimento em lei da possibilidade da adoção por casais do mesmo sexo. E o PL. 4.508/2008, do Deputado Federal alagoano Olavo Calheiros (PSDB-AL), propõe justamente o inverso: seja incluído no Código Civil a proibição daquela forma de adoção.

Em 2001 foi criado o Conselho Nacional de Combate à Discriminação; que, desde 2003, possui uma Comissão permanente para receber denúncias de violações a direitos humanos em razão de orientação sexual e outra Comissão para elaborar um programa de combate à violência contra LGBT.

Em 2002, o segundo “Programa Nacional de Direitos Humanos” dedicou lugar para medidas que deveriam ser encaminhadas a respeito da orientação sexual e população LGBT:

“114. Propor emenda à Constituição Federal para incluir a garantia do direito à livre orientação sexual e à proibição da discriminação por orientação sexual.

115. Apoiar a regulamentação da parceria civil registrada entre pessoas do mesmo sexo e a regulamentação da lei de redesignação de sexo e mudança de registro civil para transexuais.

116. Propor o aperfeiçoamento da legislação penal no que se refere à discriminação e à violência motivadas por orientação sexual.

117. Excluir o termo ‘pederastia’ do Código Penal Militar.

118. Incluir nos censos demográficos e pesquisas oficiais dados relativos à orientação sexual.

(...)

240. Promover a coleta e a divulgação de informações estatísticas sobre a situação sócio-demográfica dos GLTTB, assim como pesquisas que

tenham como objeto as situações de violência e discriminação praticadas em razão de orientação sexual.

241. Implementar programas de prevenção e combate à violência contra os GLTTB, incluindo campanhas de esclarecimento e divulgação de informações relativas à legislação que garante seus direitos.

242. Apoiar programas de capacitação de profissionais de educação, policiais, juízes e operadores do direito em geral para promover a compreensão e a consciência ética sobre as diferenças individuais e a eliminação dos estereótipos depreciativos com relação aos GLTTB.

243. Inserir, nos programas de formação de agentes de segurança pública e operadores do direito, o tema da livre orientação sexual.

244. Apoiar a criação de instâncias especializadas de atendimento a casos de discriminação e violência contra GLTTB no Poder Judiciário, no Ministério Público e no sistema de segurança pública.

245. Estimular a formulação, implementação e avaliação de políticas públicas para a promoção social e econômica da comunidade GLTTB.

246. Incentivar programas de orientação familiar e escolar para a resolução de conflitos relacionados à livre orientação sexual, com o objetivo de prevenir atitudes hostis e violentas.

247. Estimular a inclusão, em programas de direitos humanos estaduais e municipais, da defesa da livre orientação sexual e da cidadania dos GLTTB.

248. Promover campanha junto aos profissionais da saúde e do direito para o esclarecimento de conceitos científicos e éticos relacionados à comunidade GLTTB.

249. Promover a sensibilização dos profissionais de comunicação para a questão dos direitos dos GLTTB."

É lamentável perceber que, passados sete anos do Programa, uma das únicas medidas efetivamente em vigor seja o item 115, e, ainda assim, em parte, isto é, o Ministério da Saúde – acompanhando o que já estabelecera Resolução do Conselho Federal de Medicina (Resolução n. 1.652/02) e ainda a Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde⁶ – editou a Portaria n. 1.707/08, instituindo, “no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS), o Processo Transexualizador, a ser implantado nas unidades federadas, respeitadas as competências das três esferas de gestão”.

O Plano Plurianual 2004-2007 também dá seguimento ao Programa Nacional e prevê como ação a *Elaboração do Plano de Combate à Discriminação contra Homossexuais*. Assim, em 2004, o Governo Federal lançou o Programa “Brasil sem Homofobia”, que pretende criar um fórum de debates para formulação de políticas públicas⁷. Nesse sentido, a Cartilha “Brasil sem Homofobia” traça metas de formulação de políticas públicas a serem buscadas nas mais diversas áreas. Segundo a Cartilha, o Programa possui como princípios:

“A inclusão da perspectiva da não-discriminação por orientação sexual e de promoção dos direitos humanos de gays, lésbicas, transgêneros e bissexuais, nas políticas públicas

⁶ A Carta dos Direitos dos Usuários da Saúde (Portaria-GM n. 675/06), em seu Terceiro Princípio, “assegura ao cidadão o atendimento acolhedor e livre de discriminação, visando à integridade de tratamento e a uma relação mais pessoal e saudável”. E explica que por esse princípio, “[é] direito dos cidadãos atendimento acolhedor na rede de serviços de saúde de forma humanizada, livre de qualquer discriminação, restrição ou negação em função de idade, raça, cor, etnia, orientação sexual, identidade de gênero, características genéticas, condições econômicas ou sociais, estado de saúde, ser portador de patologia ou pessoa vivendo com deficiência...”

⁷ Sobre o Programa, manifestou sua contrariedade o Deputado Pastor Frankembergen (PTB-RR): “Deixo registrada minha revolta e indignação com o famigerado Programa Brasil sem Homofobia. (...) Deveria chamar-se Programa em Favor da Promiscuidade e da Aberração... (Câmara dos Deputados, Sessão do dia 9/9/04; grifo nosso).

e estratégias do Governo Federal, a serem implantadas (parcial ou integralmente) por seus diferentes Ministérios e Secretarias; a produção de conhecimento para subsidiar a elaboração, implantação e avaliação das políticas públicas voltadas para o combate à violência e à discriminação por orientação sexual, garantindo que o Governo Brasileiro inclua o recorte de orientação sexual e o segmento GLTB em pesquisas nacionais a serem realizadas por instâncias governamentais da administração pública direta e indireta; a reafirmação de que a defesa, a garantia e a promoção dos direitos humanos incluem o combate a todas as formas de discriminação e de violência e que, portanto, o combate à homofobia e a promoção dos direitos humanos de homossexuais é um compromisso do Estado e de toda a sociedade brasileira.”

No âmbito da educação, destaque para a edição n. 4 dos Cadernos SECAD, que trata da questão do reconhecimento da diversidade sexual na escola, e a Cartilha “Diversidade Sexual na Escola”, elaborada pela UFRJ (Cf. HENRIQUES et al, 2007; BORTOLINI, 2008).

Como desdobramento, ocorreu em 2008 a 1ª Conferência Nacional GLBT.

A maior polêmica atualmente, no âmbito legislativo, é provavelmente o PLC 122, que busca colocar a homofobia como uma das formas do crime de racismo. Essa polêmica tem se dado, principalmente, em razão de grupos religiosos que se opõem veementemente à adoção do PL, por entenderem que o mesmo violaria as liberdades religiosa e de expressão⁸. Sobre a relação

⁸ A título de exemplo, o discurso do Deputado Jefferson Campos (PTB-SP), para quem o Projeto de Lei “significa a implantação do totalitarismo e do terrorismo ideológico de Estado, com manifesta violação à livre manifestação do pensamento, à inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença...” (Câmara dos Deputados, Sessão realizada no dia 10/6/2008) (grifo nosso)”. De forma semelhante o Deputado Valter Brito Neto (PRB-PB): “É um atentado à liberdade religiosa o fato, não

entre argumentação moral-religiosa e homofobia, Rios (2006, p. 95)⁹ argumenta:

“como uma pessoa religiosa deve aceitar a liberdade de crença e a possibilidade de ateísmo daí decorrente como a melhor forma de garantir sua vivência religiosa, uma pessoa moralmente conservadora pode admitir as garantias de liberdade sexual, a fim de que o Estado, por meio de seus agentes, não tenha a possibilidade de interferir no exercício de sua moralidade. (...) [U]m direito democrático da sexualidade implica refutar discursos fundados em premissas religiosas, uma vez que a ‘juridicização’ dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos na tradição dos direitos humanos coloca esse debate na arena mais ampla do Estado laico e democrático de direito, em sintonia com ideais republicanos.”

Quanto à suposta “desnecessidade” da lei – haja vista as proteções legais já existentes –, sem querer entrar no mérito da questão sobre *até que ponto uma lei, isoladamente, pode mudar o comportamento intolerante*, vale a pena conferir os dados, no mínimo reveladores, de uma pesquisa recente sobre o alarmante preconceito em razão de orientação sexual no Brasil. A Fundação Perseu Abramo, com a Fundação Rosa Luxemburgo Stiftung, realizou uma pesquisa sobre os graus de intolerância – ou respeito – a comportamentos sexuais LGBT (FUNDAÇÃO..., 2009). Venturini (2008, 2009), comentando sobre a pesquisa, mostra que, quando perguntados sobre se existe preconceito contra LGBT no Brasil, mais de 90% dos entrevistados responderam afirmativamente. Curiosamente, no entanto, quando perguntados se eles possuíam esse preconceito, menos de 30% o admitiram. Ao se aprofundar no grau de

de discriminar pessoas, mas sim de se criticar um comportamento, uma conduta, o que é totalmente legítimo no processo democrático...” (Câmara dos Deputados, Sessão realizada no dia 9/7/2008) (grifo nosso).

⁹ Cf.: CDD; IGLHRC, 2005.

preconceito dos entrevistados, a pesquisa revelou que:

“6% dos entrevistados (...) foram classificados como tendo forte preconceito contra LGBTs; 39% como portadores de um preconceito mediano (...) e 54% manifestaram um grau de preconceito que foi classificado como leve (...). A leitura negativa é que apenas 1% não expressou qualquer nível de preconceito¹⁰.”

Outro dado da pesquisa, particularmente interessante aqui, é que, quando perguntados sobre se o Poder Público deveria ter políticas de combate à discriminação contra LGBT, ou se isso é uma questão que deve ser resolvida no âmbito privado, “70% concordam com a segunda alternativa, contra apenas 24% [que concordam com a primeira]” (VENTURINI, 2009)¹¹.

Outrossim, ao contrário do que foi dito, o século XX, especialmente depois de Auschwitz, solidificou entendimento de que raça não se restringe a fatores biológicos, o que o próprio Supremo Tribunal Federal ratificou no *Habeas Corpus* n. 82.424 (Cf. BAHIA, 2006, p. 443-470). Foi, aliás, sobre critérios eminentemente racistas (e claramente não biológicos) que o nazismo exterminou milhares de ciganos, testemunhas de Jeová e também homossexuais.

Da mesma forma, a Homofobia não pode ser limitada a uma visão reducionista: “homossexualidade + fobia” (isto é, como aversão a homossexuais). Homofobia se marca pela rejeição ou negação – em múltiplas esferas, materiais e simbólicas – da coexistência, como iguais, com seres afetivo-sexuais que diferem do modelo sexual dominante. *Violência* não se dá apenas de forma física, mas igualmente em discursos que não reconheçam uma minoria como tal.

¹⁰ Cf.: VENTURINI, 2008.

¹¹ A respeito de pesquisas sobre homofobia no Brasil, Cf.: (CARTILHA..., 2004; LACERDA; PEREIRA; CAMINO, 2002, p. 165-178; LOPES, 2005, p. 65-95; GUAJARDO, 2006), traz importantes dados de pesquisas sobre homofobia no Chile.

3. A não-discriminação como um Direito Fundamental: prestações “positivas” e “negativas”

O princípio da não discriminação aparece como um dos “objetivos da República Federativa do Brasil”, dentro do Título em que a Constituição trata dos seus Princípios Fundamentais, como mostramos acima, ao falarmos do art. 3º, IV.

Como mencionado, ainda que na Constituição não conste a expressão “orientação sexual”, a proteção à mesma *está presente* não apenas quando o dispositivo se refere a “sexo” – pois, como lembra Rios (2001, p. 284), a discriminação por orientação sexual nada mais é do que uma forma de discriminação quanto ao sexo, pois, quando “Pedro” sofre ou não discriminação por orientação sexual dependendo do sexo da pessoa a quem ele dirige sua conduta sexual, “o sexo da pessoa envolvida em relação ao sexo de Pedro é que vai qualificar a orientação sexual como causa de eventual tratamento diferenciado” –, mas está também quando deixa o rol de proteção em aberto (“e quaisquer outras formas de discriminação”), bem como naqueles direitos advindos de Tratados e Convenções Internacionais (*supra*) de que o Brasil é signatário (art. 5º, § 2º – CR/88).

Ademais, está também presente quando a Constituição enuncia o princípio da *igualdade* (igualdade de tratamento) de todos, “sem distinção de *qualquer* natureza” (art. 5º, *caput*) (sem itálico no original), quer em sua vertente “formal” (igualdade *perante a lei*), quer “material” (igualdade *na lei*)¹². Veja que, apesar de essa dimensão formal da igualdade estar ligada tradicionalmente a uma concepção absenteísta de Estado eminentemente privado, as exigências da luta por reconhecimento vão reclamar

¹² Em uma leitura “formal”, a igualdade significará, quanto à sexualidade, “a extensão do mesmo tratamento jurídico a todas as pessoas, sem distinção de orientação sexual homossexual ou heterossexual” (RIOS, 2001, p. 283). Cf.: RIOS, 2003.

uma atuação positiva (materializante) desse princípio: é dizer, para promover a igualdade entre os cidadãos em âmbito público, várias leis municipais e estaduais (além do PL 122) preveem a casais homossexuais o direito de poder manifestar afeto em público da mesma forma e nos limites que casais heterossexuais. Ao falarmos no princípio da não-discriminação e relacioná-lo à igualdade, surge a questão sobre como se pode defender diversidade e proteção especial a minorias se, ao mesmo tempo, afirmamos a *igualdade de todos*.

Entretanto, tal questão se mostra falsa e superada quando percebemos que o conteúdo do direito de igualdade vem se modificando ao longo do tempo. Rosenfeld (1995, p. 1092,1093) mostra que o direito de igualdade, basilar para o constitucionalismo (e para o Direito Moderno), teria passado por três “estágios”. Num primeiro estágio há ênfase na correlação entre desigualdade e as diferenças, é dizer, à época do feudalismo (bem como, em geral, em toda Antiguidade Clássica), tinham-se por “naturais” as diferenças de classes.

Com as Revoluções burguesas, o Liberalismo e as grandes Declarações de Direitos, consagra-se a *igualdade como identidade*. Assim, resguarda-se a igualdade quando todos são considerados como iguais (formalmente) perante a lei. Há um grande salto aqui, pois é a primeira vez na história que todos são tratados como iguais, pois que dotados de razão.

Essa igualdade formal, no entanto, não resistiu às críticas. A “libertação” das amarras tradicionais de castas, que, em tese, possibilitaria a máxima autonomia da vontade do indivíduo, acaba apenas por lhe gerar o “direito” de ser explorado em nome dessa mesma liberdade. O Estado de Bem-Estar Social surge com a meta de “materializar” a igualdade (e a liberdade), livrando-as de roupagens privatistas, com o objetivo maior de gerar cidadania – finalidade essa que também restou frustrada em boa medida, já que a criação de condições materiais de

“vida boa” deixa de ser um meio (para se conseguir o objetivo de formar cidadãos) e passa a ser um fim a ser perseguido pelo Estado, o que, em vez de gerar cidadãos, gerou *clientes*. Habermas (1997, p. 99) defende que “uma liberdade assegurada paternalisticamente significa ao mesmo tempo subtração de liberdade”¹³.

Some-se a isso o fato de que a definição de *quais ações* deveriam ser consideradas – bem como de *quais diferenças* deveriam igualmente ser tomadas (para a definição das políticas) – era feita de forma paternalista, burocrática, em uma palavra: *unilateral*.

Somente num terceiro estágio avança-se para superar os dois anteriores e redefinir uma *igualdade que reconhece as diferenças e que não as explora por padrões de dominação ou subordinação*.

As alterações no tratamento da igualdade mencionadas acima podem ser vistas na mudança da pauta de reivindicações do movimento feminista, mencionadas por Habermas (2002, p. 236), que mostra que classificações *sobregeneralizantes* feitas pelo Estado, que não levavam em consideração situações particulares – nem reivindicações específicas –, pressupunham “normalidades” que não existiam, o que acabou por “converter as almejadas compensações de perdas em novas discriminações”, ou seja, permitiram “converter garantia de liberdade em privação de liberdade”. Em vez de superar padrões sexistas, as burocracias estatais acabavam por reforçá-las. Supera-se, assim, a ideia de que exista um “padrão”, um patamar, a partir do qual tudo é referenciado, como afirma Rios (2003, p. 157): “Equiparamos, então, as mulheres aos homens; os negros aos brancos; os homossexuais aos heterossexuais” (é a tolerância “indulgente”, que *concebe a igualdade apenas da perspectiva do discriminador*). A igualdade implica que “se deve conferir igual reconhecimento, igual valor às pessoas, independentemente de sua

¹³ Sobre a crise do *Welfare State* Cf.: HABERMAS, 1987, p. 103-114.

condição”¹⁴. Especificamente quanto às reivindicações do movimento feminista (mas as lições valem para qualquer minoria), políticas *tecnocraticamente* estabelecidas, por vezes, produziram o contrário do que se almejava.

A igualdade de tratamento se impõe sempre que não haja razões (abalizadas nos princípios fundamentais) para um tratamento diferenciado. Assim, conclui Rios (2001, p. 287):

“No caso da homossexualidade, constata-se que o estágio do conhecimento humano que hoje compartilhamos desautoriza juízos discriminatórios com base exclusiva no critério da orientação sexual. Com efeito, a evolução experimentada pelas ciências humanas e biológicas desde a metade do século XX já é suficiente para a superação dos preconceitos que anteriormente turvaram a mentalidade contemporânea diante da homossexualidade (grifo nosso).”

Absolutamente inadmissíveis, portanto, decisões como a do Juiz Manoel Maximiano Junqueira Filho, da 9ª Vara Criminal da cidade de São Paulo, que, ao decidir a Queixa-crime n. 936/07 (na qual um jogador de futebol ajuizara ação contra dirigente por este supostamente haver dito que o primeiro seria homossexual). Ao decidir pelo encerramento do feito, o juiz “aconselha” o querelante no sentido de que, caso seja realmente homossexual, que *abandone os gramados*. Isso porque:

“... futebol é jogo viril, varonil, não homossexual (...). Quem se recorda da “COPA DO MUNDO DE 1970” (...) jamais conceberia um ídolo seu homossexual (...), não poderia sonhar em vivenciar um homossexual jogando futebol. (...) Não que um homossexual não possa jogar bola. Pois que jogue, querendo. Mas, forme o seu time e inicie uma Federação. Agende jogos

com quem prefira pelear contra si. (...) Ora, bolas, se a moda pega, logo teremos o “SISTEMA DE COTAS”, forçando o acesso de tantos [homossexuais] por agremiação. (...). O que não se mostra razoável é a aceitação de homossexuais no futebol brasileiro, porque prejudicariam a uniformidade de pensamento da equipe, o entrosamento, o equilíbrio, o ideal... (...) *Para não se falar no desconforto do torcedor, que pretende ir ao estádio, por vezes com seu filho, avistar o time do coração se projetando na competição, ao invés de perder-se em análises do comportamento deste, ou daquele atleta, com evidente problema na personalidade, ou existencial; desconforto também dos colegas de equipe, do treinador, da comissão técnica e da direção do clube. (...) É assim que eu penso... e porque penso assim, na condição de Magistrado, digo! (grifo nosso)*¹⁵.”

Inadmissível, de forma semelhante, o parecer dado pelo Promotor da Vara e Infância da Juventude de São José do Rio Preto, Cláudio Santos de Moraes, que deu parecer contrário à adoção de uma criança por um casal homossexual alegando que se trata de uma família “anormal”; a despeito dos requerentes terem passado por três avaliações psicossociais, todas favoráveis (Cf. PROMOTOR..., 2008).

A *não-discriminação* aparece, dessa forma, como um *Direito Fundamental*, um princípio, em nosso Ordenamento. Em razão disso, entendemos, a partir das teorias de Habermas e Dworkin, que, como *princípio*, a proibição de discriminação é uma norma, portanto, um comando deontológico e não mero critério de resolução de lacunas (ou antinomias) ou mesmo comandos de otimização¹⁶. Como direito fundamental à

¹⁵ A decisão, escaneada, pode ser consultada, em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/esporte/20070803-caso_richarlysson.pdf>.

¹⁶ Sobre as distinções apresentadas, Cf.: HABERMAS, 2002, p. 355 et seq.; DWORKIN, 1999, p. 229; CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 90; SOUZA

¹⁴ Cf.: DUTRA, 2004, p. 79.

igualdade, implica o reconhecimento dos mesmos direitos deferidos a heterossexuais, como o reconhecimento da união estável, do casamento e também da adoção.

4. Leis municipais de proteção contra discriminação e/ou de promoção dos direitos de minorias sexuais

Ao contrário da “dificuldade” na aprovação de leis federais em favor dos homossexuais, constatamos que, no nível local, os movimentos organizados veem conseguindo a aprovação de um número significativo de leis, além da constituição de fóruns institucionais de discussão e promoção dos direitos dessa minoria.

Em um rápido apanhado, destacamos:

– *Leis Orgânicas Municipais*: Aracaju (art. 2º); Campinas (art. 5º, XVIII; Florianópolis (art. 5º, IV); Fortaleza (art. 7º, XXI); Goiânia (art. 1º); Macapá (art. 7º); Paracatu (art. 7º, VIII); Porto Alegre (art. 150); São Bernardo do Campo (art. 10); São Paulo (art. 2º, VIII); Teresina (art. 9º).

– *Legislação Municipal*: Belo Horizonte (leis 8.176/01 – regulamentada pelo Dec. 10.681/01 – e 8.719/03¹⁷); Campinas (lei 9.809/98 – regulamentada pelo Dec.

NETO, 2002, p. 210 et seq.; BAHIA, apud CATTONI DE OLIVEIRA, 2004, p. 301-357.

¹⁷ Essa última cria um “Sistema Municipal de Garantia dos Direitos da Cidadania” (Capítulo II), formado pela Secretaria Municipal dos Direitos da Cidadania, o Conselho Municipal de Defesa Social e o Fundo Municipal de Proteção e Defesa das Minorias (art. 3º). Assim, atribuiu-se à SMDC (art. 5º): “I – receber e apurar denúncia, realizar audiência, elaborar relatório, julgar fatos que infrinjam os direitos das minorias, e aplicar multas e penalidades estabelecidas nesta Lei (...)”. Para a atribuição de penalidades (art. 11) contra estabelecimentos públicos ou privados (art. 10) que agirem de forma discriminatória (de acordo com a relação de hipóteses do art. 2º), a lei estabelece um Procedimento Administrativo, que se inicia com a denúncia, feita pelo cidadão ofendido (ou ofício de autoridade competente) (art. 12), a SMDC deverá lavrar Auto de Infração, se verificar que há fundamentos para o prosseguimento; é dado prazo de defesa ao autuado (art. 15), bem como prazo para produção de provas necessárias (art. 16), após o que será dada decisão (art. 16, § 1º).

13.192/99 – e lei 10.582/00¹⁸); Campo Grande (lei 3.582/98¹⁹); Goiânia (Res. 06/05²⁰); Fortaleza (lei 8.211/98); Foz do Iguaçu (lei 2.718/02); Guarulhos (lei 5.860/02); Juiz de Fora (leis 9.789/00 e 10.000/01 e Res. 13/06²¹); Londrina (lei 8.812/02); Maceió (leis 4.667/97 e 4.898/99); Natal (lei 152/97); Porto Alegre (Lei Complementar 350/95²²); Recife (leis 16.730/2001²³ e 16.780/02 – regulamentada pelo Dec. 20.558/04 – e lei 17.025/04); Rio de Janeiro (leis 2.475/96 e 3.786/02²⁴); Salvador (lei 5.275/97); São José do Rio Preto (lei 8.642/02); São Paulo (lei 10.948/01, Dec. 45.712/05, Dec. 46.037/05, Dec. 50.594/06, Orientação Normativa 06/02, Res. SSP 42/00 e 285/00, Port. 08/05); Teresina (lei 3.274/04)²⁵.

¹⁸ “Institui o serviço S.O.S. discriminação no âmbito do Município de Campinas”.

¹⁹ “Dispõe sobre a obrigatoriedade de orientação sexual e de planejamento familiar aos pais de alunos do pré-escolar e 1º grau, da rede municipal de ensino – REME e dá outras providências”.

²⁰ Resolução que institui o Cód. de Ética e Decoro Parlamentar e, em seu art. 2º, V, preceitua: “Contribuir para a afirmação de uma cultura cujos calores não reproduzam, a qualquer título, quaisquer preconceitos entre os gêneros, especialmente com relação à raça, credo, orientação sexual, convicção filosófica, ideológica ou política”.

²¹ Esta Resolução institui o Regimento Interno da Secretaria Municipal de Educação e, em seu art. 24, III, disciplina: “promover ações de uma Política Educacional Inclusiva, considerando as diferenças religiosas, étnico-raciais, sensoriais, cognitivas, físicas, mentais, de gênero e orientação sexual”.

²² Regulamentada pelos Decretos 11.411/96 e 11.857/97. Cf.: o Decreto 14.216/03, que assegura direitos previdenciários a(o) companheiro(a) de casais do mesmo sexo de servidores públicos municipais.

²³ Com essa lei, Recife foi “o primeiro município brasileiro a reconhecer o direito de pensão ao(a)s companheiro(a)s homossexuais dos servidores públicos, em caso de morte destes” (VIANNA, 2004).

²⁴ Acrescenta o § 7º ao art. 29 da lei 285/79, que dispõe: “Equipara-se à condição de Companheira ou Companheiro de que trata o inciso I deste artigo, os parceiros do mesmo sexo, que mantenham relacionamento de união estável, aplicando-se para configuração da união estável, no que couber, os preceitos legais incidentes sobre a união estável entre parceiros de diferentes sexos”.

²⁵ Uma relação mais completa de Municípios que possuem Leis tratando da temática pode ser encontrada em: <<http://www.abglg.org.br>>.

Desde 1999, funciona no Rio de Janeiro o “Disque Denúncia Homossexual”, depois também implantado em outras cidades. Vianna (2004, p. 59) ressalta que iniciativas como essas têm aproximado o movimento LGBT de órgãos públicos de segurança.

O Sistema de Proteção aos LGBT de São Paulo merece destaque. De fato, a lei 10.948/01 em muito se assemelha a outras leis municipais e estaduais que preveem proteção contra discriminação e estabelecem procedimentos de apuração e penalidades. Entretanto, até onde tivemos acesso, as demais leis apenas punem pessoas jurídicas (públicas ou privadas) que cometam aqueles atos. E a lei paulistana prevê, de forma mais ampla:

“Artigo 3º – São passíveis de punição o cidadão, inclusive os detentores de função pública, civil ou militar, e toda organização social ou empresa, com ou sem fins lucrativos, de caráter privado ou público, instaladas neste Estado, que intentarem contra o que dispõe esta lei (grifo nosso).”

O Dec. 45.172/05 dispõe sobre a Secretaria Especial para Participação e Parceria (em São Paulo), que conta, entre outras Coordenadorias, com a “Coord. de Assuntos de Diversidade Sexual” (CADS). O Dec. 46.037/05 instituiu o Conselho Municipal de Atenção à Diversidade Sexual. A Orientação Normativa – IPREM 06/02 trata da concessão de benefícios previdenciários ao companheiro(a) homossexual. Entre seus “Considerando”, ressalta:

“1. Que o ordenamento jurídico apresenta lacunas e que há um descompasso entre a atividade legislativa e o célere processo de transformações por que passa a sociedade; 2. Que a integração entre o Direito e a realidade deve ser amparada em princípios gerais de Direito; 3. Que a Constituição Federal erigiu o princípio da igualdade como postulado fundamental, especificamente em relação a proteção contra discrimina-

ções quanto ao gênero, conforme disposto nos artigos 3º, inciso IV, 5º, inciso I, e 7º, inciso XXX, sendo, portanto, vedadas distinções de qualquer natureza, em razão da opção sexual do indivíduo.”

As Resoluções SSP/SP 42/00 e 285/00 instituem o Grupo de Repressão e Análise dos Delitos de Intolerância e estabelecem que todas as Delegacias deverão comunicar o GRADI em caso de notificações de crimes de intolerância. Em 2006, com o Dec. 50.594, é criada a Delegacia de Crimes Raciais e Delitos de Intolerância – uma unidade que visa tratar especificamente de casos de discriminação e intolerância – em substituição ao GRADI.

5. Órgãos públicos de defesa e ONGs – algumas experiências

Por todo o País, contam-se centenas de Organizações Não-Governamentais de defesa de LGBT. Sua atuação é eminentemente local, daí sua importância quando se fala na proteção contra discriminação no âmbito dos Municípios. Em sociedades descentradas, sem grandes vínculos de tradição e, aparentemente, refratária à política, é um dado sobremaneira interessante perceber como esses movimentos possibilitam a (re)produção da ideia de “identidade de grupo”. Assim, apesar de *locais*, não se pode negar que essas ONGs estão entre os movimentos mais atuantes pela defesa de Direitos Humanos na atualidade e do que se pode denominar hoje “sociedade civil organizada”.

Como ressalta Anjos (2002, p. 227):

“Uma das principais razões de ser da organização [não-governamental] é funcionar como um representante dos homossexuais perante os poderes públicos, denunciando casos isolados de discriminação contra homossexuais. As ‘tecnologias sociais’ utilizadas para isso vão desde a manifestação pública ao protesto por escrito junto

a órgãos públicos julgados competentes.”

Mas não apenas protestos, as ONGs também atuam de forma “propositiva”, defendendo a adoção de políticas públicas contra a discriminação. Anjos (2002, p. 227,228) dá como exemplo a atuação de militantes junto a vereadores de Porto Alegre para incluir no art. 150 da LO a expressão “orientação sexual”.

Ao iniciarmos esse ensaio, entramos em contato, via Associação Brasileira de Gays, Lésbicas, Bissexuais, Travestis e Transexuais (ABLGT), com ONGs de todo o País e pedimos que relatassem um pouco de suas experiências (como organização, mas também experiências pessoais dos que delas participam), principalmente de suas relações com o Município onde estão localizadas (haja vista que a maior parte delas é de âmbito municipal ou regional).

Após algumas semanas, reunimos os relatos de algumas delas, como segue abaixo.

1) MGRV (Movimento Gay Região das Vertentes – sediado em São João Del Rei – MG): Carlos Bem, diretor do MGRV, e Leandro Andrade (colaborador na ONG) trouxeram suas contribuições. Carlos nos conta que iniciou suas atividades na – militância – em razão de agressão que ele e o namorado sofreram em um bar na cidade de Machado. Conta que, mesmo procurando a polícia, pouco ou nada foi feito.

Para Leandro Andrade, a participação em uma ONG LGBT

“colabora para um real conhecimento daquilo que vem sendo criado para nos dar maiores garantias já que o quadro político brasileiro ainda é bastante radical e preconceituoso. A história das ONGs tem sido importante para trazer visibilidade a causas que, até então, viviam em guetos e digo isso referindo-me a questões como violência contra a mulher, o negro, aos deficientes físicos, etc. Dessa forma, participar ou estar próximo de uma ONG GLBT é, para mim,

acreditar que pequenas revoluções é que permitirão uma verdadeira mudança da sociedade.”

Sobre o relato, a ONG possui existência formal há 1 ano e meio, e em 2007 promoveu “o 1º Fim de Semana da Diversidade Sexual da Região das Vertentes” (premiado pelo Ministério da Cultura). Em 2008, “dezenas de eventos de afirmação da nossa identidade, realizamos abaixo-assinados, protestos em praça pública contra a homofobia”, “a 1ª Semana da Diversidade Sexual da Região das Vertentes” e a “1ª Parada da Cidadania e do Orgulho GLBT da Região”, com cerca de cinco mil pessoas. O MGRV presta assessoria jurídica a vítimas de discriminação e portadores de HIV/AIDS.

Carlos Bem conta que as principais reivindicações perante o Município são:

- “Aprovação de dispositivos legais (...) no sentido de reconhecer a existência da população LGBT e desta forma forçar o executivo no desenvolvimento de políticas que promovam a cidadania e a garantia dos direitos humanos dessa população”.
- Inclusão no orçamento do município a questão dos direitos humanos das pessoas LGBT;
- Criação e implantação de uma Coordenadoria LGBT e um Centro de Referência LGBT.

Sobre a relação do Município com a ONG, Carlos Bem lembra que, na legislatura passada, duas leis foram aprovadas (de forma unânime) na proteção dos direitos LGBT, além de um Decreto Municipal²⁶. Quanto à atual composição da Câmara,

²⁶ O Decreto 3.902/09 “[d]etermina aos órgãos da Administração Pública Municipal e da iniciativa privada que observem e respeitem o nome social de travestis e transexuais”. Entre seus “Considerando”, lembra, entre outras razões, os arts. 1º, III; 3º, I e IV; 4º, II e 5º, *caput* da CR/88, além da Lei Estadual 14.170/02 (que “[d]etermina a imposição de sanções a pessoa jurídica por ato discriminatório praticado contra pessoa em virtude de sua orientação sexual no Estado de Minas Gerais”) e a Lei Municipal 4172/07 (“que dispôs sobre a ação do município contra as práticas discriminatórias por orientação sexual”).

mostra-se confiante no trabalho de *advocacy* que a ONG tem feito²⁷.

Em 2008, o Município reconheceu o MGRV como entidade de “utilidade pública”. O Município possui um programa de prevenção de DST/AIDS, que atua em convênio com a ONG.

2) Centro de Referência em Direitos Humanos – Prevenção e Combate à Homofobia de João Pessoa: José Felipe dos Santos, coordenador do Centro de Referência em Direitos Humanos de João Pessoa, conta que as principais conquistas da militância na cidade são “mobilizar em prol do resgate da auto-estima de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (...), uma forte atuação na área de *advocacy* no legislativo e executivo pela aprovação de leis anti-discriminação homoafetiva e de ações de enfrentamento a discriminação e a violência homofóbica”. Há leis municipais nesse sentido: lei 1.568/96 (prevê punição a práticas discriminatórias em razão de orientação sexual / identidade de gênero); lei 10.501/05 (institui o “Dia Municipal do Orgulho LGBT”) e a lei 1.110/07 (estende benefícios previdenciários a casais do mesmo sexo). No âmbito da Administração Pública, foi criada a Assessoria da Diversidade Humana.

O Centro de Referência vem, desde 2002, com ações de capacitação de gestores de serviços públicos, seminários (em escolas e universidades) e realização das “Paradas da Cidadania LGBT”. Desde 2005, o Centro de Referência, em parceria com a Secretaria Especial dos Direitos Humanos (do governo federal), oferece “orientação jurídica, psicológica e social” à população LGBT (e familiares) vítima de discriminação. Sob a coordenação/participação do Centro, foram realizadas as Conferências Municipal, Estadual e Nacional LGBT e a I e II *Mostra da Diversidade Cultural LGBT*.

²⁷ Leandro Andrade visualiza na aprovação das leis a oportunidade para que a questão LGBT seja debatida, o que pode “colaborar para uma maior reflexão frente ao público alvo dessas leis, podendo garantir uma maior segurança”.

3) Movimento Gay de Alfenas e Região Sul de Minas – MGA: segundo Sander Simaglio, coordenador da ONG, o MGA abrange as cidades de Alfenas, Varginha, Pouso Alegre, Poços de Caldas e outras cidades da região. Surgiu no ano 2000 (tendo sido registrada em 2003). No mesmo ano, foi-lhes cedida coluna em um jornal de Alfenas dirigida ao público gay. Em 2001, foi aprovada em Alfenas a lei 3.277, que pune discriminação a homossexuais, conhecida como “Lei Rosa” (em 2005, a ONG apoiou aprovação de lei semelhante na cidade de Machado).

Em 2002, a ONG é declarada “de Utilidade Pública” municipal; em 2003 foi a vez da Assembleia Legislativa de Minas Gerais declará-la como entidade “de Utilidade Pública”. Nesse mesmo ano, a Câmara Municipal de Alfenas aprova projeto de lei que declara o dia 28 de junho como o “Dia Municipal da Diversidade Sexual”. A partir de 2003, a ONG vem participando com a Coordenação Municipal de DST/AIDS de Alfenas do Dia Internacional de Luta contra a AIDS.

Em 2004, acontece a 1ª Parada do Orgulho GLBT do Sul de Minas em Alfenas, patrocinada pelo Programa Nacional de DST/AIDS do Ministério da Saúde e UNESCO (repetida em 2005). O MGA ajuizou ação contra a Igreja Assembleia de Deus e seu pastor, em razão de suposta discriminação por orientação sexual.

Em 2005, o Presidente do MGA foi contratado pela Prefeitura de Alfenas para coordenar o Programa Municipal de DST/AIDS. Nesse ano, é assinado convênio com a Secretaria Estadual de Saúde para executar o projeto VHIVER, que dá assessoria jurídica e psicológica a portadores de HIV.

Em 2006, em razão da discriminação sofrida por duas travestis em um clube de Alfenas, foi feito Boletim de Ocorrência, com o auxílio do MGA, utilizando as Leis *Municipal e Estadual que punem estabelecimento por discriminar frequentadores*.

Considerações finais

A proteção da população LGBT (bem como a garantia de direitos que levem ao seu reconhecimento e igualdade – no sentido mais atual do termo) constitui uma luta atual (e urgente) no Brasil. Como vimos, há pesquisas que mostram dados extremamente preocupantes sobre violência e preconceito; dados esses que devem (ou deveriam) se converter em políticas legislativas e administrativas.

Procuramos mostrar no presente de que forma a população LGBT e seus representantes organizados vêm encontrando no nível local o *locus* privilegiado de proteção e de promoção constitucional do direito fundamental à não-discriminação. Os Municípios (e Estados), diferentemente da União, têm se mostrado mais permeáveis à concretização dos ditames constitucionais (e internacionais de que o Brasil é signatário) relativos à não-discriminação.

Isso pôde ser percebido pelo grande número de leis (que tratam de várias reivindicações de proteção), de organismos públicos (ou mantidos pelo poder público) e dos relatos de experiências de ONGs.

O contrário ocorre com o nível federal, pois, apesar de algumas iniciativas da Administração Pública, o Legislativo vem mostrando pouca (ou nenhuma) preocupação com essa questão. Entretanto, dada a distribuição de competências de nosso federalismo, a atuação de Municípios (e Estados) é limitada: eles podem até estabelecer multas e o fechamento de estabelecimentos que agirem de forma preconceituosa contra LGBT, entretanto, apenas a União pode instituir como “crime” as ações mais violentas praticadas por outras pessoas. Os Municípios até podem estabelecer direitos previdenciários para os servidores públicos municipais, mas apenas a União pode garantir esses direitos a todos, servidores públicos e aqueles sob o regime geral da previdência; assim como apenas a União pode instituir, por lei, o instituto geral da união estável homoafetiva. Sem embargo,

apesar de haver projetos de lei sobre todas essas questões, os mesmos vêm se *arrastando* nas Casas do Congresso Nacional (quando não são arquivados).

Assim, a experiência local, ainda que extremamente válida, deve chamar a atenção para a urgência de mudança de postura dos entes federais, sob pena de perpetuarmos o descompasso entre o que o Presidente da República (com aprovação do Congresso Nacional) aprova em nível internacional (e Estados e Municípios colocam em prática em suas respectivas esferas) e a (não) concretização dos mesmos conteúdos no nível federal.

Referências

- ANJOS, G. Homossexualidade, direitos humanos e cidadania. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 4, n. 7, p. 227, jan./jun. 2002.
- ARÁN, M.; CORRÊA, M. Sexualidade e Política na cultura contemporânea: o reconhecimento social e jurídico do casal homossexual. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 2, p. 329-341, 2004.
- BAHIA, A. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas. In: CATTONI DE OLIVEIRA, M. (Coord.). *Jurisdição e hermenêutica constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- _____. Anti-semitismo, tolerância e valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 847, p. 443-470, 2006.
- BARROSO, L. *Diferentes, mas iguais*: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. 2007. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2009.
- BORTOLINI, A. (Coord.). *Diversidade sexual na escola*. Rio de Janeiro: Pró-Reitoria de Extensão/UFRJ, 2008.
- CATTONI DE OLIVEIRA, M. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CARTILHA Brasil sem homofobia. Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e Promoção da Cidadania Homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

- CARVALHO NETTO, M. A Constituição da Europa. In: SAMPAIO, José A. Leite (Coord.). *Crise e Desafios da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DUTRA, D. A legalidade como forma do Estado de Direito. *Kriterion*, Belo Horizonte, v. 1, n. 109, p. 79, 2004.
- DWORKIN, R. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FUNDAÇÃO PERSEU ABRAMO. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil: intolerância e respeito às diferenças sexuais*. jun. 2008. Disponível em: <<http://www.fpa.org.br>>. Acesso em: 31 mar. 2009.
- GUAJARDO, G. Visibilidad y participación social de las homosexualidades en Chile: la emergencia de una esfera pública subalterna. *Revista Mad*, Santiago, n. 14, p. 54, mayo 2006.
- HABERMAS, J. A Nova intransparência: a crise do estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 18, p. 103-114, set. 1987.
- _____. Uma Conversa sobre Questões de Teoria Política. Entrevista a Mikael Carlehedem e René Gabriels. *Revista Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 47, p. 85-102, março 1997.
- _____. *A inclusão do outro*. São Paulo: Loyola, 2002.
- HENRIQUES, R. et al. (Org.). Gênero e diversidade sexual na escola: reconhecer diferenças e superar preconceitos. *Cadernos SECAD*, Brasília, n. 4, maio 2007.
- LACERDA, M.; PEREIRA, C.; CAMINO, L. Um estudo sobre as formas de preconceito contra homossexuais na perspectiva das representações sociais. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, Porto Alegre, v. 15, n. 1, p. 165-178, 2002.
- LOPES, J. O direito ao reconhecimento para gays e lésbicas. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 2, p. 65-95, 2005. Disponível em: <<http://www.surjournal.org>>. Acesso em: 26 set. 2008.
- OTTOSSON, D. Uma pesquisa mundial sobre legislações que proíbem relações sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo. *ILGA*, maio 2008. Disponível em: <www.ilga.org>. Acesso em: 2 mar. 2009.
- PROMOTOR que pediu separação de bebê de transsexual diz que 'casal gay é anormal'. *O Globo*, 9 jan. 2008 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sp>>. Acesso em: 4 jun. 2008.
- RIOS, R. A homossexualidade e a discriminação por orientação sexual no direito brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 38, n. 149, p. 279-280, jan./mar. 2001.
- _____. Discriminação por Gênero e por orientação sexual. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2001, Brasília. Anais... Brasília: CJF, 2003. (Série Cadernos do CEJ, v. 24).
- _____. Para um direito democrático da sexualidade. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 95, jul./dez. 2006.
- ROSENFELD, M. The identity of the constitutional subject. *Cardozo Law Review*, New York, p. 1092-1093, Jan. 1995.
- SÁNCHEZ TAMAYO, R. La defensa de los Derechos Humanos de las personas LGBT en Medellín. In: CDD (CATÓLICAS POR EL DERECHO A DECIDIR CÓRDOBA); IGLHRC (COMISIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS PARA GAYS Y LESBIANAS). *Defensa de los Derechos Sexuales en Contextos Fundamentalistas - Presentación de Experiencias Exitosas en Distintos Contextos*. Córdoba: [CDD], 2005.
- SÉGUIN, E. *Minorias e grupos vulneráveis: uma abordagem jurídica*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SOUZA NETO, C. *Jurisdição constitucional, democracia e racionalidade prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- VENTURINI, G. *Intolerância à diversidade sexual*. 5 ago. 2008. Disponível em: <<http://www.rls.org.br>>. Acesso em: 25 ago. 2008.
- _____. *Diversidade sexual e homofobia no Brasil: Intolerância e respeito às diferenças sexuais - Apresentação*. 12 fev. 2009. Disponível em: <www.fpa.org.br>. Acesso em: 1 mar. 2009.
- VIANNA, A. *Direitos e políticas sexuais no Brasil: o panorama atual*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2004.
- YANAGUI, V. *União homossexual: necessidade de reconhecimento legal das relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo no Brasil*. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Legislativo) – UNILEGIS, UFMS, Brasília, 2005.

Em busca de uma política pública para os presídios brasileiros

As CPIS do sistema penitenciário de 1976 e 1993

Dani Rudnicki e Mônica Franco de Souza

Sumário

1. Introdução. 2. A CPI da ditadura. 3. A CPI da LEP. 4. Conclusão.

1. Introdução

Os reformadores, na Europa, no século XVIII, apontaram a necessidade de transformação do modelo penitenciário então nascente. O descaso que se percebe, desde aqueles tempos, para com a situação dos presos, fruto da própria organização social, fizeram com que a falência do sistema prisional fosse declarada em obras como “Vigiar e punir” (FOUCAULT, 1975). Denunciou-se o fracasso desse modelo que, todavia, segue sendo a forma contemporânea de punição (RUDNICKI, 1999, p. 544).

No Brasil, a realidade do modelo penitenciário foi apresentada em livros como “A questão penitenciária”, de Augusto Thompson (primeira edição datada de 1976) ou “A falência da pena de prisão”, de César Bittencourt.

Neste artigo, propomos pensar essa realidade a partir de duas das três Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs) criadas pela Câmara dos Deputados, nos anos de 1976, 1993 e 2008. A análise das duas primeiras Comissões¹ tem o objetivo geral de conhecer a realidade desse sistema, ou, mais

Dani Rudnicki é Advogado, Professor do Centro Universitário Ritter dos Reis, Doutor em Sociologia/UFRGS, Presidente do Movimento de Justiça e Direitos Humanos.

Mônica Franco de Souza é Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Ritter dos Reis.

¹ Por questão de espaço, a terceira CPI será objeto de um artigo específico.

especificamente, de verificar qual a finalidade dessas intervenções, quais as conclusões dos parlamentares sobre o sistema e se existiram reflexos das CPIs na atual situação das casas prisionais e na legislação vigente.

Importa destacar, antes da análise propriamente dita, que a situação do sistema penitenciário deveria ser pensada como parte de uma política criminal e que esta deve ser compreendida não apenas como reflexões sobre direitos e garantias individuais dos cidadãos, e, sim, como um processo de tomada de decisões que envolva a definição de prioridades, de recursos e previsão de impactos, bem como planos de ações a serem desenvolvidas por governos (e instituições privadas) (FREY, 2000, p. 226; BUCCI, 2002, p. 241).

Assim, compreendemos política pública como a forma de o Estado atuar em relação a um problema ou situação, ou seja, o conjunto de decisões, e ações, discricionárias, políticas, tomadas pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e pela sociedade civil, que definem prioridades e atuações.

Ainda, para melhor compreensão do objeto deste estudo, define-se que a CPI é instrumento pelo qual o Poder Legislativo fiscaliza e exerce controle político da administração pública, destinando-se a investigar fato relacionado à administração, que seja de interesse público (BRUM, 2002, p. 111-112).

Nos termos do artigo 58, § 3º, da Constituição Federal, as comissões parlamentares de inquérito “terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas”. A norma constitucional ainda dispõe que, se for o caso, as conclusões serão encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

2. A CPI da ditadura

Em 11 de março de 1976, foram aprovados o relatório e as conclusões de Comissão

Parlamentar de Inquérito, instaurada no ano anterior, destinada a proceder ao levantamento da situação penitenciária do país naquele momento.

A Comissão ouviu quinze autoridades, entre as quais se destaca o já citado professor Augusto Thompson, à época, diretor do Departamento do Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro.

A CPI foi instaurada em meio a grandes mudanças políticas. O general Ernesto Geisel, então presidente, governava o país sob pressão da população descontente com a Ditadura Militar. Nas eleições parlamentares de 1974, mais de 40% das cadeiras do Congresso Nacional foram ocupadas por integrantes do Movimento Democrático Brasileiro (MDB), de oposição ao regime militar. De acordo com o seu relator, deputado Ibrahim Abi-Ackel, membro da Aliança Renovadora Nacional (ARENA), a CPI possuía como objetivo:

“[...] processar o levantamento da realidade penitenciária no País e, em conseqüência, sugerir as determinações ou princípios que possam conduzir o Governo Federal à adoção de medidas capazes de compatibilizar o sistema penitenciário nacional com o estágio de civilização no Brasil” (BRASIL, 1976, p. 47).

Essa, porém, não era a intenção dos opositoristas. Odacir Klein, então deputado federal, lembra que a ideia de realizar uma CPI surgiu com a finalidade de a oposição conhecer e denunciar a realidade da situação dos presos políticos e que, quando os deputados governistas perceberam tal fato, tentaram evitar que ela acontecesse. Ele recorda:

“Desde o início dos trabalhos, nós, da oposição, tentamos priorizar a investigação do tratamento dado aos presos políticos. A situação, que era maioria, tentava evitar tal investigação. Criou-se uma divisão que prejudicou o início das atividades da CPI. Superada esta fase, os trabalhos

transcorreram de forma razoável.” (KLEIN, 2009).

Sobre o assunto, o professor de direito Virgílio Dominicci, em depoimento prestado à Comissão, questionado sobre a finalidade do apresamento do delinquente político, tendo em vista que se está diante de um “delito ideológico”, respondeu o seguinte:

“[...] acho que se deve ter local adequado para eles, para mantê-los distanciados dos criminosos tradicionais. Porque acontece o seguinte: se numa instituição como a prisão da Ilha Grande, onde existem criminosos de toda natureza, os criminosos souberem que está sendo dado ao condenado político tratamento especial, haverá motim.” (BRASIL, 1976, p. 30-31)

Assim, com relação a este objetivo, a situação, aliada do Regime Militar, parece ter vencido o embate, pois, com exceção dessa declaração, o tema não foi contemplado pelo relatório final.

Todavia, o esforço dos deputados, do ângulo dos Direitos Humanos, não pode ser depreciado. A análise do sistema penitenciário aconteceu sob dupla perspectiva:

“Além de tomar depoimentos e de inspecionar prédios e instalações, regime prisional, garantias e direitos do prisioneiro, trabalho e alimentação, prática de esportes, tratamento médico – todos os aspectos, em suma, da vida prisional –, empenhou-se no diagnóstico dos efeitos da prisão sobre a personalidade do recluso em confronto com o objetivo da pena privativa de liberdade, destinada, nos termos do novo Código Penal (art.) a exercer sobre o condenado ‘uma individualizada ação educativa’, no sentido de sua recuperação social” (Idem, p. 1).

A CPI constatou que o objetivo da pena, qual seja, a “individualizada ação educativa”, é obstaculizado pela superlotação carcerária, que impede a concretização de tratamento individualizado adequado ao

recluso. Constatou-se, ainda, que a superlotação, na fase anterior à condenação, é maior que a da execução da pena, percepção que praticamente reproduz trecho do depoimento prestado por Jason Albergaria, diretor da Penitenciária de Neves:

“Há dois tipos de superlotação nas prisões: a) a dos presos nas fases policial e processual; b) e a dos presos definitivamente condenados. Na reunião da Costa Rica, em março de 1974, observou-se que a superlotação na fase anterior à condenação é maior que a da execução da pena. A causa estaria na prisão preventiva e na lentidão processual. Quanto à superlotação nos estabelecimentos penitenciários, a explicação estaria no reduzido número de estabelecimentos penais e cadeias em ruínas” (Ibidem, p. 48)

As causas determinantes da superlotação na fase processual seriam a aplicação excessiva da prisão preventiva e a lentidão processual. A Comissão ressalta que a consequência são os efeitos da superlotação carcerária atingirem em maior grau aqueles em favor de quem milita a presunção de inocência: os presos provisórios.

A solução, no caso da superlotação por ocasião dos presos provisórios, estaria na reformulação do instituto da prisão preventiva² e na criação de medidas legislativas tendentes à aceleração da justiça criminal (BRASIL, 1976, p. 2).

A CPI aponta, ainda, a necessidade de construção de novas penitenciárias, que abrigassem em seções estanques os diferentes grupos de prisioneiros, classificados segundo a espécie de tratamento. Sugeriu-se que as prisões de segurança máxima ficassem restritas aos casos de comprovada

² Sobre o instituto da prisão preventiva, no dia 5 de fevereiro de 2009, o plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *Habeas Corpus* 84.078, manifestou-se pela inconstitucionalidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, porquanto viola os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da aludida presunção de inocência.

necessidade, abrigando número máximo de 500 presos, em celas individuais, e distribuídas por regiões – a fim de conservar os presos próximos às suas famílias, evitando o crescimento das periferias (Idem, p. 3).

Nesse sentido, John Howard, em obra publicada originalmente em 1776, já mencionava a necessidade de construção de estabelecimentos adequados:

“Como maneira de diminuir vários males, a primeira coisa a ser considerada é a própria prisão. Muitos cárceres de condados e outras prisões estão tão decaídos e arruinados, ou, por outras razões, não se encaixam totalmente para este propósito, que novos deles precisam ser construídos em seu lugar.” (HOWARD, 1929, p. 20, tradução nossa)

A CPI ocupou-se, também, dos efeitos criminógenos do ambiente carcerário. Atestou que apenas minoria ínfima da população carcerária possuía assistência clínica e psiquiátrica, cela individual, trabalho e estudo, praticava esportes e recreação (BRASIL, 1976, p. 2).

Assim, o ambiente carcerário estaria fomentando a deterioração do caráter, o ócio, a alienação mental, a perda da aptidão para o trabalho e o comprometimento da saúde, além de se constituir como verdadeira “sementeira de reincidências” (Idem), em razão da convivência entre prisioneiros de alta periculosidade com criminosos eventuais e presos provisórios, em celas superlotadas, sem qualquer assistência.

Somado aos fatores materiais, psicológicos e sociais, que compreendem a vida no cárcere, Bitencourt inclui entre os fatores criminógenos a noção de tempo. Para ele, deve-se considerar a velocidade em que se desenvolve a vida moderna:

“[...] é muito provável que a prisão venha a ser cada vez mais criminógena. [...] na sociedade moderna, a imposição de uma pena de cinco anos a uma pessoa pode ter efeitos tão negativos em termos ressocializadores

quanto os que existiam quando se impunha uma pena de vinte anos na primeira metade do século XX” (BITENCOURT, 2004, p. 159-160).

Ibrahim Abi-Ackel asseverou que:

“Uma política legislativa orientada no sentido de proteger a sociedade terá que restringir a pena privativa de liberdade a crimes graves e delinquentes perigosos, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere.”

[...]

“Nenhuma instituição penitenciária justifica sua existência se não dispensa tratamento penal adequado. Se não o faz, antes serve à difusão e aperfeiçoamento do crime do que à defesa da sociedade.” (BRASIL, 1976, p. 2-3)

Para tanto, foram elencadas no relatório final uma série de medidas como substitutivos da pena privativa de liberdade (Idem, p. 3), devendo esta ficar restrita aos casos de reconhecida necessidade. Estavam entre as sugestões: 1) a prescrição da reincidência dentro do prazo de cinco anos, uma vez cumprida a pena; 2) a ampliação do elenco de casos de substituição da pena de reclusão pela de detenção ou multa; 3) a adoção da pena de prisão domiciliar, restritiva dos direitos de locomoção ao imputado; 4) a interdição de direitos, entre os quais a suspensão ou cassação do direito ao exercício da profissão; 5) a suspensão ou cassação da carteira de habilitação para dirigir veículos.

Foi salientada a necessidade de exame criminológico da personalidade, no ato de admissão à penitenciária, para determinar o tipo de tratamento conveniente, o estabelecimento penal onde deve concretizar-se e definir a necessidade da prisão (Ibidem, p. 3-4). A Comissão traduziu a importância conferida ao exame da personalidade para a concretização da individualização da pena nos seguintes termos:

“Reduz-se, pois, a uma falácia a individualização da pena ou, na

linguagem do novo Código Penal, a 'individualizada ação educativa' no sentido de recuperação social, se não se procede ao exame de personalidade no início da execução da pena como fator determinante do tipo de tratamento penal [...]" (BRASIL, 1976, p. 4)

O exame inicial da personalidade e o acompanhamento durante a execução por Junta de Técnica de Observação funcionariam como referência para a progressão de regime, em substituição ao critério da quantidade de pena. As Juntas de Observação seriam integradas por psicólogos, psiquiatras, criminólogos e assistentes sociais, entre outros especialistas (Idem, p. 8).

A CPI levantou a questão da qualificação dos profissionais da área. Propôs que o desempenho de tarefas de assistência judiciária pelos acadêmicos de direito constituísse condição para registro na Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de que, além do caráter profissionalizante, os futuros magistrados e promotores de justiça tivessem, desde os bancos acadêmicos, uma real dimensão do cárcere, com sua sociedade peculiar (Ibidem, p. 4)³.

Propôs, ainda, a profissionalização do funcionalismo administrativo penitenciário, por cursos nos quais receberiam habilitação específica para o exercício do cargo, visando à obtenção de conhecimentos próprios à atividade, como noções de direito penal, psicologia e serviço social (BRASIL, 1976, p. 4).

Citou a criação de Escola Penitenciária Nacional como providência decisiva e urgente, dedicada à formação de pessoal tecnicamente apto a enfrentar o problema, e de carreiras para o pessoal penitenciário, condicionando o ingresso na carreira a provas de habilitação profissional e ao

exame psicotécnico. Para tanto, relatou a necessidade de iniciativa do Poder Executivo (Idem, p. 5)⁴.

Quanto aos direitos dos presos, a CPI concluiu que o problema mais grave era a violência sexual nos presídios, resultado da superpopulação. Para solucionar o problema, a Comissão recomendou a adoção de cela individual e reserva de prisões de segurança máxima para presos de alta periculosidade (Ibidem, p. 7).

Recomendou-se a aproximação do trabalho penitenciário, tanto quanto possível, do trabalho na sociedade; admitindo, nos estágios finais da execução da pena, considerando-se o grau de recuperação e o respeito à segurança e à ordem pública, o labor fora do estabelecimento (BRASIL, 1976, p. 7).

A CPI refere, também, a importância da concessão de assistência social ao preso na fase pós-penal, considerada a dificuldade de reinserção social. Para tanto, contava com a mobilização dos empresários na concessão de empregos para os liberados condicionais e egressos definitivos, como forma de erradicar a estigmatização e prevenir a reincidência (Idem).

Observou-se que os institutos penais têm oferecido maior atenção ao ensino ministrado nas penitenciárias, de forma que representava o campo mais avançado na intenção de recuperação social do preso (Ibidem).

Considerou-se que a Lei 3.274/57, que estabelecia normas gerais do regime penitenciário, era ineficaz, porquanto não impunha sanções correspondentes ao descumprimento das normas, relatando a importância de estabelecer normas que alcançassem a totalidade do sistema penitenciário. É que, à época, os conflitos entre coação jurídica e direitos dos condenados eram objeto de regulamentações próprias

³ Sobre essa proposição, somente em 1994 o Ministério da Educação expediu Portaria, de número 1886, que instituiu estágio de prática jurídica obrigatório à conclusão do curso de Direito, ainda assim em qualquer área, não necessariamente na penitenciária.

⁴ A Escola Penitenciária Nacional não foi criada e está, também, entre as recomendações apontadas pela Comissão Parlamentar de Inquérito que investigou o sistema penitenciário brasileiro em 2008.

de cada instituto prisional, estabelecidas segundo a filosofia da direção.

Assim, concluiu-se pela necessidade imperativa da elaboração de um Código de Execuções Penais, objetivando atender a todos os problemas relacionados com a execução da pena (BRASIL, 1976, p. 7-8).

À Comissão de 1976 seguiu o implemento da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que representou notável avanço na legislação penal brasileira, alterando diversos dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Contravenções Penais⁵.

Em artigo publicado a respeito dos 20 anos da reforma do sistema de penas, René Ariel Dotti (2004, p. 6-8) refere a importância das alterações introduzidas pela Lei nº 6.416/1977, cujo projeto foi coordenado por Francisco de Assis Toledo: “Já se indicavam, naquele texto, algumas linhas da Reforma Penal e Penitenciária que o mesmo e saudoso mestre iria orientar poucos anos depois, por ocasião dos anteprojetos das Leis nºs 7.209 e 7.210/84, elaborados e publicados em 1981”.

3. A CPI da LEP

Sete anos mais tarde, seria implementada, em 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal (LEP). Ainda que tardiamente (oito anos depois da apresentação das conclusões da CPI de 1976), a LEP veio consolidar em grande parte os anseios daquela Comissão de 1976, consagrando direitos individuais dos presos, impondo ao Estado

⁵ A Lei dispôs, entre outros pontos, sobre a destinação de estabelecimento diferenciado para o cumprimento de pena pelas mulheres; o trabalho externo remunerado e a aplicação de seu produto; a ampliação do cumprimento de penas em regime semiaberto e aberto; a desconsideração de condenação anterior para efeito de reincidência, se entre a data de extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período superior a 5 anos; a desconsideração dos crimes militares ou puramente políticos para efeito de reincidência; a proteção ao egresso; o livramento condicional; a prescrição da pretensão executória da pena; e hipóteses de extinção da punibilidade.

o dever de garantir assistência material; à saúde, jurídica, educacional; social e religiosa, regulando o trabalho interno e externo do preso, regulando as sanções disciplinares, dispondo sobre os órgãos da execução e suas funções, estabelecendo regras sobre a estrutura e destinatários dos estabelecimentos penais, implementando o exame criminológico realizado por Comissão Técnica de Classificação com vistas à individualização da execução da pena (embora seja utilizado como critério conjunto à quantidade de pena, e não em sua substituição, como sugerido pela CPI), entre outros dispositivos reguladores da execução penal.

Em primeiro de junho de 1993, foi instaurada uma segunda Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro. Ela foi encerrada em 16 de dezembro de 1993 e publicada em 19 de abril de 1994.

Entre seus componentes estavam os deputados Flávio Palmier da Veiga (presidente), membro do Partido da Frente Liberal, e Roberto Rollemberg, membro do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (relator).

Foram tomados depoimentos de quatro autoridades: o Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga; o presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, José Roberto Batochio; o Ministro de Estado da Justiça, Maurício Corrêa, e o presidente do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Edmundo Alberto Branco de Oliveira.

A Comissão realizou viagens a Brasília, São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Recife, para promover diligências junto a instituições penitenciárias e realizar seminários (audiências públicas) para discutir a situação penitenciária.

De acordo com o relator, o deputado Roberto Rollemberg, a finalidade da CPI do Sistema Penitenciário de 1993 é de que “[...] pudessem ser elaboradas propostas e

recomendações no sentido de melhoria da difícil realidade por ele encerrada.” (BRASIL, 1993, p. 75)

Nas conclusões, o relator chama atenção à CPI de 1976, registrando que, à época, se propugnava pela criação de um “diploma federal regulador da execução penal”, que havia se consolidado na Lei de Execuções Penais (LEP), de 1984.

A CPI concluiu que a LEP fora “[...]” bem elaborada, orientando-se pelos preceitos constitucionais, consagrando a maioria dos direitos individuais dos presos e preocupando-se com a ressocialização dos mesmos.” (Idem, p. 78).

Assim, o cerne da CPI de 1993 foi a flagrante contradição entre o texto da lei e sua (falta de) aplicação. O relator, citando a obra “A Questão Penitenciária”, de Augusto Thompson, assevera que:

“[...] se propõe oficialmente, como finalidade da pena de prisão, a um só tempo: a punição retributiva do mal causado pelo delinqüente, a prevenção da prática de novas infrações, através da intimidação do condenado e de pessoas potencialmente criminosas e, ainda, a regeneração do preso, no sentido de transformá-lo de criminoso em não-criminoso.

Todavia, entre a função punitiva proposta e a atividade terapêutica desejada paira uma antinomia aparentemente insolúvel” (Ibidem, p. 75-76).

Concluiu-se que o sistema prisional supervaloriza a função punitiva da pena, embasado na imposição da ordem e da disciplina nos estabelecimentos, em detrimento da função ressocializadora.

Assim, a CPI aponta que, embora irremediável, considerando que não há sucedâneo à prisão capaz de resolver a questão da criminalidade, cumpre a si “[...]” propor algumas medidas profiláticas e curativas, tendentes a humanizar o sistema” (BRASIL, 1993, p. 78).

Ressaltou-se a importância da iniciativa dos estados, em referência a construção e

manutenção de estabelecimentos penais, destinados à satisfação de suas sentenças criminais e a criação de seus próprios fundos penitenciários.

A CPI de 1993 abordou, com grande preocupação, assim como a CPI anterior, a questão da superlotação carcerária. Tal qual se concluiu em 1976, o problema mais grave estaria nos estabelecimentos que abrigam os presos provisórios. Nos termos do relatório:

“Não apenas presos provisórios, mas também aqueles já condenados pela Justiça, amontoam-se em condições subumanas, nas quais impera um sistema próprio de convivência, baseado na absoluta desvalia da vida” (Idem, p. 80).

Com o objetivo de tornar efetiva a Lei de Execução Penal, a Comissão fez as seguintes recomendações, entre outras (Ibidem, p. 81-83):

- ao Poder Executivo Federal: a construção de estabelecimentos penais que abriguem os processados e/ou condenados pela Justiça Federal, bem como a elaboração de diretrizes orçamentárias e leis orçamentárias anuais que atendam à necessidade do sistema penitenciário⁶, além da reestruturação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, para que cumpra as atribuições que lhe foram conferidas pela LEP;
- aos Poderes Executivos Estaduais: a construção de estabelecimentos penitenciários, com a finalidade de atender as demandas e, ainda, desafogar o sistema carcerário. Recomendou-se também a criação de Fundo próprio e Secretarias de

⁶ Sobre a elaboração, pelo Poder Executivo Federal, de diretrizes e leis orçamentárias bastantes à necessidade do sistema penitenciário, importante referir a criação, em 7 de janeiro de 1994, do Fundo Nacional Penitenciário – o FUNPEN, por meio da Lei Complementar nº 79/1994 –, que, conforme seu artigo 1º, tem “a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro”.

Estado da Administração Penitenciária. Ainda, a organização da Defensoria Pública, a criação de Escola de Administração e Segurança Penitenciária, a instituição de estágio remunerado para os estudantes de psicologia, psiquiatria e assistência social nos estabelecimentos penitenciários, a informatização dos estabelecimentos penais e a participação dos Hospitais Penitenciários no Sistema Único de Saúde;

- ao Poder Judiciário, em âmbito estadual: o alargamento da utilização das penas restritivas de direitos e do instituto da suspensão condicional da pena, bem como a criação de novas Varas de Execução Penal e a sua informatização.

A CPI promoveu também proposta legislativa para a alteração da LEP e da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei dos Crimes Hediondos, visando ao aprimoramento do sistema penitenciário (BRASIL, 1993, p. 83-87).

Por fim, propugnou-se pela efetiva aplicação da LEP e protestou-se pela demanda de “vontade política” no que tange à situação do sistema penitenciário (Idem, p. 88)

4. Conclusão

Do exposto, depreende-se que a primeira CPI, instaurada em 1976, em período de transição da Ditadura para a democracia, possuía, inicialmente, interesse predominantemente político, objetivando a investigação e denúncia do tratamento conferido aos presos políticos.

Contudo, se o tema não tivesse sido mencionado pelo deputado Odacir Klein, não se poderia percebê-lo, eis que terminou por se limitar à tímida declaração do professor Vírgilio Dominici.

A CPI de 1976 teve como referencial a ação educativa da pena, expressa no Código Penal. Percebeu-se que o cárcere, como se apresentava – superlotado, com presos confinados sem critério de separação, ociosos, sem estudos, sem trabalho, sem qualquer assistência orientada à ressocialização,

sob a vigilância de agentes despreparados –, constituía-se em fator criminógeno, propagando a cultura do crime.

O trabalho realizado pela Comissão de 1976 sustentou-se, prioritariamente, pelas declarações das autoridades ouvidas. Exigia-se a reforma da legislação penal/penitenciária vigente à época, como meio de adequar o sistema ao “estágio de civilização no Brasil” (Brasil, 1976, p. 47). Pioneira, pode-se dizer que a Comissão de 1976 foi o estopim para a reforma penal de 1977 e a posterior criação da Lei de Execução Penal.

Até que fosse instaurada a segunda CPI para investigação do sistema penitenciário, em 1993, a legislação penal/penitenciária apresentou considerável evolução. A Lei de Execução Penal brasileira é, em teoria, ideal aos propósitos que a Comissão de 1976 visava alcançar e premonitória quanto aos direitos dos presos garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, na prática, o sistema continuava com os problemas percebidos desde 1976. Assim, a segunda CPI orientou-se no sentido de diminuir a distância entre a legislação e a sua aplicação.

Mas, ainda que se possam ver reflexos da investigação realizada em 1993, como a Lei dos Juizados Especiais e o Fundo Nacional Penitenciário, a impressão deixada pelo seu relatório final é de que a Comissão pouco cresceu ao trabalho realizado pela Comissão que a antecedeu.

Mais do que isso, a Comissão de 1993 não chegou nem mesmo perto de alcançar a aludida diminuição entre o disposto na lei e a sua aplicação; ao contrário, ao longo dos anos, essa distância somente fez aumentar.

Em grande parte, destacamos, por omissão dos poderes constituídos. Ainda que tenha o Poder Legislativo se manifestado a respeito, o Executivo, em nível estadual e federal, nada, ou pouco, tem realizado. Além disso, a maioria dos estados nunca se preocupou em implantar a LEP.

Embora não possuam competência para atuar no referente ao tema, não se pode deixar de destacar que os municípios, por meio de seus munícipes e mesmo de prefeitos e câmaras de vereadores, tem dificultado a implantação da LEP, impedindo, por exemplo, que os estados criem novas penitenciárias em seus territórios.

Ao Judiciário e ao Ministério Público não devemos igualmente deixar de nos referir. Poucas vezes percebemos sua atuação no sentido de fazer cumprir a LEP, humanizar as penitenciárias.

Assim, implantar uma política prisional no país é tarefa que ainda se impõe, pois até o momento percebe-se tão somente a desorganização do sistema, a falta de vontade política para implantar melhorias (Rudnicki e Costa, 2005). Esses aspectos, percebidos sobre uma ótica mais atualizada, devem ser (e serão) analisados com mais profundidade, a partir dos elementos fornecidos pela CPI de 2008 (em próximo artigo, já em elaboração).

Referências

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BRASIL. Congresso. Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório final da CPI destinada a investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, n. 61 (suplemento), 4 jun. 1976.
- _____. Congresso. Comissão Parlamentar de Inquérito. Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema penitenciário brasileiro. *Diário do Congresso Nacional*, Brasília, n. 57 (suplemento), 19 abr. 1994.
- _____. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito. *Relatório Final da CPI destinada a investigar a situação do sistema carcerário brasileiro*. 2008. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/comissoes/temporarias53/cpi/cpis-encerradas/cpicarce>>. Acesso em: 9 fev. 2008.
- BRUM, Jander Maurício. *CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito): federal, estadual, municipal: doutrina e jurisprudência*. Rio de Janeiro: AIDE, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DOTTI, René Ariel. A reforma do sistema de penas: antigos e novos desafios 20 anos depois. *Boletim IBC-CRIM*. São Paulo, v. 12, n. 140, p. 6-8, jul. 2004.
- FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. *Planejamento e políticas públicas*. Brasília, n. 21, p. 211-259, jun. 2000.
- HOWARD, John. *The state of the prison*. Lodres/Nova Iorque: J. M. Dent e Filhos/E. P. Dutton, 1929.
- KLEIN, Odacir. Entrevista. E-mail, 26 jan. 2009.
- RUDNICKI, Dani. Prisão, Direito penal e respeito pelos Direitos humanos. In: SANTOS, José Vicente Tavares dos (Org.). *Violências em tempo de globalização*. São Paulo: Hucitec, 1999.
- RUDNICKI, Dani; COSTA, Bárbara Silva (Org.). *Ensino jurídico e realidade prisional: impressões dos acadêmicos de Direito do UniRitter sobre presídios gaúchos*. Porto Alegre: Ed. UniRitter, 2005.

Por que as objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo não valem contra a teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino?

Júlio Aguiar de Oliveira e
Bárbara Alencar Ferreira Lessa

Sumário

1. Introdução. 2. As objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo. 2.1. Um direito “ideal” e “imutável”. 2.2. A “autoridade legiferante”. 2.3. O “caráter religioso” da doutrina jusnaturalista. 2.4. A relação entre Direito Positivo e Direito Natural. 2.5. A “falácia naturalista”. 3. Conclusão.

1. Introdução

A chamada “doutrina do Direito Natural” é alvo constante dos ataques de Hans Kelsen. Em seu ensaio *A doutrina do Direito Natural perante o tribunal da ciência* (2001), publicado originariamente em 1949, Kelsen elabora uma das mais contundentes críticas a ela. Kelsen (2001, p. 137) sustenta que os teóricos do jusnaturalismo, na busca por um critério absoluto para a justiça, procuram deduzir da natureza as regras do comportamento humano. Uma procura que, aos seus olhos, não constitui um projeto aceitável pelo tribunal da ciência.

A doutrina do Direito Natural perante o tribunal da ciência condensa grande parte das objeções kelsenianas à “doutrina do Direito Natural”; no entanto, Kelsen não apresenta referência alguma a Santo Tomás de Aquino. Referências a Tomás de Aquino aparecem, é certo, em outros textos sobre o jusnaturalismo e a questão da justiça (KELSEN, 2001, 2000, 1998), mas elas são sempre, no contexto do pensamento kel-

Júlio Aguiar de Oliveira é Bacharel em Direito, Mestre e Doutor em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor dos Cursos de Graduação em Direito da UFOP e da PUC Minas. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC Minas.

Bárbara Alencar Ferreira Lessa é aluna do Curso de Graduação em Direito da UFOP. Bolsista de Iniciação Científica do CNPq.

seniano, referências isoladas e desprovidas de profundidade.

Robert P. George (2004), no artigo *Kelsen and Aquinas on the Natural Law Doctrine*, examina *A doutrina do Direito Natural perante o tribunal da ciência* e conclui que a compreensão de Kelsen da “doutrina do Direito Natural” não abrange a teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino. Isto é, para Robert P. George (2004, p. 238), as críticas de Kelsen à teoria jurídica e moral do Direito Natural não podem valer contra a teoria de Santo Tomás de Aquino.

O que se pretende neste trabalho é, seguindo o caminho de Robert P. George, defender a tese de que o verdadeiro objeto das críticas de Kelsen é a concepção moderna de Direito Natural. Isto é, embora bem elaboradas na medida em que dirigidas às concepções modernas do Direito Natural (jusnaturalismo moderno ou jusracionalismo), ou melhor, embora bem elaboradas apenas enquanto dirigidas a essas concepções, as críticas de Kelsen não alcançam as elaborações clássicas do Direito Natural, mais especificamente não alcançam a elaboração teórica do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino.

2. As objeções de Hans Kelsen ao jusnaturalismo

2.1. Um direito “ideal” e “imutável”

Hans Kelsen (1998), em *O problema da justiça*, afirma que a doutrina do Direito Natural é uma “doutrina jurídica idealista”. Da forma como Kelsen (1998, p. 71) a compreende, a doutrina do Direito Natural afirma a existência de “um direito ideal, imutável, que identifica com a justiça” e reconhece na natureza a fonte da qual emanam seus preceitos.

Essa caracterização adéqua-se bem às concepções modernas do Direito Natural. Não obstante, para Tomás de Aquino, o Direito Natural não tem absolutamente nada de ideal. Pelo contrário, sua definição,

que tem raízes no pensamento aristotélico, envolve observação e estudo das manifestações da realidade. De acordo com Michel Villey (2005, p. 54):

“Realista e nem um pouco idealista, [Aristóteles] pratica um método de observação: à maneira de um botânico, colhe as experiências dos impérios e das *poleis* de seu tempo. Prenuncia o direito comparado e a sociologia do direito. *O direito natural é um método experimental.*”

Diferentemente das doutrinas modernas de Direito Natural, para Aristóteles e Tomás de Aquino, os preceitos naturais não são deduzidos de princípios *a priori*. Nem Aristóteles nem Santo Tomás se deixam levar por abstrações. O Direito Natural, na perspectiva aristotélica, como também na tomista, é descrito com base em conceitos concretos, conceitos decorrentes da observação da realidade como, por exemplo, o de natureza humana. Se as características da abstração e do idealismo podem ser atribuídas a alguma teoria jusnaturalista, elas podem, e devem, ser atribuídas apenas à descrição moderna do Direito Natural, não à clássica. Em suas diversas variantes, a teoria jurídica moderna esvaziou o conteúdo dos conceitos constitutivos da definição de Direito Natural, tornando-os ambíguos e afastando-se, definitivamente, da perspectiva antropológica do aristotelismo.

Sobre isso, Anthony Lisska afirma, com correção, que um dos pressupostos para se compreender a teoria naturalista de Santo Tomás é admitir a possibilidade de uma metafísica realista, consistente em uma verdadeira antropologia filosófica derivada de Aristóteles.

Nesse sentido, Javier Hervada sustenta que a teoria de Santo Tomás de Aquino enquadra-se no realismo jurídico clássico, pois se refere às “coisas naturalmente adequadas ao homem”. Assim, “o direito natural é o justo ou adequado à natureza humana pela natureza das coisas” (HERVADA, 2008, p. 347). Nessa perspectiva, o

conhecimento do Direito Natural implica o conhecimento da verdadeira essência do homem e das coisas que constituem o mundo real.

A própria definição de Direito, na perspectiva tomista e aristotélica, revela esse caráter realista da elaboração jusfilosófica clássica. A prática do Direito, na concepção aristotélica e tomista, tem um conteúdo bem distinto daquele que lhe é atribuído pelos teóricos modernos. A prática do Direito, segundo o pensamento jurídico moderno, está intrinsecamente ligada ao poder e à vontade do soberano, que se manifestam por meio de leis e de comandos judiciais. No entanto, para filósofos como Aristóteles e Tomás de Aquino, o Direito não se reduz a um sistema de normas jurídicas postas (necessariamente ancoradas na coercibilidade). A redução do Direito à lei, o que envolve a redução da prática do Direito a uma atividade de aplicação mecânica da lei, é um projeto exclusivamente moderno, difundido e consolidado pelo recente positivismo jurídico.

Na doutrina jurídica clássica, o Direito (*ius*), em seu sentido principal, não tem qualquer cunho potestativo e vincula-se diretamente à virtude da justiça. *Ius* significa, primordialmente, a coisa justa, o *suum* na fórmula romana da justiça *suum cuique tribuere* (a cada um o que é seu). É, portanto, objeto da virtude da justiça, ou seja, a coisa na qual recai a ação justa. A lei, por sua vez, é apenas uma das dimensões da prática do Direito e consiste em certa regra ou medida do Direito. Uma dimensão fundamental, é claro, mas que não esgota em si todo o universo da prática do Direito.

A prática do Direito, assim compreendida, refere-se a coisas concretas, conforme destaca Javier Hervada (2008, p. 143):

“Quando falamos da justiça e do justo, não estamos fazendo referência a idéias mais ou menos vagas ou não-concretas. (...) O justo é o cumprimento preciso das leis, o pagamento exato pelo devedor, a pena aplicada

ao delito de acordo com as leis penais, o pagamento do salário ajustado etc. O justo é, por sua natureza, uma coisa concreta e determinada. E, se algumas vezes se apresenta como obscura ou difícil, a coisa é determinável mediante o processo judicial.”

Essa definição de Direito implica a vinculação da arte jurídica a duas virtudes: a justiça e a prudência. A virtude moral da justiça, segundo Santo Tomás de Aquino, “é o hábitus, pelo qual, com vontade constante e perpétua, se dá a cada um o seu direito” (TOMÁS, 2005a, q. 58, a. 1).

A prudência, por sua vez, é uma virtude intelectual que consiste na reta razão, encarnada na figura do homem prudente, que orienta o agir humano:

“A conformidade com a reta razão é o fim próprio de toda virtude moral; pois a intenção da temperança é que o homem não se afaste da razão por causa da concupiscência; do mesmo modo, a intenção da fortaleza é que ele não se afaste do reto julgamento da razão por causa do medo ou da audácia. E esse fim é imposto ao homem pela razão natural: ela dita a cada um agir de acordo com a razão. Mas, como e por quais caminhos o homem que age pode atingir o meio-termo da razão compete à disposição da prudência. Com efeito, ainda que atingir o meio-termo seja o fim da virtude moral, no entanto este meio-termo não é encontrado senão pela reta disposição dos meios” (TOMÁS, 2004, q. 47, a. 7).

Nessa perspectiva, arte jurídica é a arte própria do homem justo e prudente, que quer e sabe dar a cada um o que lhe é devido. De acordo com Hervada (2008, p. 58):

“Se a ação jurídica ou ação justa consiste em dar a cada um o seu, seu Direito, o qual é obra da justiça – baseada na vontade –, o saber agir corretamente – saber dar a cada um o seu no momento e prazo adequados

- é próprio da prudência jurídica ou jurisprudência”.

Conforme alerta Anthony Lisska (1996, p. 229, tradução nossa), essa definição de *ius* possui uma diferença fundamental em relação ao conceito moderno de Direito. Uma das dicotomias fundamentais da doutrina jurídica moderna é a distinção entre Direito objetivo e Direito subjetivo. Este último refere-se a uma prerrogativa individual, isto é, a uma condição que permite a alguém reivindicar algo em face de outrem. Na perspectiva clássica, *ius* não possui esse caráter subjetivo e “refere-se a um objetivo estado das coisas”.

Dessa forma, na teoria jurídica tomista, o Direito é compreendido como uma realidade. O Direito é encontrado nas próprias coisas e não se confunde com regras abstratas de conduta. Nesse contexto, o Direito Natural e a Lei Natural também encontram seu fundamento na natureza das coisas. O Direito Natural, para Santo Tomás de Aquino, consiste em um conjunto ordenado de princípios da razão, que dizem respeito ao comportamento humano. No *Tratado da Justiça* (TOMÁS, 2005a, q. 57), Tomás de Aquino, partindo da definição de *ius* como o justo ou aquilo que é adequado e proporcionado a outra coisa, afirma que existem duas maneiras pelas quais uma coisa pode ser adequada ao homem: a primeira de acordo com a natureza da coisa e a segunda por convenção ou comum acordo. Uma refere-se ao Direito Natural e a outra ao Direito positivo.

No *Tratado das Leis* (TOMÁS, 2005, q. 90, et seq.), Santo Tomás apresenta o conceito de Lei Natural, refletindo sobre o conceito de lei (*lex*) e suas quatro manifestações: Lei Eterna (*lex aeterna*), Lei Natural (*lex naturalis*), Lei Divina (*lex divina*) e Lei Positiva (*lex humana*).

Lex é um ordenamento da razão voltado para o bem comum e promulgado por aquele que tem o cuidado da comunidade (Idem, a. 4). Lei Natural é a participação da Lei Eterna na criatura racional. Lei Eterna,

por sua vez, é um conjunto de arquétipos, análogo ao mundo das Ideias, que são encontrados como as ideias divinas na mente de Deus (LISSKA, 1996, p. 92). As inclinações naturais do ser humano resultam da impressão (*impressione*) da Lei Eterna na natureza humana e orientam o ser humano a participar da divina providência. “(...) a alma racional é a própria forma do homem, é inerente a qualquer homem a inclinação natural a que aja segundo a razão. E isso é agir segundo a virtude” (TOMÁS, 2005, q. 94, a. 3).

Os preceitos da Lei Natural são, portanto, “os princípios primeiros das obras humanas” (TOMÁS, 2005, q. 94, a. 1) e o preceito primário e fundamental é: “o bem deve ser feito e procurado e o mal evitado” (Idem, a. 2). O bem é, assim, o fim buscado pela ação humana por meio da razão prática. Dessa forma, o que nos faz distinguir o bem e o mal nada mais é do que a impressão da luz divina nos seres humanos, ou seja, a Lei Natural. Esse princípio primário é conhecido por todos os seres humanos. Os demais preceitos naturais, porém, variam conforme as circunstâncias específicas nas quais se encontra o homem.

Para Hans Kelsen, por sua vez, as teorias jusnaturalistas sustentam a existência de regras naturais imutáveis. É claro, pelo que vimos nos parágrafos anteriores, que essa característica não pode, de maneira alguma, ser atribuída à descrição de Santo Tomás do Direito Natural e da Lei Natural. Existe, sim, um núcleo inalterável formado pelo preceito primário e geral da Lei Natural, do qual derivam os demais princípios. O homem, na medida em que possui a capacidade inata de conhecer juízos práticos, capta, infalivelmente, esse princípio fundamental e imutável. No entanto, a partir desse primeiro preceito, o homem avalia, mediante a razão prática e, portanto, *a posteriori* e na concretude das condições nas quais realiza suas ações, as coisas como boas ou como más, conforme se dirigem ou não aos fins próprios do ser humano. Assim, os preceitos

secundários podem variar, pois dependem de contextos particulares. Sobre a variabilidade dos preceitos secundários da Lei Natural, Santo Tomás de Aquino afirma que,

“(…) quanto aos primeiros princípios da lei da natureza, a lei da natureza é totalmente imutável. Quanto, porém, aos preceitos segundos, que dizemos ser como que conclusões próprias próximas dos primeiros princípios, assim a lei natural não muda sem que na maioria das vezes seja sempre reto o que a lei natural contém. Pode, contudo, mudar em algo particular, e em poucos casos, em razão de algumas causas especiais que impedem a observância de tais preceitos (…)” (TOMÁS, 2005, q. 94, a. 5).

É fundamental observar que, por derivar da razão prática e não da especulativa, o conhecimento da Lei Natural se produz em relação a questões contingentes e, por isso, os preceitos naturais podem – e devem – variar conforme as circunstâncias do contexto histórico no qual se insere a conduta. Segundo Javier Hervada (2008, p. 349):

“Para compreender o sentido desta historicidade – ou, em termos mais clássicos, mutabilidade –, é preciso observar que no pensamento tomista a historicidade que pode afetar os preceitos de lei natural é aquela que afeta os estados na natureza, visto que a lei natural é regra tirada da natureza: enquanto a natureza humana pode acidentalmente variar (idade, saúde ou doença, corrupção moral com as seqüelas da violência etc.), há uma possível adequação da lei natural a esses estados.”

A razão especulativa volta-se para o necessário, o universal, e, portanto, para aquilo que é imutável. Por outro lado, em relação à razão prática:

“A razão prática, contudo, trata das coisas contingentes, nas quais se compreendem as operações humanas, e assim, embora exista alguma neces-

sidade nas coisas comuns, quanto mais se desce às próprias, tanto mais se acha a falha. Dessa maneira, na especulativa é a mesma a verdade em todos tanto nos princípios quanto nas conclusões, (...). Nas práticas, não é a mesma a verdade ou retidão prática em todos quanto às coisas próprias, mas apenas quanto às comuns, e naqueles junto dos quais a retidão nas coisas próprias é a mesma, não é igualmente conhecida em todos” (TOMÁS, 2005, q. 94, a. 4).

Desse modo, a razão prática, operando uma conexão entre a teoria e a prática, refere-se, na perspectiva clássica, a questões particulares. O conhecimento da Lei Natural, nesse sentido, envolve a observação das especificidades do contexto no qual o homem se encontra inserido. Essa concepção de razão prática difere radicalmente da concepção moderna, que tem em Kant seu principal expoente.

A filosofia moral kantiana baseia-se num conceito de razão prática no qual não cabem aspectos sensíveis e empíricos. Para Kant (2004, p. 33), a legislação da moralidade, conceito fundamental de sua filosofia moral, são regras formuladas *a priori* e dependentes, exclusivamente, da própria razão humana.

Por sua vez a filosofia moral clássica pressupõe uma aproximação da ordem natural do mundo, na medida em que os preceitos naturais, derivados da razão prática, encontram-se vinculados à natureza do homem e das coisas. A razão prática, na perspectiva aristotélica, vincula a sabedoria e a práxis, tendo como elementos indispensáveis a experiência e a observação da realidade.

A correta compreensão da natureza contingente das escolhas morais responde a objeções dirigidas, principalmente por empiristas, à teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino. Para concepções empiristas, as diferenças culturais entre os homens impediriam o reconhecimento de uma essência humana. Porém, segundo

Santo Tomás, como a determinação dos preceitos naturais acontece por meio da razão prática, que diz respeito ao particular, admitir a conexão da Lei Natural com a natureza humana não implica dizer que a escolha entre o certo e o errado deva ser a mesma para todas as pessoas, em qualquer contexto. Pelo contrário, as circunstâncias culturais, os contextos nos quais se realizam as ações, devem, necessariamente, ser tomados em consideração para a determinação das escolhas morais.

Críticas, no mesmo sentido, dirigidas à teoria clássica do Direito Natural, afirmam que admitir a existência de uma natureza humana implica negar a historicidade do homem. Tal afirmação baseia-se no fato de que o homem encontra-se em constante evolução, tanto ao longo dos tempos, quanto ao longo da vida. No entanto, segundo a teoria clássica, reconhecer a existência de uma natureza humana não significa afirmar que o homem não modifica sua existência ao longo do tempo, tampouco nega o fato de que os homens sejam diferentes entre si. Significa simplesmente admitir, a partir de uma observação primária da realidade, um fato incontestável: o de que existem certos elementos específicos inerentes ao ser humano que permitem, para além de toda a diversidade das manifestações humanas, identificá-lo como homem.

2.2. A "autoridade legiferante"

Hans Kelsen, no ensaio *A doutrina do Direito natural perante o tribunal da ciência*, sustenta que "a natureza é concebida como um legislador, o supremo legislador". Em outra de suas obras sobre as doutrinas de Direito Natural (1998), ele afirma que o jusnaturalismo atribui à natureza a função de autoridade legiferante, como se os preceitos naturais fossem "normas que já nos são dadas na natureza anteriormente à sua possível fixação por atos da vontade humana, normas por sua própria essência invariáveis e imutáveis" (KELSEN, 1998, p. 71).

Para Santo Tomás de Aquino, os preceitos naturais não derivam de nenhum tipo de autoridade – seja ela humana ou supra-humana. A Lei Natural vincula-se à natureza humana e sua força deriva da razão prática. Dessa forma, a teoria clássica do Direito Natural não se apoia em qualquer tipo de voluntarismo, não sendo necessário, portanto, recorrer à vontade de nenhum ente dotado de autoridade para que se conheçam os princípios naturais. Conforme destaca Anthony Lisska (1996, p. 85, tradução nossa), um dos pressupostos filosóficos desta teoria é: "a razão tem prioridade teórica sobre a vontade".

Dessa forma, sob a perspectiva clássica, é equivocada a idéia de que as normas do Direito Natural preexistem ao homem como se tivessem sido criadas e postas por uma entidade superior, prontas para serem conhecidas por meio da razão. Segundo Roberto P. George (2004, p. 241, tradução nossa), "[a lei natural] é intrínseca aos seres humanos; suas referências fundamentais são os bens humanos que constituem o bem-estar e a completude humanos e, precisamente como tais, são causas para a ação".

Além disso, a Lei Natural, sendo a participação da Lei Eterna na criatura racional, não deve ser compreendida como se os seus preceitos estivessem impressos no ser humano. O que está impresso é a capacidade de conhecer tais preceitos, ou seja, "a capacidade de raciocínio do intelecto humano e a virtude da sindérese" (HERVADA, 2008, p. 348). Desse modo, a derivação dos princípios naturais é um ato de conhecimento da razão pela qual o homem, apreendendo coisas como boas ou más, conhece os preceitos concretos da Lei Natural.

2.3. O "caráter religioso" da doutrina jusnaturalista

Uma das críticas de Hans Kelsen (2001, p. 138) às teorias jusnaturalistas refere-se à suposta derivação dos preceitos naturais a

partir de uma autoridade legiferante. Para ele, o jusnaturalismo tem, necessariamente, um caráter religioso, na medida em que encontra o fundamento das regras de Direito Natural em Deus.

“Se a doutrina do Direito Natural for coerente, deve assumir um caráter religioso. Ela pode deduzir da natureza regras justas de conduta humana apenas porque e na medida em que a natureza é concebida como uma revelação da vontade de Deus, de tal modo que examinar a natureza equivale a explorar a vontade de Deus. Na verdade, não há nenhuma doutrina do Direito Natural com certa importância que não tenha um caráter mais ou menos religioso”.

Esse é um ponto central para a verdadeira compreensão da teoria do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino. É comum a afirmação, baseada em leituras superficiais de suas obras, de que sua teoria tem um caráter predominantemente teológico. No entanto, uma análise aprofundada da descrição tomista do Direito e da prática do Direito revela que essa crítica não procede.

Como já observado, a Lei Natural, segundo Santo Tomás de Aquino, é a participação da Lei Eterna no ser humano. Esta, por sua vez, consiste na ordenação racional do mundo concebida por Deus. Em virtude disso, é evidente que não se pode prescindir da existência de Deus para a teoria do Direito Natural de Tomás de Aquino. Nesse sentido, e apenas nesse sentido, pode-se dizer que sua teoria tem um “caráter religioso” (Cf. GEORGE, 2004, p. 242). No entanto, tal aspecto não se aproxima da suposta derivação das normas naturais diretamente a partir da vontade de Deus, como sustenta Hans Kelsen.

Na teoria tomista, a Lei Natural deriva da Lei Eterna e, portanto, relaciona-se com a existência de um Criador. Não obstante, os preceitos naturais não decorrem diretamente Deste. Eles estão relacionados,

diretamente, com a natureza humana e com a razão prática. Como parte do plano divino para o mundo, Deus imprimiu no ser humano não um conjunto pré-estabelecido de preceitos naturais, mas a capacidade racional de conhecê-los. Em outras palavras, nenhum preceito da Lei Natural é inato ao ser humano. O que é concedido ao homem no momento de sua criação é a aptidão para captá-los.

Portanto, o conhecimento da Lei Natural não dependerá da imposição de regras emanadas por Deus. O homem capta os princípios naturais, por meio da razão prática, a partir daquilo que ele apreende como “bom” e “mau”, de acordo com sua natureza. A Lei Natural não é um comando posto pela vontade de Deus, como a entende Kelsen.

Diante disso, percebe-se que a teoria do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino relaciona-se, fundamentalmente, com a natureza humana e a razão prática. Por isso, pode ser descrita sem que haja a necessidade de um pressuposto religioso. Robert P. George (2004, p. 243, tradução nossa) sustenta que

“(…) parte da ordem criada – e não toda – tem também sentido e valor em virtude das contribuições da razão e da liberdade humanas (sendo que as próprias capacidades humanas são, como partes da ordem criada, preenchidas com sentido e valor em virtude da sabedoria e do livre arbítrio divinos). Esta parte da ordem criada é governada pelos princípios da razão prática pelos quais as criaturas livres e racionais ordenam suas vidas de acordo com as diretivas da razão prática. Precisamente neste sentido, a lei natural é ‘a participação da lei eterna na criatura racional’.”

Dessa forma, a teoria de Santo Tomás de Aquino realiza, com precisão, uma separação entre o domínio divino e o domínio profano, atribuindo a cada um seu espaço próprio. Dentro do plano divino,

apenas alguns são capazes, não por acaso, de conhecer a justiça divina. Por outro lado, Deus, como criador de todas as coisas, concedeu a todos os seres humanos a mesma capacidade para conhecer a justiça temporal e os princípios naturais por meio dos quais regulam suas condutas. E é justamente nesse espaço que o homem encontra uma esfera própria, profana, na qual tem a liberdade de determinar os princípios inerentes à sua essência e à realidade na qual se insere, segundo a liberdade e os atributos racionais que lhes foram concedidos por Deus. É justamente nesse aspecto que se pode dizer que o homem participa da ordenação racional do mundo.

Desse modo, o Direito Natural, para Santo Tomás de Aquino, não tem um fundamento teológico direto, na medida em que se situa exclusivamente no domínio próprio dos homens, ordenado segundo os princípios da Lei Natural. Esses preceitos naturais, por sua vez, são conhecidos pelos seres humanos a partir de sua natureza, por meio da razão prática, sem que, para isso, tenham que recorrer à justiça divina ou à vontade de Deus, situadas no seu domínio específico.

2.4. *A relação entre Direito Positivo e Direito Natural*

A relação entre Direito Natural e Direito Positivo na teoria jurídica clássica também é alvo das críticas de Hans Kelsen. Segundo ele, as teorias jusnaturalistas invocam a existência de um Direito natural superior, ao lado do Direito Positivo. A partir disso, Kelsen (2001, p. 142) questiona a necessidade das leis positivas, já que existe um Direito natural, perfeito, constituído de normas universais:

“Se é possível – como afirma a doutrina do Direito natural – descobrir as regras do Direito natural por meio de uma análise da natureza; (...) então o Direito positivo é inteiramente supérfluo. Diante da existência de um ordenamento justo da sociedade, in-

teligível na natureza, a atividade dos legisladores positivos equivale a uma tentativa tola de fornecer iluminação artificial em pleno sol.”

Na doutrina tomista, é evidente a necessidade da Lei Humana (positiva). Santo Tomás argumenta que é necessário que os homens estabeleçam leis para sua própria paz e para o desenvolvimento das virtudes (TOMÁS, 2005, q. 95, a. 1). Robert P. George (2004, p. 250, tradução nossa) expõe duas razões pelas quais Tomás de Aquino defende a existência de leis postas pelos homens:

“Aquino sustenta que a lei positiva é necessária *tanto* porque os seres humanos, algumas vezes, precisam da ameaça da punição para impedi-los de fazer algo que a lei natural já proíbe (ou requer que eles façam algo que ela prescreve) como uma questão de justiça, *como também* porque estipulações impositivas são freqüentemente necessárias para coordenar a ação para o fim do bem comum.”

E, mais do que isso, a Lei Humana deve ser derivada dos princípios da Lei Natural. Santo Tomás argumenta da seguinte forma:

“Nas coisas humanas, diz-se que algo é justo pelo fato de que é reto segundo a regra da razão. A primeira regra da razão, entretanto, é a lei da natureza, como fica claro pelo acima dito. Portanto, toda lei humanamente imposta tem tanto de razão de lei quanto deriva da lei da natureza. Se, contudo, em algo discorda da lei natural, já não será lei, mas corrupção de lei” (TOMÁS, 2005, q. 95, a. 2).

Desse modo, a Lei Natural, compreendida como a manifestação primária da razão humana, deve fundamentar as regras criadas pelos homens. E uma vez criada, a Lei Humana, deve ser observada sempre em conformidade com os princípios da Lei Natural. Isso afasta outra objeção de Hans Kelsen (2001, p. 148-149) sobre a relação

entre Direito Positivo e Direito Natural nas teorias “jusnaturalistas”:

“Há um princípio advogado por todos os principais representantes da doutrina do Direito Natural, por meio do qual um conflito entre o Direito natural e o Direito positivo – caso se admita que isso é possível – é privado de qualquer efeito que possa ser perigoso para a autoridade jurídica estabelecida: trata-se do dogma de que, sob a lei da natureza, não há um direito, ou há apenas um direito restrito, de resistência.” (KELSEN, 2001, p. 148-149).

Tomás de Aquino certamente não figura entre os teóricos considerados por Kelsen como “os principais representantes da doutrina do Direito Natural”. Para Santo Tomás, a observância das regras humanas, uma vez criadas e promulgadas por aquele que tem o governo de uma comunidade, não é automática. Uma lei pode ser contrária aos princípios naturais e, conseqüentemente, ao bem comum. Nesse caso, ela é, na verdade, uma “perversão” de lei (TOMÁS, 2005, q. 92, a. 1) e gera a prerrogativa, para seus destinatários, de não a observarem, a não ser que sua inobservância provoque prejuízos ainda maiores (Idem, q. 96, a. 4). Assim, ao contrário do que afirma Hans Kelsen, a teoria de Santo Tomás de Aquino reconhece o direito pleno de resistência contra as leis contrárias à Lei Natural (Cf. GEORGE, 2004, p. 252-259).

2.5. A “falácia naturalista”

Outra objeção comum às teorias de Direito Natural, também presente na crítica de Kelsen (2001, p. 140), sustenta que as teorias jusnaturalistas incorrem na chamada “falácia naturalista”. De acordo com essa crítica, ao realizarem a “dedução” de valores a partir da natureza (mundo fático), isto é, ao derivarem um dever-ser do ser, as teorias de Direito Natural cometem um erro lógico:

“O valor não é imanente à realidade natural. Portanto, o valor não pode

ser deduzido da realidade. Não se conclui, do fato de que alguma coisa é, que ela deva ser ou deva ser feita, ou que não deva ser ou não deva ser feita. (...) Não existe nenhuma inferência lógica a partir do ‘é’ para o ‘dever-ser’, da realidade natural para o valor moral ou jurídico.”

No entanto, essa objeção não pode ser imputada à teoria naturalista clássica. Seguindo a ética aristotélica, os valores – isto é, os fins ou bens buscados pelo homem – não se encontram em uma ordem distinta do mundo fático. Esses bens ou valores (“ordem do dever-ser”) nada mais são do que desdobramentos da realidade (“ordem do ser”), pois são os fins aos quais se dirigem as inclinações componentes da natureza humana.

Nesse ponto, é necessário compreender o conceito de natureza humana na perspectiva clássica, que tem um sentido diferente daquele atribuído pela teoria moral moderna. As substâncias primárias que constituem a natureza humana, enquanto disposições, não são estáticas, como afirmam as teorias modernas, mas estão em pleno desenvolvimento. A natureza humana, portanto, é constituída por inclinações naturais que se orientam sempre em direção à realização de um fim (*telos*), consistente em um bem. O fim supremo buscado pelo homem, de acordo com suas inclinações naturais, é a *beatitudo* ou, na terminologia aristotélica, *eudaimonia*, traduzida para a língua portuguesa por felicidade ou ‘florescimento’.

A partir dessa concepção dinâmica de natureza humana, Alasdair MacIntyre (2001, p. 253), em *Depois da Virtude*, afirma que os juízos sobre o que é bom ou justo, na ética aristotélica, são “declarações factuais”, baseadas em uma biologia metafísica e, por isso, não significam uma falácia:

“Os seres humanos, bem como os membros de todas as outras espécies, têm uma natureza específica; e essa natureza é tal que eles têm

certos objetivos e metas, de modo que se movimentam pela natureza rumo a um *telos* específico. O bem é definido segundo suas características específicas.”

Anthony Lisska (1996) desenvolve o mesmo argumento, sustentando que a dicotomia fato/valor não se adequa à descrição clássica de Direito Natural, pelo fato desta implicar uma análise metafísica realista da natureza humana. Segundo Lisska (Idem, p. 199, tradução nossa), compreendendo a natureza humana como um conjunto de propriedades dinâmicas, direcionadas a determinados fins (bens), não se pode inferir que um valor foi derivado de um fato:

“Não há fato/valor dicotomia porque o ‘valor’ – neste caso, o ‘fim’ do processo natural – é o resultado do normal desenvolvimento do fato – neste caso, a propriedade disposicional. Não há nenhuma bifurcação radical entre fato e valor porque o valor – *i.e.* o ‘bem’ – nada mais é do que o desenvolvimento do processo estruturado pela natureza do conjunto de disposições. Segue-se, então, que um valor não é derivado de um fato através do processo de ‘adição’ de um valor ao fato. (...) O ‘fato’ desenvolve-se para o ‘valor’, tudo no plano natural.”

Michel Villey (2005) demonstra que a doutrina aristotélica, na qual Santo Tomás se baseia, oferece uma noção de natureza muito diferente daquela desenvolvida pelos teóricos modernos. A natureza, entendida como princípio da operação, não é um dado estático, como a Modernidade a compreende. Sua compreensão exige, também, o estudo das causas finais, ou seja, os fins aos quais se destinam todas as coisas. Nesse sentido, a observação da natureza constitui uma atividade valorativa, na medida em que exige a diferenciação entre aquilo que é conforme os fins e aquilo que, por desviar-se de sua finalidade, é ruim ou injusto. Partindo dessa compreensão de natureza, é plenamente possível estabelecer um “dever-ser” a par-

tir de um “ser”, já que os valores são uma decorrência necessária da natureza.

A afirmação de que os juízos de valor decorrem, naturalmente, do mundo fático é perfeitamente compreensível sob a perspectiva da filosofia clássica. No entanto, é algo que os teóricos modernos e seus seguidores não aceitam. Na verdade, é uma ideia que o pensamento contemporâneo, no contexto do liberalismo transformado em tradição (MACINTYRE, 1991), não consegue assimilar bem. Nesse sentido, é preciso compreender as objeções de Kelsen às teorias jusnaturalistas dentro do contexto específico da filosofia moral moderna e contemporânea, isto é, dentro da tradição liberal. Dessa forma, suas críticas, do ponto de vista da tradição aristotélico-tomista, são, na verdade, a expressão da desordem em que se encontram as ideias e as discussões morais na Modernidade.

Essa característica determinante da moralidade na Modernidade é analisada em *Depois da Virtude* de MacIntyre (2001), em que sustenta ter ocorrido, na passagem da Idade Média para a Modernidade, uma ruptura com a tradição aristotélica, levando à perda das bases práticas e filosóficas que justificavam os conceitos utilizados no debate moral. Não obstante, filósofos modernos se empenharam na realização do projeto de justificação racional da moral, que culminou, após uma sucessão de fracassos, na aceitação geral (e muitas vezes auto-congratatória, como é o caso, por exemplo, de Moore) da tese emotivista. A tese emotivista defende que “*não existe e não pode existir justificativa racional válida para qualquer afirmação da existência de padrões morais objetivos e impessoais e, portanto, que tais padrões não existem*” (MACINTYRE, 2001, p. 43). E mais, segundo MacIntyre (2001, p. 48), a nossa cultura absorveu essa tese a tal ponto que podemos afirmar que vivemos em uma cultura predominantemente emotivista.

Desse modo, prepondera a tese, na Modernidade, de que o que é certo ou errado

depende das convicções pessoais de cada um. Isso se manifesta no relativismo kelseniano. Para Kelsen, a questão da justiça é, e não pode deixar de ser, uma questão de escolha do indivíduo. Em termos kelsenianos, “a questão de saber o que é justo e o que é injusto depende da escolha da norma de justiça que nós tomamos para base de nosso juízo de valor e, por isso, pode receber respostas muito diversas (...)” (KELSEN, 1998, p. 14).

3. Conclusão

Examinando as objeções de Hans Kelsen, especialmente aquelas contidas no ensaio *A doutrina do Direito Natural perante o tribunal da ciência*, não é difícil constatar que elas não atingem a teoria do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino, pois aquilo que Kelsen compreende como “a doutrina do Direito Natural” não abrange a descrição tomista do Direito e da prática do Direito.

Assim, a crítica elaborada por Kelsen refere-se, exclusivamente, às teorias modernas de Direito Natural. E, mais do que isso, sua crítica, como um todo, reflete como a Modernidade compreende o Direito e a prática do Direito e o quanto essa compreensão se afastou do pensamento jurídico e filosófico clássicos.

Desde a Antiguidade, em Aristóteles, passando pela jurisprudência romana e culminando em Santo Tomás de Aquino, o entendimento predominante era o de que o Direito Natural constituía uma parte do sistema jurídico, ou seja, era Direito vigente. Apenas na Modernidade, com o surgimento do positivismo jurídico, inicia-se um processo de verdadeira distorção da concepção de Direito Natural.

O pensamento moderno compreende o Direito como nada mais do que um conjunto de normas postas pelo Estado. O Direito Natural, aos poucos, foi sendo reduzido a uma ideia e seus preceitos se tornam princípios *a priori* deduzidos da razão. Mas

essa compreensão do Direito Natural é não apenas recente em termos históricos, como também desconectada da tradição clássica do Direito Natural.

Seria inconcebível, por exemplo, no contexto da teoria aristotélica, sequer pensar a possibilidade de dedução dos preceitos naturais direta e exclusivamente da razão humana. Um dos pressupostos metodológicos da teoria naturalista clássica é a observação da realidade, das experiências da *poleis*. Também a separação radical entre valor e realidade, premissa constante das teorias jurídicas modernas, não encontra lugar no pensamento clássico. Para Aristóteles e Tomás de Aquino, é perfeitamente possível derivar um valor a partir da “ordem do ser”. Nesse sentido, as normas de conduta humana são uma decorrência natural do desenvolvimento da natureza humana em direção a determinados fins.

A ruptura do pensamento moderno com a ética aristotélica levou à incapacidade de compreensão dessa noção dinâmica da realidade. Quando, nas teorias jusnaturalistas modernas, os preceitos naturais são derivados da natureza, esta já não se constitui mais em uma ordem externa, mas sim na natureza individual do homem e em sua razão interna, que se quer libertada de toda “superstição”.

E é exatamente dessa incapacidade de compreender que os valores podem decorrer naturalmente da realidade, e que, por isso, têm um fundamento objetivo e impessoal, que deriva a necessidade das teorias modernas em atribuir o fundamento das normas à vontade de alguém ou de uma coisa.

Portanto, as teorias jusnaturalistas modernas, distorcendo os conceitos aristotélicos, percorreram vias diferentes, sem encontrarem uma solução: ou dotam a natureza de vontade; ou atribuem à divindade a autoridade de criar e impor as leis naturais; ou atribuem à razão humana a capacidade de deduzir suas próprias normas, sem qualquer compromisso com

o mundo exterior. Contra essas concepções jusnaturalistas, e apenas contra elas, valem as críticas de Hans Kelsen.

Hans Kelsen é o exemplo de teórico do Direito capaz de reunir e levar ao extremo, com coerência e profundidade, as características típicas da Modernidade. Sua crítica ao jusnaturalismo desenvolve-se a partir de elaborações teóricas modernas que fracassaram na tentativa de preencher o vazio causado pela ruptura com o pensamento clássico. Desse modo, suas objeções atingem apenas as teses inseridas dentro desse mesmo contexto teórico, ou seja, as teorias jusnaturalistas modernas.

A teoria do Direito Natural de Santo Tomás de Aquino, enquanto radicalmente fundamentada no pensamento jusfilosófico clássico, não se enquadra naquilo que Hans Kelsen compreende como a “doutrina do Direito Natural”. Nesse sentido, a crítica kelseniana se mostra incapaz de se fazer valer contra a teoria de Santo Tomás de Aquino. Além disso, e ainda mais importante, a análise das objeções de Hans Kelsen às teorias jusnaturalistas evidencia a necessidade de se resgatar o realismo jurídico clássico para que se possa enfrentar, com profundidade e coerência, questões fundamentais referentes à justiça e ao Direito. Questões que não foram bem respondidas nem por jusracionaisistas nem por juspositivistas.

Referências

- TOMÁS, Aquino de, Santo. *Suma Teológica*. v. 5, II Seção da II Parte – Questões 1-56. São Paulo: Loyola, 2004.
- _____. *Suma Teológica*. v. 4, I Seção da II Parte – Questões 49-114. São Paulo: Loyola, 2005.
- _____. *Suma Teológica*. v. 6, II Seção da II Parte – Questões 57-122. São Paulo: Loyola, 2005a.
- GEORGE, Robert P. Kelsen and Aquinas on the Natural Law Doctrine. In: GOYETTE, John; LATKOVIC, Mark S.; MYERS, Richard S. *St. Thomas Aquinas & the natural law tradition: contemporary perspectives*. Washington: The Catholic University of America Press, 2004.
- HERVADA, Javier. *Lições propedêuticas de filosofia do direito*. Tradução Elza Maria Gasparotto; Revisão técnica Gilberto Callado de Oliveira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2004.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Tradução João Baptista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- _____. *A ilusão da justiça*. Tradução Sérgio Tellaroli. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O que é justiça? A justiça, o direito e a política no espelho da ciência*. Tradução Luís Carlos Borges. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- _____. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LISSKA, Anthony. *Aquina's theory of natural law: An analytic reconstruction*. Oxford University Press, 1996.
- MACINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude: um estudo em teoria moral*. Tradução Jussara Simões; Revisão técnica Hélder Buenos Aires de Carvalho. Bauru: EDUSC, 2001.
- _____. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* Tradução Marcelo Pimenta Marques. São Paulo: Loyola, 1991.
- VILLEY, Michel. *A formação do pensamento jurídico moderno*. Tradução Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- _____. *Filosofia do direito: definições e fins do direito: os meios do direito*. Tradução Marcia Valéria Martinez de Aguiar. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

O Supremo Tribunal Federal e o novo desenho jurisdicional brasileiro

Daniella Dutra de Almeida Barbosa e
João Paulo Allain Teixeira

Sumário

1. A Constituição de 1988 e o Supremo Tribunal Federal. 2. A atuação do STF diante de demandas concretas: análise de casos. Fidelidade partidária. O uso de algemas. Vedação ao nepotismo nos três poderes. Inelegibilidade e vida progressiva de candidatos a cargos eletivos. Conclusão.

1. A Constituição de 1988 e o Supremo Tribunal Federal

Quando coroou sua redemocratização com a Constituição Federal de 1988, o Brasil tornou possível a ampliação das atribuições judiciais, e o fez a partir do momento em que incorporou ao texto constitucional princípios e garantias fundamentais, bem como quando, expressamente, entregou a guarda da Constituição Brasileira ao Supremo Tribunal Federal¹, dando nova definição à função que desempenha o Estado.

A Constituição de 88, quando de sua promulgação e das reformas subsequentes, optou por desenhar um Poder Judiciário propício à proteção das minorias parlamentares e aos interesses da sociedade. Assim como nas Constituições brasileiras anteriores, a Carta Magna de 1988 manteve o Supremo Tribunal Federal como órgão

Daniella Dutra de Almeida Barbosa é Conciliadora dos Juizados Especiais Federais Cíveis de Recife, Pernambuco. Bacharela em Direito.

João Paulo Allain Teixeira é Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Constitucional e Filosofia do Direito da Universidade Federal de Pernambuco e da Universidade Católica de Pernambuco. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (Mestrado e Doutorado). Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco.

¹ Art. 102 - "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição [...]" (BRASIL, 1988).

soberano do poder judiciário e, apesar de não promover mudanças substanciais em sua estrutura, vez que permaneceu com o mesmo número de Ministros fixado desde o Ato Institucional nº 6 de 1969, ou seja, onze integrantes, estabeleceu alterações na esfera de sua jurisdição que impuseram uma redefinição do seu papel no sistema político-constitucional brasileiro (VIEIRA, 2002, p. 147).

No que tange ao controle de constitucionalidade, foram mantidos o sistema difuso – em que a constitucionalidade da lei ou ato normativo é verificada a partir de um caso concreto, podendo qualquer instância do poder judiciário apreciar a adequação do texto impugnado aos dispositivos constitucionais – e o sistema concentrado, situação em que a inconstitucionalidade é questionada a partir da lei em tese, sendo desnecessária a incidência do texto reputado inconstitucional em um caso concreto. Entretanto, neste último caso, os instrumentos para postulação de inconstitucionalidade diretamente no Supremo Tribunal Federal foram ampliados pela nova ordem constitucional, dando origem à Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

No intuito de reduzir a carga de trabalho da mais alta cúpula do poder judiciário, a Constituição Cidadã² instituiu o Superior Tribunal de Justiça, transferindo-lhe algumas das competências do Supremo conferidas pela ordem constitucional anterior.

Apesar dos esforços despendidos no sentido de restringir o volume de processos submetidos à análise da Suprema Corte, o STF não foi convertido em um exclusivo Tribunal Constitucional e acabou por manter suas competências de jurisdição

² Expressão utilizada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte entre 1987 e 1988, ao referir-se à recém-criada Constituição Brasileira de 1988, que havia contemplado em seu texto inúmeros avanços no que concerne aos direitos sociais.

constitucional de controle abstrato de constitucionalidade, jurisdição constitucional de proteção de direitos, e jurisdição constitucional sem controle de constitucionalidade, podendo ser essas competências de caráter originário ou recursal.³

Dessa forma, compete ao STF, atualmente, desempenhar dois papéis distintos: atuar como órgão de cúpula do poder judiciário e exercer a função de Tribunal Constitucional. Ao realizar o primeiro papel, incumbe-lhe, por meio dos recursos, a revisão das decisões proferidas pelas demais instâncias judiciárias brasileiras tendo por fundamento a compatibilidade com a Constituição Federal, além de julgar originariamente ações às quais são atribuídos foros privilegiados; enquanto, ao exercer a sua segunda função, cabe-lhe apreciar de forma concentrada as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, além da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

As mudanças a respeito da jurisdição constitucional promovidas pela Constituição de 1988 e suas emendas tiveram um forte impacto sobre a função que cumpre o Supremo Tribunal Federal no sistema político brasileiro. Aspectos como a ampliação do acesso ao STF mediante extensão do rol de legitimados para proposituras de ADIns, ADCs e ADPFs, o estabelecimento de novas competências e a inclusão de direitos no texto constitucional, antes reservados à proteção das leis ordinárias, acabaram por transformar a Suprema Corte em um relevante espaço de solução de conflitos políticos, situando-a numa posição central no sistema constitucional brasileiro (VIEIRA, 2002, p. 217). Para Oscar Vilhena Vieira (2002, p. 228), “o Supremo Tribunal Federal é hoje, mais do que nunca, um órgão inelutavelmente político, pois suas decisões têm um profundo e determinante impacto sobre a conduta dos demais Poderes e da população em geral”.

³ Acerca das três esferas de competências quanto à prestação jurisdicional, Cf. Silva, 2006.

Após essas sucintas considerações acerca do Supremo Tribunal Federal, analisa-se agora como esse órgão atua frente às demandas políticas que lhe são trazidas.

2. A atuação do STF diante de demandas concretas: análise de casos

Fidelidade partidária

O polêmico embate no Supremo Tribunal Federal acerca da fidelidade partidária teve origem a partir de uma consulta realizada pelo então Partido da Frente Liberal (atual DEM) ao Tribunal Superior Eleitoral. O questionamento jurídico girava em torno das consequências da mudança de partido durante o exercício do mandato, ou seja, se os mandatos parlamentares pertencem aos partidos políticos ou aos parlamentares que obtiveram os votos diretamente de seus eleitores. A indagação foi feita nos seguintes termos: os partidos e as coligações têm o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema proporcional quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda? A resposta dada pelo TSE foi positiva sob a justificativa de que os votos dos eleitores são atribuídos à legenda, sendo indevida a afirmação de que os votos pertencem ao candidato eleito. O Ministro relator da consulta, César Rocha, destacou que “toda a condução ideológica, estratégica, propagandística e financeira é encargo do partido político, sob a vigilância da Justiça Eleitoral, a qual deve prestar contas”⁴; por esta razão é que não se pode afirmar que o mandato pertence ao eleito.

Com base na consulta realizada ao TSE, partidos políticos requereram ao Presidente da Câmara dos Deputados a posse dos deputados suplentes nas vagas pertencentes aos seus partidos em decor-

rência da desfiliação dos parlamentares dos seus respectivos partidos. O Presidente da Câmara negou o pedido, alegando que a mudança de partido não estava contemplada no artigo 56, § 1º, da Constituição Federal como uma das hipóteses em que é possível convocar o suplente para assumir a cadeira vacante.

Diante da negativa do Presidente da Câmara em devolver as vagas aos partidos políticos e, tendo por fundamento a decisão proferida pelo TSE na consulta prévia acerca da matéria, três partidos (PSDB, PPS e DEM) impetraram mandados de segurança perante a Suprema Corte Brasileira contra o parlamentar. Pretendiam que fosse declarada a vacância dos mandatos dos deputados federais que ali figuravam como litisconsortes passivos necessários.

A discussão sobre os três mandados acarretou discordância entre os relatores de dois deles. O Ministro Eros Grau, relator do mandado impetrado pelo PPS, opinou pelo não conhecimento das ações. Para ele, não cabe ao STF criar, por via oblíqua, hipótese de perda de mandato parlamentar não previsto no texto constitucional. Afirma que o objetivo do impetrante é “transformar o Tribunal em legislador, trilhando a estreita via do mandado de segurança”⁵. Por sua vez, o relator da ação impetrada pelo PSDB, Celso de Mello, sustentou que não se trataria de hipótese de perda de mandato como sanção à infidelidade partidária, até porque essa hipótese não está prevista no texto constitucional, que traz em seu bojo uma lista taxativa de situações em que o parlamentar perde seu mandato. O que se trata, na visão do relator, é de reconhecer que “os partidos políticos têm direito às vagas conquistadas mediante incidência do quociente partidário”⁶. Tal entendimento

⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.602/DF. Rel. Min. Eros Grau. Acórdão de 4 out. 2007. DJ de 17 out. 2008.

⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.603/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Acórdão de 4 out. 2007. DJ de 19 dez. 2008.

deriva do mecanismo de representação proporcional consagrado pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Ao julgarem os *writs* constitucionais, os Ministros, por maioria, decidiram conhecer os mandados, mas denegar a ordem de segurança⁷. Contudo, na fundamentação da decisão estabeleceram que pertencem à legenda os mandatos de parlamentares que trocam de partido sem apresentarem justa causa, considerando constitucionalmente correta a interpretação feita pelo TSE acerca da fidelidade partidária quando consultado acerca da matéria. Ficou estabelecido, ainda, nessa decisão que caberia ao TSE a regulamentação das fases do procedimento destinado a confirmar ou infirmar a presença de justa causa.

O marco temporal utilizado para que fosse declarada a vacância dos mandatos ficou determinado, à sugestão do Ministro Celso de Mello, na data da resposta proferida pelo TSE quando da consulta. Dessa forma, os parlamentares que se afastassem de seus partidos sem justa causa depois de 27/03/2007 poderiam ter, após ação julgada procedente na Justiça Eleitoral, seus mandatos declarados vagos para que os suplentes das agremiações partidárias renegadas tomassem posse de tais assentos no parlamento.

Com base na decisão proferida pelo STF, o TSE elaborou as Resoluções de nº 22.610/07 e 22.733/08, que disciplinam o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação.

Não demorou muito para que Ações Diretas de Inconstitucionalidade fossem impetradas no Supremo questionando a adequação das Resoluções emanadas do

⁷ O STF esclareceu que o único caso em que a nova regra se aplicaria de imediato seria o da deputada Jasmari Oliveira, que trocou o DEM pelo PR, no dia 29 de março de 2007. Contudo, apesar de não perder o mandato de imediato, seu caso já deveria ser encaminhado ao TSE pela Câmara, vez que seria a única litisconsorte passiva necessária que constava do mandato de segurança do DEM a trocar de partido após a data limite estipulada.

TSE à Constituição Federal. As ADIns nº 3.999/DF e nº 4.086/DF tiveram como impetrantes o Partido Social Cristão (PSC) e o Procurador-Geral da República, respectivamente.

Sustentaram os requerentes que referidas Resoluções, entre outras questões, violaram a reserva de lei complementar para a definição de competências de juízes, tribunais e juntas eleitorais (art. 121 da CF); usurparam competência do legislativo e do executivo para dispor sobre matéria eleitoral, na medida em que disciplinam de maneira inovadora a perda do mandato eletivo (arts. 22, I, 48, e 84, IV, da CF); e invadiram competência legislativa, desgastando o princípio da separação de poderes (arts. 2º, 60, § 4º, III, da CF).

De acordo com o relator das duas ADIns, Ministro Joaquim Barbosa, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento dos mandados de segurança nº 26.602, 26.603 e 26.604, reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária e determinou que a regulamentação da disciplina caberia ao TSE. Assim sendo, não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo.

Quanto ao questionamento acerca da violação ao princípio da separação de poderes, o relator reconhece em seu voto a competência do poder legislativo para elaborar normas de cunho eleitoral e destaca as limitações impostas ao poder judiciário acerca da matéria:

“Em virtude do princípio da representação popular, que é um dos pilares da nossa organização política, compete às Casas do Legislativo processar adequadamente as tensões advindas do processo político e criar normas destinadas a estabilizar a expectativa dos cidadãos também em matéria eleitoral. O Sistema Político pode realizar operações que nenhum outro sistema, entre eles o Judicial,

está habilitado a efetuar, em razão dos procedimentos democráticos que o caracterizam”.⁸

Apesar de enaltecer o princípio da separação de poderes, mitiga a sua aplicação tendo como justificativa a inércia do Poder Legislativo. Opina, então, que as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o poder legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar.

Discordando veementemente da opinião do relator, o Ministro Eros Grau votou a favor da procedência das ações, vez que, para ele, as resoluções do TSE são multiplicitamente inconstitucionais, já que muitos de seus artigos violam dispositivos da Constituição. Em seu voto referiu tratar-se a questão de abuso de inconstitucionalidade, reafirmando sua preocupação manifestada durante o julgamento dos mandados de segurança supramencionados acerca da impossibilidade de um Tribunal legislar. Em suas palavras:

“O Tribunal Superior eleitoral não está autorizado, nem pela Constituição, nem por lei nenhuma, a inovar o ordenamento jurídico, obrigando quem quer que seja a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa. [...] E nem poderia essa faculdade a ele [TSE] ter sido conferida pelo Supremo Tribunal Federal que, ao menos ao que me consta, ainda não distribui competências normativas, em lugar da Constituição... Estamos aqui para assegurar a prevalência da Constituição, de modo que me causa espanto e medo o sentimento que de quando em quando não há de ser assim”.

Em que pesem os esforços de argumentação do Ministro Eros Grau, apenas

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 3.999/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Acórdão de 12 nov. 2008. DJ em 17 abr. 2009.

o Ministro Marco Aurélio acompanhou seu voto. O Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou improcedentes as Ações Diretas e declarou a constitucionalidade das resoluções impugnadas, nos termos do voto do relator, Ministro Joaquim Barbosa.

Analisando as demandas explanadas, percebe-se que dos julgamentos dos mandados de segurança resultou a criação de nova hipótese de perda de mandato não prevista na Constituição, apesar do Ministro Celso de Mello insistir na tese contrária. Ora, ao reconhecer que os partidos têm direito às vagas conquistadas mediante incidência do quociente partidário, indiretamente afirma-se que, se o parlamentar deixar o partido sem causa justificada, perderá o mandato. Ainda que essa hipótese não seja taxada de sanção à infidelidade partidária, é assim que ela se apresenta no âmbito de sua aplicação.

No que tange ao julgamento das ADIns, a tese de que o STF distribuiu competências normativas não é de todo infundada. Evidencia-se da leitura do artigo 121 da Carta Magna⁹ que as competências dos Tribunais Eleitorais serão estabelecidas mediante Lei Complementar, não sendo permitido ao Supremo repartir competências.

Além disso, ainda que em caráter excepcional e temporário, como explicitou o relator, o poder judiciário exerceu função legislativa, elaborando normas gerais e abstratas. Nesse embate entre separação de poderes e fidelidade partidária, esta saiu vitoriosa, deixando ofuscada a limitação aos poderes do Estado.

O uso de algemas

Regras rígidas para a permissão do uso de algemas foram estabelecidas pelo STF em decorrência do julgamento do *Habeas Corpus* nº 91.952/SP.

O impetrante do remédio constitucional alegava que o paciente, quando submetido

⁹ Art. 121 - “Lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juizes de direito e das juntas eleitorais” (BRASIL, 1988).

a júri popular e condenado à pena de 13 anos e 6 meses de reclusão por prática de homicídio triplamente qualificado, teria sido constringido ilegalmente a utilizar algemas durante todo o julgamento, vez que não foram verificadas as condições de efetiva periculosidade do réu. Pugnando pela nulidade do veredicto popular, o impetrante afirmou ter havido desrespeito ao princípio da isonomia, com desequilíbrio na igualdade de armas, que há de ser assegurada à acusação e à defesa, além de ofensa à dignidade da pessoa humana.

Ao proferir seu voto, o Ministro Marco Aurélio, relator do caso, destacou a importância do princípio da não-culpabilidade, lembrando que se tratava de simples acusado (e não de criminoso convicto) que estava sob a custódia do Estado. Desnecessária seria, portanto, a utilização de instrumentos que dificultassem a mobilização do réu. O relator deixou claro que não ignorava que a pessoa submetida ao veredicto dos jurados estava sendo acusada de crime doloso contra a vida, porém isso não impediria que o suposto autor da conduta criminosa recebesse “o tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito”¹⁰. Aduziu, ainda, que a manutenção de algemas no acusado durante a audiência, sem que este houvesse demonstrado em práticas anteriores a sua periculosidade, além de configurar uma situação degradante, significaria colocar a defesa em um patamar inferior, vez que o júri popular é composto por pessoas leigas que, não raro, associam o réu algemado a um criminoso de alta periculosidade.

Dessa forma, votou favoravelmente à concessão da ordem, opinando pela nulidade da decisão proferida pelo Tribunal do Júri e pela realização de novo julgamento, momento em que o acusado deveria permanecer sem algemas.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 91.952/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão de 7 ago. 2008. DJ em 18 dez. 2008.

O voto do relator foi seguido por todos os membros do Tribunal Supremo que enalteceram a decisão do Ministro Marco Aurélio. Merecem destaque, contudo, os votos dos Ministros Menezes Direito e Eros Grau.

Imediatamente após as considerações feitas pelo relator, Menezes Direito proferiu seu voto e fez questão de ressaltar que ali não estava sendo julgado o uso das algemas em tese, mas, sim, em um caso concreto, ou seja, durante a realização do júri e por determinação da juíza presidente do Tribunal do Júri. Contudo, deixou claro que:

“[...] não é inoportuno que se faça uma observação, ao meu sentir necessária, de que o uso de algemas é sempre em caráter excepcional. Não existe a normalidade do uso de algemas. É evidente que não se pode, desde logo, em tese, dizer que é vedado o uso das algemas. Sim, é permitido o uso das algemas, mas desde que ele configure realmente uma exceção em casos em que haja justificativa própria para que sejam utilizadas”.

O Ministro Eros Grau também se preocupa em evidenciar que o Supremo Tribunal Federal não estaria traçando uma norma geral sobre a matéria, mas, sim, afirmando o que a Corte entende a respeito dela.

Proferido o último voto pelo Presidente do Tribunal, Ministro Gilmar Mendes, sacramentou-se a decisão da Corte Suprema em conceder a ordem e reconhecer a nulidade do veredicto popular. Entretanto, o Ministro Cezar Peluso indagou sobre a possibilidade de edição de súmula que sintetizasse o pensamento do Tribunal acerca da matéria. Justificou a necessidade da elaboração de tal instrumento no fato de não se saber se seria aprovado o projeto de lei elaborado pelo Senador Demóstenes Torres¹¹ que atenderia todas as exigências da decisão da Corte acerca da matéria.

¹¹ Trata-se do Projeto de Lei do Senado nº 185 de 2004 que proíbe o uso de algemas no ato da prisão de

O Ministro Marco Aurélio, então, prontificou-se a buscar os precedentes que possibilitariam a edição da súmula e a elaborar seu texto com base na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, enaltecendo a dignidade e integridade do preso, física e moral.

Nenhum dos membros do STF fez qualquer objeção à edição do verbete vinculante, sobretudo no tocante ao fato de a necessidade de sua elaboração partir da incerteza de aprovação de projeto de lei do Senado. Não se pronunciaram nem mesmo Menezes Direito e Eros Grau, que antes haviam feito questão de frisar que não se tratava de elaboração de norma geral sobre a matéria, mas apenas de análise de caso concreto.

O texto¹² da súmula vinculante nº 11 foi aprovado em 13/08/2008 com base em quatro precedentes, incluído o HC nº 91.952/SP, e atualmente vigora no ordenamento jurídico brasileiro.

Evidente que a decisão proferida pela Corte não se limitou ao caso concreto. A edição de súmula vinculante deu à decisão o *status* de norma cogente. Ademais, os precedentes que embasaram a edição da súmula são apenas quatro, datados de 1978, 1994, 2007 e 2009. Diante de tal fato, questiona-se a obediência ao estabelecido na Constituição quando autoriza a edição de súmulas vinculantes em face de reitera-

suspeito ou condenado que não oferecer resistência aos policiais e nos casos em que não haja risco de fuga do acusado ou de ameaça aos agentes públicos. Até o julgamento do mencionado HC, o projeto de lei não havia sido aprovado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ). Atualmente, já aprovado pela CCJ, o projeto continua em tramitação no Senado e, até 28/06/2009, aguardava inclusão em ordem do dia.

¹² Súmula vinculante nº 11: "Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

das decisões. Qual o real sentido da expressão "reiteradas decisões"? Quatro casos ao longo de 30 anos podem ser considerados suficientes para consentir a elaboração de um verbete vinculante?

Vedação ao nepotismo nos três poderes

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mediante Resolução, disciplinou o exercício de cargos, empregos e funções por parentes, cônjuges e companheiros de magistrados e de servidores investidos em cargos de direção e assessoramento, no âmbito dos órgãos do poder judiciário. Alguns Tribunais aplicaram de imediato as disposições contidas na Resolução nº 7 do CNJ, como foi o caso do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; entretanto, outros declararam que não pretendiam aplicá-la, tal como anunciou o Tribunal de Justiça da Bahia. Inúmeros mandados de segurança foram impetrados pelo país afora, objetivando atacar a supra-mencionada Resolução, e liminares foram concedidas no Rio de Janeiro, Mato Grosso do Sul e Minas Gerais no sentido de afastar a sua aplicação.

A Associação dos Magistrados Brasileiros, diante da controvérsia judicial, propôs Ação Declaratória de Constitucionalidade, com pedido de providência cautelar, com o fito de que fosse declarada, em caráter definitivo, a constitucionalidade da Resolução nº 7 de 2005 do CNJ, com eficácia *erga omnes* e efeitos vinculantes.

Entre os argumentos contidos nos mandados de segurança que atacavam a Resolução do CNJ, encontrava-se o de que o Conselho Nacional de Justiça não gozava de competência para proibir, por meio de ato próprio, a prática de nepotismo. Somente lei formal, editada pelo poder legislativo, poderia tratar da matéria.

O Plenário do STF, ao analisar a demanda, entendeu que a polêmica Resolução não ofendia os preceitos constitucionais, declarando unanimemente a sua constitucionalidade. No tocante à necessidade de lei específica, a Corte sustentou que a

vedação ao nepotismo decorre do núcleo dos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativas, ambos expressos na Constituição Federal de 1988.

Em seguida, na mesma sessão de julgamento, o STF apreciou o Recurso Extraordinário nº 579.951/RN, em que se questionava a validade da nomeação de parentes de vereador e de vice-prefeito para cargos públicos. A Corte reconheceu que a Resolução do CNJ que acabara de ter sua constitucionalidade declarada estava restrita ao âmbito do poder judiciário. Contudo, a prática do nepotismo nos demais poderes também seria ilícita. Nos termos da Ementa: “A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática [...] proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal”.¹³

Dessa maneira, o STF estendeu a vedação do nepotismo aos poderes legislativo e executivo e, assim como na hipótese de restrição ao uso de algemas, editou súmula vinculante¹⁴ após proferir decisão, desta vez em Ação Declaratória de Constitucionalidade e Recurso Extraordinário.

O certo é que essa forma de proceder adotada pela Suprema Corte Brasileira, muito embora não se trate de norma propriamente dita, assume uma conotação quase-normativa, pois deu origem a uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa (BARROSO, 2009).

¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 579.951/RN. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Acórdão de 20 ago. 2008. DJE em 11 set. 2008.

¹⁴ Súmula vinculante nº 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal”.

Inelegibilidade e vida pregressa de candidatos a cargos eletivos

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 144/DF¹⁵) que ensejou o debate na cúpula do poder judiciário foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e questionava a validade constitucional das interpretações do Tribunal Superior Eleitoral – TSE sobre a inelegibilidade fundada na vida pregressa dos candidatos. O TSE não demonstrou apoio à Justiça Eleitoral de diversos Estados brasileiros que negaram registro a candidatos condenados em processos criminais e administrativos, independentemente do trânsito em julgado das decisões.

Para o TSE, o trânsito em julgado da decisão proferida por juiz ou Tribunal seria indispensável para que fosse negado o registro ao candidato. A AMB, por sua vez, argumentou que a exigência do trânsito em julgado reduziria a eficácia do art. 14, § 9º, da Constituição, que estabelecia a observância da moralidade e da probidade por meio da análise da vida pregressa do candidato.

Ao proferir seu voto, o Ministro Celso de Mello, relator do caso, opinou pela improcedência da ação, argumentando que, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, não é possível imprimir sanções ao réu, caso contrário os princípios da não-culpabilidade e da presunção de inocência estariam sendo gravemente violados. Não seria plausível suprimir direitos fundamentais em razão do princípio da moralidade. Além disso, outras hipóteses de inelegibilidade não previstas na Lei Maior são objeto de reserva de Lei Complementar. Dessa forma, a instituição de novos casos de inelegibilidade que não emanem do Poder Legislativo violaria a divisão funcional dos poderes.

Contraopondo-se aos argumentos do relator, o Ministro Carlos Ayres Britto opinou

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 144/DF. Rel. Min. Celso de Mello. Acórdão de 6 ago. 2008. DJE em 8 ago. 2008.

pela procedência da ação e fundamentou sua decisão alegando que o princípio da presunção de inocência não é absoluto, que a situação *sub judice* não se equipara à suspensão ou perda de direitos políticos e que tampouco se trata de causa de inelegibilidade, mas antes de elegibilidade. Para ser eleito, o candidato deve ter demonstrado o respeito à noção de moralidade e isso inclui a análise da vida pregressa do concorrente ao cargo público.

Por fim, o Ministro Joaquim Barbosa pronunciou-se pela procedência da ação argumentando que não há direitos fundamentais de caráter absoluto e que o exercício político por pessoas ímprobas repercute de forma negativa no próprio sistema representativo. Para ele, a permissão de registro a pessoas cuja vida pregressa coloca em dúvida a moralidade de seus atos se converteria em uma diminuição e deslegitimação da própria democracia.

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, vencidos os Ministros Carlos Britto e Joaquim Barbosa, julgou improcedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Observa-se, neste caso, que o Supremo assume uma clara postura de reduzir sua interferência no campo de atuação do poder legislativo. O princípio da separação de poderes foi, nesta demanda concreta, o norteador da decisão proferida pelo Tribunal. Havendo reserva de matéria à Lei Complementar, uma atuação positiva do poder judiciário significaria que este estaria assumindo uma postura de órgão legislador.

Assim, a Corte se abstém de dar suporte à criação de hipótese de inelegibilidade emanada do poder judiciário. Interessante notar que se trata de questão que guarda intrínsecas semelhanças com o caso anteriormente citado e que deu origem à nova situação de perda de mandato decorrente de infidelidade partidária. Contudo, a decisão tomada pelo STF durante o julgamento das ADIns nº 3.999/DF e nº 4.086/DF assumiu

uma posição diametralmente oposta à decisão proferida nesta ADPF nº 144/DF.

Conclusão

Responsável pela guarda da Constituição Brasileira, o Supremo Tribunal Federal tem se deparado, assim como as demais instâncias do poder judiciário nacional, com a crescente demanda pela sua tutela. Essa intensificação da ação judicial justifica-se a partir do modelo de constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados pelo Brasil após a redemocratização de 1988, trazendo à apreciação do judiciário, sobretudo, questões de largo alcance político.

A judicialização da política, fenômeno apreciado em escala mundial, encontra terreno fértil para a sua propagação no Brasil e, por isso mesmo, tem marcado presença nas arenas de decisões judiciais das Cortes brasileiras.

A grande polêmica acerca da judicialização da política reside no fato de que, tal como foi proposta a separação de poderes, as questões políticas são reservadas ao poder legislativo, quando da elaboração de leis, e ao poder executivo, quando da escolha das ações de governo. Ao judiciário não cabe decidir acerca de questões notadamente políticas.

Eis, então, o cenário que se apresenta ao Supremo Tribunal Federal: de um lado o princípio da separação de poderes na condição de cláusula pétrea da Constituição Brasileira, delimitando o campo de atuação dos poderes do Estado. De outro lado, o aumento progressivo da demanda pela proteção do judiciário diante da inefetividade das instâncias majoritárias, o dever constitucional de zelar pelos valores contidos na Carta Magna e a vedação do *non liquet*.

Diante dessa realidade, a Corte Constitucional pode atuar de duas maneiras distintas, isto é, pode decidir participar intensamente das escolhas políticas que, pela via da ação judicial, foram submetidas

ao seu crivo, realizando o que se entende por ativismo judicial; ou pode optar pela não interferência no campo de atuação dos demais poderes, impondo-lhe uma autocontenção e enaltecendo o princípio da separação de poderes.

Apesar de não utilizar a expressão “ativismo judicial”, Ernani Carvalho (2004) avalia a efetividade do fenômeno da judicialização da política no Brasil e pondera que, a despeito do aumento do número de processos judiciais, sobretudo das ADIns, não é possível vislumbrar uma intervenção efetiva do judiciário brasileiro. Para fundamentar sua conclusão, Carvalho faz uso de dados empíricos coletados por Werneck Vianna, que revelam que apenas 13,54% das ADIns impetradas entre 1988 e 1998 foram julgadas. Isso significa dizer que, para o autor, ao menos em sede de controle abstrato da constitucionalidade, o operador do direito ainda não demonstra empenho em participar da elaboração de políticas.

Observe-se, contudo, que o exame feito por Ernani Carvalho tem como base a quantidade de ADIns impetradas e julgadas ao longo dos dez primeiros anos de vigência da Constituição Brasileira. A análise é, portanto, quantitativa. O número de processos julgados pelo STF tem maior valia para investigar a “celeridade” com que se dá a solução de lides no Brasil do que para determinar a postura ativista ou autocontida com a qual o Supremo responde a essas demandas.

O ativismo judicial é um fenômeno passível de verificação empírica. E é exatamente por essa razão que este trabalho se propôs a avaliar a atuação da Corte Constitucional Brasileira diante de casos concretos, tendo por foco o aspecto qualitativo das decisões emanadas.

Os veredictos foram proferidos pelo STF durante a apreciação de três mandados de segurança, duas ADIns, um *habeas corpus*, uma ADC, um recurso extraordinário e uma ADFP, envolvendo temas como a fidelidade partidária, as restrições ao uso

de algemas, a vedação ao nepotismo no âmbito dos três poderes e a inelegibilidade de candidatos a cargos eletivos tendo por base sua vida pregressa.

O resultado das análises de referidos casos acabou indicando para a direção oposta àquela concluída por Carvalho quando se baseou em dados quantitativos. Nas situações que envolviam a fidelidade partidária, as restrições ao uso de algemas e a vedação ao nepotismo no âmbito dos três poderes, o Tribunal Supremo não se absteve de ingressar nas esferas de atuação reservadas aos poderes legislativo e executivo e proferiu decisões que, apesar de não ostentarem formalmente um caráter normativo, assumiram um *status* de norma cogente, usurpando funções legislativas pertencentes a outra esfera de poder que não a judicial.

Quanto às decisões acerca da fidelidade partidária, fica evidenciada uma postura claramente ativista do STF. Note-se que em lugar algum do texto constitucional foi prevista a perda de mandato do parlamentar em virtude de sua desvinculação ao partido pelo qual se elegeu. As hipóteses de perda de mandato são taxativas na Constituição e qualquer nova possibilidade de perda de mandato emanada do judiciário se configura como atividade legiferante realizada pelo Tribunal por via oblíqua. A “nova modalidade” de perda de mandato parlamentar constitui manifesta aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto.

O mesmo pode ser dito da vedação ao nepotismo no âmbito dos poderes executivo, legislativo e judiciário. Não há previsão legal, constitucional ou infraconstitucional que condene o favoritismo para com os parentes daqueles que detêm o poder público. Ainda assim, a decisão foi proferida e, para a garantia de sua aplicação, editou-se súmula vinculante que cristalizava o entendimento daquela Corte.

No que tange às restrições impostas ao uso de algemas por agentes e autoridades

públicas, a opção por posterior elaboração de súmula vinculante deixou claro o objetivo dos Ministros de suprir lacuna legislativa. A incerteza da aprovação de projeto de lei que regulava a matéria foi expressamente mencionada durante os debates dos membros da Corte e serviu de suporte para a demonstração da necessidade da produção do verbete vinculante.

Não restam dúvidas que no deslinde das causas que envolviam as matérias supramencionadas o STF adotou uma postura ativista, relegando o princípio da separação de poderes a um segundo plano.

Entretanto, não se pode dizer que o ativismo praticado pelo STF é constante e declarado. Como ficou demonstrado, quando discutido o tema da inelegibilidade de candidato a cargo público tendo por base a sua vida pregressa, o posicionamento do Tribunal se apresentou de forma conservadora.

Ao afirmar que a instituição de novos casos de inelegibilidade que não emane do poder legislativo viola a divisão funcional dos poderes, vez que, nesse caso, há reserva de Lei Complementar, o Supremo restringiu o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas, exercendo assim uma autocontenção judicial. Invertem-se os pesos da balança, desta vez para elevar o princípio da separação de poderes a um patamar de destaque.

É claro que um universo de nove demandas acerca de quatro temas distintos não é suficiente para dar um diagnóstico preciso da atuação do STF acerca de questões políticas, nem se presta para afirmar que a Corte Constitucional Brasileira assume uma postura muito mais ativista que conservadora. Porém, a análise dos casos serve para constatar a presença do ativismo judicial no âmbito de atuação do Supremo Tribunal Federal, ainda que essa atuação se apresente de forma tímida.

A partir das análises aqui efetuadas, demonstrou-se que o ativismo judicial não é estranho à realidade brasileira e que o

Supremo, embora não se declare um órgão ativista, tem, em alguns casos, adotado essa postura.

Dessa forma, não se pode negar que o ativismo judicial no Brasil é uma realidade e, se nos primeiros anos do Estado brasileiro sob a égide da Constituição Cidadã esse ativismo se apresentou de maneira tímida, sua tendência é, cada vez mais, tomar vultos maiores, pois, como já explicitado, o ambiente criado pela Constituição de 1988 é bastante favorável à expansão do processo de judicialização da política e do consequente ativismo judicial.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2009.

BRASIL. Constituição (1988). 11 ed. São Paulo: Rideel, 2005. (Série Compacta - Códigos).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADIn nº 3.999/DF. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Acórdão de 12 nov. 2008. DJ em 17 abr. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 144/DF. Rel. Min. Celso de Melo. Acórdão de 6 ago. 2008. DJE de 8 ago. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC nº 91.952/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Acórdão de 07 ago. 2008. DJ em 18 dez. 2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.602/DF. Rel. Min. Eros Grau. Acórdão de 27 mar. 2007. DJ de 8 maio 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS nº 26.603/DF. Rel. Min. Celso de Melo. Acórdão de 4 out. 2007. DJ de 19 dez. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE nº 579.951/RN. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Acórdão de 20 ago. 2008. DJE de 11 set. 2008.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. CTA nº 1398/DF. Rel. Min. Francisco César Asfor Rocha. Acórdão de 27 mar. 2007. DJ de 8 maio 2007.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. "Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para

uma nova abordagem". *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, nov. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010444782004000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 abr. 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

Rule of law e qualidade legislativa

Evidências do Supremo Tribunal Federal

Leon Victor de Queiroz Barbosa
Ernani Carvalho
José Mário Wanderley Gomes Neto

Sumário

Introdução. 1. Federalismo e competência legislativa: o desenho constitucional brasileiro. 2. O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade. 3. Evidências estatísticas do Supremo Tribunal Federal. Conclusões.

Introdução

A revisão judicial é um fenômeno jurídico-político – largamente estudado por cientistas políticos, juristas e economistas – e está presente na maioria das democracias ocidentais do mundo. Esse *paper* tem por objetivo mostrar como as leis estaduais brasileiras têm sido alvo de contestação no Supremo Tribunal Federal (STF); nesse sentido, afirmamos que esse fenômeno pode ser interpretado como um forte indicador de qualidade legislativa ou da falta dela produzida na esfera subnacional. Nossos dados também são esclarecedores da dinâmica do conflito existente em nosso federalismo, principalmente no que se reporta a quais partes da Constituição foram alvo de revisão judicial. Ou seja, nosso trabalho vai tratar de questões como: qual Estado brasileiro sofreu mais Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), contra suas próprias leis, e qual Estado obteve o maior número de ações julgadas total e parcialmente procedentes. Para chegarmos a esses resultados, reunimos em um banco

Leon Victor de Queiroz Barbosa é Doutorando em Ciência Política pela UFPE e Professor de Direito da FASNE.

Ernani Carvalho é Doutor em Ciência Política pela USP, Professor do Departamento de Ciência Política da UFPE e Pesquisador CNPQ – Nível 2.

José Mário Wanderley Gomes Neto é Doutorando em Ciência Política pela UFPE e Professor de Direito da UNICAP.

de dados 4243 ADINs propostas perante a Suprema Corte brasileira¹.

1. *Federalismo e competência legislativa: o desenho constitucional brasileiro*

O Brasil possui um federalismo vertical em que o Governo Federal, devido à Constituição Federal, estabelece regras centrais em relação ao processo o que configura um federalismo do tipo *holding together*². Como forma de governo, o federalismo permite a coexistência de duas ou mais esferas de governo dentro de um mesmo território, onde os Estados-membros abrem mão da soberania, mas mantêm uma tríplice autonomia (autonormatização, autogoverno e autoadministração). Entretanto, o Brasil apresenta uma particularidade especial. A Constituição Federal concedeu o *status* de ente federativo aos municípios³, estabelecendo assim três níveis de governo: central (União), regional (Estados e Distrito Federal) e local (municípios).

Halberstam (2008) argumenta que os sistemas federativos verticais protegem com eficácia os interesses dos governos estaduais, mas gera algumas ineficiências, “by creating a ‘joint decision trap’, vertical federalism frequently favors the status quo and provides incentives for overspending⁴”. Portanto, em qualquer circunstância, o federalismo vertical prote-

ge os interesses dos estados-membros mais robustamente contra a censura do governo central do que no federalismo horizontal, onde há uma grande competição entre os diferentes níveis de governo.

Jonattan Rodden (2005) defende que o federalismo não é um desenho institucional imutável, pois sofre constantes modificações objetivando o aperfeiçoamento institucional. De fato, no federalismo sempre haverá conflito cujo litígio ensejará modificações institucionais no sentido de apaziguar as demandas dos membros da Federação. Nós podemos verificar que o processo de poderes não-fundidos (*non fusion powers*⁵) não implica necessariamente uma condição de interferência não recíproca, estabelecendo uma série de complexos desenhos institucionais de freios e contrapesos (*checks and balances*) com o objetivo de garantir um equilíbrio de poder entre os Estados e a União. É importante dizer que o federalismo brasileiro é um modelo baseado na Federação norte-americana, que possui um federalismo horizontal com mais autonomia legislativa para seus membros.

Nos Estados Unidos, a Federação foi formada pela unificação de treze ex-colônias britânicas havendo um deslocamento de poder da periferia para o centro (federalismo centrípeto), cuja manutenção da União configura um federalismo do tipo *comming together*⁶. No Brasil o processo de formação foi exatamente o contrário. O país inteiro fora um Império cujas províncias (até então nas mãos da aristocracia portuguesa) foram dotadas de certa autonomia após a criação da República havendo uma descentralização do poder central para a periferia (federalismo centrífugo).

⁵ Empregamos esse termo no sentido de sistemas presidencialistas, nos quais há separação entre o Parlamento e o Gabinete.

⁶ O termo *comming together* é utilizado para caracterizar federações cujos membros possuem muita autonomia e as regras centrais são fracas, fazendo com que haja um consenso para os entes federativos continuarem juntos.

¹ Todos os dados que constam no banco estão disponíveis no site www.stf.jus.br.

² O termo *holding together* é empregado para caracterizar federações onde as unidades federativas possuem pouca autonomia e participam da Federação devido a regras centrais extremamente fortes, praticamente impedindo qualquer tipo de dissolução do pacto federal.

³ O Município como ente federativo possui diversas distorções por não estar inserido dentro da dinâmica dos membros de uma Federação. Primeiro porque não possui representatividade no Congresso Nacional (os Estados são representados pelos seus respectivos senadores). Segundo porque os três poderes só estão presentes na União e nos Estados (nos Municípios funcionam as Comarcas, que são divisões administrativas do Poder Judiciário de cada Estado).

⁴ Para mais, ver também Scharpf (1988).

Logo, o poder foi compartilhado entre os membros da federação cujas regras foram delineadas na Constituição. Entretanto, a adoção do federalismo pela República não foi capaz de garantir uma forte autonomia dos Estados. Desde suas origens, a influência do poder compartilhado dos Estados e da União refletiu, durante a história, momentos de avanços e retrocessos, não concernentes apenas às políticas públicas, mas também à construção do Estado Democrático de Direito.

Da Constituição de 1937 à de 1988, houve um movimento pendular relativo à autonomia dos Estados, à centralização de poder e à democracia, como fica evidenciado no quadro a seguir.

A consolidação da Constituição de 1988 estabeleceu um forte equilíbrio de poder entre o Governo Central e os Governos Estaduais, evitando qualquer tipo de depreciação e prevenindo a hierarquização entre os três níveis de poder, incluindo as cidades (SOUZA, 2005). De fato, a perseguição de um equilíbrio harmônico entre os poderes dos entes federados não pode ser visto como uma simples construção normativa, mas como algo exequível e que seja capaz de gerar um efeito múltiplo em benefício de todos.

A divisão de competências entre os Membros da Federação é fundamental, mas necessita seguir algumas regras: É proibido haver supremacia da União sobre os demais

Quadro 1: Cronologia do Federalismo Brasileiro

Intervalos	Momento Histórico	Tendência de Disputa (Estados x União)	Tipo de Federalismo/ Democracia
1822-1889	Império do Brasil	Centralização	Inexistente
1889-1930	República Velha (Hegemonia das oligarquias estaduais)	Descentralização	Robusto/Não democrático
1930-1945	Era Getúlio Vargas	Centralização	Inexistente/Ditadura
1945-1964	Democratização	Descentralização	Moderado/ Democracia
1964-1984	Regime Militar	Centralizar	Fraco/Ditadura
1984-1988	Transição Democrática	Descentralização	Moderno/Democracia
1988-1994	Consolidação Democrática	Descentralização	Robusto/Democracia
1994-2001	Era do Plano Real	Centralização	Robusto/Democracia

Elaborado por André Regis (2002, p. 83).

Note-se que, de 1994 a 2002, foi um período de centralização devido às reformas institucionais que garantiram o equilíbrio de poder entre os Estados e a União, privatizando bancos estaduais e diminuindo a capacidade de endividamento dos Estados por força da Lei de Responsabilidade Fiscal (REGIS, 2008).

membros (sentido vertical) e entre um Estado-membro sobre os demais (sentido horizontal); uma distribuição equilibrada de competências; a União tem a prerrogativa de estabelecer leis gerais em assuntos de interesses gerais, que são precisos e previamente enumerados e um texto constitucional claro (DALLARI, 1986). Isso deve

fortalecer a união de todos os membros de forma a garantir segurança, democracia e resultados econômicos, fortalecendo o Poder Central.

No Brasil quatro classes de membros integram a Federação: União Federal, Estados, Distrito Federal e Municípios. É preciso esclarecer que há hierarquia entre as leis do ente federado mais amplo em relação ao mais restrito, pois cada membro da Federação possui competências distintas

em seus respectivos limites como preconiza a Constituição Federal, cujo desenho institucional subdivide as competências em legislativas e administrativas, como mostradas no quadro 2.

Devido à rígida e extensa divisão de competências, havendo lei que não respeite os delineamentos constitucionais, a legislação ficará passível de ser contestada perante a Suprema Corte.

Quadro 2: Competência Legislativa

Distribuição da Competência Legislativa	União	Competências Privativas (art. 22)
		Possibilidades de Delegação (art. 22, parágrafo único)
		Competência Concorrente (União x Estados/Distrito Federal (art. 24))
	Estados	Competência Remanescente (art. 25, § 1º)
		Competência Delegada (art. 22, parágrafo único)
		Competência Concorrente (União x Estados/Distrito Federal (art. 24))
		Competência Suplementar
	Distrito Federal	Competência Reservada (art. 32, § 1º)
	Municípios	Competência Enumerada (art. 30, I)
		Competência Suplementar (art. 30, II)
Elaboração própria. Fonte: Constituição Federal de 1988.		

Quadro 3: Distribuição das Competências Administrativas

Competência Administrativa	Exclusiva	Poderes Enumerados	União (art. 21)
		Poderes Residuais	Municípios (art. 30)
	Comum	Cumulativa/Paralela	Estados (art. 25, § 1º)
			União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 23)
Elaboração própria. Fonte: Constituição Federal.			

Quadro 4: Algumas das Prerrogativas da União

Materiais	Legislativas
Assuntos Internacionais	Direito Civil
Administração Pública Federal	Direito Empresarial, Penal e Eleitoral
Correios e Telecomunicações	Direito Processual
Defesa Nacional	Assuntos relativos aos índios
Economia	Direito Constitucional
Extração e Exploração Mineral	Regulamentação de Portos e Aeroportos
Circulação e Criação de Moeda	Regulação de Tráfego e Transporte
Aviação	Nacionalidade e Direitos Políticos
Energia Elétrica	Diretrizes e Bases da Educação Nacional
Elaboração própria. Fonte: Constituição Federal.	

O quadro 4 exemplifica a abrangência dos assuntos destinados à União. A extensão se deve ao fato de a Constituição brasileira ser muito analítica e também devido a um princípio da legalidade administrativa, segundo o qual o Poder Público só está autorizado a fazer o que está taxativamente descrito no texto constitucional, não lhe sendo permitido agir quando houver lacunas. Logo, as atividades dos entes membros da Federação estão previamente contidas no texto constitucional.

2. O modelo brasileiro de controle de constitucionalidade

A literatura aponta que as origens modernas do controle de constitucionalidade (o mais poderoso instrumento das Cortes) são baseadas no famoso caso americano *Marbury x Madison* julgado pela Suprema Corte americana em 1803 durante a presidência de Marshall (EPSTEIN; WALKER, 2007). Em breves linhas, estes foram os fatos: Adam estava como presidente dos Estados Unidos e John Marshall como Secretário de Estado e membro do partido federalista. Com um novo Congresso eleito, Thomas Jefferson foi eleito presidente. Antes de Jefferson tomar posse, Marshall fora indicado e aprovado para a presidência da Suprema Corte (uma forma que o partido federalista encontrou para permanecer no poder, devido aos resultados eleitorais, indicando os membros do partido para cargos no Judiciário).

Marshall, que deveria entregar os documentos com as nomeações feitas pelo ex-presidente Adam para o Judiciário, não o fez. William Marbury, que fora nomeado Juiz de Paz em Washington (DC), não recebeu o título que oficialmente o empossaria no cargo, pois, ao tomar posse, Jefferson proibiu James Madison (seu Secretário de Estado) de entregar os documentos a Marshall, alegando ilegalidade em sua nomeação. Então, Marbury e três outros, cujas nomeações foram revertidas por Madison, impetraram Mandado de Segurança (*Writ*

of Mandamus) diretamente na Suprema Corte americana (uma prerrogativa de todos os funcionários federais, conferida pela seção 13 do Ato do Judiciário de 1789).

Após dois anos aguardando julgamento, o presidente da Suprema Corte juiz Marshall decidiu colocar a controvérsia em julgamento, analisando-a em dois aspectos: 1. No que diz respeito ao objeto do mandado de segurança, Marbury tinha o direito de tomar posse como Juiz de Paz, pois, ao não entregar o documento necessário para posse, Madison (sob ordens de Jefferson) poderia ter agido ilegalmente; 2. No que diz respeito à competência da Suprema Corte, ela não poderia emitir a ordem de nomeação, por ter considerado inconstitucional o Ato do Judiciário de 1789; no trecho continha os fundamentos do mandado de segurança e que estabeleceu as competências da Suprema Corte em situações omissas na Constituição. Logo, Marshall denegou o pedido do mandado de segurança alegando incompetência (EPSTEIN; WALKER, 2007, p. 68-75). Desde então, a Suprema Corte americana criou o precedente que se tornou obrigatório para a Corte e demais Tribunais: não aplicar leis infraconstitucionais quando forem contrárias à Constituição.

Antes desse famoso caso, o Judiciário não interferia no Poder Executivo nem no Legislativo. O fato ganhou dimensões consideráveis tão logo o sistema de *stare decisis* foi aplicado: todos os órgãos judiciais devem estar compulsoriamente conectados ao precedente, consolidado nas mãos dos juízes que possuem o poder do controle constitucional – o *poder da revisão judicial* – que deu definitivamente ao Judiciário a faculdade de declarar inválidos os atos do Congresso, bem como os atos do Poder Executivo, quando incompatíveis com as normas constitucionais. Após esses acontecimentos, outros precedentes ampliaram o espaço de atuação dos magistrados, autorizando a revisão judicial de leis estaduais inconstitucionais (EPSTEIN; MURPHY; PRITCHETT, 2002, p. 45-46).

Nos sistemas de controle de constitucionalidade inspirados no modelo americano, baseados na *common law*, os assuntos são discutidos em diversos níveis judiciais até chegarem ao maior tribunal: A Suprema Corte, onde, se os requisitos institucionais de admissibilidade são preenchidos (*writ of certiorari* e *the rule of four*), a questão será finalmente decidida. Mas, em países onde a tradição jurídica é a *civil law*, cada um possui uma Corte Constitucional, que detém o monopólio da interpretação constitucional: quando os litígios que envolvem questões constitucionais estão diante de tribunais inferiores, eles são obrigados a enviar o processo diretamente à Corte Constitucional para decidir sobre a matéria; em outras situações, atores políticos legitimados pela Constituição podem provocar a Corte Constitucional (de forma abstrata, independentemente de haver caso concreto) para se pronunciar sobre a constitucionalidade de uma lei infraconstitucional (Idem, p. 47).

Inspirada na Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen, a revisão judicial abstrata possui rito processual especial, pois a Constituição é o topo na pirâmide hierárquica de normas de Kelsen, que não aceita uma lei inferior contrária à Lei Maior. O controle concentrado de constitucionalidade foi criado na Áustria em 1920, local de criação da Corte Constitucional como parte do Poder Judiciário cuja função era o controle abstrato e concentrado das normas, tão logo a união de ideias revolucionárias francesas sobre a revisão judicial e a hierarquia normativa de Kelsen tomaram lugar (CAPPELLETTI, 1971, p. 46-47).

No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade operado pelo Judiciário é compartilhado: a revisão judicial é praticada de forma difusa e concentrada. No primeiro caso, o processo se inicia no juízo de primeiro grau e chega ao Supremo Tribunal Federal mediante Recurso Extraordinário. No segundo, há um processo especial, em que é proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade diretamente no STF.

No controle difuso, qualquer pessoa pode questionar a constitucionalidade de uma lei; ela tem de estar diretamente afetada pela norma, ou seja, tem de existir um caso concreto cujos efeitos da decisão são restritos às partes. No caso do controle concentrado, os legitimados são restringidos pela Constituição a poucos e relevantes agentes políticos como o Presidente da República, os Partidos Políticos (com representação no Congresso Nacional) e o Procurador-Geral da República (TAYLOR, 2008).

A Constituição Federal de 1988, além de solidificar as bases da revisão judicial que já existiam, previu uma série de instrumentos para provocar o controle concentrado de constitucionalidade: Ação Direta de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Ação Declaratória de Constitucionalidade e Mandado de Injunção. Entre esses instrumentos processuais, o mais usado é a ADIn, com mais de quatro mil ações propostas em pouco mais de 20 anos de vigência da Carta da República, abarcando assuntos de grande relevância incluindo a legislação federal e estadual (TAYLOR, 2008; BURGOS *et al.*, 1999).

No Brasil, a Constituição limitou os legitimados para propor Ação Direta de Inconstitucionalidade a nove agentes: Presidente da República, Mesa Diretora do Senado, Mesa Diretora da Câmara dos Deputados, Mesa Diretora de Assembléia Legislativa, Governador de Estado ou Distrito Federal, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB, Partido Político com Representação no Congresso Nacional e Sindicatos, Confederações e Entidade de Classe de âmbito nacional. O Supremo Tribunal Federal pode rever qualquer lei ou ato normativo de um funcionário público em âmbito federal e estadual.

O Judiciário no Brasil tem-se comportado como uma importante instituição, utilizada para garantir a obediência da Constituição Federal, assegurando que os outros poderes e esferas de governo não

poderão ultrapassar as competências nela delineadas. Por isso, tem havido um alto número de casos controversos nos quais a Suprema Corte decidiu contra normas inconstitucionais tanto na esfera federal quanto na estadual (INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK, 2006, p. 173).

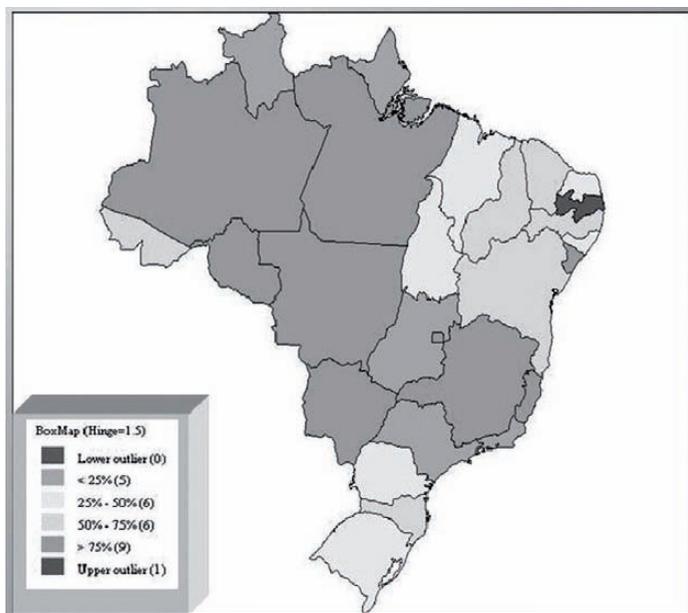
3. Evidências estatísticas do Supremo Tribunal Federal

Em um universo de 4243 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, ajuizadas a partir de 05 de outubro de 1988, essa pesquisa selecionou um grupo de 2615 decisões que representam a totalidade dos casos em que leis estaduais foram submetidas à apreciação do STF. Os casos em que a Suprema Corte considerou as leis estaduais inconstitucionais estão entre elas. Esses dados foram submetidos a análises estatísticas descritivas com o objetivo de

identificar grupos de Estados brasileiros, divididos pelo nível de baixa qualidade da legislação e quais partes da Constituição foram mais violadas e qual Estado foi o maior violador.

O mapa abaixo representa uma dispersão geoespacial da variável *índice de qualidade da legislação estadual* sobre o desvio padrão. Como pode ser observado, há um *outlier*: O Estado da Paraíba (43,5). Isso significa que 43,5% das ADINs propostas contra as leis paraibanas foram julgadas total ou parcialmente procedentes. Além do mais, os dados sugerem uma dependência espacial das observações. De fato, o conceito é baseado no que Waldo Tabler chamou de “a primeira lei da geografia”. De acordo com ele “everything is similar, but closer things are more similar than farther ones”. Nesse entendimento, o fenômeno da correlação espacial pode ser entendido como uma situação em que observações

Mapa 1: Índice de Qualidade da Legislação Estadual



Elaboração dos autores. Fonte: Supremo Tribunal Federal. O formato da técnica de dependência espacial é a correlação espacial. Como não é o objetivo deste trabalho explorar essa relação, a análise presente neste mapa é limitada a detectar os outliers. Quem se interessar por aprofundar conhecimentos nesse tipo de técnica, ver Anselin (1998). Agradecemos a Dalson Britto Filho por sua valiosa ajuda com a análise geoespacial.

espaciais próximas possuem valores similares de uma maneira que o objetivo primário da análise espacial é mensurar essa associação.

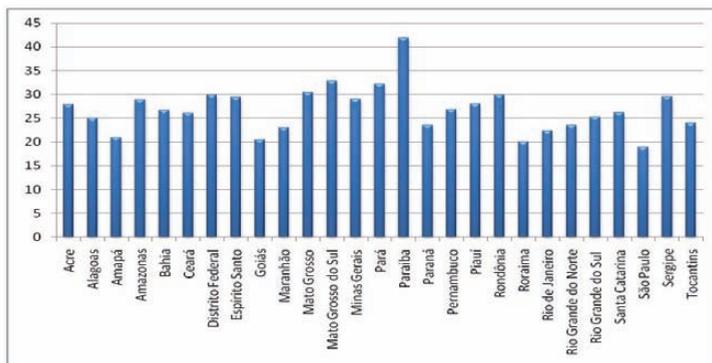
No gráfico 1, mensuramos a porcentagem da legislação que foi considerada inconstitucional pelo STF. No gráfico, o Estado da Paraíba teve quase 45% das leis contestadas declaradas inconstitucionais (no todo ou em parte). O Estado de São Paulo, o mais rico e populoso da Federação, teve 20% das leis contestadas julgadas inconstitucionais (no todo ou em parte). Logo, dentro de nossa análise, o índice de qualidade das leis de São Paulo é o melhor, enquanto que o da Paraíba é o pior.

propostas contra suas legislações foram Acre, Roraima e Sergipe.

No gráfico 3, mensuramos o sucesso (percentual de ações declaradas inconstitucionais no todo ou em parte) por área temática (título) da Constituição. Entre as legislações estaduais que mais violaram a Constituição Federal, quase 50% foram declaradas inconstitucionais (no todo ou em parte), as que feriram atos das disposições constitucionais transitórias (ADCT), seguido pela defesa do Estado e das Instituições Democráticas (Título V).

No gráfico 4, ilustramos o percentual de sucesso (ações julgadas inconstitucionais no todo e em parte) pelos agentes que mais

Gráfico 1: Índice de Baixa Qualidade da Legislação Estadual

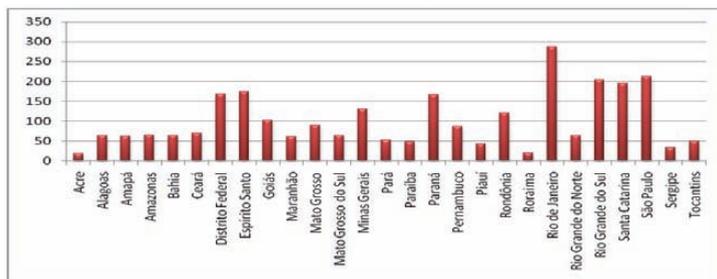


Elaboração dos Autores com uso do Excel. Fonte: Supremo Tribunal Federal.

No gráfico 2, mensuramos o número de ADINs contra a legislação de cada Estado. O Estado que sofreu o maior número de ADINs foi o Rio de Janeiro, seguido por São Paulo, Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Os que tiveram o menor número de ações

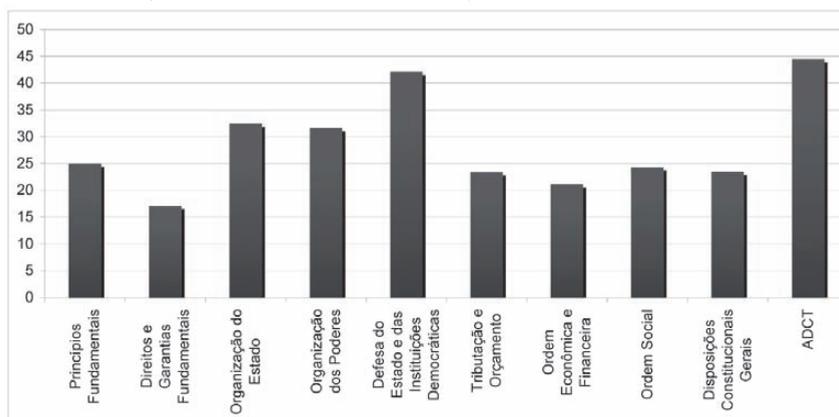
acionam o Supremo Tribunal Federal. A categoria Governador (que engloba os 27 governadores) foi a que teve o maior índice de sucesso com 35% das ações por eles propostas julgadas procedentes (no todo ou em parte). O Procurador-Geral da República é

Gráfico 2: Número de Ações contra a Legislação Estadual por Estado



Elaboração dos Autores com uso do Excel. Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Gráfico 3: Percentual de Sucesso por Parte da Constituição

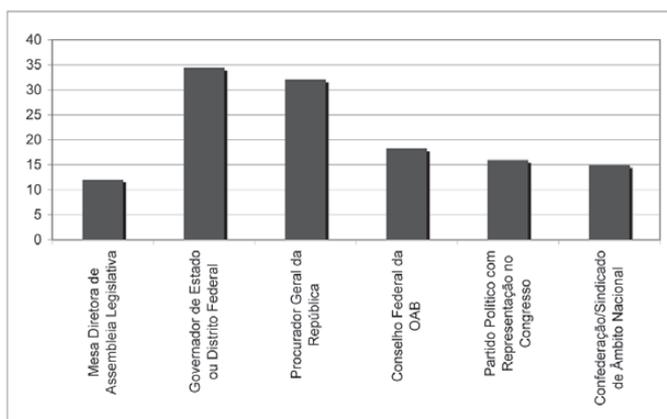


Elaboração dos Autores com uso do Excel. Fonte: Supremo Tribunal Federal.

o que merece maior atenção. Seu percentual de sucesso é próximo ao dos governadores com quase 33%. De fato os governadores são os mais fortes atores dentro da arena de litígio, mas o Ministério Público se mostrou também muito atuante diante de sua prerrogativa de zelar pela Constituição.

suas competências e respeitar as normas constitucionais no processo legislativo para preservar um ambiente desejável de Estado Democrático de Direito onde haja segurança jurídica, estabilidade na vigência das leis e preservação dos direitos fundamentais evitando-se a violação da Constituição,

Gráfico 4: Sucesso por Ator Legitimado



Elaboração dos Autores com uso do Excel. Fonte: Supremo Tribunal Federal.

Conclusões

O desenho institucional do sistema federativo brasileiro autoriza todos os Estados e o Distrito Federal a produzirem leis em condições e temas estabelecidos pela Constituição Federal. Os legisladores estaduais devem obedecer aos limites de

embora haja a presença do mecanismo da revisão judicial.

Segundo Kleinfeld (2006, p. 33-34), um desejável Estado Democrático de Direito também é caracterizado como um sistema legal no qual os direitos à propriedade privada são respeitados, as leis são claramente conhecidas, respeitadas e estáveis,

além de um Judiciário independente para assegurar tais características. Como foi possível perceber, o Supremo Tribunal Federal vem-se comportando ativamente na arena subnacional.

Do ponto de vista da qualidade da legislação, a variável *controle de constitucionalidade* se mostrou bastante pertinente, permitindo-nos mapear o comportamento legislativo dos Estados no que diz respeito às suas leis consideradas inconstitucionais. Como visto, as unidades federativas não podem ultrapassar os limites de suas competências, pois há uma vontade de se manter a estabilidade e a de promover uma clara compreensão das prescrições legais, pois as violações podem ser revertidas pela revisão judicial a qualquer tempo.

Esse *paper* focou na análise das decisões do STF em relação à legislação estadual pelo viés do controle concentrado de constitucionalidade durante a vigência da Constituição atual com o objetivo de identificar os casos em que a Constituição foi violada, assumindo a decisão do STF como indicador crível dessa violação. A nossa proposta aqui foi introduzir o resultado dos julgamentos efetuados em sede de *controle de constitucionalidade (ou revisão judicial)* como uma nova variável a ser usada para mensurar a qualidade da produção legislativa brasileira. Embora saibamos que é muito complexo se medir a qualidade de uma determinada norma, pois variáveis relevantes como exequibilidade, alcance da norma e eficácia institucional têm de ser consideradas, quando se fala em qualidade legislativa, acreditamos que os resultados metodológicos apresentados contribuem fortemente para o avanço deste debate.

Referências

ABRAHAM, Henry J. *The judicial process*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição Constitucional e Legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004.

BURGOS, Marcelo Baumman et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

CAPPELLETTI, Mauro. *Judicial review in the contemporary world*. New York: Bobbs-Merrill Co, 1971.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, Curitiba, n. 23, nov. 2004.

COASE, Ronald H. *The firm. The market. The law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática, 1986.

EPSTEIN, Lee; WALKER, Thomas G. *Constitutional law for a changing America: institutional powers and constraints*. Washington DC: CQ Press, 2007.

EPSTEIN, Lee; MURPHY, Walter; PRITCHETT, C. Herman. *Courts, judges & politics: an introduction to the judicial process*. New York: McGraw-Hill, 2002.

GADELHA, Gustavo de Paiva. Federalismo brasileiro: a retórica à realidade. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região*, João Pessoa, v. 15, n. 1, 2007.

GRASSO, Marlene Savóia. O sistema Federativo. *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 3, 1993.

HALBERSTAM, Daniel. Comparative federalism and the role of the judiciary. In: CALDEIRA, Gregory; KELEMEN, Daniel; WHITTINGTON, Keith. *The Oxford handbook of law and politics*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HELMKE, Gretchen. Enduring uncertainty: court-executive relations in Argentina during the 1990s and beyond. In: LEVITSKY, Steven; MURILLO, Maria Victoria (Ed.). *Argentine democracy: the politics of institutional weakness*. Pennsylvania: The Pennsylvania University Press, 2002.

INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK. *The politics of policies*. Economic and social progress in Latin America. Washington DC: Inter-American Development Bank, 2006.

JUCÁ, Francisco Pedro. Reflexões sobre o federalismo brasileiro. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, ano 5, n. 2, out./dez. 1997.

KLEINFELD, Rachel. Competing definitions of the rule of law. In: CAROTHERS, Thomas (Ed.). *Promoting the rule of law abroad: in search of knowledge*. Wash-

ington DC: Carnegie Endowment for International Peace, 2006.

MADISON, James. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Tradução Maria Luiza Borges. Rio de Janeiro: Ed. Nova Fronteira, 1993.

PEPPE, Atilio Machado et al. Reflexões sobre a federação brasileira. *Revista de Administração Pública*, v. 31, n. 4, jul./ago. 1997.

RANIERI, Nina. Sobre o federalismo e o Estado federal. *Revista dos Tribunais, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, n. 9, p. 87-98, 1994.

_____. *O novo federalismo brasileiro*. Forense: Rio de Janeiro, 2008.

REGIS, André. Reengenharia federativa: a questão dos consórcios intermunicipais. In: FIGUEIREDO, Carlos Maurício; NÓBREGA, Marcos (Orgs.). *Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RODDEN, Jonathan. Federalismo e descentralização em perspectiva comparada: sobre significados e medidas. *Revista Sociologia e Política*, Curitiba, n. 24, 2005.

SCHARPF, F. W. The joint-decision trap: lessons from German federalism and European integration. *Public Administration*, v. 63, n. 3, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SOUZA, Adalberto Pimentel Diniz de. A mecânica do federalismo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005.

TAYLOR, Matthew. *Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TAYLOR, Matthew M. Citizens against the state: the riddle of high impact, low functionality courts in Brazil. *Brazilian Journal of Political Economy*, v. 25, n. 4 (100), oct./dec. 2005.

O Estado Democrático de Direito e a necessária reformulação das competências materiais e legislativas dos Estados

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior,
Eduardo Martins de Lima, Vinicius
Gonçalves Porto Nascimento, Ana Carolina
Alves Villaça e Marina Dayrell Brasil

Sumário

1. Introdução. 2. A organização do Estado Federal brasileiro e a repartição de competências entre os entes federativos. 3. As limitações das competências legislativas reservadas aos Estados. 4. A separação de poderes e o Princípio da Simetria. 5. A produção legislativa da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. 6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 7. Considerações finais.

1. Introdução

O objeto de estudo da pesquisa que deu origem ao presente artigo teve como referência o estatuto jurídico (notadamente a Constituição Federal, constituições estaduais e legislação ordinária e complementar) do atual Estado Democrático de Direito brasileiro e pretende refletir sobre os limites impostos aos Estados em termos do estabelecimento de competências legislativas e materiais no contexto do pacto federativo nacional.

O objetivo geral da referida investigação consistiu na análise crítica das competências legislativas e materiais no paradigma do Estado Democrático de Direito, especialmente no que diz respeito à atribuição de poderes legislativos aos entes federativos estaduais brasileiros. Outrossim, foram estabelecidos quatro objetivos específicos para a aludida pesquisa. O primeiro, identificar as prin-

José Alfredo de Oliveira Baracho Júnior é doutor em Direito Constitucional pela UFMG e professor da UFMG e PUC-Minas; Eduardo Martins de Lima é doutor em Ciências Humanas: Sociologia e Política pela UFMG e professor da Universidade FUMEC; Vinicius Gonçalves Porto Nascimento é Mestre em Direito e Instituições Políticas pela Universidade FUMEC; Ana Carolina Alves Villaça graduou-se em Direito pela Universidade FUMEC; Marina Dayrell Brasil de Lima graduou-se em Direito pela Universidade FUMEC.

cipais teorias, considerando a literatura especializada nacional e estrangeira, que discutem a atribuição de competências legislativas nos contextos federativos. O segundo, analisar a Constituição Federal e Constituições Estaduais do Brasil, bem como a legislação ordinária e complementar, estabelecendo as competências legislativas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O terceiro, analisar a doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre as ações diretas de inconstitucionalidade, questionando as competências legislativas federais e estaduais. Por fim, mas não menos importante, refletir sobre possibilidades de aprimoramento das normas jurídicas federais e estaduais que norteiam e disciplinam as competências legislativas dos entes federados brasileiros constitui-se no quarto objetivo.

Pretende-se contribuir para uma releitura teórica e prática do papel histórico das instituições políticas pós-1988¹, sem, contudo, desconsiderar a tensão dialética presente no processo interdisciplinar e reflexivo de análise da realidade, e, assim, destituir representações simplificadoras e rever interpretações conservadoras, de modo a elaborar uma abordagem que integre o objeto de estudo eleito pelo grupo de pesquisadores, autores do presente artigo.

Os dados que embasaram a pesquisa em alusão podem ser assim classificados: a) dados primários: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com destaque para as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs), e de outros órgãos do Poder Judiciário, bem como projetos de lei em tramitação e com tramitação encerrada na Assembleia de Minas Gerais – como referência do Poder Legislativo estadual; e b) dados secundários: obras consultadas de autoria de renomados doutrinadores,

¹ Considerando que as instituições políticas são objeto de construções históricas e sociais, não devem ser tratadas em si de forma abstrata e atemporal, mas em suas devidas relações a partir de um contexto político, histórico e social.

que analisaram a mesma questão objeto do presente estudo.

O presente artigo trabalhará as seguintes dimensões: a estrutura fornecida pela Constituição, o funcionamento de tal estrutura em função do jogo político entre União e Estados, o universo legislativo estadual e a posição do Supremo Tribunal Federal que, em boa medida, tem contribuído para a consolidação de uma federação centralizada. Como será destacado adiante, decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em relação a temas centrais para a organização federativa, tais como aquelas relativas à Lei Complementar nº 101 (Lei de Responsabilidade Fiscal), demonstram a escassez de temas hoje objeto da atuação legislativa dos Estados.

Ressaltando a importância da definição de um marco teórico como elemento de controle da pesquisa científica, as professoras Miracy Gustin e Maria Tereza Dias (2002, p. 57) o definem como:

“[...] uma afirmação incisiva de um teórico de determinado campo do conhecimento que realizou investigações e reflexões ordenadas sobre determinado tema e chegou a explicações e conclusões metódicas sobre o assunto ou (...) o fundamento teórico que respalda suas reflexões em toda sua produção ou em parte dela.”

Nesse sentido, entendemos adequado adotar como marco teórico da pesquisa, que ora se desenvolve, a concepção do Direito como integridade apresentada por Ronald Dworkin (2000, 2002) ao longo de suas obras e, em especial, em *O Império do Direito* (1999).

Efetivamente, é nesse livro que o autor procura expor de modo sistemático a concepção do Direito que ele veio desenvolvendo durante décadas de atividade intelectual, a qual denomina “Direito como integridade”. Para tanto, começa analisando o que é o Direito e, em seguida, diversas teorias relativas à atividade interpretativa. Apresentados, então, seus entendimentos básicos sobre

referidos temas, Dworkin passa à crítica das duas principais concepções do Direito presentes na história do pensamento jusfilosófico, quais sejam, aquelas encampadas pelo positivismo jurídico e pelo jusnaturalismo, as quais, segundo ele, não seriam aptas a explicar nossa prática jurídica de modo plausível, nem a justificá-la coerentemente.

Isso posto, Dworkin começa a delimitar os contornos do Direito como integridade, concepção que ele apresenta em sua obra e que, diferentemente das teorias criticadas, se adequaria e justificaria o Direito das sociedades contemporâneas. Isto é, o princípio da integridade estaria presente nas práticas políticas e jurídicas correntes como uma demanda por decisões coerentes quanto aos princípios do ordenamento jurídico e, por outro lado, seria um forte argumento em favor da legitimidade do monopólio da coerção pelo Estado de Direito.

Entre os diversos requisitos e características da concepção do Direito como integridade, será, então, essencial para o desenvolvimento do argumento de nossa pesquisa a relação entre o princípio da integridade e a necessária coerência quanto aos princípios que se demanda do aplicador do Direito, entendida esta não como vinculação à linha das decisões anteriores, nem como mera igualdade formal:

“[...] o direito como integridade (...) exige que um juiz ponha à prova sua interpretação de qualquer parte da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo” (DWORKIN, 1999, p. 294).

Dworkin (2000, p. 203) expõe seu pensamento sobre o princípio da integridade e sua demanda por uma coerência de princípio do ordenamento jurídico, seja quando da criação da lei, seja na sua aplicação. Assim é que ele afirma:

“Será útil dividir as exigências da integridade em dois outros princípios

mais práticos. O primeiro é o princípio da integridade na legislação, que pede aos que criam o direito por legislação que o mantenham coerente quanto aos princípios. O segundo é o princípio da integridade no julgamento: pede aos responsáveis por decidir o que é a lei que a vejam e façam cumprir como sendo coerente nesse sentido”.

Com efeito, é com base nessa conexão que se pretende avaliar a coerência e, conseqüentemente, a consistência da doutrina e do entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal ao reforçar a centralização de competências legislativas e materiais em torno da União e em detrimento dos Estados no contexto do pacto federativo brasileiro.

2. A organização do Estado Federal brasileiro e a repartição de competências entre os entes federativos

A repartição de competências legislativas e materiais em um Estado de forma federal definem o próprio caráter da distribuição geográfica do poder². É o termômetro da federação, pois delimita o espaço de atuação de cada um daqueles que a integram. A autonomia das entidades federativas pressupõe repartição de competências e a distribuição constitucional de poderes, a fim de possibilitar o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa.

De acordo com José Afonso da Silva (1999, p. 479),

“[...] competência é a faculdade jurisdicadamente atribuída a uma entidade,

² Discorrendo sobre a autonomia de que dispõem os Estados-membros num Estado federal, Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 798) assinala que “a autonomia importa, necessariamente, descentralização do poder”, descentralização essa que “é não apenas administrativa, como, também, política”. De acordo com o autor, “é característico do Estado federal que essa atribuição dos Estados-membros de legislar não se resume a uma mera concessão da União, traduzindo, antes, um direito que a União não pode, a seu talante, subtrair das entidades federadas; deve corresponder a um direito previsto na Constituição Federal”.

ou de um órgão ou agente do Poder Público para emitir decisões. Competência são as diversas modalidades de poder de que se servem os órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções”.

Considerando que no Estado Federal incidem mais de uma ordem jurídica sobre um mesmo território e sobre uma mesma população, surgiu a necessidade de se adotarem mecanismos que, explica Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 799), “[favoreçam] a eficácia da ação estatal, evitando conflitos e desperdício de esforços e recursos”. Segundo o autor, “a repartição de competências entre as esferas do federalismo é o instrumento concebido para esse fim”. Tal repartição “consiste na atribuição, pela Constituição Federal, a cada ordenamento de uma matéria que lhe seja própria”.

O Brasil consagrou na Constituição de 1891 a forma horizontal de repartição de competências, a qual privilegia a atribuição de competências exclusivas e privativas aos entes da federação, restringindo a possibilidade de conflitos ou tornando mais objetivas as formas de solução dos mesmos. O federalismo de cooperação consagrado a partir da Constituição de 1934 tornou mais complexa a repartição de competências, na medida em que a forma horizontal de repartição de competências cedeu espaço para a forma vertical, com a previsão de competências comuns e concorrentes entre União e Estados³.

A esse propósito, José Alfredo Baracho Júnior (2007, p. 279) observa que

“O sistema de competências estabelecido na Constituição da República é bastante complexo, especialmente na medida em que busca conjugar a forma horizontal com a forma vertical de repartição de competências. Tal fato potencializa os conflitos entre leis

editadas no âmbito dos Estados e no âmbito federal, ainda que se busque na competência privativa uma forma de atribuição de competências que não admite concorrências”.

A Constituição de 1988 dispõe no seu artigo 1º que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal e constitui-se em Estado Democrático de Direito. Ademais, por meio de seu artigo 18, a Constituição reza que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos da Constituição.

Essa mesma Constituição articula a repartição de competências entre União e Estados de forma conjugada, estabelecendo competências exclusivas e privativas, além das comuns e concorrentes entre os seus entes federativos, norteadas pelo princípio geral da predominância do interesse. Dessa forma, à União cabe legislar sobre matérias e questões de predominante interesse geral nacional⁴. Aos Estados, os assuntos de predominante interesse regional e aos Municípios, os de interesse local⁵.

As competências podem ser classificadas em dois grandes grupos. O primeiro é o da competência material, que se traduz nas atribuições administrativas e se divide em exclusiva e comum. O segundo é o da competência legislativa, que se traduz na possibilidade de regulamentar determinada matéria pela expedição de leis, dividindo-se em exclusiva, privativa, concorrente e suplementar.

⁴ A União, no plano legislativo, pode editar: a) leis nacionais: que alcançam todos os habitantes do território nacional e outras esferas da Federação; e b) leis federais: que incidem sobre os jurisdicionados da União, como os servidores federais e o aparelho administrativo da União (MENDES, 2008).

⁵ Podem ser considerados de interesse local as atividades e a respectiva regulação legislativa, concernentes ao transporte coletivo municipal, coleta de lixo, ordenação do solo urbano, fiscalização das condições de higiene de bares e restaurantes, horário de funcionamento de farmácias, entre outros que impliquem interesse predominantemente municipal. (Idem)

³ Na modalidade de repartição horizontal de competências, não se admite concorrência de competências entre os diferentes entes federados. Na repartição vertical de competências, realiza-se a distribuição da mesma matéria entre a União e os Estados-membros (MENDES, 2008).

Diz-se que a competência é exclusiva quando é atribuída a uma entidade com exclusão das demais, sem possibilidade de delegação (transmitir o poder). Competência privativa, aquela enumerada como própria de uma entidade, podendo, contudo ser delegada a outra. Competência comum significa legislar ou praticar atos “em pé de igualdade” com outros, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência de outra; o exercício das competências comuns, de acordo com Suely Araújo (2005, p. 3), deve pautar-se pela cooperação governamental. Competência concorrente é a possibilidade de dispor sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa, podendo ser plena, no âmbito de seu território, quando inexistir legislação federal, ou suplementar, quando as normas supram ausência ou omissão de determinado ponto da norma geral nacional, ou desdobrem seu conteúdo visando atender peculiaridades locais. Sempre a legislação federal terá primazia sobre as elaboradas concorrente ou suplementarmente pelas outras unidades da federação.

No sistema atual de repartição de competências, destacam-se os artigos 21 e 22 como definidores das competências exclusivas⁶ e

⁶ Art. 21. Compete à União: I – manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais; II – declarar a guerra e celebrar a paz; III – assegurar a defesa nacional; IV – permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; V – decretar o estado de sítio, o estado de defesa e a intervenção federal; VI – autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico; VII – emitir moeda; VIII – administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada; IX – elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social; X – manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveita-

privativas⁷ da União, respectivamente. No artigo 25, encontram-se as competências privativas dos Estados e, observe-se que, no parágrafo 1º, está disposto que são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas pela Constituição. Os artigos 23 e 24, por sua vez, consagram,

mento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres; XIII – organizar e manter o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Defensoria Pública do Distrito Federal e dos Territórios; XIV – organizar e manter a polícia civil, a polícia militar e o corpo de bombeiros militar do Distrito Federal, bem como prestar assistência financeira ao Distrito Federal para execução de serviços públicos, por meio de fundo próprio; XV – organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; XVI – exercer a classificação, para efeito indicativo, de diversões públicas e de programas de rádio e televisão; XVII – conceder anistia; XVIII – planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações; XIX – instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso; XX – instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos; XXI – estabelecer princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação; XXII – executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras; XXIII – explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: a) toda atividade nuclear em território nacional somente será admitida para fins pacíficos e mediante aprovação do Congresso Nacional; b) sob regime de concessão ou permissão, é autorizada a utilização de radioisótopos para a pesquisa e usos medicinais, agrícolas, industriais e atividades análogas; c) a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa; XXIV – organizar, manter e executar a inspeção do trabalho; XXV – estabelecer as áreas e as condições para o exercício da atividade de garimpagem, em forma associativa.

⁷ Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, penal e do trabalho; II – naturalização, emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; III – organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; IV – seguridade social; V – diretrizes e bases da educação nacional.

respectivamente, as competências comuns⁸ e concorrentes⁹ entre entes federativos. Há, ainda, a repartição de competências em matéria tributária, que, nos termos do artigo 150 e seguintes, prefiguram uma forma específica de repartição de competências.

O parágrafo único do artigo 22 permite à União, por meio de lei complementar, delegar competências aos Estados para legislar sobre matérias de competência privativa da União, hipótese que tem ocorrido de forma bastante escassa. Cite-se, como exemplo, a Lei Complementar n. 103, de 14 de julho de 2000, que “autoriza os Estados e o Distrito Federal a instituir o piso salarial a que se refere o inciso V, do art. 7º, da Constituição Federal, por aplicação do disposto no parágrafo único do seu art. 22”. Cuida-se de simples faculdade do legislador complementar federal, que, explica Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 818), “não poderá transferir a regulação integral de toda uma matéria da competência privativa da União, já que a delegação haverá de referir-se a questões específicas”.

Importante, também, destacar que a Constituição de 1988 inclui no desenho da federação os poderes locais, chegando mesmo a declarar o Município como integrante da federação, nos termos dos artigos 1º e 18, conforme assinalado acima. Em que pese alguns juristas, como José Afonso da Silva (2004) e Luiz Pinto Ferreira (1995), argumentarem que os Municípios não integram a federação, é indiscutível que a posição

⁸ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: I – zelar pela guarda da Constituição, das leis, das instituições democráticas, e conservar o patrimônio público; II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; III – promover programas que combatam as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos grupos desfavorecidos.

⁹ Art. 24. Compete concorrentemente à União, Estados e Distrito Federal: I – direito tributário, financeiro, penitenciário; II – educação, cultura e ensino; III – previdência social, proteção e defesa da saúde; IV assistência jurídica e defensoria pública; V – proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; VI – proteção da infância e a juventude.

que hoje ocupam restringiu o espaço de competências dos Estados, como resultado da própria tendência centralizadora que se estabeleceu a partir de 1930¹⁰.

A propósito da inclusão do município como ente federativo, Dallari (2006, p. 4) observa que:

“Um ponto que deve ser ressaltado é que a Constituição inclui o Município entre os entes que podem exercer as competências comuns, enumeradas no artigo 23, mas só se refere aos Estados quando admite a legislação suplementar. Como tem sido consenso na doutrina, o que existe aí é uma imperfeição da Constituição, pois obviamente o Município, exercendo as competências comuns, deverá legislar sobre a matéria em relação à qual for exercer concretamente a competência. Além disso, pelo artigo 30, inciso I, a Constituição dá competência ao Município para legislar sobre os assuntos de interesse local. Assim, pois, em se tratando de matéria não incluída na competência exclusiva da União e que tenha sido objeto de norma geral federal – ou mesmo estadual, se surgir a hipótese –, o município poderá legislar sobre aspectos específicos dessa mesma matéria, que, a par do interesse geral, sejam de interesse local”.

¹⁰ A posição majoritária sustenta que os Municípios gozam do *status* de integrantes da Federação, visto que, além de autônomos, contando com Executivo e Legislativo próprios, contam, também, com o poder de auto-organização, exercido por meio da edição de uma lei orgânica. Ademais, o artigo primeiro da Constituição em vigor afirma que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Os que ostentam posicionamento diverso sustentam que os Municípios não participam das entidades criadas para formarem a vontade federal, em nosso caso, o Senado Federal. Não dispõem, além disso, de um Poder Judiciário próprio, como a União e os Estados-membros, e a intervenção nos Municípios situados em Estado-membro está a cargo deste. Finalmente, a competência originária do STF para resolver conflitos entre as entidades que compõem a Federação não inclui as hipóteses em que o Município compõe um dos pólos da lide (MENDES, 2008).

3. As limitações das competências legislativas reservadas aos Estados

O quadro descrito sucintamente acima tem limitado de forma importante a atuação dos Estados. Inicialmente, porque a competência residual prevista no artigo 25 – que é privativa dos Estados, uma vez que consiste nos poderes reservados e não vedados pela Constituição Federal – é bastante restrita, na medida em que a Constituição da República é muito detalhista na definição do elenco de matérias sujeitas à atuação exclusiva ou privativa da União, praticamente esgotando o rol de temas jurídicos de maior relevância. Por outro lado, ao reconhecer competências privativas para os Municípios¹¹, a Constituição Federal acrescenta um novo elemento limitador para os Estados, pois estes já não têm mais espaço para determinar a organização dos poderes locais.

A atuação legislativa dos Estados hoje está em grande medida limitada às competências comuns e concorrentes, previstas nos artigos 23 e 24. O exercício de tais competências, entretanto, é também em grande medida determinado pela União. O parágrafo único do artigo 23 estabelece que lei complementar federal definirá as formas de cooperação entre os entes da federação no exercício da competência comum, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar nacional. Por outro lado, o artigo 24 especifica as matérias no âmbito da competência concorrente entre União, Estados e Distrito Federal e determina no seu § 1º que compete à União editar normas gerais sobre estas matérias, normas essas que delimitam o campo de atuação dos Es-

tados, mas que não excluem a competência suplementar desses Estados (§ 2º). Diante da inexistência de lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena para atender suas peculiaridades (§ 3º). Ademais, está estabelecido que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (§ 4º). Portanto, mesmo no âmbito da competência concorrente, que hoje compreende grande parte da atuação legislativa dos Estados, há um forte impacto das normas editadas pelo Congresso Nacional. Até porque, em caso de conflito entre os entes federativos, por ocasião do exercício de atribuições comuns, assinala Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 820), “há de se cogitar do critério da preponderância de interesses, [...] em que os mais amplos (da União) devem preferir aos mais restritos (dos Estados)”¹².

A esse respeito, Dallari (2006, p. 4) pondera que:

“Uma questão de grande importância, por suas implicações teóricas e práticas, e que tem sido objeto de controvérsias, é o sentido da expressão ‘normas gerais’, usada na Constituição, no § 1º. do artigo 24, para definir a competência legislativa da União, no âmbito das competências concorrentes. Não têm sido raras as vezes em que, por inadvertência ou deliberadamente, o legislador federal tem fixado normas sobre pontos particulares, de caráter regional ou local, de matéria sobre a qual só poderia fixar normas gerais. Nesses casos,

¹¹ Art. 30. Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local; II – suplementar a legislação federal e estadual no que couber; III – organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial; IV – manter a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental; V – prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população.

¹² Para corroborar essa assertiva, o autor cita decisão do Ministro do STF, Celso de Mello, na AC-MC/RR 1.255, DJ DE 22/6/2006, na qual ficou assentado o entendimento de que, “concorrendo projetos da União Federal e do Estado-membro visando à instituição, em determinada área, de reserva extrativista, o conflito de atribuições será suscetível de resolução, caso inviável a colaboração entre tais pessoas políticas, pela aplicação do critério da preponderância do interesse, valendo referir que, ordinariamente, os interesses da União revestem-se de maior abrangência”.

aquilo que constar de lei federal e que não se caracterizar, pelo conteúdo, como norma geral será inconstitucional, por exorbitância no exercício da competência legislativa”.

O desenho atual da repartição de competências reduz a importância dos legislativos estaduais, que acabam por ter sua atividade preponderantemente voltada para o controle da Administração Pública estadual, pouco atuando em relação à criação de direitos dos cidadãos ou às formas de exercício de direitos fundamentais. Com efeito, a competência privativa dos Estados resume-se a algumas matérias expressamente discriminadas pela Constituição Federal, como exploração de serviços de gás canalizado e instituição de regiões metropolitanas, e outras não explicitadas pelo legislador constituinte, como matérias orçamentárias, criação, extinção e fixação de cargos públicos estaduais, autorizações para alienação de imóveis, criação de secretarias estaduais, organização administrativa, judiciária e do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia-Geral do Estado (MENDES, 2008)¹³.

A preponderância da União sobre os demais entes da federação, em especial os Estados-Membros, é algo patente. O intuito de diminuir as competências da União, presente na Constituinte de 1988, não se concretizou; ao contrário, a atuação da União se ampliou, concentrando o planejamento nacional. Outro fator que influencia essa situação é o fato de toda competência legislativa gerar uma administrativa, não sendo, porém, a recíproca verdadeira. Ou seja, os Estados, muitas vezes, possuem competências materiais, mas não legislativas.

Embora as competências concorrentes tentem equilibrar essa situação, a União fica responsável por editar normas gerais, estas

muitas vezes já presentes na Constituição, limitando a participação do Estado. Em um âmbito geral, os Estados continuaram em sua posição inquietante, pois os Municípios fortaleceram-se, alcançado o seu reconhecimento como ente federativo, ao mesmo tempo em que a União ampliou suas competências. Pode-se dizer que a Constituição brasileira de 1988 pouco poder reservou aos Estados, o que se reflete nas Constituições Estaduais, que na verdade não realizam mais do que transcrever o texto da Constituição Federal, caracterizando, assim, uma forma federativa muito concentrada em torno da União, parecendo os Estados, muitas vezes, meros coadjuvantes da Constituição, ao contrário do que se poderia esperar, por serem estas entidades federativas.

A Constituição de 1988 atribuiu à União Federal um amplo arco de competências legislativas privativas, competindo legislar, entre outras matérias, sobre direito civil, processual, trabalhista, águas, sistema monetário, trânsito, cidadania, normas gerais de licitação e contrato, diretrizes e bases da educação, entre outros. O rol contido no artigo 22 da Constituição, no entanto, não deve ser tido como exaustivo, visto que há ainda diversas competências legislativas da União elencadas no artigo 48. Além disso, explica Fernanda Menezes de Almeida (1991, p. 105,106), citada por Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 818), “numerosas disposições constitucionais carecem de leis integradoras de sua eficácia, sendo muitas de tais leis, pela natureza dos temas versados, indubitavelmente de competência da União”, como “as leis para o desenvolvimento de direitos fundamentais – como a que prevê a possibilidade de quebra de sigilo das comunicações telefônicas (art. 5º, XII) ou a que cuida da prestação alternativa em caso de objeção de consciência (art. 5º, VIII)”. Do mesmo modo, “serão federais as leis que organizam a seguridade social (art. 194, parágrafo único) e que viabilizam o desempenho da competência material privativa da União”.

¹³ Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 819) destaca que “a Constituição, no tocante a matéria tributária, enumerou explicitamente a competência dos Estados – art. 155. No aspecto tributário, é a União que detém competência, além de expressa, residual, permitindo-se-lhe a instituição de outros tributos, além dos enumerados para ela e para as outras pessoas políticas”.

São parcas as possibilidades de atuação dos legislativos estaduais, em face do desenho pouco favorável que a Constituição lhes conferiu no que tange à repartição de competências legislativas. O legislador constituinte indubitavelmente conferiu ênfase ao Legislativo federal ao atribuir à União competência para legislar sobre “os assuntos mais relevantes e de interesse comum à vida social no País nos seus vários rincões” (MENDES, 2008, p. 818).

Essa situação reflete a formação histórica de nossa federação. De acordo com José Afonso da Silva (2004, p. 101,102),

“[...] os limites da repartição de poderes dependem da natureza e do tipo histórico da federação. Numas, a descentralização é mais acentuada, dando-se aos Estados-membros competências mais amplas, como nos Estados Unidos da América do Norte. Noutras, a área de competência da União é mais dilatada, restando reduzido campo de atuação aos Estados, como o Brasil no regime da Constituição de 1967-1969, que construiu mero federalismo nominal”.

Embora tenha buscado “resgatar o princípio federalista”, ao estruturar “um sistema de repartição de competências que [tentasse] refazer o equilíbrio das relações entre o poder central e os poderes estaduais e municipais”, o Estado federal brasileiro continua sendo, em grande medida, uma federação do tipo “centrífuga” (SILVA, 2004, p. 102).

4. A separação de poderes e o princípio da simetria

Além da divisão de competência entre as entidades que compõem a Federação, a Constituição Federal determina a distribuição de funções no âmbito de cada unidade, o que tradicionalmente chamamos de tripartição dos Poderes. O princípio da separação de poderes ou de funções do Estado tem sido um dos princípios fundamentais da democracia moderna.

Estão consagradas no livro escrito por Montesquieu e publicado em 1748, *O espírito das leis*, a divisão e a distribuição clássicas dos poderes estatais. É em seu livro que o autor considera a exigência de se tripartir os poderes estatais em órgãos diferenciados. Montesquieu explicita a necessidade da separação de poderes no Capítulo V do Livro Décimo-Primeiro de sua obra, vindo a fazer a distinção entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.¹⁴

Dessa forma, estava elaborada a ideia da separação de poderes preconizada por Montesquieu por meio de seu princípio, que se tornou alicerce dos Estados Democráticos de Direito, garantia das liberdades e direitos dos cidadãos e consagrado, praticamente, em todas as constituições modernas.

A teoria da tripartição de poderes foi que lançou bases para o desenvolvimento do princípio de “freios e contrapesos”, utilizado pelos fundadores da República norte-americana, em meados do século XVIII, e foi nos Estados Unidos da América que ela adquiriu a sua feição constitucional contemporânea por seus fundadores, James Madison, Thomas Jefferson, George Washington, Alexander Hamilton e John Adams, denominados Os federalistas. Assim, como Montesquieu, os federalistas sustentavam ser necessária a transferência do poder das mãos de apenas uma pessoa ou órgão para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Com o poder distribuído em três órgãos, a sociedade poderia viver em um Estado sem opressão e leis tirânicas, sendo asseguradas a liberdade

¹⁴ De acordo com Montesquieu (1979, p. 143), “há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e o executivo das que dependem do direito civil. Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último o poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.”

dos cidadãos e a garantia dos direitos individuais, pois a fiscalização do poder pelo poder resguardaria o próprio Estado dos efeitos maléficis de uma tirania.

A feição dada à Constituição norteamericana pelos seus fundadores influenciou de forma significativa a elaboração das constituições brasileiras, a citar como exemplos as Constituições de 1891, 1934, 1946 e a atual Constituição de 1988, que têm em seu âmago a garantia dos direitos individuais e coletivos, a organização e a limitação dos poderes estatais.

Mesmo que um órgão exerça atribuição ordinariamente conferida a outro órgão, isso não implicaria violação ao princípio da separação de poderes, desde que autorizado e estabelecido dentro dos moldes constitucionais. Nesse sentido, o princípio da separação de poderes vem reafirmar que a atribuição das funções do Estado a órgãos distintos, interpenetrando uns nos outros, garante o equilíbrio mútuo destes à luz dos paradigmas do Estado Democrático de Direito.

O princípio da separação de poderes assegura, ainda, a importância de um poder exercer o controle em relação a outro, porém, evitando qualquer tipo de atividade exorbitante.

Só é possível viver em um Estado realmente Democrático de Direito com a limitação do poder pelo poder, a fim de, ao se coibirem abusos, assegurar-se a liberdade dos indivíduos.

A atual Constituição brasileira de 1988 consagra o princípio da separação de poderes de Montesquieu em seu artigo 2º, ao estabelecer que: são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Embora a atividade dos três Poderes interrelacione-se, num sistema de “freios e contrapesos”, à busca da harmonia necessária à realização do bem da coletividade e para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro, a regra constitucional é da indelegabilidade das funções

orgânicas do Estado. Em razão da referida regra, explicam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (2006, p. 120), “o poder titular da função *típica*, que o designa e o distingue, não pode transferi-la aos outros dois”, de modo que “não é dado a nenhum dos poderes do Estado ‘intercambiar entre si suas funções inerentes’”. As hipóteses de delegação têm que estar previstas na Constituição, daí podermos afirmar que são independentes.

Gilmar Ferreira Mendes (2008, p. 812) aponta que a tripartição de poderes “tornou-se matriz das mais invocadas em ação direta de inconstitucionalidade, para a invalidação de normas constitucionais e infraconstitucionais dos Estados-membros”. Segundo o mencionado autor,

“[...] a exuberância de casos em que o princípio da separação de Poderes cerceia toda a criatividade do constituinte estadual levou a que se falasse num *princípio da simetria*, para designar a obrigação do constituinte estadual de seguir fielmente as opções de organização e de relacionamento entre os poderes acolhidas pelo constituinte federal” (MENDES, 2008, p. 813-814).

O princípio da simetria, contudo, tal como outros princípios, não deve ser compreendido como algo absoluto, visto que “nem todas as normas que regem o Poder Legislativo da União são de absorção necessária pelos Estados”. De acordo com Mendes (2008, p. 813,814), “as normas de observância obrigatória pelos Estados são as que refletem o inter-relacionamento entre os Poderes”. Assim, exemplifica o autor, com base na jurisprudência do STF, os mecanismos de freios e contrapesos, isto é, de controle recíproco entre os Poderes, devem guardar estreita similaridade com os previstos na Constituição de 1988. Nesse sentido, “a adoção de medidas parlamentaristas pelo Estado-membro, quando no âmbito da União se acolhe o presidencialismo, também é imprópria, por ferir o

princípio da separação de Poderes, como desenhado pelo constituinte federal¹⁵. Não seria possível, de igual modo, a imposição, por uma Constituição Estadual, do dever de o prefeito municipal comparecer perante a Câmara dos Vereadores.

5. A produção legislativa da Assembleia Legislativa de Minas Gerais

Pesquisando a produção legal da Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG), constatamos que, entre 1989 e 21 de junho de 2006 – portanto, em um contexto de nova realidade constitucional federal e estadual –, dos projetos de lei que tiveram sua tramitação encerrada¹⁶, 774 receberam parecer de inconstitucionalidade¹⁷ da Comissão de Constituição e Justiça da Casa.

¹⁵ Durante a vigência da Constituição de 1946, explica Álvaro Ricardo de Souza Cruz (2004, p. 288), o STF aprovou “diversas representações inter interventivas contra artigos de Constituições Estaduais (Rio Grande do Sul, Ceará e Alagoas) supostamente violadoras de princípios estruturantes da República brasileira, entre eles o princípio do Presidencialismo”. Desse modo, “quaisquer normas que de alguma maneira subordinassem a ação do Executivo ao Legislativo eram taxadas de parlamentaristas e, portanto, violadoras da Constituição Federal”, sendo prontamente consideradas pelo STF como inconstitucionais, o que viabilizava a intervenção federal.

¹⁶ Um projeto de lei estadual pode ter sua tramitação encerrada pelas seguintes razões: a) foram arquivados definitivamente (retirados pelo autor ou outro motivo); b) foram rejeitados pelo plenário; ou c) não foram transformados em norma jurídica, por terem recebido parecer de inconstitucionalidade da Comissão de Constituição e Justiça da Casa.

¹⁷ Há razoável polêmica na doutrina relativa ao controle de constitucionalidade. Pode-se falar de duas modalidades: a repressiva e a preventiva. O controle repressivo é exercido pelo Poder Judiciário após a edição de norma e é aceito consensualmente pelos doutrinadores. O controle preventivo, por sua vez, é exercido pelo Poder Legislativo por meio da Comissão de Constituição e Justiça – na tramitação da proposição de lei – e pelo Poder Executivo – pela aposição de veto à proposição de lei – e não é aceito por muitos doutrinadores. Há inúmeros trabalhos sobre o assunto, dentre eles citam-se: Azevedo (2002), Barbosa (1999), Bastos (2001), Beneton (2003), Bernardes Júnior (2003), Dutra (2003), Fiuza (1999), Mendes (1997), Nassif (1996), Veloso (2003) e Horta (2007).

No quadro 1, relacionamos, por tema, os 774 projetos de lei que receberam pareceres de inconstitucionalidade. Pode-se observar que cerca de 36,5% dos pareceres de inconstitucionalidade emitidos pela CCJ recaíram sobre temas como trânsito e transporte (13,6% do total), Administração Pública, servidores públicos e previdência social (11,8%) e educação, cultura, esporte, lazer e turismo (11,1% do total). No primeiro caso (trânsito e transporte), trata-se de matéria reservada à competência legislativa privativa da União Federal (art. 22, XI, CF). Relativamente ao segundo tema que mais recebeu pareceres de inconstitucionalidade (Administração Pública, servidores públicos e previdência social), conforme vimos, trata-se de competência privativa estadual não explicitada na Constituição Federal¹⁸. Finalmente, o terceiro tema (educação, cultura, esporte, lazer e turismo) acha-se inserido no rol das competências legislativas concorrentes entre União, Estados e Distrito Federal (art. 24, IX, CF).

Relativamente aos projetos de lei em tramitação no período pesquisado (quadro 2), cerca de 336 receberam parecer de inconstitucionalidade da Comissão de Constituição e Justiça. Curiosamente, pudemos constatar que cerca de 36,7% dos pareceres da CCJ recaíram sobre trânsito e transporte (13,6%), Administração Pública, servidores públicos e previdência social (13,6% do total) e educação, cultura, esporte, lazer e turismo (9,5%), percentual semelhante ao encontrado nos projetos de lei com tramitação encerrada (36,5%). Deve-se salientar o percentual mais elevado (8,2%) de projetos relacionados à tributação, matéria que

¹⁸ A competência privativa dos Estados-membros não explicitada pela Constituição engloba matérias orçamentárias, criação, extinção e fixação de cargos públicos estaduais, autorizações para alienação de imóveis, criação de secretarias estaduais, organização administrativa, judiciária e do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Advocacia-Geral do Estado (MENDES, 2008). O tema previdência social, por seu turno, insere-se na competência legislativa concorrente de União, Estados-membros e Distrito Federal.

Quadro 1 – Projetos de lei com tramitação encerrada – Assembleia Legislativa de Minas Gerais – parecer de inconstitucionalidade da Comissão de Constituição e Justiça – 1989/2006

Tema	Total de pareceres de inconstitucionalidade emitidos pela CCJ	Participação no total de pareceres de inconstitucionalidade
Trânsito e transporte	105	13,6%
Administração Pública, servidores públicos e Previdência	91	11,8%
Educação, cultura, esporte, lazer e turismo	86	11,1%
Imóvel	58	7,5%
Tributação	47	6,1%
Saúde e saneamento	46	5,9%
Direitos e garantias fundamentais	39	5,0%
Segurança	30	3,9%
Defesa do consumidor	24	3,1%
Fiscalização financeira e orçamento	23	3,0%
Utilidade pública	23	3,0%
Denominação	19	2,5%
Meio Ambiente e energia	19	2,5%
Ação Social	18	2,3%
Justiça (Poder Judiciário)	18	2,3%
Propaganda	14	1,8%
Desenvolvimento regional	13	1,7%
Homenagem	13	1,7%
Agropecuária e política fundiária	12	1,6%
Fundo estadual	9	1,2%
Poder Legislativo	9	1,2%
Recursos hídricos	8	1,0%
Limite geográfico	6	0,8%
Habitação	1	0,1%
Outros	43	5,6%
Total	774	100%

Fonte: Quadro elaborado a partir de informações fornecidas pelo setor de pesquisa da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Observação: as categorias dos assuntos dos projetos de lei foram estabelecidas considerando a indexação temática adotada pela Assembléia.

Quadro 2 – Projetos de lei tramitando – Assembleia Legislativa de Minas Gerais – parecer de inconstitucionalidade da Comissão de Constituição e Justiça – 1989/2006

Tema	Total de pareceres de inconstitucionalidade emitidos pela CCJ	Participação no total de pareceres de inconstitucionalidade
Trânsito e transporte	46	13,6%
Administração Pública, servidores públicos e Previdência	46	13,6%
Educação, cultura, esporte, lazer e turismo	32	9,5%
Tributação	28	8,2%
Imóvel	26	7,9%
Saúde e saneamento	26	7,6%
Desenvolvimento regional	19	5,7%
Utilidade pública	17	5,1%
Defesa do consumidor	17	5,0%
Direitos e garantias fundamentais	16	4,7%
Denominação	13	4,0%
Habitação	12	3,5%
Meio Ambiente e energia	6	1,9%
Ação Social	5	1,6%
Justiça (Poder Judiciário)	4	1,3%
Segurança	3	0,9%
Agropecuária e política fundiária	3	0,9%
Fiscalização financeira e orçamento	2	0,6%
Poder Legislativo	2	0,6%
Recursos hídricos	2	0,6%
Fundo estadual	1	0,3%
Propaganda	1	0,3%
Homenagem	0	0,0%
Limite geográfico	0	0,0%
Outros	9	2,8%
Total	336	100%

Fonte: Quadro elaborado a partir de informações fornecidas pelo setor de pesquisa da Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Observação: as categorias dos assuntos dos projetos de lei foram estabelecidas considerando a indexação temática adotada pela Assembleia.

figura no rol das competências legislativas concorrentes de União, Estados e Distrito Federal (art. 24, I, CF).

Conforme assinalamos, a atuação legislativa dos Estados está, em grande medida, limitada às competências concorrentes (artigo 24 da Constituição Federal). Todavia, mesmo no âmbito da competência concorrente, que hoje compreende grande parte da atuação legislativa dos Estados, há um forte impacto das normas editadas pelo Congresso Nacional. Do levantamento feito a partir da produção legislativa da ALMG, constatamos que algumas das leis estaduais editadas no exercício da competência concorrente; *a*) ao disporem sobre as matérias elencadas no artigo 24, adentraram em matéria de competência privativa da União; ou *b*) conflitavam com leis federais pré-existentes e que dispunham sobre normas gerais.

O parecer dado pela Comissão de Constituição de Justiça da ALMG ao Projeto de Lei nº 3.260/2006 é bastante elucidativo sobre as hipóteses acima mencionadas de conflito de competência entre União e Estados. O aludido projeto pretendia obrigar os fabricantes e os distribuidores de bebidas alcoólicas a inserir, nas embalagens do produto, as expressões “proibida a venda a menores de 18 anos” e “o uso abusivo desta substância causa diversos males à saúde”. Vê-se que o referido projeto foi elaborado com base na competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre consumo (artigo 24, V) e proteção e defesa da saúde (artigo 24, XII). Todavia, o aludido projeto recebeu parecer de inconstitucionalidade da Comissão de Constituição e Justiça da ALMG, ao argumento de que, no exercício de sua competência privativa para editar normas sobre propaganda comercial (artigo 22, XXIX), a União editou a lei federal nº 9.294/96, que dispõe sobre restrições ao uso e propaganda de bebidas alcoólicas, medicamentos, etc., disciplinando a rotulagem dos produtos dessa natureza e determinando a inclusão

da expressão “Evite o consumo excessivo de álcool” nas embalagens das bebidas. Note-se que, ao editar a referida norma, a União também fez uso da competência concorrente para legislar sobre consumo e proteção e defesa da saúde, esgotando, pois, a possibilidade de qualquer Legislativo estadual vir a suplementar a matéria versada na citada lei federal.

Podemos também citar o parecer recebido pelo Projeto de Lei nº 2.645/05, que dispunha sobre mecanismos facilitadores do acesso dos cidadãos aos bancos de dados dos órgãos de proteção e defesa do consumidor do Estado. O referido projeto também foi elaborado com base na competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre consumo (artigo 24, V) e responsabilidade por dano ao consumidor (artigo 24, VIII). Todavia, o aludido projeto recebeu parecer de inconstitucionalidade da Comissão de Constituição e Justiça da ALMG, ao argumento de que o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, criado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei Federal nº 8.078/90), teria delegado ao Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão do Ministério da Justiça, a competência para planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao consumidor. Já existiria em âmbito federal, portanto, o Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor, programa que integra em rede as ações e informações relativas a essa matéria, formando um todo harmônico para proteção estratégica e qualificada dos consumidores do País.

6. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, constatamos, a partir da análise da jurisprudência do Tribunal, o questionamento de leis estaduais que, de forma inconstitucional, teriam adentrado na competência privativa da União ou na

competência concorrente do legislador federal para editar normas gerais. Nesse sentido, podemos citar a decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.645/PR, ajuizada pelo Partido da Frente Liberal (PFL) em face do Governador e da Assembleia Legislativa do Estado do Paraná, questionando a constitucionalidade da Lei estadual n. 14.861/05, a qual tinha por escopo regulamentar o direito à informação quanto aos alimentos e ingredientes alimentares que contivessem ou que fossem produzidos a partir de organismos geneticamente modificados. Temos também aqui uma lei redigida pelo Legislativo paranaense versando sobre consumo (artigo 24, V) e responsabilidade por dano ao consumidor (artigo 24, VIII).

Para a Ministra Ellen Gracie, relatora da aludida ADI, a lei estadual em comento tratava de assunto já disciplinado na Lei federal de Biosegurança e Biotecnologia (Lei n. 11.105/05), conflitando, ainda, com o Decreto Regulamentador (Decreto Federal n. 5.591/05). Ambos já teriam disciplinado, de acordo com a Ministra, de forma genérica, a produção e comercialização de organismos geneticamente modificados. Segundo Ellen Gracie, ainda que tratando de consumo e proteção e defesa da saúde, o diploma legal impugnado teria procedido com regulamentação paralela e explicitamente contraposta à legislação federal vigente, extrapolando, pois, a competência concorrente suplementar de que dispõem os Estados. Em suma, não seria possível que, no uso de sua competência residual, o Legislativo paranaense afastasse, com a aplicação da lei impugnada, a aplicação das normas federais de caráter geral, que foram editadas para a solução de um problema que visivelmente transcende a esfera dos Estados considerados singularmente.

Podemos também citar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.098/SP, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo, questionando a constitucionalidade da Lei estadual n. 10.860/01, que estabele-

cia requisitos para a criação, autorização de funcionamento, avaliação e reconhecimento dos cursos de graduação na área da saúde de instituições públicas e privadas, atribuindo ao Conselho Estadual de Saúde a competência de emitir parecer conclusivo sobre a necessidade social dos cursos em questão. Para o requerente, o legislador paulista teria usurpado a competência privativa da União para legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional (artigo 22, inciso XXIV), bem como o disposto no artigo 209 da Constituição, que determina ser livre o ensino de iniciativa privada se atendidos dois requisitos: o cumprimento das normas gerais da educação nacional e a obtenção de autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público.

Antes de votar, o Ministro relator, Carlos Velloso, explicou que, quando duas entidades políticas – como, por exemplo, a União e os Estados – têm competência para legislar sobre a mesma matéria, tem-se competência concorrente que pode ser cumulativa ou não-cumulativa (suplementar). Segundo ele, cabe ao Estado-membro, no uso da competência suplementar, preencher os vazios da lei que dispõe sobre normas gerais, a fim de afeiçoá-la às peculiaridades locais. Além disso, uma vez inexistente a lei federal dispendo sobre normas gerais, compete ao legislador estadual exercer a competência legislativa plena para atender às suas peculiaridades. Para Velloso, no caso da ADI em questão, a lei estadual impugnada teria ido além do exercício da competência concorrente suplementar, tendo em vista que a questão já se achava disciplinada pela Lei federal de Diretrizes e Bases da Educação (Lei 9.394/96).

Outro caso de lei estadual que, de forma inconstitucional, teria adentrado na competência privativa da União foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.893/RJ, relatada pelo Ministro Carlos Velloso. Em sua peça exordial, a Confede-

ração Nacional da Indústria (CNI) arguiu a inconstitucionalidade da Lei estadual n. 2.702/97, editada, segundo informação prestada pela Assembleia do Estado do Rio de Janeiro, “no exercício da competência concorrente dos Estados para legislar em matéria de proteção do meio ambiente do trabalho (CF, art. 24, VI)”. A referida lei determinava, em seu art. 3º, a fixação de padrões de qualidade ambiental ocupacional por parte dos órgãos estaduais de saúde e meio ambiente, os quais, dispunha o art. 4º, deveriam ser obedecidos por empresas e instituições responsáveis por atividades efetiva ou potencialmente causadoras de poluição ocupacional, sob pena de advertência, multas e interdição (art. 8º). De acordo com a requerente, as normas veiculadas pela referida lei teriam violado a “competência exclusiva da União para legislar sobre direito do trabalho” (art. 22, I, CF), “a competência [privativa] da União para organizar, manter e executar a inspeção do trabalho”, prevista no art. 22, XXIV, além de ter excedido os “limites da colaboração na proteção do meio ambiente de trabalho”, previsto no art. 200, VIII, da Constituição¹⁹.

Em seu voto, acompanhado pelos demais Ministros do Tribunal, Carlos Velloso julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade, mantendo, portanto, a decisão que havia deferido o pedido de suspensão cautelar da referida lei. Naquela ocasião, o Tribunal já havia se manifestado no sentido de que “o gênero ‘meio ambiente’, em relação ao qual é viável a competência em concurso da União, dos Estados e do Distrito Federal, a teor do disposto no artigo 24, inciso VI, da Constituição Federal, não abrange o ambiente de trabalho”, sendo, portanto, inadmissível a “fiscalização do local por autoridade estadual, com imposição de multa”. Em

outros termos, a matéria disciplinada pela lei impugnada – “política de qualidade ambiental ocupacional e de proteção da saúde do trabalhador” – não era contemplada pela competência concorrente prevista no inciso VI do art. 24 mas, sim, pelo art. 22, I, da Constituição. Afinal, destacou em seu parecer o então Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro: “os temas atinentes à segurança e à saúde do trabalhador estão insertos no conteúdo do Direito do Trabalho, somente podendo ser objeto da legislação estadual em caso de delegação de competência da União para os Estados, por meio de lei complementar”.

7. Considerações finais

Analisando a repartição de competências efetuada pelo legislador constituinte de 1988, é possível constatar ser diminuída a importância dos legislativos estaduais, cuja atividade está preponderantemente voltada para o controle da Administração Pública estadual, pouco atuando em relação à criação de direitos dos cidadãos ou às formas de exercício de direitos fundamentais. Esse é um dado preocupante, posto que a autonomia das entidades federadas emana, em grande parte, da repartição de competências e da distribuição constitucional de poderes, a fim de possibilitar o exercício e desenvolvimento de sua atividade normativa.

No Brasil, a competência privativa dos Estados – poderes reservados e não vedados pela Constituição Federal – é por demais restrita, visto que à União compete, no uso de suas atribuições legislativas privativas, legislar sobre os assuntos mais relevantes e de interesse comum à vida social do país. Além disso, na medida em que reconheceu aos Municípios competências privativas, a Constituição Federal acrescentou um novo elemento limitador para os Estados, pois esses já não têm mais espaço para determinar a organização dos poderes locais.

¹⁹ Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:

[...] VIII – colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho.

Diante desse quadro, a competência privativa dos Estados resume-se a algumas matérias expressamente discriminadas pela Constituição Federal, entre as quais exploração de serviços de gás canalizado e instituição de regiões metropolitanas, e outras não explicitadas pelo legislador constituinte, em sua maior parte vinculadas ao funcionamento da Administração Pública (orçamento, cargos públicos, organização administrativa). Eis a razão de a atividade legislativa dos Estados estar, em grande medida, limitada ao exercício das competências comuns (materiais) e concorrentes (legislativas). Entretanto, mesmo nessa esfera de competências, há predomínio da União, uma vez que, no que tange ao exercício da competência comum, cabe ao legislador federal, mediante lei complementar, definir as formas de cooperação entre os entes da federação. Relativamente ao exercício da competência concorrente: *a)* compete à União editar normas gerais, delimitando, portanto, o campo de atuação dos legislativos estaduais, aos quais resta suplementar a legislação federal; *b)* compete aos Estados editar normas gerais, se inexistente a lei federal nesse sentido, para atender às suas peculiaridades; no entanto, a superveniência de lei da União dispendo sobre normas gerais suspende a eficácia de lei estadual, no que lhe for contrária.

Em suma, mesmo no âmbito da competência concorrente, que corresponde ao grosso da atuação legislativa estadual, há um forte impacto das normas editadas pelo Congresso Nacional. Ademais, nos casos em que há conflito entre os entes federativos em razão do exercício de atribuições comuns, em razão do critério da preponderância de interesses, os interesses da União, por serem mais amplos, preponderam sobre os dos Estados, de âmbito mais restrito.

Da análise elaborada sobre a produção legislativa da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, entre 1989 e 2006, constatamos que, relativamente às leis estaduais

editadas no exercício da competência concorrente, algumas adentraram em matéria de competência privativa da União e outras conflitavam com leis federais pré-existentes e que dispunham sobre normas gerais. No âmbito do Supremo Tribunal Federal, por outro lado, constatamos, a partir da análise dos julgados do Tribunal, que algumas leis estaduais foram impugnadas porque ou teriam adentrado na competência privativa da União, ou na competência concorrente do legislador federal para editar normas gerais.

Tais constatações corroboram a assertiva de que, em razão da preponderância da União, materializada na concentração de poderes proporcionada pela repartição de competências feita pela Constituição Federal, a federação brasileira continua sendo, em grande medida, uma federação do tipo centrífuga. A reversão dessa tendência, acreditamos, depende da revisão da sistemática adotada pelo constituinte para atribuir as competências aos entes federativos. O redesenho dessa sistemática deverá ampliar o leque de competências legislativas e materiais dos Estados membros e do Distrito Federal, permitindo-lhes legislar sobre uma gama maior de temas que digam respeito à criação de direitos dos cidadãos ou às formas de exercício de direitos fundamentais, a respeito dos quais a União tem legislado no uso de sua competência privativa e/ou concorrente (edição de normas gerais).

Referências

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competência na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

ARAÚJO, Suely M. V. G. de. *A distribuição de competências governamentais em relação a meio ambiente*. 2005. Disponível em: <http://www.camaradosdeputados.gov.br/portal/arquivos/Camara/internet/publicacoes/estnottec/tema14/2005_2327.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2008.

ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DE MINAS GERAIS. Disponível em: <www.almg.gov.br>. Acesso em: 18 nov. 2006.

AZEVEDO, Luiz Henrique Cascelli de. O controle prévio de constitucionalidade na Câmara dos Deputados. *Cadernos As legis*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 62-65, mai./ago. 1997.

_____. *O controle legislativo de constitucionalidade*. Pará: S. A. Fabris Editor, 2001.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. A competência concorrente no Brasil. In: GALLUPO, Marcelo Campos (Org.). *Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de Belo Horizonte*. Editora PUC Minas, 2007. p. 271-280.

BARBOSA, Elizabeth Cristina da Costa Lopes. Controle preventivo da constitucionalidade dos projetos na Câmara dos Deputados. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 239-244, abr. 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. Do estudo da inconstitucionalidade no campo específico da lei complementar. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 9, n. 37, p. 55-63, out./dez. 2001.

BENETON, Marco Antônio Hatem. Algumas notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade no âmbito da Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. *Revista Jurídica 9 de Julho*, São Paulo, n. 2, p. 55-68, jul. 2003.

BERNARDES JÚNIOR, José Alcione. O controle jurisdicional do processo legislativo à luz da teoria sistêmica. *Cadernos da Escola do Legislativo*, Belo Horizonte, v. 8, n. 13, p. 151-177, jan./dez. 2005.

BRASIL. Lei complementar nº 103, de 14 de julho de 2000. *Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp103.htm>. Acesso em: 25 jun. 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Normas gerais sobre saúde: cabimento e limitações*. Disponível em: <http://saudepublica.bvs.br/lildbi/docsonline/1/2/121-Dalmo_Dallari_Normas_gerais.doc>. Acesso em: 12 nov. 2006.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. A evolução histórica do controle de constitucionalidade de leis e seu papel no século XXI. *Revista Jurídica 9 de Julho*, São Paulo, n. 2, p. 11-32, jul. 2003.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Uma questão de princípio*. Tradução Luís Carlos Borges São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 36, n. 142, p. 279-296, abr./jun. 1999.

FERREIRA, Luiz Pinto. *Curso de Direito Constitucional*. 7 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1995.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. O controle de constitucionalidade das Leis (Direito Comparado). *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 83-102, 1995.

GALLUPO, Marcelo Campos (Org.). *Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado democrático de Belo Horizonte*. Editora PUC Minas, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. O Poder Executivo e o Poder Legislativo no controle de constitucionalidade. *Revista da Procuradoria-Geral da República*, São Paulo, n. 10, p. 125-160, jan./jun. 1997.

MONTESQUIEU. *O Espírito das leis*. 2 ed. São Paulo: Abril Cultura, 1979.

NASSIF, Elaine Noronha. Controle prévio de constitucionalidade pelo Poder Legislativo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 20, n. 3, p. 113, jul./set. 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. rev. e atual. São Paulo: Melhoramentos, 2004.

SIMÕES, Marília Horta. *Controle preventivo de constitucionalidade na ALMG*. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa de Minas Gerais, Escola do Legislativo, 2007. Disponível em: <http://www.almg.gov.br/publicacoes/nepel/nepel_4.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.gov.br>. Acesso em: 18 nov. 2006.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2003.

A *Lex mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional e a sua aplicação no Brasil

Erick Vidigal

Sumário

Introdução. 1. Evolução histórica da *lex mercatoria*. 2. A nova *lex mercatoria*. 3. *Lex mercatoria* e soberania estatal. Conclusão.

Introdução

Desde o tempo em que os homens romperam os limites impostos pelos oceanos e se lançaram aos mares com a finalidade de desbravar o desconhecido em busca de novos mercados, o comércio internacional vem-se desenvolvendo de forma cada vez mais intensa, encurtando as barreiras que separam os homens, quaisquer que sejam as suas naturezas (culturais, geográficas, etc).

Com dinâmica visivelmente diferente da que caracteriza a atuação do Estado, o comércio internacional sempre se manteve à frente deste em matéria de mutação, atualização e adaptação, especialmente no que se refere ao processo evolutivo social. O vínculo circular que se estabelece entre comércio e comunicação apresenta-se como um dos maiores responsáveis pelos avanços obtidos pela raça humana, desde sua primeira experiência social.¹

Quanto mais desenvolvido o comércio, mais propícia se torna a comunicação. Quanto mais se desenvolve a comunicação, mais propício se torna o comércio. E

Erick Vidigal é Doutorando e Mestre em Direito das Relações Econômicas Internacionais pela PUC/SP. Professor do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

¹ Sobre o assunto, conferir: Vidigal (2008).

em razão desse movimento interminável a humanidade experimentou avanços que possibilitaram o romper das barreiras terrestres, marítimas e aeroespaciais, incluindo a transmissão de dados, fotos, vídeos e informações outras, em tempo real, para qualquer lugar do globo terrestre.

Não por menos que se afirma ter o comércio sempre influenciado na própria organização do Estado, que, em muitas situações, se viu forçado a inserir em seu ordenamento jurídico práticas já consagradas no plano fático das relações econômicas, a exemplo das relações envolvendo cambiais, bancos, bolsas de valores, mercado de capitais, sociedades anônimas, pessoas jurídicas autônomas, etc. Tais práticas comerciais, consagradas pela comunidade mercantil internacional, constituem o fenômeno chamado *lex mercatoria*, verdadeiro direito dos comerciantes ou de profissionais, desvinculado das normas estatais.

Pretende, pois, a presente pesquisa lançar atenção sobre tal fenômeno, desbravando seu processo de evolução histórica com a finalidade de compreender melhor o seu papel no mundo contemporâneo.

A fim de atingir o objetivo proposto, a pesquisa está dividida em três partes, cada qual com finalidade específica.

O primeiro capítulo dedicar-se-á à busca dos antecedentes históricos da *lex mercatoria* tradicional, bem como ao conhecimento de seu processo de expansão na Europa medieval, que culminou com sua absorção e desintegração pelo poder estatal.

O segundo capítulo, por sua vez, estará voltado para o fenômeno denominado nova *lex mercatoria*. Nele serão abordadas algumas importantes definições e conceitos do mencionado fenômeno, a fim de expor os debates existentes acerca de sua aplicação nos tempos atuais. Será analisado, ainda, o conteúdo da nova *lex mercatoria*, ocasião em que se pretende indicar suas fontes normativas.

Por fim, o terceiro e último capítulo enfrentará a questão relativa ao confronto

entre a *lex mercatoria* e a soberania estatal, guardando tanto uma visão genérica sobre a autonomia do fenômeno, quanto um olhar prático sobre a aplicação da nova *lex mercatoria* no ordenamento jurídico brasileiro.

1. Evolução histórica da *lex mercatoria*

1.1. Antecedentes históricos

Estabelecer com precisão o momento histórico em que se manifestou pela primeira vez o fenômeno da *lex mercatoria* não é tarefa fácil sem que se indique previamente, como referência, seu modelo atual. Isso porque, muito antes do período medieval, quando os usos e costumes mercantis imperativos surgiram como resposta aos direitos feudais ilimitados e incompatíveis com a prática do comércio internacional, o mundo já havia experimentado outros modelos de direito dos mercadores. É o caso, por exemplo, da *Lex Rodhia de Jactu* [elaborada pelos fenícios], da *nauticum foenus* [criação romana], das leis de Wisby [que regulavam, em 1350, o comércio no mar Báltico], e do consulado do Mar [coletânea de costumes do comércio marítimo reunida pela Corte Consular de Barcelona, no século XV] (MAGALHÃES; TAVOLARO, 2004, p. 59).

“O lugar exato e tempo da origem da *lex mercatoria* são incertos. Muitos escritores têm declarado que ela teve início na Itália na parte central, em plena Idade Média. Algumas investigações ditam que ela surgiu no tempo em que os árabes dominaram o mediterrâneo. Mas, mesmo assim, eles contribuíram com pouco, pois, utilizavam práticas usadas pelos romanos, gregos e fenícios, que outrora tinham monopolizado o comércio pelo mar” (PEREIRA, 2002, p. 286).

Em seu formato medieval, contudo, a *lex mercatoria* apresentava características por demais semelhantes às do fenômeno atual denominado nova *lex mercatoria*, e sua origem está associada à expansão do comércio marítimo internacional.

De fato, como bem observado por Irineu Strenger (1996, p. 55), o comércio internacional, do ponto de vista histórico, está intimamente ligado com o direito marítimo e com as atividades do mar. Registra o citado autor terem os fenícios se destacado como civilização eminentemente comercial, atribuindo-lhes um dos grandes momentos do direito marítimo, que foi a *Lex Rhodia de Jactu*, e a preocupação, ainda na alta antiguidade, com disposições relacionadas ao comércio e aos contratos internacionais.

Nesse contexto deve ser registrada, ainda, como fonte histórica relevante, a participação da Grécia e da Roma Antiga na realização de expedições marítimas em toda a região circunvizinha do Mediterrâneo (STRENGER, 1996, p. 55).

É digna de admiração a evolução econômica experimentada pela civilização heleenística, somente comparável, em magnitude, às revoluções comerciais e industriais da Era Moderna (Idem, p. 56).

Strenger aponta algumas causas importantes desse processo evolutivo, a saber: a) incremento da comunicação a partir das conquistas alexandrinas, que estabeleceu vasta área de comércio que ia da Índia ao Nilo; b) ascensão dos preços em razão da entrada em circulação de enorme tesouro persa de ouro e prata, que ampliou os investimentos e as especulações; e c) o estímulo governamental ao comércio e à indústria, com a finalidade de ampliar as rendas do Estado.

Pode-se agregar a tais causas, ainda, a descoberta de novas rotas para terras distantes pelos egípcios, que possibilitou que o porto de Alexandria viesse a ter especiarias da Arábia, cobre do Chipre, ouro da Abissínia e da Índia, estanho da Bretanha, elefantes e marfim da Núbia, prata do norte do Egeu e da Espanha, finos tapetes da Ásia Menor e até seda da China (Ibidem).

Esse desenvolvimento econômico, que atingiu seu ápice com a adoção de uma economia monetária internacional baseada em moeda de ouro e prata, e com o desenvol-

vimento dos bancos governamentais como instituições de crédito, encontrou seu limite a partir das invasões bárbaras, prolongando-se a sua decadência até a Idade Média.

“A Idade Média, com a queda do Império romano, assinala o período de formação do direito comercial.

O comércio e a indústria, sob o influxo das idéias do Cristianismo, travaram, por bem de sua liberdade e desenvolvimento, luta renhida contra as velhas instituições políticas e contra a inflexibilidade, rigidez e dureza das regras de direito romano, o *jus commune*, que, por muitos séculos, auxiliado pelo *jus gentium*, bastou para prover as exigências do tráfico comercial. À medida que tomavam impulso as transações, amiudava-se o comércio marítimo, e se desenvolvia o crédito. Paralelamente, àquele direito apareceram nas Repúblicas da Itália, como Veneza, Gênova, Pisa, Florença, etc., os usos e costumes, seguidos do trato dos negócios (*stylus mercatorum*), primeira manifestação jurídica do exercício do comércio.

No começo, os usos vieram suprir a insuficiência de textos romanos, regendo casos novos. Depois, deram batalha franca a esses textos, estreitos, incompatíveis com a ordem incipiente de fatos, que reclamavam especial disciplina jurídica” (STRENGER, 1996, p. 56-58).

Foi com o crescimento do comércio na Europa medieval, portanto, que se desenvolveu esse conjunto de regras denominado *lex mercatoria*, que alcançou inicialmente as cidades italianas e, posteriormente, França, Espanha, Inglaterra e o restante da Europa, em razão do comércio oceânico desenvolvido em Gênova, Veneza, Barcelona, Marselha e Amsterdam.

“Os portos constituíam sedes de centros de comércio onde tradicionalmente organizavam-se contratos de vendas, fixavam-se condições de

mercado, ocupavam-se com as convergências de preços dos produtos entre as regiões, o que veio a originar um tipo de comércio transfronteiriço e a criar serviço bancário para financiar esse tipo de comércio, daí surgindo o sistema normativo que ficou conhecido como *Lex Mercatoria* e que buscava consolidar base jurídica internacional para o comércio” (DAL-RI JUNIOR; OLIVEIRA, 2003, p. 95).

Além de guardar especial diferença da legislação aplicada nessas localidades, normalmente sujeitas a comandos reais, feudais ou eclesiásticos, a *lex mercatoria* chamava atenção por seu caráter transnacional e pela fidelidade aos usos e costumes mercantis – cuja manifestação máxima estava na ênfase à liberdade contratual – que eram aplicados pelos próprios mercadores ou pelas corporações de ofício, sempre em processo célere e informal.

“Surge então a lei dos mercadores – *lex mercatoria* – que se estrutura aos poucos, com os contornos de um conjunto de procedimentos que possibilita soluções eficazes para os conflitos que possam surgir entre as partes sem se ater a legislações e tribunais nacionais.

Com efeito, desde então, temiam os mercadores, como ainda hoje se teme, a aplicação de soluções por tribunais nacionais de modo parcial a favor dos seus compatriotas, de leis e normas que desconheciam ou que poderiam ser alteradas ao sabor das influências de momento.

Nascem assim os julgamentos por arbitragem, nas guildas e corporações, tendo nos corpos julgadores os membros mais representativos dos mercadores, de diferentes origens; as soluções dadas por esses árbitros, a seu turno, tornam-se, a seu turno, em normas que passam a ser observadas pelos mercadores” (MARTINS; TAVOLARO, 2009, p. 2).

1.2. Da expansão no período medieval à sua absorção e desintegração pelo poder estatal

A queda do Império Romano inseriu a Europa medieval em um mundo de anarquia e insegurança, fato que, diante da ausência de poder político capaz de manter a paz e a realização do direito, possibilitou a criação das corporações de classe, incluindo as de mercadores, voltadas para a proteção e assistência dos comerciantes.

Segundo Strenger, tais corporações formavam uma estrutura similar a de um pequeno Estado, dotado de um poder legislativo e de um poder judiciário, com atribuições que iam desde a vigília da guerra, da paz e das represálias, até a elaboração de leis e estatutos que, sob jurisdição própria, eram aplicadas. Gozavam de patrimônio próprio formado a partir da contribuição dos associados e decidiam as causas comerciais com a maior brevidade e sem formalidade.

“(…) parallel to this development, a large body of laws governing overland trade involved in the Middle Ages. The marchants travelling to the different markets, fairs and seaports to trade their goods had their own laws, and legal systems which were distinct from the laws applicable in their respective States. The commercial customs that developed were confirmed and given legal definition by the mercantile courts which were made up generally of members of the merchant class, their election dependent upon their experience and Knowledge” (STOECKER, 1990, p. 102).

Esse modelo alternativo de organização social era bem identificado na Inglaterra feudal, onde os comerciantes, conhecidos como “pie powder”, “pedes pulvorosi” ou “pés poeirentos”, ao criar e organizar uma feira, constituíam tribunais voltados à solução de conflitos mercantis.

Segundo notícia Jorge Parra (1989, p. 239), referidos tribunais possuíam ampla

competência, excluindo, contudo, problemas relativos à terra. Eram presididos por um comerciante da cidade e assistidos por mercadores, e sua atuação se caracterizava pela celeridade na apreciação dos litígios, que comumente eram solucionados em um único dia.

Além disso, não se valiam da *Common law* como fonte normativa aplicável na solução do litígio mercantil, mas, sim, da *lex mercatoria*, entendida como o costume dos comerciantes dirigido à regulação dos contratos e que era aplicado independentemente da lei do lugar e da lei pessoal das partes.

“Era a época das feiras, nas quais os mercadores negociavam seus produtos com base nos usos e costumes das suas localidades, o que fez com que as diversas características regionais tomassem um caráter uno, proveniente da interação entre os comerciantes de diversos pontos da Europa” (AZEVEDO, 2006, p. 95).

Já no século XV, prevalecia na Inglaterra a ideia de que os mercadores não eram obrigados pelas leis inglesas, devendo ser julgados de acordo com a lei natural – a *lex mercatoria* – que seria “universal no mundo” (LE PERA, 1988, p. 14).

No século XVII, o uso da *lex mercatoria* foi aos poucos sendo mitigado naquele país com o avanço da *common law*, especialmente sob o Lord Chief of Justice Sir Edward Coke. Nesse período foram abolidas – ou tiveram sua jurisdição limitada – as Cortes do Almirantado e outras cortes especializadas, passando a *lex mercatoria* a ser tratada como costume e prática comercial, a ser provada, caso a caso, nas disputas comerciais solvidas pela *common law*, “to the satisfaction of twelve reasonable and ignorant jurors” (MAFALHÃES; TAVOLARO, 2004, p. 61).

A partir do julgamento do caso *Pillans v. Mierop* por Lord Mansfield (1705-1793), *Chief Justice of the King's Bench*, novo entendimento passou a ser adotado, sustentando

não serem as regras da *lex mercatoria* usos e costumes, mas, sim, matéria jurídica a ser decidida pelos tribunais, restando, assim, absorvida pela *common law*.

Na França a absorção e desintegração da *lex mercatoria* resultou das grandes reformas promulgadas por Luís XIV, especialmente a partir da edição da *Ordonnance sur le commerce de terre* (1673) e da *Ordonnance sur le commerce de mer* (1681).

Segundo Strenger (1996, p. 60), baseada nessas *Ordonnances*, a França publicou, mais de um século depois, o seu Código Comercial de 1807, abrindo “a fase mais poderosa da atividade legislativa do século XIX”.

Assim, à medida que crescia essa manifestação codificadora, viu-se uma incorporação também crescente das práticas e usos comerciais nos ordenamentos internos, restando enfraquecida a atividade livre dos comerciantes, que passaram a ter submetidos seus conflitos comerciais às leis nacionais e à jurisdição estatal.

“The nationalization of mercantile law, including international sales law, occurred in the nineteenth century. During this period, states began to codify commercial law rules into national legislation. They decided to take full control over international trade and developed new laws to regulate all aspects of economic relations between commercial parties. Furthermore, disputes between domestic and foreign parties were to be resolved in state courts by referring to private international law” (MAZZACANO, 2008, p. 11).

Esse movimento, de modo geral, foi seguido em toda a Europa. A afirmação dos Estados nacionais na Idade Moderna terminou por consolidar o processo restritivo iniciado pela Inglaterra no século anterior. Isso porque a transnacionalidade caracterizadora da *Lex Mercatoria* representava clara ameaça a um dos mais importantes pilares do novo modelo de Estado, qual seja, a soberania.

O exercício pleno do poder soberano estatal era praticamente incompatível com a ideia de um ordenamento normativo que se sobrepusesse às fronteiras nacionais. Além disso, o processo de codificação desenvolvido a partir do século XIX contemplou a criação do direito comercial, ocasião em que diversos preceitos da *Lex Mercatoria* foram incorporados pelas legislações nacionais (MAGALHÃES; TAVOLARO, 2004, p. 60).

Nesse sentido, conclusivas as palavras de Pedro Pontes de Azevedo (2006, p. 96):

“Assim, na Idade Moderna, tendo em vista o fortalecimento das nações, o Estado invocou para si o monopólio legislativo, tendo como incompatíveis a produção legiferante estatal e as normas emanadas dos usos e costumes comerciais. As legislações nacionais se fortaleceram nesse período, ficando cada vez mais patenteada a imperatividade do direito comercial – que se firma, inclusive, como disciplina jurídica autônoma. Era advogada a tese de que a *lex mercatoria* era incompatível com o direito soberano de cada Estado produzir suas leis, ou seja, que um direito calcado em práticas, usos e costumes mercantilistas, de cunho supranacional, viria a mitigar a força normativa das leis nacionais”.

2. A *nova* Lex mercatoria

Desprovida de seu caráter cosmopolita, a aplicação da *Lex Mercatoria* no comércio internacional permaneceu recolhida até que, por força do desenvolvimento das relações econômicas internacionais e da pressão dos comerciantes, bem como diante das limitações enfrentadas pelas leis locais e pelas decisões dos tribunais nacionais – muitas vezes arbitrárias e despidas de praticidade –, os Estados se viram forçados a reconhecer alguns de seus instrumentos e estruturas legais.

“É exatamente a fase do declínio da velha *lex mercatoria*, que se caracterizou não pela extinção desse instituto, mas pela sua readaptação à nova realidade sócio-econômica global. A velocidade e a relevância das práticas comerciais contemporâneas não estavam mais sendo abarcadas pela normatização autônoma de cada país, o que obrigatoriamente fez com que se adotassem práticas homogêneas no comércio internacional, fazendo surgir a nova *lex mercatoria*. Nesse sentido teve papel fundamental a Câmara Internacional de Comércio de Paris (CCI), que empreendeu debates acerca da defasagem da produção normativa nacional em virtude das novas práticas do comércio mundial” (AZEVEDO, 2006, p. 96).

Desse modo, o comércio internacional vem desenvolvendo diversos instrumentos jurídicos, seja em razão da prática mercantil, seja por reação estatal decorrente da necessidade de adaptação aos ditames da economia de mercado.

O processo de normatização do comércio internacional experimenta nos dias de hoje movimento espiral contínuo, que varia da autorregulação do comércio pelo próprio mercado à regulação do comércio pelo Estado. Naturalmente, o movimento de regulação do comércio pelo Estado, com a finalidade de se adequar às exigências do mercado, termina por criar ambiente mais favorável para o crescimento do comércio e para a atuação do mercado. Este, por sua vez, em virtude de sua liberdade de autorregulação, permanece na busca do aperfeiçoamento de suas práticas, recebendo do Estado regulamentação adaptativa, e assim sucessivamente.

Nesse sentido, interessante mencionar o exemplo do mercado de valores e de opções e futuros, cuja prática encontra-se sujeita aos Princípios de Supervisão Efetiva do Mercado elaborados por iniciativa do *Council of Securities Regulators of the Ame-*

ricas – COSRA. São eles: I – Autorização, Responsabilidade e Exigibilidade; II – Acompanhamento para o cumprimento da legislação; e III – Aplicação da Legislação (“Enforcement”).

“Princípios de Supervisão Efetiva do Mercado – Preâmbulo

O Conselho de Reguladores de Valores das Américas (Council of Securities Regulators of the Americas – COSRA) acredita firmemente que os mercados de valores e os de opções e futuros constituem um patrimônio nacional essencial para a prosperidade e o crescimento econômico. Dado o papel central destes mercados na alocação eficaz dos recursos da região, a integridade destes mercados é um assunto de interesse público. Os investidores procuram os mercados pela sua imparcialidade, honestidade e organização. Portanto, os reguladores devem esforçar-se para que os mercados de valores e de futuros sejam imparciais, honestos e organizados, mediante regulação das práticas de mercado, proibição de ações fraudulentas e de condutas manipuladoras, promoção da conduta ética nos negócios, estabelecimento de um alto padrão para os intermediários e da aplicação rigorosa das leis, regulamentos e regras. Países em que não haja proibições contra condutas fraudulentas, manipuladoras e impróprias correm o risco de se tornarem um refúgio de atividades ilegais. Os abusos tornam os mercados menos eficientes, acarretando maiores custos sistêmicos e de transações, prejuízos para os investidores e, mais importante, a ausência dos investidores individuais e institucionais que consideram a integridade como uma característica essencial do mercado.

Os membros COSRA concordam que um programa de supervisão efetiva

de mercado promove a confiança dos investidores e constitui a base para um mercado imparcial, honesto e organizado. Concordam também que existem pelo menos três componentes básicos para uma supervisão eficaz: Medidas para conduzir o desenvolvimento e aprimorar a imparcialidade, honestidade e organização dos mercados, para impor responsabilidades aos operadores de mercado e intermediários;

Medidas para supervisionar o cumprimento das leis que regem as operações de valores mobiliários e de futuros, bem como das regras de entidades reguladoras e auto-reguladoras; e

Um sistema eficaz para fazer cumprir as leis, regulamentos e regras das organizações auto-reguladoras que regem as operações destes mercados.

Estes componentes devem ser enfatizados no desenvolvimento e aprimoramento dos sistemas de supervisão dos mercados regionais. Os membros do COSRA acreditam firmemente que os países atualmente sem supervisão governamental dos mercados devem analisar a possibilidade de criação de uma autoridade governamental para proteger o interesse público. À medida que os mercados crescem economicamente e se tornam mais complexos, pode tornar-se necessário que a autoridade governamental imponha maiores níveis de responsabilidade sobre os operadores de mercado e sobre os intermediários. A auto-regulação, sujeita a uma apropriada supervisão do governo, pode proporcionar um meio eficaz de supervisionar as atividades dos intermediários e operadores do mercado. Em um sistema de auto-regulação, os profissionais do mercado, tais como os operadores e intermediários de mercado, desenvolvem,

implementam e fazem cumprir as regras que regem suas atividades. A auto-regulação poupa os recursos do governo e fomenta o desenvolvimento de regras benéficas e viáveis para o mercado, bem como oferece mais flexibilidade na resolução de problemas complexos, quando comparada a uma intervenção direta do governo. Em países onde não existem organizações auto-reguladoras, dever-se-ia considerar o estabelecimento destas. A supervisão governamental sobre os auto-reguladores é, todavia, de vital importância para garantir proteção contra possíveis conflitos entre o interesse privado da indústria e o interesse público.

No desenvolvimento de um sistema de supervisão de mercado, distintos enfoques têm sido adotados, abrangendo desde um sistema de supervisão operado somente por associações de intermediários do mercado, até um sistema operado e mantido apenas pelo governo. Após a análise dos diversos enfoques, os membros do COSRA compartilham do ponto de vista de que os seguintes princípios proporcionam um equilíbrio efetivo entre o interesse da indústria e o interesse público, incorporando os componentes essenciais descritos acima. Estes princípios podem ser combinados com os princípios anteriormente aprovados no COSRA, de transparência e *audit trail* – registro seqüencial dos negócios – para proporcionar um efetivo arcabouço regulatório”.

A nova *Lex Mercatoria* encontra sua força normativa nesse movimento contínuo entre Estado e mercado. É da autorregulação do mercado que são extraídos instrumentos jurídicos como, por exemplo, o crédito documentário com intervenção bancária nos negócios de importação e exportação, as condições gerais do Conselho de Assistên-

cia Econômica Mútua (Comecon), os contratos-tipo e os incoterms (consolidação de termos comerciais internacionais, elaborada pela Câmara de Comércio Internacional).

Os tratados internacionais, por sua vez, principalmente os multilaterais relativos ao comércio (GATT e OMC) e os constitutivos de blocos regionais (União Européia, Mercosul, ALCA, Nafta, etc), também guardam especial influência no desenrolar das práticas comerciais. Além disso, os usos e costumes do comércio, manifestados nas sentenças arbitrais de forma reiterada, dão ao mercado a força do precedente como fonte normativa.

Importante destacar que a constante preocupação no sentido de se afastar as questões relativas a conflitos de leis também impulsionam mercado e Estado a buscarem a edição de leis uniformes, entre as quais, temos como exemplo: Leis Uniformes sobre Letras de Câmbio e Notas Promissórias (Genebra, 1930), Lei Uniforme sobre Cheques (Genebra, 1931), Regras e Usos Uniformes de Créditos Documentários, Regras Uniformes para Garantia de Contratos (CIC), Lei Modelo de Arbitragem (UNCITRAL), Convenção Internacional sobre Compra e Venda Internacional (Viena, 1980), Princípios dos Contratos Internacionais (UNIDROIT) e a Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (Cidip V – Cidade do México).

2.1. O que é a nova *lex mercatoria*?

Não obstante o fato de os Estados se virem obrigados a reconhecer instrumentos e estruturas legais utilizadas pelo mercado, a exemplo daqueles decorrentes da atuação da Câmara Internacional de Comércio de Paris nos anos 20, foi na década de 60 que se deu a identificação formal do surgimento de uma nova *lex mercatoria*, apontada como uma tendência a partir dos estudos de Berthold Goldmann.

Para ele, a nova *lex mercatoria* seria um complexo de usos e costumes que não se sobrepõem ao direito nacional; um corpo

autônomo de direito formado graças à autonomia da vontade, a partir da reiterada aplicação nas operações de comércio e de arbitragem internacional (AMARAL, 2009), ou, ainda, um conjunto de princípios, instituições e regras com origem em várias fontes, que nutriu e ainda nutre as estruturas e o funcionamento legal específico da coletividade de operadores do comércio internacional (STRENGER, 1996, p. 72).

Estabelecida a questão acerca do surgimento da nova *lex mercatoria*, variados conceitos passaram a ser formulados. É o caso, por exemplo, de Shimitthof, que a define como princípios comuns de leis relacionados aos negócios comerciais internacionais, ou regras uniformes aceitas por todos os países; ou, ainda, de Goldstajn, que a identifica como um corpo de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado (AMARAL, 2004).

Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, a seu turno, a entende como o conjunto de regras costumeiras desenvolvidas em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovadas e observadas com regularidade (AZEVEDO, 2006, p. 97).

Para Irineu Strenger (1996, p. 78), contudo, a *lex mercatoria* seria “um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz”.

Acerca da busca por um enquadramento teórico do fenômeno da *lex mercatoria*, pertinente o magistério de Cristián Gimenez Corte (2004, p. 346):

“En una muy apretada síntesis, se pueden clasificar estas distintas posturas sobre la *lex mercatoria* de la siguiente manera:

Un sector de la doctrina considera que la *lex mercatoria* es un mero recurso interpretativo de las cláusulas de los contratos comerciales internacionales, es decir, que ante la

duda sobre el sentido y el alcance de un artículo de un contrato se podría recurrir a la *lex mercatoria* para tratar de precisarlo.

Otra postura considera que la *lex mercatoria* es una especie de derecho intersticial, que se aplicaría solamente en aquellos intersticios, vacíos, o lagunas que dejan abiertos los ordenamientos jurídicos nacionales.

CLIVE SCHMITTOF por su parte, toma un punto de vista diferente; según él la moderna *lex mercatoria* es una creación deliberada de ciertas formulating agencies como por ejemplo la Cámara de Comercio Internacional (en adelante ICC).

Finalmente, por ejemplo BERMAN y DASSER consideran que la nueva *lex mercatoria* es derecho de raíz consuetudinária, como lo era la vieja *lex mercatoria* de los comerciantes de la edad media”.

O certo é que, como bem observado por Strenger (1996, p. 78), independentemente do conceito adotado, torna-se evidente que todas as definições procuram realçar um estado de insatisfação com os sistemas nacionais, “pela impossibilidade que demonstram em solucionar os problemas fundamentais do comércio internacional”.

De todo modo, a questão acerca da definição da *lex mercatoria* tem dado lugar a nova discussão, a saber, a que se refere à aceitação de sua aplicação. Nesse tocante, Agostinho Tavolaro e Ives Gandra apontam o debate travado entre os defensores da sua aplicabilidade automática e aqueles que a rejeitam, resumindo os argumentos de ambos os lados em três tópicos (MARTINS; TAVOLARO, 2009).

O grupo dos que rejeitam a sua aplicação abraçam os seguintes argumentos:

a) a *lex mercatoria* não seria lei por lhe faltar base metodológica e um sistema legal que a suporte, não possuindo, por isso mesmo, qualquer autoridade estatal da qual possa derivar seu efeito obrigatório;

b) a *lex mercatoria* seria vaga e incoerente, mormente diante do fato de os sistemas legais existentes no mundo (romano-germânico, *common law*, lei islâmica, etc) não adotarem os mesmos princípios gerais;

c) a flexibilidade da *lex mercatoria* poderia levar a decisões arbitrárias e a uma decisão diferente para cada caso, ainda que semelhantes.

Por sua vez o grupo que defende a sua aplicação adota as seguintes razões:

a) a *lex mercatoria* não emerge da vontade das autoridades estatais, mas, sim, do seu reconhecimento comum pela comunidade dos negócios, sendo diferente do direito encontrado nas leis nacionais, por ser parte do direito vivo que decorre da criatividade dos operadores do comércio;

b) a *lex mercatoria* não se apresenta como conjunto de normas pretensamente completo, preciso e exaustivo, a exemplo do que acontece com os sistemas legais nacionais, que constantemente modificam suas normas afetando o regramento das relações entre particulares;

c) a *lex mercatoria* pode levar a decisões conflitantes e contraditórias não por ser vaga e rudimentar como alguns sustentam, mas pela mesma razão que as leis dos estados levam a decisões conflitantes e contraditórias por parte dos tribunais estatais;

Há de se acrescentar ainda, em defesa da sua aplicabilidade, o fato de as questões relacionadas ao comércio internacional se apresentarem como de grande complexidade, fato que frequentemente impossibilita um julgamento técnico pelo Judiciário estatal.

Particularmente, guardo o entendimento de que, não obstante a razoabilidade dos argumentos daqueles que defendem sua aplicabilidade como imperativa, não há como refutar o argumento da soberania invocado pela outra corrente.

Isso porque, ainda que a *lex mercatoria* tenha a sua aplicação como um fato do comércio internacional, é inegável que, sem a aceitação, pelo Estado-nação, da decisão

proferida por juízes não estatais, esta não terá qualquer força executiva caso a parte perdedora opte pelo não cumprimento espontâneo.

Mais que isso, caso a parte perdedora invoque a jurisdição estatal, esta não lhe poderá ser recusada, fazendo com que a parte perdedora do litígio extraestatal possa, diante de uma vitória sob a apreciação jurisdicional, contar com o apoio do Estado para ver cumprida a decisão judicial.

Desse modo, entendo que a discussão acerca da sua aplicabilidade, ou não, já não guarda tanta importância, devendo a atenção do estudioso do fenômeno da *lex mercatoria* ser dirigida para o seu conteúdo e par, a fim de melhor definir a forma e os limites de sua aplicação.

2.2. Conteúdo da nova *lex mercatoria*

O primeiro olhar lançado sobre o conteúdo da nova *lex mercatoria* costuma evidenciar um certo paralelismo entre o fenômeno dos usos e costumes na Idade Média e os que se manifestam nos tempos atuais. Isso porque, em ambos os modelos, verificam-se as características de um direito espontâneo, uniforme e universal, formado pela e para a classe dos comerciantes.

Um olhar mais atento sobre o fenômeno, contudo, é capaz de evidenciar inúmeras diferenças de conteúdo, principalmente no que tange às fontes normativas.

A *lex mercatoria* medieval, como já consignado, está intrinsecamente ligada às atividades das feiras de comércio europeias daquele período, como bem descreve Luiz César Ramos Pereira (2002, p. 287)

“A *Lex Mercatoria* parecia estar em parte baseada na lei romana, no costume marítimo e em parte, nas leis das feiras européias medievais. Há um pouco de obscuridade sobre o que constitui a substância da *Lex Mercatoria*, mas definitivamente é entendida como a lei administrada entre os comerciantes e os tribunais estatais ou comerciais.

Historicamente, se tem notícia da Liga hanseática formada na Alemanha em 1241-1269, que era uma combinação de comerciantes que proveram regras e regulamentos para a conduta deles, além de protegê-los quando a lei não fazia, reconhecendo seus direitos. Veio controlar todo o comércio da Europa do norte e incluía 85 cidades principais, entre as quais, Londres. Teve um poder considerável, isto é, mantinha um exército e uma marinha; estradas defendidas de cidade para cidade; mantinha uma fortaleza e um armazém em cada cidade, obrigando o comerciante a se sujeitar às suas leis, nas várias feiras”.

A nova *lex mercatoria*, por sua vez, encontra sua substância em diversas outras fontes, todas resultantes da intensificação da dinâmica do comércio internacional, a saber:

a) contratos internacionais (contratos-tipo) – principal fonte do direito do comércio internacional, que, a partir de sua utilização reiterada, deu origem a modelos com condições gerais e formas padronizadas;

b) usos e costumes do comércio internacional que vêm sendo sistematizados e readaptados, a exemplo das regras e usos uniformes para crédito documentado (ICC publication nº 500), dos *Incoterms* 2000, dos *ICC General Usages for Digitally Ensured Commerce*, das regras uniformes relativas às garantias de pagamento e reclamação (RUG/ICC) e das regras sobre práticas internacionais em matéria de créditos contingentes (ISP 98/ICC);

c) condições gerais de contratação e *standards forms* – modelos de contratos e condições gerais de contratação sistematizadas e atualizadas por organizações reconhecidas pelos comerciantes, nos mesmos moldes da ICC, a exemplo do *ICC Model Form for Issuing Demand Guarantees* (ICC Publication nº 458), do *ICC Model Form for Issuing Contract Guarantees* (ICC Publication nº 325), do *Standard Trading Conditions of The Institute*

of Freight Forwarders, do IATA (*International Air Transportation Association*) *uniform airway bill and standard contract form*, dos IMO (*International Maritime Organization*) *Model Contracts*, entre outros;

d) regras das associações profissionais e das *guidelines* – espécies de guias para elaboração de contratos ou para a realização de operações comerciais, a exemplo do FCI (*Factor Chain International*) *Code of International Factoring Custom/1987*, do ICC *Guide to Drafting International Distributorships Agreements* (ICC Publication nº 441), entre outros;

e) princípios gerais do comércio internacional – regras gerais dos sistemas jurídicos que se constituem como parte do direito transnacional, utilizados diante de um conflito de leis. Sua sistematização é produto do trabalho investigativo e comparativo de alguns juristas que selecionam os princípios jurídicos comuns a legislações de diferentes sistemas. São exemplos os *Principles of International Commercial Contracts* (1994 – UNIDROIT *International Institute for the Unification of Private Law*) e os *Principles of European Contract Law* (*Commission of European Contract Law*);

f) códigos de conduta, convenções internacionais não-vigentes e leis modelo – minutas de leis elaboradas por organismos internacionais ante a impossibilidade de celebração de um tratado internacional sobre determinada matéria, a fim de que cada país possa inseri-lo em seu ordenamento jurídico por meio de processo legislativo nacional, a exemplo da *UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce* e da lei modelo sobre arbitragem comercial internacional da UNCITRAL. Além disso, outros instrumentos, como os códigos de conduta, são editados com a finalidade de regular alguns aspectos das relações privadas internacionais, como as atividades das empresas multinacionais em diversos países, a exemplo do *The United Nation Code of Conduct on Transnational Corporation* e do *The Organization for Economic Co-Operation*

and Development (OECD) Guidelines for Multinational Enterprises;

g) laudos arbitrais – a exemplo da jurisprudência formada a partir da reiteração de entendimentos proferidos em decisões do poder judiciário estatal, a prática reiterada de certos entendimentos por árbitros do comércio internacional é capaz de gerar uma espécie de corrente jurisprudencial, acolhida por toda a comunidade do comércio internacional

3. *Lex mercatoria e soberania estatal*

3.1. *Autonomia da lex mercatoria*

Como mencionado anteriormente, outra questão importante e merecedora de atenção em matéria de *lex mercatoria* é a que diz respeito aos limites de sua aplicação e a sua combinação com as normas de direito interno, especialmente as que dispõem sobre a ordem pública.

Sobre o assunto, leciona Irineu Strenger (1996, p. 136-137):

“A noção de ordem pública expressa, em termos gerais, o esquema de valores cuja tutela atende, com caráter essencial, a um determinado ordenamento jurídico.

[...]

Na perspectiva do setor normativo que, em cada ordenamento, visa a dar respostas jurídicas adequadas a pressupostos do tráfico externo, a noção de ordem pública pode ser definida como ‘o conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, reflete o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto’”.

Avançando mais sobre o tema, Strenger identifica a formação de uma ordem pública autônoma como produto do desenvolvimento do comércio internacional.

“O aumento do volume de tráfico externo em um panorama internacional universalizado gerou, no plano das

relações econômicas, o surgimento do espaço transnacional, que tem exigências próprias, as quais foram respeitadas – e potenciadas em muitos casos – pelas jurisprudências estatais, de forma a evitar posição desvantajosa para seus nacionais no meio praticamente autônomo do comércio internacional.

Essa plataforma transnacional constitui o cenário do comércio no qual se desenvolveu noção relativamente autônoma de ordem pública, cujo objetivo visa defender o mínimo *standard* de coerência e homogeneidade com o que se deve produzir a regulação jurídica das transações que têm lugar em tal contexto.

Naturalmente, a concreção do sentido e do alcance dessa ordem pública internacional corresponde a cada sistema jurídico, já que são os juízes estatais quem determinam a medida em que aceitam sua existência e quais são os princípios que integram seu conteúdo. Por conseguinte, é necessário manter uma visão restrita da operatividade e grau de desenvolvimento desta aceção internacional da ordem pública” (STRENGER, 1996, p. 138-139).

As observações de Strenger (1996, p. 140) conduzem à conclusão de que essa ordem pública própria do meio do comércio internacional desempenha papel relevante, garantindo preceitos que se inscrevem no plano institucional de cada Estado, mesmo diante da crescente escalada dos usos e costumes do comércio internacional.

Nesse sentido, pertinente o magistério de Magalhães e Tavolaro, para quem a *lex mercatoria* não compete com a lei do Estado, nem tampouco constitui um direito supranacional que derroga o direito nacional. Segundo os mencionados autores, a *lex mercatoria* deve ser vista como um direito adotado *ad latere* do sistema estatal, mesmo porque, afirmam mencionando Christoph W. O. Stoecker,

“[...] os tribunais nacionais não a aceitam como corpo de leis alternativo a ser aplicado em um litígio. Acatando-a, estaria o Estado abdicando de parte de sua soberania em favor de mãos invisíveis de uma comunidade de mercados em constantes mudanças” (MAGALHÃES; TAVOLARO, 2004, p. 62).

De fato, como bem colocam Magalhães e Tavoralo (2004, p. 62), é o caráter corporativo da comunidade de profissionais ou dos operadores do comércio internacional que lastreia a concepção da *lex mercatoria*. Desse modo, torna-se evidente o vínculo estreito entre a *lex mercatoria* e a arbitragem, cuja efetividade da decisão não repousa na força do Estado, mas, sim, na da corporação em que se integram as partes conflitantes que, em não acatando o laudo arbitral, dela será excluída ante a falta de credibilidade e confiabilidade.

“A abordagem da questão da autonomia da *lex mercatoria* requer, de meu ponto de vista, que se examine em primeiro lugar a questão da existência da *societas mercatorum* internacional que assegura a autonomia da *lex mercatoria*” (QUEIROZ, 2002, p. 81).

Acerca da autonomia da *lex mercatoria* posiciona-se, com propriedade, Peter Mazzacano (2008, p. 3):

“The noun ‘autonomy’ is defined in Black’s Law Dictionary as ‘1. The right of self-government. 2. A self-governing state’. Immediately, the inadequacy of this definition is apparent. The self-governing nature of the medieval merchant class is evident in the historical record, but this group, while free to contract in commercial matters, could not be deemed a ‘government’ or a ‘state’. Merchants were ‘autonomous’ in terms of their relations with each other, as well as in commercial matters with the state. Apart from insisting that it be governed by its own merchant law

in commercial matters, the merchant class had no other sovereign pretensions. They simply wished to conduct commerce from state to state without any interference from local laws. The Black’s definition is, thus, deficient. It does, however, lead us in another, more interesting direction. Under the phrase ‘autonomy of the parties’ Black’s refers us to ‘freedom of contract’. There, we find that freedom of contract is a doctrine w[h]ere people enjoy the right to bind themselves legally. With freedom of contract, parties should not be hampered by external control, as from, for example, government interference. In other words, these are legally binding acts between individuals outside the direct control of the state. This helps us to utilize a functional definition of ‘autonomous’, at least within the context of private legal orders. I use the term ‘autonomy’ with this meaning. This is from the Greek: ‘Auto-Nomos’. ‘Auto’ meaning ‘self’, and ‘nomos’ meaning ‘law’. ‘Autonomy’ is, thus, one who gives oneself his or her own law, as in self-made law.

Based on this definition of ‘autonomous’, the medieval *lex mercatoria* did represent a distinctive, autonomous, private legal order that existed primarily outside the shadow of the state”.

Abrindo distância de uma problemática que se apresenta mais no plano teórico que no fático – a experiência evidencia não serem as regras previstas no direito nacional necessariamente conflitantes com as regras da *lex mercatoria*. Ao contrário, com frequência verificam-se compatíveis estas últimas com os princípios que regem o direito das obrigações, fato esse que conduz à possibilidade de afastamento da aplicação da regra costumeira internacional tão somente quando esta violar norma de ordem pública local.

Merecedor de destaque entre os princípios compatíveis e aplicáveis à liberdade contratual é o princípio da autonomia da vontade, que possibilita às partes não apenas a escolha da lei que vai reger as obrigações por elas contraídas, mas, também, permite a contratação ainda que não exista lei disciplinando tais relações.

“[...] Neste sentido, não havendo legislação específica a regular todas as relações jurídico-econômicas, até em face da impossibilidade material de isso ocorrer, sobreleva-se a importância de regras supra-estatais que venham a dar conta de tal regulamentação.

Neste diapasão, a adoção [de] um direito supranacional, fundado nos usos e costumes reiteradamente utilizados na prática internacional dos comerciantes – a *lex mercatoria*, seria uma forma de se estabelecer parâmetros concretos para a solução dos litígios surgidos no âmbito do comércio internacional” (AZEVEDO, 2006, p. 99).

O princípio da autonomia da vontade é, pois, grande facilitador do processo de adequação entre as normas da *lex mercatoria* e as normas de direito interno, uma vez que torna possível a adoção da *lex mercatoria*, pelas partes, como parâmetro de resolução dos conflitos hipoteticamente advindos da execução dos contratos internacionais.

“Por medio de la autonomía de la voluntad, las partes de un contrato internacional están facultadas a elegir el derecho nacional aplicable a su relación jurídica (autonomía conflictual), o bien incorporar al contrato cláusulas creadas o elaboradas por las propias partes (autonomía material).

¿Están facultadas las partes, por medio de la autonomía de la voluntad, a elegir como derecho rector de su contrato a la *lex mercatoria*?

Se estima que sí. Las partes de un contrato pueden elegir como aplicable no ya un derecho nacional de un

país determinado, sino un derecho transnacional; un derecho de creación no-estatal.

El ejemplo más acabado de esta posibilidad lo brindan las reglas y usos uniformes para los créditos documentados (ICC Publication nº 500), que son generalmente elegidas para regir el contrato de crédito documentado, y que forman parte del contenido de la *lex mercatoria* [...]” (CORTE, 2004, p. 357).

A autonomia da vontade, contudo, não é capaz, por si só, de resolver a questão acerca do alcance da aplicação da *lex mercatoria*, quando confrontada com a soberania estatal. Isso porque, como é bem sabido, somente o Estado detém o monopólio do uso legítimo da força muitas vezes necessária para ver cumprido um mandamento seu.

Desse modo, ainda que as partes contratantes optem por resolver seus conflitos por meios e recursos consagrados como usos e costumes do comércio internacional, a não observância dos dispositivos lançados em uma decisão sobre tais conflitos será sempre uma possibilidade. Não por menos é que o Estado brasileiro, consciente da necessidade de se adaptar à dinâmica do comércio internacional, inseriu em seu ordenamento jurídico a chamada Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/96), recepcionando instituto típico da *lex mercatoria* e regulando sua aplicação pelo Estado-juiz.

“Ahora bien, ¿constituye la *lex mercatoria* un auténtico sistema jurídico, independiente de los derechos nacionales, o en definitiva depende de los sistemas jurídicos nacionales?

Los autores que son críticos de la doctrina de la *lex mercatoria* sostienen que ésta encuentra límites muy definidos al momento de tener que ejecutar las obligaciones derivadas de un contrato internacional.

Es decir, que aun cuando un contrato pueda ser regulado por la *lex mercatoria*, si es necesario recurrir

a um juez nacional para solicitar el cumplimiento del contrato, este juez controlará que el derecho aplicable al contrato no viole los principios de orden público del Estado donde pretenda hacerse valer.

Otros autores han considerado sin embargo que es factible extender o dilatar estos límites. Em efecto, las partes de un contrato no solo pueden regular su contrato por la *lex mercatoria*, sino que además pueden prever que em caso de disputas entre ellas, la solución de las mismas se someta a um arbitraje internacional.

Y los árbitros, a no ser representantes del Estado, se sienten menos comprometidos a contrastar en contenido de la *lex mercatoria*, que regula el contrato, con el derecho estatal.

GOLDSHIMIDT ha denominado a esta posibilidad 'autonomía universal', ya que el contrato no estaría sujeto, en principio a ningún orden jurídico estatal" (CORTE, 2004, p. 360).

Essa a razão pela qual alguns autores persistem na crítica de que a *lex mercatoria* não seria propriamente um sistema jurídico. É que, como já afirmado acima, a impossibilidade de uso da força para fazer cumprir as decisões obtidas em procedimentos extra-estatais manteria a *lex mercatoria*, em última instância, em condição de dependência direta do sistema jurídico e judicial estatal.

3.2. Aplicação da nova *lex mercatoria* no ordenamento jurídico brasileiro

Indiscutivelmente, a arbitragem internacional é o principal meio de afirmação das normas da *lex mercatoria*, principalmente pelo fato de ser a opção preferida dos comerciantes no que se refere a procedimentos de solução de controvérsias.

Por outro lado, o reconhecimento formal da arbitragem pelos ordenamentos legais nacionais se apresenta como modo eficiente de incorporação de regras da *lex mercatoria* pelos ordenamentos estatais. Nesse sentido,

bem coloca Pedro Pontes de Azevedo (2006, p. 101-102).

"O juízo arbitral representa uma importante válvula de escape à morosidade do judiciário, além de possibilitar a prolação de sentenças tecnicamente mais embasadas, em virtude da competência específica dos árbitros eleitos pelas partes, no exercício da autonomia da vontade que lhes é assegurado.

Assim, sendo o juízo arbitral o de maior percuciência para dirimir os conflitos surgidos no âmbito do comércio internacional, não poderia o nosso país rechaçar a sua aplicação, como de regra não o faz.

No Brasil, portanto, a Lei nº 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem, representou um grande avanço do nosso ordenamento, posto que adotou a autonomia da vontade, inclusive, como um dos princípios informadores do juízo arbitral. Soma-se a isso o fato de que os países desenvolvidos já se utilizam do juízo arbitral há muito tempo. No direito alienígena são admitidas as cláusulas arbitrais, conforme já salientado, desde que não sejam contrárias à ordem pública. Assim também o é em nosso sistema jurídico, que prevê inclusive o ingresso das sentenças prolatadas em sede de juízo arbitral estrangeiro, desde que homologadas pelo Supremo Tribunal Federal".

Desse modo, é a partir da análise do processo de recepção da arbitragem pelo ordenamento jurídico, bem como de sua abordagem pelo Poder Judiciário, que se pode enfrentar com mais clareza a questão relativa à aplicação da nova *lex mercatoria* no Brasil.

3.2.1. Arbitragem

O procedimento arbitral no Brasil foi introduzido por meio da Lei nº 9.307/96, com a finalidade de atender às demandas da dinâmica do mercado internacional,

propiciando aos contratantes estrangeiros uma alternativa ao modelo convencional de solução de controvérsias, qual seja, o jurisdicional.

Do mesmo modo que a excessiva burocracia nacional voltada para a abertura e encerramento de empresas, ou mesmo os altos encargos trabalhistas, afastam negócios e investimentos estrangeiros no país, a falta de uma legislação específica para regular o procedimento arbitral, capaz de validar sua aplicação no território nacional, estava a prejudicar as relações comerciais internacionais, iniciadas com o processo de inserção na economia global de mercado e com a abertura do mercado nacional promovida na gestão do então presidente Collor.

“A arbitragem é um meio de solução de litígios utilizado comumente no comércio internacional. Consiste num fenômeno em crescente evolução no mundo contemporâneo em virtude do desenvolvimento das relações internacionais.

Antes da vigência da Lei de Arbitragem no Brasil, as definições sobre essa modalidade de solução de controvérsias partiam de um conceito voltado ao âmbito costumeiro internacional. A partir da vigência desta lei, a arbitragem recebeu nova concepção, modernizou seus conceitos e sua estrutura. Com a criação deste instituto houve um favorecimento à diversidade de solução de controvérsias, de forma mais célere, ágil e econômica para as partes envolvidas” (LOCATELI, 2001, p. 35).

A edição da lei, contudo, ainda guardou certa expectativa até a confirmação de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que a Constituição Federal resguarda, como direito fundamental, a inafastabilidade da prestação jurisdicional.

“De fato, como bem se posiciona o Supremo Tribunal Federal, ‘a ordem

jurídico-constitucional assegura aos cidadãos acesso ao Judiciário em concepção maior. Engloba a entrega da prestação jurisdicional da forma mais completa e convincente possível.’ (RE 158.655 – Relator Min. Marco Aurélio – no mesmo sentido RE 172.084). E de outro modo não poderia ser, vez que a jurisdição é a função estatal que tem por finalidade restabelecer a paz social por meio da solução das lides.

Assim, torna-se evidente que tal função, cujas características essenciais são a substitutividade e a definitividade, reserva ao Judiciário, por força de comando constitucional, o dever de se pronunciar no sentido de reafirmar a ordem jurídico-constitucional, toda vez que diante de qualquer lesão ou ameaça a direito” (VIDIGAL, 2007, p. 261).

Superada a questão por meio de decisão verdadeiramente salomônica, em que a autoridade do Judiciário era preservada com a apreciação da regularidade do procedimento, ao tempo em que os interesses do mercado global eram prestigiados com a constitucionalidade do instituto, o uso da arbitragem, que, no plano interno, ainda é bastante tímido, passou a ser utilizado constantemente, como se pode constar a partir da observação dos diversos julgados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal e, atualmente, pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de homologação de sentença estrangeira.

Focando a atenção nas disposições da Lei em questão, verifica-se clara opção do legislador em prestigiar a arbitragem como meio apto a fazer aplicar, quando em conjunto com a Lei de Introdução ao Código Civil e com os princípios do *pacta sunt servanda* e da boa-fé, disposições da *lex mercatoria* no território nacional.

De acordo com o artigo 34 da Lei nº 9.307/96, a sentença arbitral estrangeira, compreendida esta como a que tenha sido

proferida fora do território nacional, será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos da própria lei de arbitragem.

Há de se ressaltar, contudo, que, de acordo com a constituição Federal e com a referida lei, o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral no Brasil depende sempre e unicamente da homologação a ser realizada pelo Superior Tribunal de Justiça.²

Em termos procedimentais, a homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial, bem como do original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Os impedimentos para a homologação da sentença arbitral estrangeira estão no artigo 38 da referida lei, sendo eles (i) a incapacidade civil das partes que firmaram a convenção de arbitragem; (ii) a falta de validade da convenção diante da lei à qual as partes a submeteram; (iii) a falta de notificação da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem; (iv) a violação do princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; (v) a violação, pela sentença arbitral, dos limites da convenção, quando não for possível separar a parte excedente; (vi) a instituição da arbitragem em desacordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; e (vii) a sentença arbitral que não se tenha,

² De acordo com o artigo 35 da Lei nº 9.307/96, a homologação da sentença estrangeira deve ser feita pelo Supremo Tribunal Federal. Contudo, a Emenda Constitucional n.º 45 transferiu a competência para o Superior Tribunal de Justiça.

ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

A sentença arbitral também poderá deixar de ser homologada quando o Superior Tribunal de Justiça constar que, segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem, ou, ainda, que a decisão ofende a ordem pública nacional.

Há de se ressaltar que a denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados. Assegura-se, assim, que falhas meramente formais prejudiquem o conteúdo do *decisum* arbitral.

Vê-se, portanto, que, no caso brasileiro, não há que se prolongar as discussões acerca da afronta ou não à soberania estatal, pois o próprio legislador aderiu a uma tendência global da adoção da arbitragem como forma de inserção das normas da *lex mercatoria* no ordenamento estatal, possibilitando a solução de controvérsias muito específicas com maior grau de acerto, o que garante maior segurança jurídica às relações comerciais internacionais.

3.2.2. Jurisprudência

Desde a promulgação da Constituição de 1988, pode-se apontar como pronunciamento judicial mais importante no tocante à arbitragem a decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 9.307/96.

Trata-se do julgamento do Agravo Regimental na Sentença Estrangeira 5.206/Espanha, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 12-12-01 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. A decisão, publicada no Diário da Justiça de 30/04/2004, estava assim ementada:

“EMENTA: 1. Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais

sobre direitos inquestionavelmente disponíveis – a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial. 2. *Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF.* A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem – a possibilidade de execução específica de compromisso arbitral – não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal – dado o seu papel de ‘guarda da Constituição’ – se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS

20.505, Néri). 3. *Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese, do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte – incluído o do relator – que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória – dada a indeterminação de seu objeto – e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII, e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade – aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31).”*

A partir do supracitado julgado, as relações comerciais internacionais envolvendo o Brasil ou seus nacionais ingressaram em nova fase de amadurecimento e desenvolvimento. Contudo, a cooperação de todo o Poder Judiciário sempre se fez necessária

para que a arbitragem realmente atingisse sua finalidade. Quanto a isso, esclarecedor é o magistério de Irineu Strenger (2004, p. 18):

“Três aspectos fundamentais da arbitragem comercial internacional são concernentes às leis nacionais, e em conseqüência demandam a compreensão, a cooperação e o apoio dos juízes dos tribunais nacionais. Esses três aspectos referem-se à necessidade de uma cooperação dos tribunais para (1ª) reconhecer as convenções de arbitragens, (2ª) facilitar as condutas das arbitragens, (3ª) executar as sentenças arbitrais. A lei nacional de numerosos países tem incorporadas as disposições dos tratados relativos à arbitragem aos quais esses países têm aderido, mas onde em todos os casos a intervenção do juiz é necessária para interpretar e dar força obrigatória a esses tratados para definir suas relações com as leis nacionais e determinar as questões tratadas pela lei nacional e que escapam às convenções. É necessária a cooperação dos tribunais para o reconhecimento das convenções de arbitragem. Uma convenção de arbitragem tem pouco valor prático se uma das partes deseja evitar a arbitragem com a possibilidade de introduzir um processo em um tribunal nacional, e esperar que o tribunal resolva bem o fundamento da ação”.

Referida cooperação dos tribunais pode ser verificada em diversos julgados, tanto do Supremo Tribunal Federal, quanto do Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos colacionados abaixo:

“SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
CARTA ROGATÓRIA N. 11.444-3
DECISÃO: O Tribunal Superior do Cantão de Zurique roga pela intimação de TV GLOBO Ltda, para responder a ação ajuizada perante aquele Tribunal. A interessada apresentou impugnação (fls. 64-78 da CR

11444, CR 11445 e da CR 11446). Alega que ‘(...) Trata-se de um verdadeiro ato citatório destinado a submeter a impugnante a um TRIBUNAL DE EXCEÇÃO, que a empresa alemã quer instituir com base em cláusula compromissória que perdeu totalmente sua eficácia, (...) A referida cláusula foi instituída em negócio jurídico celebrado entre as partes (...), que a antecessora da empresa alemã cedeu à ora impugnante, em instrumento formalizado no ano de 1998, o direito de transmissão da Copa do Mundo de 2006, por aquela detido (...)’. Transcreve a cláusula compromissória: ‘Todas as disputas decorrentes deste Contrato ou ligadas ao mesmo serão resolvidas, à exclusão dos tribunais ordinários, por um Tribunal Arbitral de três pessoas, constituído de acordo com as Regras Internacionais de Arbitragem da Câmara de Comércio de Zurique, devendo um árbitro ser nomeado pelo LICENCIANTE, um pelo LICENCIADO e o terceiro pelos árbitros nomeados. Os procedimentos serão conduzidos em inglês e serão realizados em Zurique. A decisão do Tribunal Arbitral será definitiva e vinculatória sobre as partes’ (grifamos) (...) a impugnante só concordou em submeter à arbitragem eventuais lides decorrentes do contrato, porque ficou Expressa e claramente previsto na cláusula compromissória que o Tribunal Arbitral se realizaria através do citado órgão arbitral institucional... Com a recusa da Câmara de Comércio de Zurique de exercer a jurisdição arbitral, porque impedida esta pelo próprio compromisso arbitral, a conseqüência foi a automática e inexorável INEFICÁCIA da cláusula, insuscetível de suportar unilateralmente a pretendida alteração para a forma de arbitragem ‘ad-hoc’ (...) (fls. 64-78). A PGR opinou pela concessão

do exequatur (fls. 486/487). 2. Análise A impugnação deve estar restrita ao que prescreve o § 2º do art. 226 do RISTF. No caso dos autos, a interessada aborda a ineficácia de cláusula compromissária. Essa questão deve ser examinada no juízo rogante, não neste Tribunal, conforme decidido na CR 7870, de cujo teor destaco esta parte: '(...) De outra parte, o ora impugnante deduziu argumentos de mérito, pretendendo, com base neles, discutir matéria cuja apreciação compete, exclusivamente, ao juízo rogante. É preciso ter presente, neste ponto, que, em tema de comissões rogatórias passivas - tanto quanto em sede de homologação de sentenças estrangeiras - o ordenamento normativo brasileiro instituiu o sistema de contenciosidade limitada, somente admitindo impugnação contrária à concessão do exequatur, quando fundada em pontos específicos, como a falta de autenticidade dos documentos, a inobservância de formalidades legais ou a ocorrência de desrespeito à ordem pública, aos bons costumes e à soberania nacional (RISTF, art. 226, § 2º). Daí a advertência de HERMES MARCELO HUCK (*Sentença Estrangeira e Lex Mercatoria*, p. 37, item n. 6, 1994, Saraiva), que assinala: *O procedimento para a obtenção do exequatur não aceita contraditório, pois seu objetivo é meramente o de dar cumprimento à solicitação do juízo estrangeiro. A impugnação à carta rogatória somente será admitida sob argumento de que ela atenta contra a ordem pública ou a soberania nacional.* (grifei) (...)’ (CR 7870, CELSO, DJ27/11/98) O PGR opina seja rejeitada a impugnação nestes termos: '(...) Examinados os autos, verifica-se que a impugnação da interessada não prospera, na medida em que não logrou demonstrar que a concessão da ordem fere a soberania nacional ou a ordem

pública, hipóteses em que não é possível conceder a diligência rogada. É de se atentar que a diligência requerida visa, apenas, notificar a interessada de um procedimento que está em curso perante a Justiça estrangeira, onde poderão ser argüidas as exceções cabíveis. (...)’ (fl. 487 da CR 11444, fl. 489 da CR 11445 e fl. 484 da CR 11446). Com efeito, o objetivo desta carta é a intimação da interessada para: '(...) a) apresentar eventuais objeções contra a obrigação da constituição de um Tribunal de Arbitragem, sob pena da presunção, de outra forma, dessa obrigação. b) formular propostas referentes à nomeação eventual de um árbitro, sob pena de, de outra forma, o Tribunal nomear tal árbitro à sua própria escolha. c) para (...) designar uma pessoa na Suíça investida de poderes para receber citações judiciais (...)’ (fls. 46/47 das CR 11444, CR 11445 e CR 11446). Isso não atenta contra a soberania nacional ou a ordem pública. 3. Decisão Ante o exposto, concedo o exequatur (art. 225, RISTF) para cumprimento desta rogatória. Tal decisão estende-se às Cartas Rogatórias 11445 e 11446, apensadas a estes autos. Encaminhem-se os autos à Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro para as providências cabíveis. Publique-se. Brasília, 04 de agosto de 2004. Ministro NELSON JOBIM Presidente”.

“CORTE ESPECIAL/SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA nº 894/UY

Data do Julgamento: 20/08/2008

Ementa: Homologação de sentença arbitral estrangeira prolatada no Uruguai. Trânsito em julgado de ação judicial que contesta a sentença arbitral. Desnecessidade. Súmula 420/STF. Inaplicabilidade. Incorporação de empresa por outra. Sujeição à

arbitragem. Contraditório. Violação. Inocorrência. Questões intrínsecas à própria arbitragem. Lei de Arbitragem brasileira. Norma de caráter processual. Incidência imediata. Controle judicial. Limitação aos aspectos dos arts. 38 e 39 da Lei 9.307/96. Inexistência de motivos para que seja denegada a homologação.

– Pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira obtida perante a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, na cidade de Montevidéu, Uruguai, versando sobre cumprimento de obrigações de índole contratuais.

– Pede-se a homologação de sentença arbitral proferida em maio de 2003 e não sujeita a recursos. Não subsiste a necessidade de trânsito em julgado de ação judicial no Uruguai que questiona a arbitragem, especialmente na espécie, em que a ação judicial foi indeferida.

– A requerida Inepar, ao incorporar duas outras empresas contratantes, assumiu todos os direitos e obrigações das cedentes, inclusive a cláusula arbitral em questão.

– A Lei de Arbitragem brasileira tem incidência imediata aos contratos que contenham cláusula arbitral, ainda que firmados anteriormente à sua edição. Precedentes da Corte Especial.

– A análise do STJ na homologação de sentença arbitral estrangeira está limitada aos aspectos previstos nos artigos 38 e 39 da Lei nº 9.307/96. Não compete a esta Corte a apreciação do mérito da relação material objeto da sentença arbitral.

Sentença arbitral estrangeira homologada.”

“CORTE ESPECIAL/SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 611/US

Data do Julgamento: 23/11/2006

Ementa: HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA. SENTENÇA ARBITRAL. MATÉRIA DE MÉRITO. IRRELEVÂNCIA. ART. 38 DA LEI N. 9.307/96.

1. As disposições contidas no art. 38 da Lei nº 9.307/96 apresentam um campo mais largo das situações jurídicas que podem ser apresentadas na contestação, em relação à prevista no art. 221 do RISTF, mas não chega ao ponto de permitir a invasão da esfera de mérito da sentença homologanda.

2. A existência de ação anulatória da sentença arbitral estrangeira em trâmite nos tribunais pátrios não constitui impedimento à homologação da sentença alienígena, não havendo ferimento à soberania nacional, hipótese que exigiria a existência de decisão pátria relativa às mesmas questões resolvidas pelo Juízo arbitral. A Lei nº 9.307/96, no § 2º do seu art.33, estabelece que a sentença que julgar procedente o pedido de anulação determinará que o árbitro ou tribunal profira novo laudo, o que significa ser defeso ao julgador proferir sentença substitutiva à emanada do Juízo arbitral. Daí a inexistência de decisões conflitantes.

3. Sentença arbitral estrangeira homologada.”

Vê-se, assim, que, no tocante aos tribunais pátrios, a simples estipulação do compromisso arbitral nos contratos internacionais é suficiente para que qualquer celeuma havida na execução ou inexecução do referido instrumento obrigacional possa ser resolvida por meio da arbitragem internacional, que, por sua vez, poderá valer-se dos diversos instrumentos postos à disposição do árbitro pela *lex mercatoria*.

Agindo desse modo, os contratantes têm a garantia de que a decisão de mérito proferida pelo árbitro será tratada no

Brasil como se proferida por juiz estatal, mesmo que fundada em disposições da *lex mercatoria*, bastando que a sentença arbitral esteja isenta de nulidades procedimentais ou de agressões à ordem constitucional brasileira.

Conclusão

De todo o exposto, é possível concluir que a defesa da aplicação da nova *lex mercatoria* no âmbito das relações comerciais internacionais não é uma questão apenas de utilidade, mas, antes, de necessidade.

Isso porque, peculiaridades próprias das contratações internacionais não costumam ser acompanhadas de modo adequado pelas legislações nacionais, principalmente diante da diversidade de sistemas jurídicos e culturais existentes no mundo.

Além disso, os sistemas judiciais de todo o mundo apresentam mazelas que dificultam, em muito, a dinâmica do comércio internacional, a exemplo da falta de conhecimento técnico, do excesso de burocracia, da morosidade, do histórico de corrupção, além de outras de natureza ideológica, xenofóbica, cultural ou racista. É nesse contexto que a nova *lex mercatoria* ganha força e espaço, agindo, paralelamente ao processo estatal de desenvolvimento das integrações regionais políticas e econômicas³, como facilitadora do processo de intensificação da mercancia global.

Trata-se de verdadeiro direito alternativo – que não pode ser confundido com o uso alternativo do direito⁴ – aplicado pela classe dos comerciantes e, em diversos países do mundo, já em processo de reconhecimento e absorção pelos ordenamentos jurídicos nacionais.

Certo é que, nesse processo, a arbitragem internacional se apresenta como instrumento mais eficiente, guardando como crítica contrária mais forte a alegação da falta de coercitividade das decisões

proferidas pelo árbitro. A crítica, contudo, não se aplica sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que tanto a Lei nº 9.307/96 quanto o Código de Processo Civil asseguram à sentença arbitral natureza jurídica de título executivo judicial, ou seja, emprestam à parte vencedora a força coercitiva do Estado em caso de descumprimento da decisão.

Demais disso, a nova *lex mercatoria* também é recebida por nosso ordenamento jurídico na combinação do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto Lei nº 4.657/42), que impõe ao juiz, em caso de omissão legislativa, o julgamento com base na analogia, nos costumes e nos princípios gerais de direito, com o artigo 113 do Novo Código Civil, que impõe a obrigatoriedade de interpretação dos negócios jurídicos conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

Essa posição, registre-se, não é inovadora, haja vista que o artigo 130 do Código Comercial de 1850 já disciplinava que as palavras dos contratos e convenções mercantis deveriam ser entendidas inteiramente “[...] segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa” (Lei 0556/1850).

Em suma, uma vez que as relações econômicas internacionais continuam-se aprimorando e alcançando o propósito inicial do processo de globalização por meio da liberalização do comércio, qual seja, o de assegurar o desenvolvimento econômico dos países e a aproximação dos povos, melhorando a qualidade de vida dos homens e reduzindo o número de conflitos bélicos, não há como negar importância à defesa da aplicação das disposições da *lex mercatoria* nas relações de comércio. Ou como bem coloca Arnoldo Wald (1995, p. 23):

“[...] A integração econômica do Brasil no continente americano e no mundo significa uma verdadeira revolução cultural, em relação ao nosso

³ Sobre o assunto, conferir: Vidigal (2005).

⁴ Sobre o assunto, conferir: Vidigal (2003).

direito, exigindo uma nova formação dos juristas, que não mais se podem contentar em conhecer, tão-somente, o direito nacional.

[...] A *Lex Mercatoria* tornou-se um instrumento jurídico importante para os povos que pretendem participar ativamente da evolução econômica mundial, sendo preciso conhecê-lo e acompanhar a sua evolução, não havendo razão para ter medo do novo Direito do Comércio Internacional, que relembra o Direito Pretoriano e o próprio *ius gentium* de uma fase da evolução do Direito Romano. Trata-se, aliás, menos de um corpo de lei, decisões e doutrina do que da introdução de um novo espírito na construção e interpretação do direito”.

Referências

- AMARAL, Ana Paula Martins. *Lex mercatoria e autonomia da vontade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6262>>. Acesso em: 29 dez. 2009.
- AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Org.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- AZEVEDO, Pedro Pontes de. *A lex mercatoria e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. Prima facie, ano 5, n. 9, jul./dez. 2006.
- CORTE, Cristián Gimenez. *Lex mercatoria, garantías independientes y coacción extraestatal*. *International law: Revista colombiana de derecho internacional*, Bogotá, n. 3, jun. 2004.
- DALRI JUNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de. *Direito internacional econômico em expansão: desafios e dilemas*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2003.
- LE PERA, Sergio. *Common law y lex mercatoria*. Buenos Aires: Astrea, 1988.
- LOCATELI, Cláudia Cinara. Os contratos internacionais do comércio e a lex mercatoria. *Revista Jurídica Consulex*, ano 5, n. 117, nov. 2001.
- MAGALHÃES, José Carlos; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. *Fontes do direito do comércio internacional: lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues (Org.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; TAVOLARO, Agostinho Toffoli. *Fontes do direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. Disponível em: <<http://www.tavolaroadvogados.com/doutrina/cs518.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2009.
- MAZZACANO, Peter. The lex mercatoria as autonomous law. *CLPE Research Paper Series*, v. 4, n. 6, 2008.
- PARRA, Jorge B. *Princípios dos contratos internacionais*. Dissertação (Mestrado em direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 1989.
- PEREIRA, Luiz César Ramos. *Costume internacional: gênese do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- QUEIROZ, Everardo Nóbrega de. O princípio da boa-fé objetiva ou da razoabilidade como fundamento jurídico da lex mercatoria. In: AMARAL JUNIOR, Alberto do (Coord.). *Direito do comércio Internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- STOECKER, Christoph W. O. The lex mercatoria: to what extent does it exist? *Journal of International Arbitration*, v. 7, n. 1, mar. 1990.
- STRENGER, Irineu. A arbitragem como modo de inserção de normas da lex mercatoria na ordem estatal. *Revista Brasileira de Arbitragem*, ano 1, n. 3, jul./set. 2004.
- _____. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTr, 1996.
- VIDIGAL, Erick. *A paz pelo comércio: a auto-regulação das relações econômicas internacionais e o livre comércio como alternativa à inaplicabilidade da jurisdição nos conflitos internacionais*. Dissertação (Mestrado em direito) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, 2008.
- _____. O regime jurídico das integrações econômicas regionais. *Revista de Direito Internacional e Econômico*, Porto Alegre, v. 12, 2005.
- _____. *Protagonismo político dos juízes: risco ou oportunidade?* Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
- _____. *Questões de direito processual civil comentadas*. Brasília: Fortium Editora, 2007.
- WALD, Arnaldo. A introdução da lex mercatoria no Brasil e a criação de uma nova dogmática. *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, ano 34, n. 100, out./dez. 1995.

A atuação do Congresso Nacional na regulamentação da Saúde Suplementar

Luiz Carlos P. Romero

Sumário

1. Principais etapas do processo legislativo de regulamentação da Saúde Suplementar. 2. Características das iniciativas parlamentares. 3. Atuação da Câmara dos Deputados. 4. Atuação do Senado Federal. 5. A reforma da lei por iniciativa do Poder Executivo.

1. Principais etapas do processo legislativo de regulamentação da Saúde Suplementar

A primeira proposição legislativa tratando de regulamentar planos e seguros de saúde data de 1991 e foi apresentada à Câmara dos Deputados pela Deputada Irma Passoni, do Partido os Trabalhadores, de São Paulo.¹

Entre essa data e a aprovação da Lei dos Planos de Saúde, em 1998, vinte e oito proposições legislativas de iniciativa parlamentar tratando da regulamentação de planos e seguros privados de assistência à saúde foram apresentadas às duas casas do Congresso Nacional, enquanto uma única proposição, de iniciativa do Poder Executivo, chegou ao Congresso. Isso nos permite afirmar que o Parlamento Federal esteve, desde cedo, sensível à necessidade de regulamentação da matéria e muito atuante nesse sentido.

Luiz Carlos P. Romero é médico sanitарista, Consultor Legislativo do Senado Federal.

¹ Projeto de Lei nº 513, de 1991, que “regula a prestação de assistência hospitalar em contratos relativos a planos de saúde”.

O Senado foi a primeira casa a se manifestar a respeito, aprovando, em 1993, de forma rápida, o primeiro projeto de lei sobre essa matéria, proibindo a restrição de cobertura por planos e seguros de saúde², e, em 1995, outro projeto³, que obrigava as empresas gerenciadoras de planos de saúde e as seguradoras que operam seguros-saúde a ressarcir o Sistema Único de Saúde dos gastos decorrentes do atendimento de seus beneficiários/segurados feitos na rede pública. Em 1996, seis novos projetos foram apresentados ao Senado Federal.

Na Câmara dos Deputados, o grande número de projetos em tramitação sobre a matéria – vinte, no total – obrigou a criação, em 1995, de uma Comissão Especial para apreciá-los.

Se a tramitação dos projetos apresentados ao Senado correu sem incidentes, não se pode dizer o mesmo da tramitação dos apreciados pela Câmara dos Deputados, onde a pressão das empresas operadoras de planos e seguros de saúde se fez com eficácia, contando, inclusive, com representantes seus nas bancadas de vários partidos.

De qualquer forma, em meados de 1998, a Câmara dos Deputados aprovou a regulamentação, na forma de substitutivo, e a enviou para revisão no Senado Federal – fato que transferiu para essa Casa um caloroso debate e uma árdua negociação entre os atores sociais envolvidos: usuários, empresários, operadoras, sistema de defesa do consumidor, governo e parlamentares.

A fórmula encontrada para a aprovação de um texto que atendessem a todos esses

² Projeto de Lei do Senado nº 93, de 1993, que “dispõe sobre os Planos e Seguros Privados de Assistência à Saúde”, de autoria do Senador Iran Saraiva. Na Câmara dos Deputados, foi denominado Projeto de Lei nº 4.425, de 1994.

³ Projeto de Lei do Senado nº 41, de 1995, que “torna obrigatório o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde pelo atendimento realizado a segurados de empresas privadas de serviços de saúde”, de autoria do Senador Lúcio Alcântara.

interesses – e da qual resultou a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998 – saiu desse debate e dessas negociações sob intensa pressão do Poder Executivo pela sua aprovação rápida.

No entanto, nem bem a tinta da lei tinha secado, o Ministério da Saúde já estava promovendo sua alteração por meio de medida provisória, cuja primeira edição data de 5 de junho de 1998, isto é, a Lei nº 9.656 foi sancionada em 3 de junho de 1998 e, dois dias depois, o Presidente da República já encaminhava ao Congresso Nacional medida provisória alterando 26 de seus dispositivos. Só no primeiro ano de vigência da lei, foram expedidas 38 normas diferentes sobre a matéria pelo Poder Executivo, inclusive quinze edições daquela medida provisória, perfazendo, no total, aproximadamente 1.500 disposições diferentes.

A partir de então, a iniciativa de alteração, aperfeiçoamento e detalhamento da regulamentação, bem como a própria organização do setor de saúde suplementar, passou das mãos do Poder Legislativo para as do Poder Executivo. Raríssimas iniciativas de parlamentares prosperaram⁴, em comparação com a enxurrada de proposições legislativas originadas na Presidência da República, principalmente decorrentes de re-edições de medidas provisórias, e resoluções da agência reguladora a seguir criada – também por iniciativa do Executivo.

O Congresso Nacional nunca mais retomou suas prerrogativas em relação à regulamentação dos planos de saúde, deixada, por sua inércia, nas mãos do Poder Executivo, passando a ter um papel meramente coadjuvante.

⁴ Destacam-se, nesse sentido, a Lei nº 10.223, de 15 de maio de 2001, que inclui, entre as coberturas obrigatórias dos planos de saúde, a cirurgia plástica reconstrutiva de mama nos casos de tratamento do câncer de mama, e a Lei nº 11.935, de 11 de maio de 2009, que torna obrigatória a cobertura do atendimento nos casos de urgência e de emergência e das ações de planejamento familiar.

2. Características das iniciativas parlamentares

Apesar da enorme diversidade de tratamento que a matéria recebeu nas duas casas do Congresso, três características marcaram as iniciativas parlamentares de regulamentação:

1. a falta de abrangência com que trataram a questão;

2. o tratamento idêntico dado a planos, seguros e sistemas de autogestão; e

3. a ausência de previsão de uma agência reguladora nos moldes da que veio, posteriormente, a ser proposta e instituída.

Em relação à primeira, a maioria dos projetos ocupava-se parcialmente da matéria, tratando, em geral, de apenas um tópico, sendo mais frequentes os referentes à cobertura, à natureza dos contratos e ao reajuste de mensalidades. Questões importantes como carências, fiscalização, resseguro, remuneração do trabalho médico e relações com prestadores e a própria tipificação do descumprimento do regulamento como ilícito administrativo ou penal deixaram, na maior parte das vezes, de ser contempladas nos projetos de regulamento originados nas duas casas do Congresso.

A outra característica da maioria das proposições de iniciativa parlamentar é a de tratar planos e seguros de saúde como se fossem uma mesma classe de serviços.⁵

À época, os seguros de saúde já se encontravam regulamentados há mais de dez anos, por meio de um decreto-lei⁶ e de

⁵ É bem verdade que, do ponto de vista do usuário, a prestação e o consumo do serviço de assistência à saúde, quer no âmbito de um plano, quer no âmbito de um seguro, funciona dentro da mesma lógica. No entanto, enquanto o seguro saúde era uma modalidade de seguro pessoal, oferecido e operado por uma companhia seguradora - que, à época, era proibida por lei de prestar outros tipos de serviço, inclusive de assistência médica - e tipificada como operação financeira, os planos de saúde constituíam contratos de prestação de serviços de assistência médico-hospitalar, oferecidos e operados por empresas ou cooperativas especializadas na venda desses serviços.

⁶ Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1976 (artigos 129 a 134), que "dispõe sobre o Sistema Nacional

resoluções da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), do Ministério da Fazenda. A autoridade reguladora e fiscalizadora era exercida por essa superintendência.

Os planos de saúde, por sua vez, não tinham, até aquele momento, regulamentação por via legal nem eram objeto de regulação de qualquer natureza.

Os projetos de lei de autoria dos deputados e senadores objetivavam, assim, regulamentar, com as mesmas normas, atividades de empresas prestadoras de assistência médica (medicina de grupo, cooperativas), seguradoras e sistemas de autogestão, como se fossem da mesma natureza.⁷

Por fim, todos os projetos originados no Senado e na Câmara atribuíam a instâncias já existentes a autoridade reguladora e fiscalizadora: à Susep e/ou ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), do Ministério da Fazenda - do qual o Ministério da Saúde passava a fazer parte; aos organismos de gestão estadual e municipal do Sistema Único de Saúde e, até mesmo, aos conselhos de fiscalização do exercício profissional (conselhos federais e regionais de medicina e odontologia).

Nenhuma das proposições feitas às duas casas do Congresso Nacional previa a existência de uma agência reguladora nos moldes da atual Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

3. Atuação da Câmara dos Deputados

Entre 1991 e 1997, vinte projetos foram apresentados à Câmara dos Deputados: 16 de iniciativa de deputados, três do Senado Federal e um de iniciativa do Poder Executivo. Eles tramitaram apensados e, em atenção à disposição regimental que prevê tal alternativa quando, no que tange ao mérito, a apreciação de uma matéria é

de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências".

⁷ Entendimento que prevaleceu, transferindo-se para o texto da lei que foi adotada.

de competência de três ou mais comissões, foi criada comissão especial para sua apreciação.⁸

A Comissão Especial atuou por mais de três anos e, no âmbito de suas atribuições, realizou doze audiências públicas, nas quais – nas palavras do seu Relatório – “procurou-se ouvir os diversos setores da sociedade relacionados com a questão, de forma a que se possibilitasse a manifestação do contraditório e, desse modo, formar um juízo mais abrangente do problema”.

O Deputado Pinheiro Landim, na qualidade de relator da matéria na Comissão Especial, utilizou, para a elaboração do substitutivo que ofereceu, contribuições não apenas dos projetos em tramitação como dos substitutivos e pareceres exarados sobre a matéria antes da constituição da Comissão Especial, além dos subsídios fornecidos pelas audiências públicas e sugestões encaminhadas à comissão.⁹

Ele reconheceu que seu trabalho não foi fácil, uma vez que “encerrada a fase de audiências públicas, restou, ao lado do farto material colhido em todo o processo, enorme contencioso a ser trabalhado”. O substitutivo que apresentou era, ainda em suas palavras, “um documento-síntese que recebeu a contribuição competente e dedicada de muitos de seus pares, de autoridades públicas e dos demais agentes envolvidos nesse tema”.

⁸ A comissão foi criada em atendimento a requerimento do Deputado Iberê Ferreira, primeiro relator designado para a matéria, na Comissão de Seguridade Social e Família.

⁹ Em novembro de 1997, um *Anteprojeto de Regulamentação* foi aprovado pelo Plenário do Conselho Nacional de Saúde e oferecido como contribuição ao debate. Ainda que regulamentasse as três modalidades de planos num único instrumento, trazia formulações mais claras, bem caracterizando e distinguindo planos, seguros e autogestão, assim como as responsabilidades das três classes de “operadoras”. Em relação à cobertura, instituiu um Plano ou Seguro Básico e a permissão de contratação de planos ou seguros com redução ou extensão de cobertura. No entanto, permitia exclusões importantes como a assistência farmacêutica em tratamentos ambulatoriais e a assistência odontológica.

Dois outros substitutivos – de autoria dos Deputados Moreira Franco e José Pinotti¹⁰ – foram contrapostos ao do relator, numa tramitação tumultuada na qual não faltou nem mesmo um movimento para que a decisão fosse transferida da Comissão Especial para o Plenário da Câmara, com o objetivo de elidir o *lobby* das empresas que vendem e operam planos e seguros que vinham – com sucesso – atuando naquela comissão.

O Substitutivo Pinheiro Landim consistia em uma regulamentação abrangente do tema, ainda que deixasse de fora tópicos relevantes: a remuneração do trabalho médico, as relações entre operadoras e prestadores, e o resseguro. Sofria, no entanto, do mesmo defeito da maioria dos projetos que apreciou: tratava tudo como se fosse seguro e, em decorrência disso, oferecia soluções equivocadas para questões referentes à autoridade reguladora, à fiscalização e ao controle do setor e – o que é mais grave – excluía dessas competências o sistema de defesa do consumidor e a participação dos usuários e sub-representava o setor saúde nessas funções.

Esse era um problema sério do Substitutivo Landim, mas não era o único. A instituição de um Plano ou Seguro Padrão, por exemplo, só aparentemente permitia garantia de cobertura integral, deixando de fora a cobertura de diversos procedimentos tais como: a assistência farmacêutica em

¹⁰ O Substitutivo Pinotti, de julho de 1997, teve ampla divulgação e debate. Ele caracterizava e diferenciava claramente planos, seguros e sistemas de autogestão; garantia, de forma realística, interesses dos usuários sem pôr em risco a lucratividade e a sobrevivência das operadoras; estabelecia limites razoáveis para coberturas e encontrou a melhor forma para a questão das carências e dos reajustes de prestações, inclusive em razão de idade. Ele seria criticado, no entanto, quanto à falta de uma caracterização clara do que diferenciava o Plano Básico de outros (no Substitutivo Pinotti, a redução ou extensão de cobertura assistencial era entendida apenas como características do padrão de conforto na internação hospitalar); e à exclusão de cobertura para a assistência farmacêutica e a assistência odontológica.

tratamentos ambulatoriais, a assistência odontológica e o fornecimento de órteses, próteses e seus acessórios quando não ligados ao ato cirúrgico e, nesse caso, só cobrindo próteses de fabricação nacional.¹¹

Outro ponto polêmico era o mecanismo instituído para o reajuste dos prêmios. O Substitutivo proibia o reajuste de mensalidades em razão de idade apenas para maiores de sessenta anos e após dez anos consecutivos de participação, favorecendo as operadoras que ficavam livres para, fora daquelas condições, promoverem os reajustes que quisessem com os critérios que desejassem.

Levado a Plenário, o Substitutivo Pinheiro Landim recebeu 131 emendas e outros tantos destaques e, de seu debate e votação, resultou o texto que recebeu o número 4.425-E, de 1994.

4. Atuação do Senado Federal

No Senado, o Substitutivo da Câmara dos Deputados encontrou tramitando seis dos dez projetos de lei que tinham sido apresentados à Casa desde 1993. Quatro regulavam tópicos específicos¹² e dois, de

¹¹ Essas exclusões de cobertura – presentes na maior parte das proposições em apreciação pelo Congresso Nacional, incluindo a proveniente do Poder Executivo – passaram, também, para o texto aprovado e não foram tocadas pelas alterações que o Governo promoveu nele, posteriormente, por meio de medidas provisórias, mantendo-se, até hoje, na regulamentação vigente.

¹² Redução da transferência para o Tesouro Nacional do custo patronal dos planos de previdência complementar e de saúde (PLS nº 50/96, do Senador Roberto Requião); obrigação de os planos de saúde, seguros-saúde e similares manterem os patamares de mensalidades vinculados à idade de ingresso no sistema (PLS nº 112/96, do Senador Pedro Piva); manutenção do trabalhador aposentado ou desempregado em virtude de dispensa sem justa causa na condição de segurado ou beneficiário de seguro ou plano de saúde contratado pelo ex-empregador, por tempo definido (PLS nº 177/97, do Senador José Serra); e obrigatoriedade do cadastramento, perante o Sistema Único de Saúde, de beneficiários e segurados de planos e seguros de saúde (PLS nº 197/97, do Senador José Serra).

autoria do Senador Lúcio Alcântara, de 1996, propunham regulamentações abrangentes da matéria: um regulamentava os planos de saúde e outro, o seguro saúde, baseados no entendimento de que seguros e planos eram produtos distintos em suas características básicas, da mesma forma que as empresas que os operam têm naturezas e constituições distintas.¹³

A Casa não abria mão da intenção de proceder a imediato exame dos seis projetos – que já se encontram tramitando conjuntamente na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania – para que o Senado pudesse produzir um projeto de lei que contemplasse todo o necessário para suprir as deficiências que ainda persistiam no texto do Substitutivo da Câmara ou para produzir um novo texto que possuísse os requisitos considerados necessários a uma adequada regulamentação do setor.¹⁴

¹³ Os dois projetos do Senador Lúcio Alcântara (PLS nºs 15 e 17, de 1996) contemplavam de forma abrangente a matéria. Em relação a coberturas, proibiam excluir qualquer doença, afecção, condição, estado, sinal, sintoma, lesão, traumatismo, transtorno, complicação, sequela e necessidade de assistência relacionada na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, da Organização Mundial da Saúde, deixando de fora apenas os tratamentos experimentais, os tratamentos de rejuvenescimento e as cirurgias plásticas não-restauradoras de função e os tratamentos de emagrecimento cuja indicação não fosse essencial para o restabelecimento da saúde física e mental da pessoa. Vedavam a estipulação de carências, facultando, no entanto, a realização de exames – com ônus para a operadora – prévia à contratação de seguro saúde. Em relação ao reajuste de mensalidades, determinava que esse só pudesse ocorrer após um ano de vigência do contrato ou de anterior reajuste e segundo índices de reajuste salarial. Da mesma forma, só poderia haver acréscimo do valor das prestações em razão de idade do contratante após cinco anos de contrato. Obrigava a existência de resseguro contra a inadimplência do usuário desempregado e a internação prolongada, no caso de o contratante ser um trabalhador autônomo; e previa a preservação dos direitos do contratante numa nova empresa, em caso de falência ou extinção da empresa contratante original.

¹⁴ Uma questão de natureza técnico-regimental complicava ainda mais a situação. O Projeto de Lei nº 4.425-E, de 1994, consistia, formalmente, em um substitutivo ao Projeto de Lei do Senado nº 93, de 1993, de

Assim, apesar e sob a pressão do Ministro da Saúde que pugnava por uma aprovação rápida do substitutivo da Câmara,¹⁵ a matéria foi submetida a uma nova série de audiências públicas na Comissão de Assuntos Sociais.

Apesar disso, ela estava tendo uma tramitação rápida: um mês após ter sido recebido pelo Senado, o substitutivo da Câmara dos Deputados, submetido à apreciação da Comissão de Assuntos Sociais, recebeu do relator, Senador Sebastião Rocha, parecer favorável com várias emendas supressivas que o modificavam bastante.

A essa solução se opunha a base governista que queria a aprovação do Substitutivo da Câmara dos Deputados sem alterações, acenando com o lançamento, logo após a sanção, de uma medida provisória para alterar os pontos mais polêmicos do texto aprovado na Câmara e com os quais não concordavam os senadores.¹⁶ Como

autoria do Senador Iran Saraiva, que tratava, apenas, da proibição de restrição de coberturas. Por se tratar da proposição mais antiga, todas as demais foram apensadas a ele, na Câmara dos Deputados. Dessa forma, para atender ao que dispõe o Regimento Interno da Casa, o texto do substitutivo da Câmara – que regulamentava extensivamente a matéria e não apenas em relação àquele aspecto – somente poderia ser alterado pelo Senado pelo acatamento ou não das alterações feitas ao texto do PLS nº 93/93 aprovado pelo Senado em 1994, atuando apenas por meio de emendas supressivas – o que contrariava os senadores que tinham interesse em participar ativamente da elaboração do novo regulamento também por meio de emendas aditivas.

¹⁵ O Ministro da Saúde (José Serra) assumiu pessoalmente a defesa dessa urgência da aprovação do texto da Câmara, perante a Comissão de Assuntos Sociais. Os argumentos do governo em ver o setor regulado eram, além da sua magnitude econômica – estimava-se que a saúde suplementar movimentava mais de 17 bilhões de reais ao ano –, a importância da renúncia fiscal (da ordem de 4,2 bilhões ao ano) e do subsídio indireto que recebia do Sistema Único de Saúde, que já arcava com a maior parte dos procedimentos de alta complexidade e dos atendimentos de urgência e emergência, exatamente os de maior custo. Além disso, os planos e seguros eram o objeto de cerca de um quarto das reclamações registradas no sistema de defesa do consumidor, a grande maioria referente a seguros de saúde.

¹⁶ Um dos principais pontos de discordância dos Senadores em relação ao texto do Substitutivo da Câmara dos Deputados consistia na ausência de regras

parte da estratégia do Governo, sua liderança, o Senador Romero Jucá, apresentou voto em separado favorável à aprovação do projeto da Câmara intacto.

Na ausência de consenso, a matéria não foi votada, tendo sido concedida vista coletiva e adiada a decisão para a seção legislativa seguinte.

Em maio de 1998, a Comissão de Assuntos Sociais aprovou, finalmente, o relatório do Senador Sebastião Rocha, favorável ao Substitutivo da Câmara dos Deputados com oito emendas supressivas e declarando prejudicado o voto em separado do Senador Romero Jucá.

A matéria subiu em regime de urgência para apreciação do Plenário da Casa que, na semana seguinte, aprovou, em globo, “dispositivos do parecer favorável, ressalvados os destaques”.

A sessão do Plenário que apreciou a matéria foi, como não poderia deixar de ser, bastante movimentada com grande número de senadores usando da palavra e oferecendo destaques – a maioria dos quais acabou rejeitada.

5. A reforma da lei por iniciativa do Poder Executivo

A lei aprovada foi sancionada em 3 de junho de 1998 – Lei nº 9.656 – e, dois dias depois, o Presidente da República já encaminhava ao Congresso medida provisória alterando vinte e seis de seus dispositivos.

A primeira edição dessa medida data de 5 de junho de 1998¹⁷, e, desde a segunda, teve seu texto alterado a cada reedição, de tal modo que a última – a 44ª – trazia alterações em 84 dispositivos da Lei nº

para o reajuste de mensalidades/valor do prêmio por idades e exigência de dez anos de adesão para que a mensalidade do usuário maior de 60 anos não fosse reajustada.

¹⁷ Medida Provisória nº 1.976, de 5 de junho de 1998, que “altera a Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998, que dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”.

9.656/98 além de acrescê-la de outros 82 e revogar 11.

A Medida, em suas várias edições, promoveu alterações em praticamente todos os artigos da Lei nº 9.656/98, inclusive a sua epígrafe, uma vez que, nesse processo, a partir de fevereiro de 2001, o seguro-saúde foi equiparado juridicamente aos antigos planos de saúde, passando a lei, a partir de então, a dispor apenas sobre “planos privados de assistência à saúde”. Uma grande parte das alterações feitas decorreu da necessidade de ajustar a redação dos diversos dispositivos a esse novo conceito.

Cento e sessenta e nove dos 210 dispositivos originais da Lei foram tocados pela Medida em suas várias edições, isto é, tiveram sua redação alterada – a maior parte –, foram revogados ou, no mínimo, reenumerados. Afora os novos dispositivos introduzidos.

A Medida Provisória nº 2.177, na sua 44ª edição, transfigurou de tal maneira a Lei nº 9.656, de 1998, que é – em verdade – uma nova lei.¹⁸

No fim de 1999, o Poder Executivo enviou outra medida provisória¹⁹ para criar a Agência Nacional de Saúde Suplementar. Transformada em projeto de lei de conversão, originou a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, que “cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar”.²⁰

¹⁸ Além disso – e ainda que a ementa não dê conta desse fato – promoveu alterações também em sete artigos da Lei nº 9.961, de 2000, que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), e em um parágrafo da Lei nº 10.185, de 2001, que dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde.

¹⁹ Medida Provisória nº 2.012, de 30 de dezembro de 1999 / Projeto de Lei de Conversão nº 2, de 26 de janeiro de 2000.

²⁰ Em relação a essa questão, é interessante notar o contraste entre a solução adotada pelo Poder Executivo – criação de uma agência reguladora – e aquela adotada pelo Congresso um ano e meio antes, caracterizada por: (1) regulação pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) – cuja composição foi alterada pela lei –, ouvida, obrigatoriamente, uma Câmara de Saúde Suplementar (CSC), órgão desse CNSP, criado pela lei, que tinha competência privativa para se pronunciar

Um ano após, nova medida provisória²¹ foi, da mesma forma, rapidamente convertida na Lei nº 10.185, de 12 de fevereiro de 2001, que “dispõe sobre a especialização das sociedades seguradoras em planos privados de assistência à saúde e dá outras providências”.

Todas essas mudanças se fizeram por meio de proposições de iniciativa do Poder Executivo e não apenas alteraram significativamente o regulamento aprovado no Congresso como o próprio ordenamento institucional do setor.

Nesse período – de junho de 1998 a agosto de 2001 –, a atuação do Congresso resumiu-se, no início, a oferecer emendas às várias edições da medida provisória que alteravam a Lei dos Planos de Saúde²² e a aprovar rapidamente os projetos do Poder Executivo que objetivavam a organicidade do setor.

A partir do segundo semestre de 1999, no entanto, desalentados com a não-apre-

cerca de “matérias de sua audiência obrigatória” e para propor a expedição de normas (regulamentação de atividades de operadoras; condições mínimas de contratos; procedimentos de credenciamento e destituição de prestadores; mecanismos de garantia e seu próprio regimento); a lei definia a composição dessa Câmara, a forma de provimento dos cargos e seus mecanismos de funcionamento (forma de deliberação, subcomissões consultivas, prazos); (2) fiscalização pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), segundo diretrizes do CNSP, a que competia: autorizar pedidos de constituição, funcionamento, cisão, fusão etc. de operadoras; fiscalizar atividades; zelar pelo cumprimento de normas; aplicar penalidades cabíveis; estabelecer critérios para o exercício de cargos diretivos das operadoras; proceder à liquidação e promover alienação de carteiras; a Susep teria que ouvir o Ministério da Saúde para apreciação de “questões concernentes às coberturas, aos aspectos sanitários e epidemiológicos relativos à prestação de serviços médicos e hospitalares”; (3) para obter a autorização de funcionamento da Susep, os planos e seguros precisariam ter registro nos conselhos regionais de medicina e odontologia, conforme o caso.

²¹ Medida Provisória nº 2.122, de 27 de janeiro de 2001.

²² Até a 35ª edição, a Medida tinham recebido 74 emendas; 33 outras foram adicionadas quando da edição da 36ª versão, e, após a 43ª edição, 19 novas emendas foram apresentadas, perfazendo, assim, um total de 126 emendas.

ciação da medida cujo texto era modificado – com frequência de forma incisiva – a cada nova edição, os parlamentares passaram a oferecer projetos de lei, alterando diretamente o texto aprovado da Lei nº 9.656.²³

Essa tendência ganhou corpo no ano de 2000 – quando dois projetos dessa natureza foram apresentados ao Senado e seis à Câmara – e consolidou-se em 2001 – com a apresentação de um total de quinze projetos às duas Casas do Congresso, apenas no primeiro semestre. Esses projetos, no entanto, não prosperaram.

A 43ª edição da medida provisória – em virtude das radicais alterações que promoveu no regulamento²⁴ – despertou novamente o interesse da maioria dos parlamentares: os partidos políticos voltaram a se movimentar no sentido de definir a composição da Comissão Mista encarregada de apreciar a medida provisória – o que não vinha acontecendo até então, por desinteresse dos partidos e blocos do Congresso em indicar membros para a mesma.

Promovido em parceria pela Comissão de Assuntos Sociais do Senado Federal, Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados e Conselho Nacional de Saúde, um “Simpósio sobre Regulamentação dos Planos de Saúde” foi

²³ Também a partir de 1999, um conjunto de outras ações foi realizado por deputados, consistindo principalmente da apresentação de cerca de uma dezena de requerimentos de informação e de dois requerimentos para constituição de comissões parlamentares de inquérito.

²⁴ Entre as novidades, estava a introdução de um novo conceito: o de “categoria do plano”, a partir do que eles passam a ser classificados em: “reembolso”, “rede”, “rede e reembolso” e “acesso”. “Plano de reembolso” passou a designar o antigo seguro-saúde, isto é, aquele “produto” – expressão típica do novo arcabouço conceitual introduzido pela medida provisória – em que o usuário escolhe livremente o prestador de serviço, sendo reembolsado, dentro dos limites pactuados, do valor despendido; “Plano de rede” é o antigo plano de saúde, isto é, aquele no qual o usuário tem direito à assistência apenas por meio de uma rede de serviços pré-definida e pactuada, com livre escolha de prestador; “Plano de acesso” – uma novidade introduzida pela 43ª edição da medida

realizado em agosto de 2001, no Auditório Petrônio Portela do Senado Federal, do qual participaram mais de quinhentas pessoas, entre representantes de usuários, operadoras, prestadores de serviços, gestores do SUS e parlamentares. O Simpósio promoveu um balanço dos três anos da regulamentação e discussões sobre coberturas e modelos assistenciais, fiscalização, defesa do consumidor, regulação de preços e, principalmente, direito à saúde, e concluiu pela necessidade de aprimoramento da legislação.

Esse evento foi um marco importante na regulamentação dos planos de saúde ao promover ampla participação dos setores interessados e o debate público sobre as mudanças na regulamentação – que vinham sendo feitas unilateralmente pelo governo – e aportar contribuições.

Em decorrência, levou o governo federal a recuar na regulamentação de pontos polêmicos da Medida Provisória 2.177-43 (subsegmentação, plano de acesso e adaptação de contratos, entre outros).

– é a modalidade de plano na qual o usuário tem direito à “assistência pela garantia de acesso a uma rede hierarquizada de serviços, com mecanismos de regulação definidos pela ANS, vedado o reembolso, salvo nos casos de urgência e emergência”. São permitidos planos com características, ao mesmo tempo, de “reembolso” e de “rede”. A Agência Nacional de Saúde Suplementar passa a ter competência para “disciplinar as categorias de planos e produtos aqui previstos”. Outro problema criado pela 43ª edição era a possibilidade de serem autorizados planos com atendimento e cobertura condicionados à disponibilidade do serviço em determinada área geográfica e de planos subsegmentados. Essa mudança foi criticada no Parlamento e na imprensa como “retrocesso” e de ser “lesiva ao interesse dos consumidores”, e que recolocava a discussão da questão das coberturas no patamar em que se encontrava antes da proposição da Lei dos Planos. É importante lembrar que esse ponto foi objeto de difíceis negociações no Congresso Nacional, durante a elaboração da Lei, delas resultando a fórmula consubstanciada no art. 12, que instituiu o que mais tarde foi batizado de “segmentações”. Recolocar a questão nos termos da 43ª edição era interpretado como negar e passar por cima do que fora arduamente negociado, numa tentativa de reverter o processo, em detrimento de interesses de presentes e futuros usuários de planos.

O movimento, no entanto, logo voltou a arrefecer e a regulamentação dos planos de saúde saiu definitivamente da pauta do Congresso Nacional.

A utilização de recursos públicos pelas Organizações Não-Governamentais

Arthur Maciel Motta

Sumário

Introdução. 1. Administração Pública. 2. Terceiro Setor. 3. Organizações Não-Governamentais (ONGs). 4. Emprego de recursos públicos pelas ONGs. Conclusão.

Introdução

O presente artigo tem por finalidade analisar as organizações não-governamentais (ONGs) em face do emprego de recursos públicos. Busca-se, com a pesquisa, responder qual é a relação ideal que deve ser estabelecida entre o Poder Público e as ONGs, a fim de – mantendo e dinamizando a utilização de entidades sem fins lucrativos como entes em colaboração do Estado – facilitar o controle dos gastos e propiciar um emprego de recursos públicos com mais efetividade e transparência.

Este estudo possui alta relevância social e política para a sociedade brasileira. Trata-se de um tema que tem permeado os principais jornais e revistas, com manchetes que apontam para grandes desvios de dinheiro público efetivados por entidades do Terceiro Setor.

Além disso, é tema de inquestionável repercussão econômica, pois a utilização de ONGs, como entidades em cooperação com o Poder Público, enxuga a máquina estatal, com clara economia de recursos, na medida em que reduz, de forma maciça,

Arthur Maciel Motta é advogado e assessor do Senador Eduardo Matarazzo Suplicy, é mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília.

o número de órgãos governamentais que seriam necessários para desenvolver todas as atividades públicas não estatais.

O despertar para o assunto veio com a leitura das repetidas reportagens sobre a malversação dos recursos públicos pelas entidades do Terceiro Setor e, particularmente, pelo acompanhamento – de certa forma, com alguma proximidade – do trabalho desenvolvido pela Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) instalada no Senado Federal, em março de 2007, para averiguar possíveis desmandos realizados pelas ONGs no período compreendido entre 1999 e 2007.

Espera-se que a CPI, apesar das dificuldades, adote saídas para o foco da questão, qual seja, o de criar procedimentos que facilitem o controle dos gastos das ONGs e permitam o emprego dos recursos públicos por essas entidades com a necessária transparência para a sociedade brasileira.

Assim, cresce de importância a análise dos caminhos percorridos pelas ONGs ao longo da história deste país, bem como das correções de rumo necessárias para que estas entidades sejam mais eficientes e respeitadas pela sociedade brasileira.

A metodologia escolhida para o trabalho é a dogmática instrumental, por ser o modelo mais adequado para o tema, uma vez que a pesquisa terá como foco a mídia, a doutrina, a legislação e a jurisprudência brasileira.

O assunto desenvolve-se em quatro capítulos, sendo o primeiro dedicado à Administração Pública. Neste capítulo, apresentam-se os princípios da Administração que servirão de base para a proposta de se adotar um procedimento licitatório simplificado quando da aplicação de recursos públicos pelas ONGs. Discute-se, ainda, sobre o serviço público como um conceito administrativo indeterminado, que varia, no decorrer do tempo, para cada cultura distinta. Finaliza-se o capítulo com a discussão sobre as áreas de atuação estatal, que teve como marco a Reforma do Estado de meados da década de noventa.

No segundo capítulo, que finaliza o estudo dos conceitos doutrinários básicos para o tema, discorre-se sobre o Terceiro Setor – por ser o campo em que se espraiam as ONGs –, falando sobre a sua conceituação básica e sobre a prestação de serviços públicos em parceria com suas entidades, discutindo os pormenores das Organizações Sociais (OS), das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e dos Convênios Administrativos.

As organizações não governamentais (ONGs) são tratadas no terceiro capítulo. Apresenta-se um conceito, para prosseguimento do trabalho, as características, o histórico e a situação atual vivida por elas no Brasil. É o capítulo que mostra a estrutura fática existente, julgada necessária para adentrar no âmago da questão, que será discutida no capítulo seguinte.

O capítulo quatro, que finaliza o desenvolvimento do escrito, utiliza-se dos conhecimentos doutrinários dos dois primeiros capítulos para criticar os dados apresentados sobre as ONGs no terceiro capítulo. Nesse entrechoque, discute-se o melhor processo de transferência de recursos públicos para as ONGs e, singelamente, apresenta-se uma proposta de marco legal para o Terceiro Setor.

Assim, inicia-se a discussão do tema, enveredando pelas possíveis falhas do processo de transferência de recursos estatais para as entidades sem fins lucrativos do Terceiro Setor, mas sem perder o foco que deve estar sempre voltado para a importância do trabalho social das ONGs no estabelecimento de uma nação mais digna, humana, igualitária nas oportunidades e dirigida para o desenvolvimento sustentável.

1. Administração Pública

1.1. Princípios da Administração Pública

A Constituição da República, no seu art. 37, determina que a Administração Pública – direta ou indireta – de qualquer dos Poderes dos Entes Federados (União,

Estados-Membros e Municípios) obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Além dos prescritos pela Constituição, a doutrina há tempos já elencava outros princípios (MEIRELLES, 2004, p. 16), que a Lei 9.784/1999, no seu art. 2º, relaciona como também aplicáveis à Administração Pública. São eles os princípios da proporcionalidade (razoabilidade), segurança jurídica, motivação, ampla defesa e supremacia do interesse público.

O primeiro passo dessa análise será, então, o estudo dos princípios que regem a Administração Pública, pois eles são padrões pelos quais “deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público” (MEIRELLES, 2004, p. 86). Pode-se afirmar que os princípios aqui estudados são os fundamentos da ação administrativa, vale dizer, são os sustentáculos da atividade pública.

A aplicação dos princípios da Administração Pública às entidades privadas que utilizam recursos públicos é fato concreto e encontra-se bem definida na Lei 8.429/1992, que trata do enriquecimento ilícito e da improbidade administrativa. O parágrafo único do art. 1º dessa lei estabelece o seguinte:

“Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos”.

O art. 3º da Lei 8.429/1992 – quando diz que “as disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não

sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” – mostra, claramente, que as disposições aplicáveis aos agentes públicos, no que tange aos atos de improbidade administrativa, são extensivas àqueles que utilizam recursos públicos em entidades de cunho privado.

Então, claro está que o agente privado que utiliza recursos públicos é equiparado ao agente público, respondendo perante a Administração e a Justiça como se Administrador Público fosse. Dessa forma, os agentes privados nessas condições – os diretores de uma ONG que recebe recursos públicos, por exemplo – estão obrigados a observar estritamente os princípios da Administração Pública, seguindo o que preceitua o art. 4º, da Lei 8.429/1992:

“Art. 4º Os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhe são afetos”.

Numa primeira análise, bastaria apenas ao agente privado, que utiliza recursos públicos, respeitar – no trato com esses recursos – os princípios da Administração Pública para que os seus atos não causassem prejuízos ao Erário e fossem julgados válidos.

Com esse foco, passa-se à explanação dos aspectos de cada princípio que têm interesse com o relacionamento do Estado com as ONGs.

1.1.1. Legalidade

O princípio da legalidade encerra a ideia de que a Administração deve sujeitar-se às normas legais. Em curtas palavras, significa que o administrador deve ser escravo da lei, para não ficar à mercê dos homens. A atividade administrativa só é eficaz quando condicionada ao atendimento da Lei e do Direito. Numa visão mais antiga, tinha-se

que, na Administração Pública, somente era permitido fazer o que a lei ordenasse; na Privada, ao contrário, seria lícito fazer tudo que a lei não proibisse.

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 86) ensina que a legalidade, como princípio da Administração, “significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

O Princípio da Legalidade, sustentado há muito pela doutrina, somente tomou corpo na legislação pátria por meio da lei reguladora da ação popular – Lei 4.717/1965 – que considera nulos os atos lesivos ao patrimônio público quando manchados de “ilegalidade do objeto”, que a mesma lei conceitua no art. 2º, “c”, e parágrafo único, “c”: “a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”. A partir de 1988, passou a ser mandamento constitucional, por força de imposição constante do *caput* do art. 37 da Constituição da República.

Quanto ao modo de aplicar o princípio da legalidade, Odete Medauar (2003, p. 136) apresenta os clássicos significados desse princípio:

- a) a Administração pode realizar todos os atos e medidas que não sejam contrários à lei;
- b) a Administração só pode editar atos ou medidas que uma norma autoriza; somente são permitidos atos cujo conteúdo seja conforme a um esquema abstrato fixado por norma legislativa; e
- c) a Administração só pode realizar atos ou medidas que a lei ordena fazer.

Observa-se, dessa enumeração, que o vínculo da Administração com a lei vai aumentando a ponto de, no último signi-

ficado, a Administração só poder realizar atos que a lei ordene. “Caso predominasse como significado geral do princípio da legalidade, paralisaria a Administração, porque seria necessário um comando específico para cada ato editado pela Administração, o que seria inviável” (MEDAUAR, 2003, p. 137).

O terceiro significado (letra “c”) exprime uma concepção rígida do princípio da legalidade e corresponde à ideia de Administração somente executora da lei. Hoje em dia, não se pode conceber que a Administração somente tenha esse encargo.

O segundo significado (letra “b”) traduz a exigência de que a Administração tenha habilitação legal para adotar atos e medidas. Essa é a fórmula que, de modo geral, prevalece, pois é mais consentânea com a maior parte das atividades da Administração Brasileira. Nesse significado, a Administração poderá justificar cada uma de suas decisões por uma disposição legal, ou seja, exige-se base legal no exercício de seus poderes.

Porém, o princípio da legalidade “não se exaure com o significado da habilitação legal. Este deve ser combinado com o primeiro significado (letra ‘a’), no sentido de ser vedado à Administração editar atos ou tomar medidas contrárias às normas do ordenamento” (Idem, p. 138).

1.1.2. Impessoalidade (ou Finalidade)

Esse princípio impõe que o Administrador somente pratique o ato para o seu fim legal, qual seja, aquele que a norma de Direito indica como objetivo do ato, de forma impessoal. Nesse sentido, a finalidade norteia o objetivo de qualquer ato administrativo: o interesse público.

Quem movimentar dinheiro público deve ter sempre em mente esse objetivo – o interesse público –, não podendo afastar-se dele, sob pena de invalidação do ato por desvio de finalidade, conceituado na Lei da Ação Popular como o “fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra

de competência” do agente (Lei 4.717/1965, art. 2º, parágrafo único, letra ‘e’).

A Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Federal, ao fazer referência ao princípio da finalidade, afirma que o processo administrativo deve observar critério de “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige” (art. 2º, parágrafo único, XIII).

Como o princípio da finalidade exige que o ato seja sempre praticado com finalidade pública, “o agente administrativo fica impedido de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros” (MEIRELLES, 2004, p. 81). A prática de um ato administrativo que vise apenas a satisfazer interesses particulares é vedada pelo princípio da finalidade. O agente público que ignora esse princípio realiza o ato com desvio de finalidade, que caracteriza uma das modalidades mais deploráveis de abuso de poder.

1.1.3. *Moralidade*

Segundo a Lei 9.784/1999, o princípio da moralidade significa “atuação segundo padrões éticos de probidade, decore e boa-fé” (art. 2º, parágrafo único, IV). Assim, esse princípio impõe que o Administrador, ou todo aquele que utiliza recursos públicos, ao atuar, não despreze o elemento ético de sua conduta. O ato administrativo, além de obedecer à lei jurídica, deverá cumprir os princípios éticos que regem as relações humanas.

Dessa forma, além de decidir entre o legal e o ilegal, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, o agente administrativo terá que se defrontar com a opção entre o honesto e o desonesto. Nem tudo que é legal, conveniente e oportuno é honesto. À luz dessas ideias, Hely Lopes Meirelles (2004, p. 88) ensina que:

“Tanto infringe a moralidade administrativa o Administrador que, ao atuar, foi determinado por fins imorais ou desonestos como aquele que

desprezou a ordem institucional e, embora movido por zelo profissional, invade a esfera reservada a outras funções, ou procura obter mera vantagem para o patrimônio confiado à sua guarda”.

Hoje em dia, o princípio da moralidade administrativa é pressuposto de validade de todo ato da Administração, sendo ferido de morte sempre que o ato escapa da finalidade de concorrer para o bem comum.

1.1.4. *Publicidade*

O princípio da publicidade obriga a divulgação oficial de todo ato para que tenha conhecimento público e inicie seus efeitos externos. Por esse princípio, as leis, os atos, os contratos e convênios administrativos que produzem efeitos jurídicos fora dos órgãos ou entidades que os emitem exigem publicidade para terem validade perante as partes e terceiros.

A publicação dos atos administrativos é obrigatória no Brasil desde o Decreto 572, de 12 de julho de 1980 (MEIRELLES, 2004, p. 92). No caso das leis, o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) determina que somente entrem em vigência, salvo disposição contrária, 45 dias após sua publicação oficial. Os contratos, como não são atos normativos, podem ter sua publicação em resumo, mas dela necessitam como condição indispensável para sua eficácia, conforme descreve o parágrafo único, do art. 61, da Lei 8.666/1993.

Além de assegurar seus efeitos externos, o princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, dos convênios e dos termos de parceria visa a propiciar o controle pelos interessados diretos e pela população em geral. A publicidade, analisada como princípio da Administração, abrange toda a atuação do Estado, seja sob o enfoque da divulgação oficial de seus atos, seja facilitando o conhecimento da conduta interna de seus agentes.

Além de esculpido no art. 37 da Constituição da República, o princípio da

publicidade permeia outros dispositivos constitucionais, com destaque para o inciso XXXIII, do art. 5º, que estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 75), ao comentar esse dispositivo, afirma:

“O que é importante assinalar é que o dispositivo assegura o direito à informação não só para assuntos de interesse particular, mas também de interesse coletivo ou geral, com o que se amplia a possibilidade de controle popular da Administração Pública”.

1.1.5. Eficiência

A Reforma Administrativa, consubstanciada na Emenda Constitucional 19, de 1998, acrescentou o princípio da eficiência aos princípios da Administração Pública relacionados no art. 37 da Constituição. A partir desse ponto, a eficiência é o princípio que, de modo geral, orienta toda a atuação da Administração Pública.

O princípio da eficiência, no dizer de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 94), “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Não basta que a atividade seja realizada dentro da legalidade, mas exige-se o satisfatório atendimento das necessidades dos membros da comunidade.

O termo eficiência traz a ideia de uma ação que produza resultados de modo rápido e preciso. Eficiência, segundo Odete Medauar (2003, p. 142), “contrapõe-se a lentidão, a descaso, a negligência, a omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções”. O emprego de ONGs, para a consecução de serviços públicos, encaixa-se nessa possível falta de eficiência da Administração em determinadas áreas. Mas, é bom que se frise bem o pensamento de Odete Medauar (Idem):

“O princípio da eficiência vem suscitando entendimento errôneo no sentido de que, em nome da eficiência, a legalidade seja sacrificada. Os dois princípios constitucionais da Administração devem conciliar-se, buscando esta atuar com eficiência, dentro da legalidade”.

1.1.6. Proporcionalidade (ou Razoabilidade)

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 107), “este princípio enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”. Assim, os atos cujos conteúdos extrapolem o necessário para alcançar seus objetivos ficam maculados de ilegitimidade.

Odete Medauar (2003, p. 143) aponta para uma distinção que alguns autores fazem entre proporcionalidade e razoabilidade. Esta teria o sentido de coerência lógica nas decisões e medidas administrativas, o sentido de adequação entre meios e fins; àquela, associa-se o sentido de amplitude ou intensidade nas medidas adotadas, sobretudo nas restritivas e sancionadoras. Por fim, julga que o melhor é englobar o sentido de razoabilidade no princípio da proporcionalidade, definindo-o da seguinte forma:

“O princípio da proporcionalidade consiste, principalmente, no dever de não serem impostas, aos indivíduos em geral, obrigações, restrições ou sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público, segundo critério de razoável adequação dos meios aos fins”.

Neste raciocínio, o princípio aplica-se a todas as atividades administrativas, no sentido de que sejam tomadas decisões equilibradas, com avaliação adequada da relação custo-benefício, incluído aí o custo social.

O princípio da proporcionalidade, implícito na Constituição da República, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, pois “objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais” (MEIRELLES, 2004, p. 91). Por outro lado – e isso é muito importante –, ele não pode ser usado como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do agente administrativo e, mais ainda, deve-se apoiar nos valores do homem médio, como ensina Hely Lopes Meirelles (2004, p. 91):

“Não é conforme a ordem jurídica a conduta do administrador decorrente de seus critérios personalíssimos ou de seus *standards* pessoais que, não obstante aparentar legalidade, acabe, por falta daquela razoabilidade média, contrariando a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se apoiou”.

1.1.7. Segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica, segundo J. J. Gomes Canotilho (1991, p. 384), é “uma das vigas mestras da ordem jurídica, sendo um dos subprincípios básicos do próprio conceito de Estado de Direito”. Ele foi inserido no ordenamento jurídico pátrio pelo art. 2º, da Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

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

Segundo afirmação de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2008, p. 84), que participou da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto da Lei 9.784/1999, “o objetivo da inclusão desse dispositivo foi o de vedar a aplicação retroativa de nova interpretação

de lei no âmbito da Administração Pública”. A existência do princípio justifica-se pelo fato de ser comum ocorrer mudança de interpretação de determinados dispositivos legais, afetando situações consolidadas na vigência da orientação anterior. Como essa possibilidade de mudança é inevitável, gerando insegurança jurídica, a regra veda que a aplicação seja retroativa.

Observa-se, no entanto, que Hely Lopes Meirelles (2004, p. 91) visualiza a possibilidade de que o interesse público prevalecente poderá estar precisamente “na conservação do ato que nasceu viciado mas que, após, pela omissão do Poder Público em invalidá-lo, por prolongado período de tempo, consolidou nos destinatários a crença firme na legitimidade do ato”.

Contudo, para o presente estudo, a análise deste princípio – em cotejo com o princípio da legalidade, outro subprincípio do Estado de Direito – considera, com prevalência, os ensinamentos obtidos das conclusões de Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2008, p. 85):

“O princípio [da segurança jurídica] tem que ser aplicado com cautela, para não levar ao absurdo de impedir a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei. Nesses casos, não se trata de mudança de interpretação, mas de ilegalidade, esta sim a ser declarada retroativamente, já que atos ilegais não geram direitos”.

1.1.8. Motivação

O princípio da motivação passou, nesses últimos tempos, por uma evolução bem interessante para se comentar. Num primeiro momento, fazia-se a distinção entre ato administrativo vinculado, que carecia de motivação para ser legitimado, e ato administrativo discricionário, que podia ser praticado sem motivo declarado. Nessa linha, Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio da motivação da seguinte forma:

“O dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo”.

Assim, o administrador público justifica sua ação administrativa, apontando os fatos que dão origem ao ato e os preceitos jurídicos que autorizam sua prática. Para os atos administrativos oriundos do poder discricionário, “a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público” (MEIRELLES, 2004, p. 95).

Com isso, surge a teoria dos motivos determinantes, que se funda na consideração de que “os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os fins jurídicos” (Idem, p. 193). Mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. “Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido” (TÁCITO, 1954, p. 78).

Hoje, pela moderna teoria, o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de todas as suas decisões, conforme discorre Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 82):

“Ele [Princípio da motivação] está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, não havendo mais espaço para as velhas doutrinas que discutiam se a sua obrigatoriedade alcançava só os atos vinculados ou só os atos discricionários, ou se esta-

va presente em ambas as categorias. A sua obrigatoriedade se justifica em qualquer tipo de ato, porque se trata de formalidade necessária para permitir o controle de legalidade dos atos administrativos”.

Na Lei 9784/1999, o princípio da motivação está previsto no *caput* do art. 2º, no inciso VII do seu parágrafo único e no art. 50. Este último dispositivo apresenta um rol de situações nas quais seria obrigatória a motivação, mas a doutrina considera que esse rol é meramente exemplificativo, conforme esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 83):

“No entanto, tem-se que considerar a enumeração contida no dispositivo como o mínimo a ser necessariamente observado, o que não exclui a mesma exigência em outras hipóteses em que a motivação é fundamental para fins de controle da legalidade dos atos administrativos”.

1.1.9. Supremacia do interesse público

A superioridade do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal, na medida em que a existência do Estado Moderno justifica-se pela busca do interesse geral. Por força dessa posição, “reconhece-se à Administração a possibilidade de revogar os próprios atos inconvenientes ou inoportunos, conquanto dentro de certos limites, assim como o dever de anular os atos inválidos que haja praticado. É o princípio da autotutela dos atos administrativos” (MELLO, 2007, p. 93).

Numa visão ponderada da questão, Luís Roberto Barroso (2005, p. 7) – resgatando a antiga bipartição do interesse público em primário e secundário, engendrada por Renato Alessi e introduzida no Brasil por Celso Antônio Bandeira de Mello – identifica “o primeiro com a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Já o segundo, é caracterizado como o interesse da pessoa jurídica de direito

público que seja parte em uma determinada relação jurídica”.

Desse modo, entende-se que o interesse público secundário jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular. Gustavo Binbenjoni (2006, p. 101) afirma que, “se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto”.

Quando a lei dá à Administração poderes para agir, isso ocorre em atendimento ao interesse geral, que não pode ceder a interesses particulares. Por via de consequência, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 70):

“Se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do desvio de poder ou desvio de finalidade, que torna o ato ilegal”.

1.2. Serviço público como conceito administrativo indeterminado

Como o Estado é criação do Direito, são as normas jurídicas que definem suas atividades. O ordenamento jurídico de cada país é livre para decidir se uma atividade pertencerá ao Estado (sendo regida pelo direito público) ou aos particulares (regulada pelo direito privado). No entanto, há poderes que devem estar sob o controle direto do Estado – coagir, julgar e impor tributos – sob pena de não existir Estado, como ensina Norberto Bobbio (1994, p. 178):

“Quem já teve certa familiaridade com a história da formação do Estado moderno sabe que os poderes principais dos novos ordenamentos políticos que fazem deles um Estado no sentido moderno da palavra são o poder coer-

citivo, que exige o monopólio da força física, considerado de Hobbes a Max Weber como o caráter fundamental do Estado, o poder jurisdicional (não apenas o poder de fazer leis, pelo fato de as normas jurídicas poderem ser produzidas pelo costume ou pelos próprios juristas, mas o de aplicá-las, ou seja, o poder de julgar a razão e a sem-razão, o justo e o injusto) e o poder de impor tributos, sem os quais o Estado não pode desenvolver nenhuma de suas funções essenciais.

O Estado tem esses poderes porque é indispensável que ele desenvolva certas funções. E as funções que correspondem a tais poderes são as funções mínimas do Estado, quer dizer, as funções sem as quais o Estado não será mais Estado. Todas as outras funções que o Estado moderno se tem atribuído, desde a função de providenciar o ensino até a função assistencial, caracterizam o Estado não enquanto tal, mas certos tipos de Estado”.

Assim, o que define a incidência de um ou outro ramo jurídico é a atividade desenvolvida. Quando o Estado explora atividade econômica – e, portanto, privada, por força do art. 170 da Constituição – o faz no regime privado; quando presta o serviço postal – que é estatal, conforme dita o art. 21, inciso X, da Constituição – se sujeita ao direito público. Porém, Carlos Ari Sundfeld (1992, p. 75) apresenta uma importante ressalva:

“A afirmação de que o Estado, em dadas hipóteses, submete-se ao direito privado, há de ser tomada com cautelas. Mesmo ao desenvolver atividade econômica, o ente governamental deve observar algumas normas típicas do direito público, como as de licitação, concurso público para seleção de empregados, controle do Tribunal de Contas e outras mais. O Estado, como um Midas, publiciza tudo o que toca”.

Para o Estado que palmilha pelo dirigismo econômico, uma gama maior de atividades será alçada à condição de serviço público. Por outro lado, se o Estado valoriza a livre iniciativa e a liberdade econômica, os particulares desenvolverão essas atividades livremente, apenas seguindo as regras próprias de cada setor da economia. Nessa situação, o Poder Público atua apenas de forma subsidiária, quando imprescindível por relevante interesse coletivo ou imperativo de segurança nacional, conforme art. 173 da Constituição, já exposto anteriormente. Odete Medauar (2003, p. 338) caracteriza bem essa ideia da seguinte forma:

“Saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei ou na tradição”.

1.3. Áreas de atuação estatal

1.3.1. Antes da Reforma do Estado dos anos 90

Até meados da década de 90, o conjunto de atividades desenvolvidas pelo Estado era classificado, conforme ensina Carlos Ari Sundfeld (1992, p. 78), em dois grandes grupos: o das atividades instrumentais e o das atividades-fim. As primeiras serviam ao aparelhamento do Estado e as últimas justificavam a sua própria existência.

1.3.1.1. Atividades instrumentais

Entre as atividades instrumentais, são citadas: a captação de recursos financeiros, com destaque para a cobrança de tributos; a gestão desses recursos; a escolha de agentes públicos; e a obtenção – por meio de aquisição, produção e construção – de bens indispensáveis ao suporte das atividades do Estado.

1.3.1.2. Atividades-fim

As atividades-fim são classificadas em três grupos distintos: o das atividades de

relacionamento com outros Estados ou com entidades internacionais; o das atividades de controle social, que se destinam a regular a vida em sociedade, com a utilização do poder de coerção; e o das atividades de gestão administrativa, que têm por finalidade criar utilidades em favor do corpo social por força direta da ação estatal.

1.3.1.2.1. Relacionamento internacional

Esta atividade consiste no estabelecimento e manutenção de vínculos com entidades internacionais e com Estados estrangeiros. Engloba, também, a defesa contra invasões do território nacional. Segundo Carlos Ari Sundfeld (1992, p. 79):

“Trata-se de atuação exclusiva do Poder Público, que nela expressa a soberania da sociedade, não admitindo delegação a particulares. Pertence à União (CF, art. 21, I a IV). É regida pelos direitos constitucional e internacional público”.

1.3.1.2.2. Atividades de controle social

Estas atividades ordenam o comportamento dos indivíduos, com o intuito de que estes, além de não prejudicarem os interesses da coletividade, ajam para realizá-los. Basicamente, dividem-se em três grandes áreas: a legislativa, a judiciária e a de administração ordenadora.

A mais importante atuação do Estado nesse setor é a legislativa. Por ela, editam-se normas legais regulando o exercício dos direitos e o cumprimento dos deveres do Estado e dos particulares.

O segundo grupo de atividades voltadas ao controle social diz respeito à atuação do Judiciário na solução de conflitos, defesa dos direitos, anulação de normas, privação de liberdade ou de bens particulares, bem como na execução material de suas decisões.

A terceira área está voltada para as atividades da administração ordenadora, a cargo da Administração Pública, destinadas à aplicação das leis reguladoras do exercício dos direitos dos particulares. Da

mesma forma que a jurisdicional, é sempre uma atividade de aplicação de normas superiores, mas – ao contrário daquela – pode operar de ofício, independentemente de provocação.

1.3.1.2.3. *Atividades de gestão administrativa*

Nesta classificação, incluem-se nas atividades de gestão administrativa: a prestação de serviços públicos; a prestação de serviços sociais; a emissão de moeda e a administração cambial; as atividades de fomento, as culturais, as de pesquisa na área da ciência e da tecnologia e as desportivas.

Os serviços públicos, como vistos até meados da década de noventa, importam a “criação de utilidades ou comodidades fruíveis direta e indiretamente pelos particulares, em setores reservados exclusivamente ao Estado” (SUNDFELD, 1992, p. 81).

A Constituição elenca os serviços públicos, dividindo-os entre as pessoas políticas. À União compete a maior parcela, conforme se depreende da leitura do art. 21; aos Municípios, cabem os serviços de interesse local, incluído o de transporte coletivo (art. 30, V); e aos Estados toca a competência residual, qual seja, os serviços não reservados à União ou aos Municípios (art. 25, § 1º), além da distribuição de gás canalizado (art. 25, § 2º).

Os serviços sociais são, à semelhança dos serviços públicos, “atividades cuja realização gera utilidades ou comodidades que os particulares fruem direta e individualmente. No entanto, diferenciam-se daqueles por não serem exclusivos do Estado” (SUNDFELD, 1992, p. 83). Incluem os serviços de educação (CF, art. 205 a 208 e 210 a 214), saúde (CF, art. 196 e seguintes) e assistência social (CF, art. 203 e 204; 226, § 8º; e 227, § 1º). A prestação dos serviços sociais é dever inafastável do Estado, mas o objetivo do constituinte originário ao outorgar tais competências ao Poder Público não foi a de reservá-las, mas a de obrigar o seu exercício, como comenta Carlos Ari Sundfeld (1992, p. 37):

“Os particulares exploram os serviços sociais independentemente de qualquer delegação estatal. Tais serviços se desenvolvem, portanto, em setores não reservados ao Estado, mas livres aos particulares. Daí uma importante consequência: quando prestados pelo Poder Público, submetem-se ao regime de direito público; quando prestados pelos particulares, sujeitam-se ao regime de direito privado. Tal dualidade se justifica, porquanto os serviços sociais são, ao mesmo tempo, atividade estatal e atividade dos particulares”.

A emissão de moeda e a administração cambial são atividades que geram uma utilidade social, que beneficia as pessoas de modo indireto e coletivo. São atividades que, ligadas à própria existência e unidade do Estado, são desenvolvidas pela União (CF, art. 21, VII e VIII).

Dentro do campo das atividades de gestão administrativa, nessa classificação anterior à Reforma do Estado dos anos noventa, pode-se citar: a atividade de fomento, isto é, de concessão de benefícios aos particulares para que adotem determinados comportamentos pretendidos pelo Poder Público; a realização de atividades culturais; a implementação de pesquisas na área de ciência e tecnologia; e a promoção de atividades desportivas.

1.3.2. *Reforma do Estado dos anos 90*

Num curto retrospecto histórico, verifica-se que, entre os anos 30 e 60 do século XX, o Estado foi um importante fator de desenvolvimento econômico e social dos povos. Sua atuação foi mesmo decisiva no período que se seguiu à quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque, em 1929, e no período posterior à Segunda Grande Guerra, nos idos 1945.

A partir dos anos setenta, a situação tomou outro rumo. Em razão das crises do petróleo, do processo de globalização da economia e, principalmente, do cresci-

mento distorcido do Estado, este entrou em crise e se transformou na principal causa de redução das taxas de crescimento, do aumento da taxa de inflação e da elevação das taxas de desemprego.

Fruto disso, surgem, como resposta a esse quadro, a onda neoconservadora e as reformas voltadas para a primazia do mercado. Em certo momento, os neoliberais imaginaram que teriam como resultado o Estado mínimo. Entretanto, no início dos anos noventa, verificou-se a inviabilidade da proposta neoliberal de Estado mínimo e, com isso, partiu-se para o caminho que se julgou mais conveniente: a reconstrução do Estado.

Nessa nova fase, o Estado – realizador apenas de suas tarefas clássicas de garantia da propriedade e dos contratos – assume, também, o papel de garantidor dos direitos sociais e de promotor da competitividade na sua respectiva área de jurisdição. Com isso, torna-se necessário estudar a distinção das atividades exclusivas de Estado dos serviços sociais e científicos, bem como a definição de uma propriedade pública não-estatal entre a propriedade estatal e a privada.

Nesse caminho, torna-se valioso definir três processos de criação e transformação de instituições, que visavam a aumentar a governabilidade do país: a privatização, que é o processo de transformar uma empresa estatal em privada; a publicização, que é o processo de transformar uma organização estatal numa organização pública não-estatal; e a terceirização, definida como o processo de transferir para o setor privado os serviços auxiliares ou de apoio do Estado. Com isso, pode-se apresentar os componentes básicos da Reforma do Estado que, segundo Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 18,19), levariam ao Estado Social-Liberal do século XXI.

Quando dessa análise, Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 22) distinguia três áreas de atuação estatal: “as atividades exclusivas do Estado; os serviços sociais e científicos

do Estado; e a produção de bens e serviços para o mercado”.

As atividades exclusivas do Estado, que o caracterizam como clássico ou liberal, são atividades monopolistas (pois não permitem a concorrência), nas quais o poder do Estado é exercido. Trata-se do poder de definir as leis do país, poder de impor justiça, poder de manter a ordem, de defender o país, de representá-lo no exterior, de policiar, de arrecadar impostos, de regulamentar as atividades econômicas e de fiscalizar o cumprimento das leis.

Não obstante, além dessas atividades, há uma série de outras que lhe são também exclusivas correspondentes ao Estado Social. São atividades que “envolvem direitos humanos fundamentais que qualquer sociedade deve garantir a seus cidadãos” (PEREIRA, 1997, p. 23). Podem-se citar as atividades de formular políticas na área econômica e social; de realizar transferências para a educação, a saúde, a assistência social, a previdência social, a garantia de uma renda básica de cidadania – bandeira de lutas do Senador Eduardo Matarazzo Suplicy (PT/SP) –, o seguro desemprego, a defesa do meio ambiente, a proteção do patrimônio cultural, o estímulo às artes. Apesar de essas atividades não serem intrinsecamente exclusivas, são assim consideradas, dado o volume dos recursos financeiros que envolvem nas suas transferências.

Conforme se verá na sequência, a Reforma do Estado adotada pelo país em meados da década de 90 cria, para melhor definir, uma nova classificação – serviços não exclusivos – entre as atividades exclusivas e as de produção de bens e serviços para o mercado, além de desmembrar as atividades exclusivas em duas categorias: atividades típicas (ou exclusivas propriamente ditas) e núcleo de atividade estratégica.

1.3.2.1. Núcleo de atividades estratégicas

O núcleo de atividades estratégicas identifica-se com as funções indelegáveis do Estado, atinentes aos poderes Legisla-

tivo, Executivo e Judiciário, ao Ministério Público, à Presidência da República e aos demais órgãos de direção, execução e consulta que integram as pessoas estatais responsáveis pelo planejamento e pela formulação das políticas públicas.

Por definição, a propriedade, no núcleo estratégico (e nas atividades exclusivas do Estado), deverá ser estatal. O núcleo estratégico, além dos instrumentos tradicionais – aprovação de leis pelo Congresso Nacional; definição de políticas públicas pela Presidência da República e pela cúpula dos Ministérios; e emissão de sentenças e acórdãos pelo Poder Judiciário –, conta com dois novos instrumentos: o contrato de gestão e o termo de parceria.

1.3.2.2. *Atividades exclusivas de Estado*

As atividades exclusivas de Estado, também chamadas de próprias ou típicas, são os serviços nos quais o Estado age como regulamentador, fiscalizador ou fomentador das políticas públicas. Determinadas atividades – como diplomacia, polícia judiciária, arrecadação e fiscalização de tributos, procuradoria fazendária, regulação de setores de infraestrutura – compõem o rol das funções típicas de Estado.

Por razões de segurança e de soberania nacionais, as atividades exclusivas de Estado não podem ser privatizadas nem terceirizadas. Devem ser desempenhadas por pessoas jurídicas de direito público, precipuamente por órgãos, autarquias ou fundações.

Na reforma do Estado, as atividades exclusivas de Estado devem, naturalmente, permanecer dentro do Estado. Nessa reforma, pode-se distinguir, verticalmente, no seu topo, o núcleo estratégico e, horizontalmente, as secretarias formuladoras de políticas públicas, as agências executivas e as agências reguladoras.

1.3.2.3. *Serviços não exclusivos*

Os serviços não exclusivos são aqueles desenvolvidos pelo setor público não estatal

ou Terceiro Setor que, basicamente, explora as áreas de saúde, educação, assistência social e cultura. Com a Reforma do Estado, ocorre a implementação da transferência de boa parte desses serviços, que saem da alçada do Poder Público para serem executados por entidades em colaboração.

Interessante notar que se o seu financiamento, em grandes proporções, é uma atividade exclusiva do Estado – seria muito difícil garantir educação fundamental e saúde pública gratuitas contando apenas com a caridade da sociedade civil –, mas a sua execução, em si, pode ser compartilhada com entidades privadas, pois são “atividades competitivas, que podem ser controladas não apenas através da administração pública gerencial, mas também e principalmente através do controle social e da constituição de quase-mercados” (PEREIRA, 1997, p. 25).

Nessa linha de raciocínio, não há razão para que essas atividades permaneçam dentro do Estado. Por outro lado, não se justifica que sejam privadas – voltadas para o lucro e o consumo privado – pois são atividades fortemente subsidiadas pelo Estado. Por isso, a Reforma do Estado nessa área não implica privatização, mas publicização, ou seja, transferência para o setor público não estatal.

No setor de serviços não exclusivos do Estado, a propriedade deverá ser, em princípio, pública não estatal. Não deverá ser estatal, porque não envolve o uso do poder do Estado. Por outro lado, não deve ser privada, porque pressupõe transferências de recursos do Estado. Assim, a propriedade deve ser pública, para justificar os subsídios recebidos do Estado. O fato de ser pública não estatal, por sua vez, implicará a necessidade de a atividade ser controlada de forma mista: pelo mercado e pelo Estado.

Por tudo isso, verifica-se que o espaço público é mais amplo que o estatal. Em princípio, todas as organizações sem fins lucrativos são ou devem ser organizações públicas não estatais. “São ou devem ser

porque uma entidade formalmente pública sem fins lucrativos pode – na verdade – tê-los. Nesse caso, trata-se de uma falsa entidade pública. São comuns casos desse tipo” (Idem, p. 26).

Nessa linha, retira-se a interpretação de que a propriedade pública se subdivide em estatal e não estatal. As instituições de Direito Privado – como as organizações não governamentais – voltadas para o interesse público e não para o consumo privado não são entidades privadas, devendo ser classificadas como públicas não estatais.

1.3.2.4. *Produção para o mercado*

Essa área, também chamada de Quarto Setor, refere-se às atividades de cunho econômico – produção e circulação de bens e serviços – que o Estado realiza por força do texto constitucional. No bojo da Reforma do Estado, empreendida no país pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, a titularidade de grande parte das empresas públicas passou para a iniciativa privada.

A atividade de produção para o mercado, exceto no modelo comunista, foi sempre operada por empresas privadas. Entretanto, no século passado, o Estado interveio nessa área, principalmente nos setores industrial, de infraestrutura e mineração, para suprir a falta de investimentos do setor privado e para auferir elevados lucros que poderiam ser realizados. Sobre essa interferência do Estado, escreve Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 24):

“Ficou definitivamente claro que a atividade empresarial não é própria do Estado, já que pode ser melhor e mais eficientemente controlada pelo mercado do que Administração. Além de o controle do Estado ser ineficiente quando comparado com o mercado, o controle estatal tem ainda o inconveniente de submeter a operação das empresas a critérios políticos muitas vezes inaceitáveis, e a confundir a função da empresa, que é a de ser competitiva e ter lucros com

a do Estado que, na área econômica, pode ser a de distribuir renda”.

Com a promulgação da Emenda Constitucional 19, de 1998, que modificou a redação do § 1º do art. 173 da Constituição da República, a exploração de atividade econômica pelo Estado ficou ainda mais restrita.

Assim, a privatização – segundo a filosofia da Reforma do Estado – é a melhor alternativa quando a instituição pode gerar todas as suas receitas da venda de produtos e serviços e o mercado tem condições de assumir suas atividades. Quando isso não acontece, volta-se ao domínio do Terceiro Setor, abrindo-se espaço para o público não estatal.

1.3.3. *A crise financeira mundial de 2007/2008*

1.3.3.1. *Antecedentes*

Como antecedentes dessa grande crise financeira que ainda abala o mundo nos dias correntes, deve-se registrar os choques dos preços do petróleo ocorridos em 1973 e 1979, com o consequente esgotamento do ciclo de expansão do período posterior à Segunda Grande Guerra.

Naquela época, a economia mundial vivia sob o chamado Sistema Bretton Woods de gerenciamento econômico internacional, fruto das conferências de mesmo nome que estabeleceram, em 1944, as regras para as relações comerciais e financeiras entre os países mais industrializados do mundo.

Preparando-se para reconstruir o capitalismo mundial enquanto a Segunda Guerra Mundial ainda grassava, 730 delegados de todas as 44 nações aliadas encontraram-se em Bretton Woods, nos Estados Unidos, para a Conferência Monetária e Financeira das Nações Unidas.

Definindo um sistema de regras, instituições e procedimentos para regular a política econômica internacional, os planejadores de Bretton Woods estabeleceram o Banco Internacional para a Reconstrução e Desenvolvimento (BIRD) e o Fundo Mo-

netário Internacional (FMI). Essas organizações tornaram-se operacionais em 1946, depois que um número suficiente de países ratificou o acordo.

As principais disposições do sistema Bretton Woods foram, primeiramente, a obrigação de cada país adotar uma política monetária que mantivesse a taxa de câmbio de suas moedas dentro de um determinado valor indexado ao dólar – mais ou menos um por cento – cujo valor, por sua vez, estaria ligado ao ouro numa base fixa de 35 dólares por onça e, em segundo lugar, a provisão pelo FMI de financiamento para suportar dificuldades temporárias de pagamento.

Esse sistema chegou à exaustão, ao final da década de 70, com a crise do Estado de Bem-Estar Social, pelo recrudescimento do fenômeno da estagflação, definida como uma situação típica de recessão, ou seja, diminuição das atividades econômicas e aumento dos índices de desemprego, com crescimento de inflação. A estagflação assolou o mundo durante a década de 1970, de um lado pelo superaquecimento das economias dos países desenvolvidos, a partir da excessiva expansão de procura agregada, o que levou a pressões inflacionistas; de outro lado, pela redução da oferta agregada, a partir das restrições impostas pelos países produtores de petróleo, perdas de safras e redução das atividades em setores que dependem do petróleo como matéria-prima, ou simplesmente como complemento, levando ao desemprego.

Como consequência da ruptura do Sistema Bretton Woods, o mundo vivenciou a supressão das restrições à livre movimentação do capital e a desregulamentação geral da economia, gerando a expansão e posterior integração do Sistema Financeiro Mundial com a difusão à escala global das políticas e processos de autorregulação dos mercados¹.

¹ Dados colhidos de palestra proferida pelo Senador Aloizio Mercadante (PT/SP) para os membros da Liderança do Bloco de Apoio do Governo no Senado Federal em 20/11/2008.

1.3.3.2. Cronologia da crise

No período compreendido entre os anos de 2001 e 2006, ocorreu um fenômeno que os economistas denominaram de bolha imobiliária. Nesse período havia uma abundância de crédito nos Estados Unidos, com juros que giravam em torno de 1% ao ano, implicando intensa liquidez no mercado. Com esse grande volume de dinheiro fácil circulando, a classe média americana percebeu que era um bom negócio hipotecar suas próprias casas – financiadas ainda, em sua grande maioria – e, com o dinheiro conseguido a juros baixos, injetar capitais no mercado de ações, visando a receber dividendos maiores que os pagos às empresas de hipoteca. Com isso, a médio ou longo prazo, teriam um patrimônio maior em ações que o valor pago nas prestações das hipotecas.

Com isso, avolumou-se a quantidade de créditos bancários de alto risco, ou *subprimes*, que incluíam desde empréstimos hipotecários até cartões de créditos e aluguéis de carros, e eram concedidos, por ganância do rendimento fácil, a clientes sem comprovação de renda e com histórico ruim de crédito. As taxas de juros eram pós-fixadas, isto é, determinadas no momento do pagamento das dívidas. Por essa razão, com a elevação gradual da taxa de juros nos Estados Unidos, muitos mutuários ficaram inadimplentes, isto é, sem condições de pagar as suas dívidas aos bancos. É o estouro da bolha imobiliária ou crise do *subprime*.

Em síntese, a crise do *subprime* é a crise financeira desencadeada no fim de 2006 e início de 2007, a partir da quebra de instituições de crédito dos Estados Unidos, que concediam empréstimos hipotecários de alto risco, arrastando vários bancos para uma situação de insolvência e repercutindo fortemente sobre as bolsas de valores de todo o mundo.

Inicialmente, a crise teve amplitude limitada a instituições dos Estados Unidos. Em fevereiro de 2007, o Banco HSBC registra uma perda de US\$ 10 milhões. A crise do

crédito hipotecário havia provocado uma crise de confiança geral no sistema financeiro, bem como a falta de dinheiro disponível para saque imediato pelos correntistas dos bancos (crise de liquidez).

Na sequência, ocorre a falência da financeira *New Century Financial* e, entre agosto de 2007 e setembro de 2008, as intervenções no Banco *Northern Rock*, nas agências financeiras de empréstimos pessoais e hipotecários *Fannie Mae* e *Freddie Mac*, e a falência do Banco *Lehman Brothers*. As ações da AIG, a maior seguradora dos Estados Unidos, caíram 60% e as maiores montadoras de automóveis do país – GM, Ford e Chrysler – recorreram aos cofres públicos, como *ultima ratio*, para evitar a iminente falência.

Em outubro de 2008, a crise econômica toma proporções globais, com o travamento do crédito e a retração da liquidez internacional. Segundo a revista *Carta Capital*, edição 523, de 21/11/2008, a partir do estouro da bolha imobiliária, as perdas registradas das instituições financeiras foram de US\$ 580 bilhões, a estimativa total das perdas do mercado financeiro foi de US\$ 2,8 trilhões e a desvalorização patrimonial nas bolsas de valores foi de US\$ 32 trilhões. Com isso, ocorre uma intervenção coordenada dos bancos centrais, as economias avançadas entram em recessão e os países emergentes sofrem uma desaceleração no seu crescimento.

Apesar de o Brasil figurar entre os primeiros países que conseguiram “sair da crise”, em final de 2009, vários ensinamentos podem ser retirados dos momentos difíceis vividos. Para o tema em questão, fica a ideia da necessidade de um controle judicioso dos gastos públicos, pois não há fontes de recursos externos com dinheiro fácil a financiar projetos de pouco retorno econômico ou social. É hora de aplicar os recursos públicos segundo prioridades claras e acompanhadas de controle transparente efetuado pelo próprio Estado com o suporte da sociedade civil. Vislumbra-se a necessidade de o Estado – contrariando a teoria neoliberal, que se desfez com essa crise financeira, na qual os

mercados falharam em sua autorregulação – ter que reassumir determinadas áreas de atuação, agindo diretamente, controlando ou regulando a conduta dos particulares cujas atividades tenham repercussão direta na população mais carente.

2. Terceiro Setor

2.1. Conceito e características

2.1.1. Conceito

Terceiro Setor, segundo Paulo Modesto (1998, p. 56), é o “conjunto de pessoas jurídicas privadas de fins públicos e sem finalidade lucrativa, constituídas voluntariamente, auxiliares do Estado na persecução de atividades de conteúdo social relevante”. Daí, retira-se que ele não deve ser confundido com “setor terciário”, que é como, nas ciências econômicas, costuma ser designado o setor de serviços, ou seja, o conjunto de produtos da atividade humana que satisfazem uma necessidade da população, sem assumir a forma de um bem material. Como exemplo de serviços, pode-se citar o ensino, os transportes, o comércio, as comunicações e a diversão.

A expressão Terceiro Setor é utilizada em contraposição à ideia de que o primeiro setor é constituído pelo Estado, incapaz de promover sozinho o bem-estar social, e de que o segundo setor é formado pelo mercado, que se interessa apenas pela produção de bens e serviços que dão retorno. No dizer de Athayde Motta (1994, p. 108), “enquanto o mercado existe para gerar lucro e o Governo para prover a estrutura essencial para a aplicação da lei e da ordem e a promoção do bem-estar geral, o Terceiro Setor existe para prover algum serviço ou alguma causa”.

Para o Programa Comunidade Solidária (1998, p. 60), conduzido pela professora Ruth Cardoso, de saudosa lembrança, o conceito de Terceiro Setor inclui:

“o amplo espectro das instituições filantrópicas dedicadas à prestação de serviços nas áreas de saúde, educação

e bem-estar social. Compreende também as organizações voltadas para a defesa de grupos específicos da população, como mulheres, negros e povos indígenas, ou de proteção ao meio ambiente, promoção do esporte, cultura e lazer”.

2.1.2. Características

Como uma das limitações ao poder de tributar da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é vedado – conforme o art. 150, inciso VI, letra “c”, da Constituição da República (CR) – instituir impostos sobre “patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei”.

É interessante destacar que essa vedação, consoante o previsto no § 4º do art. 150, da CR, compreende “somente o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas”.

No tocante ao financiamento da seguridade social, a Constituição declara, no art. 195, § 7º, que “são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei”.

Ao tratar da Assistência Social, a Constituição estabelece, no art. 204, as diretrizes para a execução das ações governamentais realizadas com recursos do orçamento da seguridade social. Da leitura, verifica-se que a Constituição da República reconhece a importância da colaboração da iniciativa privada na execução de tarefas consideradas eminentemente públicas, bem como consolida, segundo Emile P. J. Boudens (2000, p. 2), “uma longa tradição de incentivos às associações que, de forma desinteressada e sem visar ao lucro, se dedicam às causas humanitárias”.

As entidades do Terceiro Setor, também chamadas de paraestatais, caracterizam-se

por serem pessoas privadas que colaboram com o Estado no desempenho de atividade não lucrativa. Por isso, o Poder Público dispensa a elas especial proteção, concedendo-lhes algumas benesses do seu poder de império, como na esfera tributária, por exemplo. Não abrangem as entidades da Administração indireta; trata-se de pessoas privadas que exercem função estatal (embora não exclusiva de Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional.

O desempenho das atividades protetórias por entidades que colaboram com o Estado faz com que as mesmas se coloquem próximas ao Estado, paralelas a ele, como escreve Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 250):

“Em todas essas entidades do terceiro setor, estão presentes os mesmos traços: são entidades privadas, instituídas por particulares; desempenham serviços não exclusivos do Estado, porém em colaboração com ele; se receberem ajuda ou incentivo do Estado, sujeitam-se a controle pela Administração Pública e pelo Tribunal de Contas. Seu regime jurídico é de direito privado, porém parcialmente derogado por normas de direito público”.

2.2. Prestação de serviços públicos em parceria com entidades do terceiro setor

A partir da Reforma do Estado, implementada no Brasil em meados da década de noventa, a prestação de boa parte dos serviços não exclusivos do Estado, como os de saúde, educação, assistência social e cultura, passou a ser executada por entes em colaboração. É o caso, por exemplo, das Organizações Sociais (OS), que pactuam contratos de gestão com a Administração, as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), que celebram termos de parceria com o ente estatal, os contratos de concessão ou de permissão, as parcerias público-privadas e os convênios

ou as transferências voluntárias. Desses, serão apresentados os que mais de perto dizem respeito à atuação das organizações não governamentais.

Num apanhado geral do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, verifica-se que o Programa Nacional de Publicização origina-se do pressuposto de que os serviços prestados por entidades do Terceiro Setor são mais eficientes, pois enfatizam os resultados em relação aos mecanismos de controle.

2.2.1. Organizações sociais

A partir de 1998, com a publicação da Lei 9.637, as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas à saúde, ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente e à cultura poderão ser qualificadas pelo Poder Executivo federal como organizações sociais (OS).

De pronto, constata-se, efetuada ligeira comparação, que o rol de atividades possíveis das organizações sociais – saúde, educação, meio ambiente e cultura – é restrito em relação à lista de atividades possíveis das OSCIPs.

Interessante notar que, nesse processo de criação, é subjacente a ideia de formular contratos de gestão com entidades privadas, instituídas por particulares, para desempenhar atividades não exclusivas do Estado dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente e à saúde. Na concepção inicial das organizações sociais, a linha-mestra original – pelo Programa Nacional de Publicização – era a extinção de órgãos e entidades públicas que desenvolviam atividades e serviços públicos não exclusivos do Estado e a absorção desses serviços e atividades por organizações sociais.

A União extinguiu duas instituições federais – a Fundação Roquete Pinto e o Laboratório Nacional de Luz Síncrotron

– transformando-as em organizações sociais, mas o instituto, como um todo, “vem gerando dúvidas e críticas, em virtude, principalmente, da preocupação com a preservação do patrimônio público e com a gratuidade e universalidade de acesso a serviços públicos nas áreas citadas” (MEDAUAR, 2003, p. 108).

O art. 2º da citada “Lei das OS” – Lei 9.637/1998 – apresenta os requisitos para que a pessoa jurídica interessada receba a qualificação de organização social. Da leitura do dispositivo legal, verifica-se que ao Administrador é dado o poder discricionário de qualificar ou não uma pessoa jurídica interessada como organização social. Como se verá mais à frente, esse é um ponto que vai diferir as Organizações Sociais das OSCIP: a qualificação como OS é poder discricionário do Administrador.

Observa-se, também, que um dos requisitos impostos é o de a entidade ter como órgão de deliberação superior um conselho de administração, integrado por representantes do poder público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral.

A entidade qualificada como OS – declarada de interesse social e utilidade pública para todos os fins legais – pode celebrar contrato de gestão com o poder público, para a formação de parceria no fomento e execução das atividades nas áreas de saúde, educação, meio ambiente e cultura. Assim, pode receber recursos orçamentários e até bens públicos, por meio de permissão de uso, para o cumprimento dos objetivos do contrato de gestão. “Dessa forma, o poder público deixará de ser o executor direto de atividade e serviços naquelas áreas, para ser incentivador, fornecedor de recursos e fiscal da execução” (Idem).

Como característica singular das organizações sociais, tem-se que o fomento público pode decorrer de investimentos financeiros, de cessão de bens públicos ou de cessão de pessoal. Quando a entidade privada busca ser qualificada como orga-

nização social, sua finalidade precípua é, no passo seguinte, firmar um contrato de gestão com o Poder Público para receber repasses de recursos financeiros públicos e, assim, desenvolver suas atividades em melhores condições. Ao receber recursos públicos, por meio de contrato de gestão, a empresa privada reduz sua autonomia, conforme ensina Roberta Fragoso Kaufmann (2008, p. 3):

“Por meio de contratos de gestão, são fixados objetivos que a OS deve alcançar, coerentes com o Plano de Governo. Dessa forma, a empresa terá uma menor autonomia do que normalmente teria na iniciativa privada, mas, por outro lado, diminuir-se o controle sobre a execução de tais atividades, se comparado com os entes da Administração Pública Indireta”.

O contrato de gestão estabelece uma relação entre o controle financeiro – executado a partir dos resultados – e o planejamento. Quando constatar o descumprimento de disposições do contrato de gestão, o poder público poderá desqualificar a entidade, importando a reversão dos bens permitidos e dos valores entregues, respondendo os seus dirigentes individual e solidariamente pelos danos ou prejuízos causados por ação ou omissão.

Na discussão do tema objeto deste trabalho, duas questões saltam aos olhos: (a) está o Poder Público obrigado a licitar o contrato a ser firmado com uma OS? (b) a OS precisa fazer licitação para contratar bens e serviços?

Inicialmente, da leitura do *caput* art. 37 da Constituição da República, que encabeça o capítulo “Da Administração Pública”, verifica-se que os preceitos ali contidos são endereçados aos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta, não se aplicando às OS, conforme se vê:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito

Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)”.

O inciso XXI desse art. 37, ao determinar que obras, serviços e compras devem ser contratados por processo licitatório, excetua casos específicos previstos na legislação:

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

Em 1998, a Lei 9.648 acrescenta o inciso XXIV ao art. 24 da Lei 8.666/1993 (Lei de Licitações), permitindo a dispensa de licitação e a contratação direta de organizações sociais pelo Poder Público:

“Art. 24. É dispensável a licitação:

[...]

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão”.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em julgamento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1923-MC/DF, considerou – liminarmente – que é constitucional a dispensa de licitação para a realização de contrato de gestão entre o Poder Público e as organizações sociais (OS).

Com isto, a resposta da primeira pergunta formulada, até o julgamento pelo

STF do mérito da ADI 1923, é a de que a Administração Pública não está obrigada a submeter à licitação o contrato a ser firmado com organizações sociais.

Os dados colhidos e apresentados até o momento levam a pensar que a resposta para a segunda pergunta – a Organização Social precisa fazer licitação para contratar bens e serviços? – é, também, negativa. Porém, quando se faz a leitura dos artigos 1º e 5º do Decreto 5.504/2005 – que, em sua ementa, “estabelece a exigência de utilização do pregão, preferencialmente na forma eletrônica, para entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos” –, chega-se à conclusão de que a OS, quando utilizar recursos públicos, deve empreender processo licitatório na aquisição de bens e serviços.

Assim, verifica-se que há um claro descompasso na legislação federal que regula a matéria. Como isso ocorre também com as organizações da sociedade civil de interesse público, o assunto será dissecado mais à frente.

2.2.2. *Organizações da sociedade civil de interesse público*

A mesma ideia de publicização, que ensejou a criação das OS, deu corpo, por meio da Lei 9.790, de 1999, a uma nova entidade: a organização da sociedade civil de interesse público (OSCIP). Trata-se de uma qualificação atribuída pelo Ministério da Justiça à pessoa jurídica de direito privado², sem fins lucrativos, cujo objeto social contemple alguma das atividades previstas no art. 3º da Lei 9790/1999.

Da leitura do art. 2º da referida lei, depreende-se que não são passíveis de qualifi-

² Diferentemente do que ocorre para as OS, a outorga da qualificação aqui é ato vinculado. Preenchidos os requisitos, a pessoa jurídica de direito privado interessada receberá a qualificação de OSCIP.

cação como OSCIP, ainda que se dediquem às atividades acima expostas, os seguintes entes: sociedades comerciais; sindicatos, associações de classe ou de representação de categoria profissional; instituições religiosas; organizações religiosas, inclusive suas fundações; entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens e serviços a um círculo restrito de associados; empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados; instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras; escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras; organizações sociais; cooperativas; fundações públicas; fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas; e organizações creditícias vinculadas com o sistema financeiro nacional.

O art. 4º da Lei 9790/1999 indica algumas normas que deverão ser inseridas nos estatutos das pessoas jurídicas interessadas, entre as quais se destacam: observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; adoção de práticas de gestão, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais em decorrência da participação no respectivo processo decisório; prestação de contas de todos os recursos públicos e bens de origem pública pelos sistemas de controle interno e externo (Legislativo auxiliado pelo TCU).

A pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, qualificada como OSCIP pode celebrar termo de parceria com o Poder Público, “destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público desenvolvidas pela entidade assim qualificada” (MEDAUAR, 2003, p. 110). A Lei 9790/1999 definiu expressamente, no § 1º do art. 1º, o conceito de entidade sem fins lucrativos:

“§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa

jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social”.

O termo de parceria – instrumento jurídico de fomento e gestão das relações de cooperação entre entidades privadas e o Estado – “tem o objetivo de imprimir maior agilidade gerencial aos projetos e realizar o controle pelos resultados, com garantias de que os recursos estatais sejam utilizados de acordo com os fins públicos” (KAUFMANN, 2008, p. 2).

Para escolher a OSCIP que firmará o termo de parceria, a Administração Pública pode lançar mão de concurso de projetos, com base no Decreto 3.100/1999 (art. 23 e seguintes), que regulamenta a Lei das OSCIPs (Lei 9.790/1999). O art. 11 desta Lei determina que a fiscalização das atividades das OSCIPs é realizada pela Administração Pública, pelo Conselho de Políticas Públicas e pelo TCU.

No que tange às limitações ao poder de tributar, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir impostos sobre patrimônio, renda ou serviços das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei (art. 150, VI, “c”, da Constituição da República).

O art. 12 da Lei 9.532/1997, que regula esse dispositivo constitucional, considera “imune a instituição de educação ou de assistência social que preste os serviços para os quais houver sido instituída e os coloque à disposição da população em geral, em caráter complementar às atividades do Estado, sem fins lucrativos”.

Segundo a dicção do art. 34 da Lei 10.637/2002, a imposição de as entidades

sem fins lucrativos não remunerar seus dirigentes para serem abarcadas pela não-tributação de impostos não vale para as OSCIP e OS.

Uma questão que sempre se apresenta é se a OSCIP deve cumprir os dispositivos da lei de licitações ou apenas deve se submeter a regulamento próprio, por ela publicado, que observe os princípios norteadores da Administração Pública. A resposta a essa indagação vem da leitura do art. 14 da Lei 9.790/1999:

“Art. 14. A organização parceira fará publicar, no prazo máximo de trinta dias, contado da assinatura do Termo de Parceria, regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios estabelecidos no inciso I do art. 4º desta Lei”.

Ao compulsar o inciso I do art. 4º da citada lei, verifica-se a imposição de a OSCIP observar os princípios da Administração, conforme se vê:

“Art. 4º Atendido o disposto no art. 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre:
I – a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência;”.

Da decisão contida no Acórdão 1777/2005-Plenário, do Tribunal de Contas da União, publicada no Diário Oficial da União de 22/11/2005, retira-se que as OSCIPs “submetem-se ao Regulamento Próprio de contratação de obras e serviços, bem como para compras com emprego de recursos provenientes do Poder Público, observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade,

economicidade e da eficiência”, não se aplicando aos “Termos de Parceria celebrados entre a Administração Pública Federal e as OSCIPs as normas relativas aos Convênios, especificamente a IN 01/97-STN”.

Dessa análise, verifica-se que a OSCIP não está obrigada a cumprir os ditames do processo licitatório imposto pela Lei 8.666/1993. Ela submete-se apenas aos princípios gerais da Administração Pública e estabelece, em regulamento próprio, os procedimentos que adotará para contratação de obras e serviços com emprego de recursos provenientes do Poder Público.

Todavia, com a publicação do Decreto 5.504, em agosto de 2005 – como se viu quando do estudo das organizações sociais –, as obras, compras e serviços realizados pelas OS ou pelas OSCIPs com recursos repassados pela União devem ser contratados mediante processo licitatório estabelecido pela Lei de Licitações.

Com base no art. 4º desse mesmo decreto, o Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão e o Ministro da Fazenda publicaram a Portaria Interministerial 217, de 31/07/2006 (alterada, em maio de 2007, pela de número 150), na qual determinam que os processos licitatórios que envolvam repasse voluntário de recursos públicos sejam efetivados por meio de pregão, preferencialmente na forma eletrônica, excetuando as OS e as OSCIPs dessa obrigatoriedade.

Pelo que se vê, tantas idas e vindas na legislação mostram um descompasso na tentativa de enquadramento das entidades sociais como realizadoras, como entes em colaboração, de boa parte dos serviços não exclusivos do Estado, como os de saúde, educação, assistência social e cultura. Por que isso acontece? Uma hipótese bem palpável é a de que a Reforma do Estado – aplicada, no País, pelos neoliberais –, neste aspecto, veio antes do costume: a sociedade brasileira não aprendeu a valorizar, ainda, o trabalho social despendido pelas pessoas em benefício da Nação (*Service to the Nation*)

ou das pessoas mais carentes (*Service to the People*).

O verdadeiro serviço social, o trabalho social puro sem fins lucrativos, é feito por poucos abnegados que, em boa parte das vezes, estão ligados, de uma forma ou de outra, à causa que defendem. No Brasil, como regra geral, os membros das entidades filantrópicas que dão suporte às crianças com Síndrome de Dawn, por exemplo, são parentes de crianças que possuem a doença; as associações de excepcionais são formadas, em sua maioria, por pais de crianças excepcionais; as que socorrem as crianças com câncer são integradas, lugar-comum, por pais e parentes de crianças que possuem ou possuíram a doença.

Tirando a vertente religiosa, que pela fé leva o homem a trabalhos belíssimos em prol dos irmãos necessitados, faz-se necessário um impulso valorativo que, em detrimento de qualquer vantagem pessoal visível, leve o ser humano a realizar serviços úteis em benefício de pessoas ou de grupos de necessitados. Isso, no mais das vezes, somente ocorre com educação. O homem precisa ser educado para servir.

O ponto ideal seria, numa visão, a realização do amor mais puro, porque aquele que dá sem qualquer necessidade de retorno, seja em proteção, amizade, sexo, dinheiro, vai, na direção do humilde, do doente, do excepcional, do sofrido e do necessitado, com a mesma leveza que volta para o peito de onde saiu, sem carga, sem contrapeso, sem cobrança. O amor de Deus! O homem precisa ser educado a exercitar esse amor, para dele tirar os grandes benefícios que só o ato de servir proporciona.

O ponto fulcral é o de que todo cidadão deve ter consciência de que é importante para ele o desempenho de um serviço social que beneficie a comunidade. Se a vertente altruísta, que se supõe existir em cada um, é de difícil despertar, que seja criada e mantida – como bem faz os Estados Unidos – a valorização, para todos os fins, da importância do trabalho social

que cada um efetivamente realiza para o bem da Nação ou dos mais fracos de seu país e, num segundo plano, para o bem do mundo inteiro.

No interior dos Estados Unidos, nos Estados do Kansas e do Missouri, por exemplo, a sociedade foi educada para realizar um trabalho benemérito em prol de todo o conjunto. É tanto que, como exemplo, o sujeito pouco gregário (ou sem tempo para se preparar) passa o domingo pela manhã, no mínimo, limpando as rodovias que circundam o lugar onde vive para, ao final, se cobrado, poder dizer que despende parte do seu tempo em benefício da coletividade.

Há uma cobrança social. A pessoa, para ser bem aceita no convívio em sociedade, não basta ser endinheirada ou possuir títulos de estudo; mais que isso, precisa demonstrar com ações que é sensível aos problemas que afetam os que de alguma forma possam ser discriminados: os portadores de deficiência, os negros, os pobres, os que moram nas periferias próximas aos cursos d'água, os estrangeiros, os idosos, os encarcerados e as crianças de qualquer natureza. Recentemente, acrescentou-se a preocupação com as questões relativas à proteção dos diversos ecossistemas do mundo.

Num ambiente cultural como esse pintado, no qual os valores sociais são apreendidos e estimulados, todos estão engajados com as necessidades dos seus semelhantes. Veja-se, por exemplo, a estupenda ajuda financeira proporcionada pela sociedade civil norte-americana ao povo do Haiti, por ocasião do terremoto de 12 de janeiro de 2010. Talvez, auxílios como esse ocorram não porque as pessoas sejam bondosas, infelizmente, mas porque isso lhes faça bem. Em teoria, tem-se que a pessoa pode não servir, mas em algum momento ela será cobrada por isso. Há, na cultura norte-americana, um grande respeito à liberdade das pessoas, mas as falhas são cobradas de forma contundente. Em placas de trânsito,

colocadas nas esquinas do interior, estão os dizeres que valem para quase tudo: "Neighborhood watching!"³

Uma pessoa desempregada, por exemplo, com algum desequilíbrio não acompanhado, que tenta várias vezes, mas não consegue trabalhar; que não é ajudada pelo Estado, por seus vizinhos ou pelas pessoas abastadas do lugar; que, pelo contrário, é motivo de escárnio de todos no seu bairro, pode, um dia, matar até o Presidente da República, como o fez Lee Harvey Oswald, em 22/11/1963, em Dallas, no Texas.

Uma vez estabelecida a cultura da necessidade de ser gregário, fica muito mais fácil existir uma plethora de entidades que realmente sejam sem fins lucrativos, estabelecidas para operar em proveito dos necessitados e que, a partir desse grande número de entidades com reais vocações de bem servir, possam disputar e acompanhar, porque interessadas no bem do próximo ou do País, a distribuição e a aplicação de recursos públicos pelas entidades do Terceiro Setor.

Esse passo é que faltou ao Brasil: preparar e mobilizar a população para a importância do trabalho da sociedade civil em prol da Nação e dos irmãos necessitados. Por isso, a existência desse descompasso na legislação que trata das entidades filantrópicas. Para esse tipo de trabalho descentralizado, a honestidade de propósitos da entidade é de fundamental importância para a consecução dos objetivos sociais desejados. Essa parece ser a pedra de toque que precisa ser considerada: valorizar o cidadão que trabalha abnegadamente em prol dos seus semelhantes e punir com rigor os que desviam os recursos públicos ou privados.

A possibilidade de qualificação de entidades, inicialmente, como Organizações Sociais, por meio da Lei 9.637, de maio de 1998 e, posteriormente, como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público,

³ Em bom português: a vizinhança está de olho em você.

pela Lei 9.790, de maio de 1999, vislumbra-va que as atividades sociais e científicas de responsabilidade do Estado fossem execu-tadas por entidades públicas não-estatais sem fins lucrativos. Para tanto, o Governo Federal dispensou-as da realização de lici-tação, alterando a Lei 8.666, de 1993.

Mas, em 2005, em face dos desvios de rumo que foram detectados, teve que dar um passo atrás, determinando, por meio do decreto presidencial 5.504, que todas as entidades que realizam obras, compras, serviços ou alienações com emprego de recursos públicos devem fazê-lo mediante processo de licitação pública regido pela Lei de Licitações.

Porém, no biênio 2006/2007, como tal postura não funcionou a contento, o Go-verno, numa contramedida de sua decisão anterior, por meio de portarias interminis-teriais dos Ministérios do Planejamento e da Fazenda, permitiu que as entidades filan-trópicas que tenham regulamentos próprios e respeitem os princípios da Administração Pública possam fazer uso do dinheiro público sem a realização de licitação.

Ao que tudo indica, o Governo claudica, não percebendo a lacuna original, pois ado-ta lei geral em detrimento de lei especial, altera conteúdo de lei por meio de decreto e modifica a letra de decreto por intermê-dio de portaria. Do discorrido, verifica-se que o cerne da questão está em mudar a mentalidade social do país e, num segundo momento, punir com competência, tocando no bolso daqueles que desviam o dinheiro público repassado para emprego em ativi-dades sociais.

Como se vê, a sociedade brasileira re-cebeu uma tarefa – assumir a execução da maior parte das responsabilidades do Esta-do no campo social e científico – sem estar devidamente preparada para cumpri-la. Assim, o espaço aberto pela legislação – que, por hipótese, não considera o despreparo cultural da população para a realização, com desprendimento, de trabalhos sociais sem fins lucrativos – propicia que o Terceiro

Setor se transforme num campo fértil para as investidas de um bom número de pesso-as, de intenções duvidosas, que objetivam apenas desviar recursos públicos para si ou para as agremiações que integram.

2.2.3. *Convênios administrativos*

Convênio administrativo é o ajuste cele-brado por entidades públicas de qualquer espécie ou realizado por essas entidades e outras de direito privado, para a consecução de objetivos comuns dos convenientes. Convênio, por definição apresentada pelo Tribunal de Contas da União (2008, p. 15), portanto mais específica para este trabalho:

“É o acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros dos Orçamentos da União visando à execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação, e tenha como partícipes, de um lado, órgão da administração pública federal direta, autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista, e, de outro, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos”.

Como sempre, vale colacionar a lição de Hely Lopes Meirelles (2004, p. 386), no caso sobre as diferenças entre contrato e convênio:

“No contrato há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatá-rios), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc), outra que pretende a contraprestação cor-respondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no convênio, em que não há partes, mas unicamente partícipes com as mesmas pretensões. Por esta razão, no convênio a posição jurídica

dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos”.

O convênio distingue-se do contrato de repasse, por ser este “o instrumento administrativo usado na transferência dos recursos financeiros, por intermédio de instituição ou agente financeiro” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2008, p. 15). No contrato de repasse, contratante é o órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta que pactua a execução de programa, projeto atividade ou evento, por intermédio de instituição financeira federal (mandatária); contratado é o órgão ou entidade da administração pública direta ou indireta, de qualquer esfera de governo, com a qual a administração federal pactua a execução de contrato de repasse. Não há, portanto, assinatura de contrato de repasse que envolva órgãos da administração pública e entidades privadas sem fins lucrativos.

Quanto à origem dos recursos, as dotações orçamentárias destinadas aos convênios e aos contratos de repasse são, basicamente, alocadas no Orçamento-Geral da União (OGU) de duas formas: a primeira é pela contemplação nominal do Estado, do município ou da ONG, por meio de proposta do Executivo ou de emenda à peça orçamentária, de autoria de deputado federal ou de senador⁴; na segunda, não há a contemplação explícita, mas o programa orçamentário destina recursos para a região onde se localiza o pretendente e prevê a aplicação por meio de órgão ou entidade estadual, municipal ou não governamental⁵.

⁴ Ao ser aplicada a Lei Orçamentária, já haverá previsão dos recursos para a consecução do objeto proposto na emenda. A liberação dar-se-á de acordo com o planejamento do Poder Executivo, observadas as disponibilidades orçamentárias.

⁵ Identifica-se essa previsão pelas seguintes modalidades de aplicação: 30 – governo estadual; 40 – administração municipal; e 50 – entidade privada sem fins lucrativos.

O acesso aos recursos pela organização que vai aplicá-los pode-se dar de duas formas: numa primeira hipótese, por proposta ou projeto formulados pela própria organização, diretamente ao ministério ou à entidade que disponha de recursos aplicáveis ao objeto pretendido⁶; numa segunda, o ministério ou a entidade federal detectam as necessidades locais ou desejam implementar programas federais na região. Neste último caso, os municípios são contatados para que efetivem sua participação no programa.

No que tange à regulamentação, os convênios celebrados até 14 de abril de 2008 sujeitam-se às disposições da Instrução Normativa da Secretaria do Tesouro Nacional (IN/STN) 1/1997, com suas alterações. Após esta data, as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios, contratos de repasse e termos de cooperação são as dispostas no Decreto 6.170/2007 (com as alterações constantes dos Decretos 6.329/2007, 6.428/2008 e 6.497/2008); bem como as dispostas na Portaria Interministerial 127/2008 (Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Ministério da Fazenda – Ministério do Controle e da Transparência); e, ainda, com a aplicação supletiva da IN/STN 1/97, naquilo que não for incompatível com os dispositivos constantes do novo ordenamento inaugurado pelo Decreto 6.170/2007.

Esse decreto, que instituiu o Sistema de Gestão de Convênios e Contratos de Repasse (Siconv) e o Portal de Convênios do Governo Federal⁷, tem como um dos objetivos garantir maior transparência aos atos de gestão, pois possibilitaria o acompanhamento pela sociedade de todo o processo, desde a apresentação da proposta pelo interessado até a análise, celebração

⁶ Após análise da necessidade e da viabilidade do objeto proposto, das informações cadastrais do proponente e da sua regularidade, o ministério ou a entidade poderão aprovar o convênio e liberar os recursos.

⁷ Disponível em: <www.convenios.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2009.

e liberação de recursos pelo concedente, bem como a prestação de contas *on-line* da execução física e financeira do convênio. A partir de 1º de setembro de 2008, todo o processo de credenciamento, cadastramento e apresentação de propostas passou a ser realizado por intermédio do Portal de Convênios do Governo Federal.

Tudo parece bem encaminhado, porém um estudo mais apurado mostra que a regulamentação confeccionada para regular as atividades das entidades do Terceiro Setor – formada basicamente por decretos e portarias – peca pela ilegalidade e apresenta pontos falhos, sendo que o xis da questão parece ser mesmo a falta de o Congresso Nacional estabelecer um marco regulatório para a legislação que abarque as entidades públicas não estatais.

3. Organizações Não Governamentais (ONGs)

3.1. Conceito

Consultando a Resolução ECOSOC⁸ 31/1996, de 25 de julho de 1996, verifica-se que, para a Organização das Nações Unidas (ONU), ONG pode ser qualquer entidade que, não fundada por Estados ou por acordo entre Estados, tenha como foco as questões humanitárias, o desenvolvimento da ajuda aos necessitados e o desenvolvimento sustentável.

Organizações não governamentais são, na definição de Takeshy Tachizawa (2004, p. 18), “entidades de natureza privada (não públicas), sem fins lucrativos, juridicamente caracterizadas como associações ou fundações”. Luiz Carlos Bresser Pereira (1997, p. 27) considera que essas entidades são impropriamente chamadas de não governamentais, provavelmente porque “os cientistas políticos nos Estados Unidos geralmente confundem Governo com Estado. É mais correto falar em organiza-

ções públicas não estatais – ONPEs”. Não obstante a assertiva de Bresser Pereira, mas não há como alterar um termo consagrado mundialmente.

Para o prosseguimento deste estudo, entende-se que o melhor conceito de organizações não governamentais é o de que são entidades públicas não estatais, sem fins lucrativos, caracterizadas juridicamente como associações ou fundações, que atuam como instituições do Terceiro Setor, com foco na melhoria das condições de vida do ser humano, no incremento da cultura e da ciência ou na preservação do meio ambiente saudável para gerações futuras.

3.2. Características

Para bem caracterizar as organizações não-governamentais, faz-se necessário discorrer sobre alguns tópicos de Direito Constitucional e de Direito Civil. Primeiramente, julga-se importante retirar do texto constitucional o inciso XVII do art. 5º: “é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

Do Código Civil, retira-se que pessoa é o ente ao qual a lei atribui a possibilidade de ser tornar sujeito de direito, personificando a possibilidade de auferir direitos e cumprir obrigações. As pessoas são classificadas em físicas ou jurídicas, sendo que estas podem ser definidas como as unidades de pessoas (físicas ou jurídicas) ou de patrimônios, que visam à consecução de certos fins, desde que lícitos, reconhecidas pela ordem jurídica como sujeitos de direito. Os requisitos para a existência da pessoa jurídica são a organização de pessoas ou de bens, a licitude de propósitos e a capacidade jurídica reconhecida pela lei.

O Código Civil de 2002 (Lei 10.406/2002), diferentemente do que fazia o Código de 1916, distingue as associações das sociedades. De acordo com o art. 981 do novo estatuto, as sociedades consistem na união de pessoas físicas ou jurídicas – normalmente em número reduzido – que, reciprocamente, se obrigam a contribuir

⁸ ECOSOC – Conselho Econômico e Social das Nações Unidas

com bens ou serviços para o exercício de atividade econômica, partilhando entre si os resultados. As associações, em face do prescrito no art. 53 do mesmo diploma, constituem-se pela união de pessoas físicas ou jurídicas – habitualmente em número maior de indivíduos – que se organizam para fins não econômicos, normalmente unindo-se com objetivos altruístas, religiosos, morais ou de interesse geral.

Pela lei, a sociedade, seja ela simples, seja ela empresária, procura alcançar lucros e distribuí-los a seus sócios, sendo constituída por pessoas que se unem com o objetivo de conseguir para si benefícios materiais, de modo que, por sua finalidade, tem caráter privado e as anima um interesse econômico particular. A sociedade, em síntese, exerce atividade econômica com fito de lucro.

Por seu turno, a associação não pode ter proveito econômico imediato, o que não impede, contudo, que determinados serviços que preste sejam remunerados e que busque auferir renda para o preenchimento de suas finalidades. As vantagens econômicas que alcançar jamais devem ser destinadas a seus associados, mas, sim, à comunidade como um todo ou, pelo menos, parte dela. Resumidamente, a associação não exerce atividade econômica, nem visa a lucros.

Apesar dessas diferenças, as sociedades e as associações possuem pontos comuns: consistem num agrupamento de pessoas; são criadas por meio de ato constitutivo – contrato social para as sociedades e estatuto social para as associações – escrito, público ou particular; e adquirem personalidade jurídica com o registro do ato constitutivo no órgão de registro competente: Registro Civil de Pessoas Jurídicas, para as sociedades simples e associações e Registro Público de Empresas Mercantis, a cargo da Junta Comercial, para as sociedades empresárias.

As fundações, por outro lado, caracterizam-se pela atribuição de personalidade jurídica a um patrimônio. Elas não se originam de um aglomerado de pessoas,

característica própria das sociedades e das associações, mas de um acervo de bens que, por meio de autorização legal, adquire a faculdade de agir no mundo jurídico. Devem observar, em tudo, as finalidades, em regra imutáveis, a que visou o seu instituidor – que tanto pode ser pessoa física quanto pessoa jurídica – cuja vontade deve ser sempre preservada (art. 62 do Código Civil).

Como as sociedades e associações, as fundações nascem de um ato constitutivo, adquirindo, quando de caráter privado, personalidade jurídica perante o Registro Civil de Pessoas Jurídicas. Por envolverem nítido interesse social na sua atividade, as fundações, independentemente de serem destinatárias de verbas públicas, devem sofrer fiscalização do Ministério Público, por meio das Provedorias ou Curadorias de Fundações (art. 66 do Código Civil).

Tudo isso foi dito com a finalidade de identificar onde estão situadas as ONGs. Nessa busca, constata-se que, no ordenamento jurídico pátrio, não há dispositivo que preveja a existência de organizações não governamentais, o que confirma o conceito emitido por este trabalho. O Terceiro Setor, no Brasil, é formado apenas por associações e por fundações privadas, estas em número bem reduzido. As associações e fundações, se desejarem e cumprirem os passos regulamentares, podem ser qualificadas como Organizações Sociais (OS) ou como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP).

3.3. Histórico

Tem-se presente que grupos de pessoas que se aglutinavam, nos Estados Unidos da América, em torno de causas sociais, foram muito importantes para os movimentos contra a escravidão e a favor do voto das mulheres.

Sabe-se que, ao término da Segunda Guerra Mundial, os países vitoriosos decidiram instituir a Organização das Nações Unidas (ONU), com a finalidade

de “manter a paz e a segurança, coordenar a solução de problemas internacionais de natureza econômica, social, cultural ou humanitária e promover o respeito pelos direitos humanos” (ENCICLOPÉDIA, 1987, p. 8293). A Carta de criação da ONU, assinada em 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco, nos Estados Unidos da América, faz referência, no artigo 71 do capítulo X, que trata do Conselho Econômico e Social, ao termo “organizações não governamentais”:

“ARTIGO 71 – O Conselho Econômico e Social poderá entrar nos entendimentos convenientes para a consulta com organizações não governamentais, encarregadas de questões que estiverem dentro da sua própria competência. Tais entendimentos poderão ser feitos com organizações internacionais e, quando for o caso, com organizações nacionais, depois de efetuadas consultas com o Membro das Nações Unidas no caso”.

Em 27 de fevereiro de 1950, por intermédio da Resolução 288 do Conselho Econômico e Social, foi criado o Comitê das Organizações Não-Governamentais, composto de dezenove membros, eleitos por quatro anos, sendo cinco membros da África, quatro da Ásia, dois da Europa Ocidental, quatro da América Latina e Caribe e quatro da Europa Oriental e outros Estados. Entre as missões básicas do Comitê, podem-se citar a triagem e a certificação de organizações não-governamentais como entidades de consulta da ONU, bem como a execução de tarefas estabelecidas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas.

Assim, as organizações não-governamentais – associações civis formadas sem interferência dos Estados, dotadas dos mais elevados valores humanos – foram admitidas no cenário de um mundo carente porque, existindo com ênfase na ajuda humanitária e no desenvolvimento sustentável, seriam o contraponto em face dos interesses capitalistas das sociedades

comerciais. É tanto que, atualmente, o mês de janeiro, que marca a convenção do Fórum Econômico Mundial, em Davos, na Suíça, marca também a realização, em outro canto do globo, do Fórum Social Mundial, que é um encontro de representantes de milhares de ONGs de todo o mundo. Um fórum preocupado com a economia e o desenvolvimento dos países; outro, com os mais necessitados e o meio ambiente.

No cenário mundial, o papel das ONGs é considerado fundamental quando se fala em proteção ao meio ambiente. Para os brasileiros, o tema está muito presente quando se lembra da realização, no Rio de Janeiro, da ECO 92. Naquela oportunidade, foi redigida a Agenda Global 21, construída de forma consensuada, com a contribuição de governos e instituições da sociedade civil de 179 países, em um processo que durou dois anos e culminou, conforme se disse, com a realização da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), no Rio de Janeiro, em 1992, também conhecida por Rio 92.

Além da Agenda 21, resultaram desse mesmo processo quatro outros acordos: a Declaração do Rio, a Declaração de Princípios sobre o Uso das Florestas, a Convenção sobre a Diversidade Biológica e a Convenção sobre Mudanças Climáticas. O programa de implementação da Agenda 21 e os compromissos para com a carta de princípios do Rio foram reafirmados durante a Cúpula de Johannesburgo, ou “Rio +10”, realizada em 2002.

A Agenda 21 traduz em ações o conceito de desenvolvimento sustentável, fortalecendo, em seu art. 27, papel das organizações não governamentais como parceiras para um desenvolvimento sustentável.

No Brasil, Takeshy Tachizawa (2004, p. 25) afirma que as ONGs começaram a existir nos anos do regime militar e foram criadas “à medida que se fortaleceu o campo das associações civis, a partir dos anos setenta”. A Associação Brasileira de Organizações Não Governamentais (ABONG)

registra que a maior parte das ONGs é de fundação recente.

Desse histórico, pode-se constatar que a ONU e as principais nações do globo têm no trabalho das ONGs um braço atuante e respeitado para a realização das atividades públicas de cunho não estatal. A impressão de que as ONGs existem somente porque os Estados são incapazes de dar cumprimento às suas funções precípua nas áreas sociais e do meio ambiente não cabe mais nos dias atuais. Mesmo que países como o Brasil conseguissem cumprir suas atribuições constitucionais, precisariam de ONGs para a consecução de suas atribuições no campo social.

3.4. Situação atual

A análise da situação atual por que pas- sam as ONGs parte da hipótese de que, no tocante às obrigações sociais impostas pela legislação ao Estado, o planejamento e o controle das ações devem ser centralizados, mas a execução precisa ser descentralizada. O Estado, em princípio, não tem como cumprir eficientemente suas atribuições sociais sem lançar mão do trabalho das entidades do Terceiro Setor. Isto posto, vai-se às questões de fundo referentes ao tema.

Segundo a Revista *Época*, de 11/08/2008, as ONGs “se tornaram uma das áreas de maior vigor, dinamismo e inovação da sociedade contemporânea”. Tendo como fonte o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)⁹, pode-se afirmar que houve um crescimento vertiginoso do número de ONGs: em 1996, eram 107.300; em 2002, passaram para 275.900; em 2005, chegaram a 338.200; e, em 2008, atingiram a marca de 400.500 ONGs registradas no Brasil¹⁰. Destas, 85% são associações sem fins lucrativos e 15% são fundações privadas.

⁹ Todos os dados citados como retirados do IBGE estão disponíveis em: <www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/fasfil/2005>. Acesso em: 16 jan. 2009.

¹⁰ A cada dia, são criadas, em média, 57 ONGs no país, segundo a Revista *Época*, de 11/08/2008.

Ainda segundo o IBGE, o total de empregados assalariados das instituições sem fins lucrativos cresceu 80% desde 1996 e já representa mais que o triplo do número de servidores públicos federais. Em 1996, o número de empregados assalariados das ONGs era de 1.039.900; em 2002, esse número chegou a 1.541.300; em 2005, passou para 1.709.200; e, finalmente, em 2008, esse número atingiu a marca de 1.877.100 empregados assalariados. Observa-se que é um número expressivo, movimentando uma parcela considerável da economia nacional.

O salário médio dos empregados das ONGs, segundo o IBGE, é de R\$ 1.577,00 (mil quinhentos e setenta e sete reais). A Revista *Época* chega a estimar em R\$ 35 bilhões o total da folha de pagamentos mensal dos trabalhadores assalariados das fundações e das associações sem fins lucrativos em 2008. O que se nota é que, nesses últimos doze anos, a influência das organizações sem fins lucrativos aumentou de forma significativa no Brasil. Elas estão presentes em quase todos os campos de atividades, movimentam cifras bilionárias e geram milhares de empregos. A análise da expressão “sem fins lucrativos” parece bem subjetiva, considerando o que se vê nos dias de hoje.

As ONGs desempenham múltiplas atividades. As áreas em que as ONGs brasileiras concentram seu trabalho, segundo o IBGE, são: 24,8%, como congregações religiosas; 17,8%, na defesa de direitos¹¹; 17,4% em associações patronais e profissionais; 13,9%, na cultura e recreação¹²; 11,6%, na assistência social; 5,9%, na educação e pesquisa; 1,3%, na saúde; 0,8%, no meio ambiente e proteção animal; 0,1%, na habitação; e 6,4% em outras atividades. Esses números, numa

¹¹ Do total de ONGs da área de defesa de direitos, metade são centros e associações comunitárias, um terço são associações de moradores e apenas 10% são entidades de defesa de grupos específicos e minorias.

¹² Inclui associações esportivas e clubes.

primeira análise, colocariam em dúvida a mística existente de que as ONGs atuam pesadamente nas áreas de saúde, educação e defesa das minorias. No Brasil, parece que isso não ocorre com tanto vigor.

Outro ponto que merece atenção é a origem do dinheiro utilizado pelas ONGs. O repasse de recursos públicos para as ONGs é realizado, na sua quase totalidade, por intermédio de convênios. Como se disse, “convênios administrativos são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes” (MEIRELES, 2004, p. 386). Então, os convênios têm como característica básica a coincidência de interesses dos participantes, cujo acordo visa à consecução de um objetivo comum.

Apesar de ter um ponto comum com o contrato, qual seja, o acordo, o convênio, por se caracterizar por uma comunhão de interesses entre os participantes, não possui a hipótese de remuneração como forma de contraprestação. Segundo o Portal da Transparência da Controladoria-Geral da União¹³, foi repassada mediante convênio para entidades do Terceiro Setor, no período de 01/01/1996 a 26/07/2008, a vultosa quantia de R\$ 212.852.476.973,68 (duzentos e doze bilhões, oitocentos e cinquenta e dois milhões, quatrocentos e setenta e seis mil, novecentos e setenta e três reais e sessenta e oito centavos).

Considerando esse movimento financeiro, fica o entendimento de que o conhecimento das contas dessas entidades é importante para o país, pois – como se viu – elas desempenham funções públicas, independentemente de usarem ou não recursos públicos. Quanto à origem do dinheiro aplicado pelas ONGs, a falta de controle, no mínimo estatístico, é uma lacuna que precisa ser tamponada.

A origem deste estudo é a sequência de matérias publicadas pela imprensa, a partir

de 2006, sobre a malversação de recursos públicos por parte de um grande número de ONGs. O fato é que a utilização de convênios, entre o poder público e instituições privadas sem fins lucrativos, no repasse de recursos para a consecução de objetivos comuns, tem-se verificado como um dos principais caminhos para o desvio da verba pública. A Revista Veja, edição 2057, de 23 de abril de 2008, ao apresentar matéria do jornalista Diego Escosteguy, intitulada “a fraude documentada”, sobre “o desvio de milhões de reais em Brasília”, estampa:

“As organizações não-governamentais (ONGs) ficaram conhecidas nos últimos tempos como um instrumento eficaz de roubar dinheiro público. Sem observar critérios elementares de boa gestão, o governo federal despejou, nos últimos cinco anos, doze milhões de reais nos cofres dessas entidades. Em vez de grandes resultados sociais, as ONGs vêm encabeçando uma infinidade de escândalos”.

No dia 26 de julho de 2007, a repórter Mylena Fiori, da Agência Brasil, apresentou matéria acerca da mudança de regras sobre convênios federais com estados, municípios e ONGs. Ao entrevistar o Ministro Paulo Bernardo, do Planejamento, Orçamento e Gestão, ouviu dele que “o Governo Federal repassa anualmente, por convênio, R\$ 12,2 bilhões para estados e municípios e R\$ 3 bilhões para ONGs e outras entidades privadas”.

O Brasil possui 26 estados, 1 distrito federal e 5.564 municípios¹⁴. Assim, esse conjunto, que com a União compreende a organização político-administrativa do Estado Brasileiro, recebeu do Executivo Federal, em 2007, aproximadamente, 12 bilhões de reais repassados por convênios. No mesmo período, as organizações não governamentais e outras entidades privadas receberam três bilhões de reais, ou seja, o equivalente a ¼ do montante repassado

¹³ Portal da Transparência. Disponível em: <www.portaltransparencia.gov.br>. Acesso em: 2 dez. 2009.

¹⁴ IBGE. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 22 jul. 2009.

para todos os estados e municípios do país. Somente considerando esses dados iniciais, já se tem boa justificativa para avaliar o emprego de recursos públicos pelas ONGs.

O grande volume de recursos aplicados e os casos de desvio de dinheiro público levam à projeção de um foco de luz sobre como deve ser a relação administrativa entre o Poder Público e as organizações não governamentais.

A fim de realizar um diagnóstico sobre as ONGs, foram instaladas no Senado Federal, no período compreendido entre 2001 e 2010, duas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI). Um bom caminho para essa pesquisa é enveredar pelo trabalho dessas comissões parlamentares de inquérito, lembrando – para análise a seguir – que o serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado” (MEIRELLES, 2004, p. 319). Esse conceito, como se viu, varia em função das conveniências políticas, sociais, econômicas e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico.

Este artigo, pelo já exposto, adota como correta a definição de que as ONGs são entidades públicas não estatais. E, mais, que não se pode perder a ideia de que a prestação de serviços públicos deve ser feita por meio de licitação, segundo o prescrito no art. 175 da Constituição da República (CR), pois “incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A primeira CPI funcionou, no Senado Federal, nos anos de 2001 e 2002. Sua missão precípua foi a de “apurar denúncias veiculadas pela imprensa a respeito da atuação irregular de organizações não-governamentais em território nacional, bem como apurar a interferência dessas organizações em assuntos indígenas, ambientais e

de segurança nacional, sobretudo daquelas que são atuantes na região amazônica” (BRASIL, 2001).

Pela ementa do requerimento, nota-se que o objetivo maior dessa CPI girava em torno de quesitos ligados à segurança nacional. Não obstante isso, em seu relatório, apresentado na conclusão dos trabalhos, a comissão já vislumbrava a necessidade de aprofundamento na análise do fluxo de recursos do governo para as ONGs, conforme se vê:

“Um benefício adicional do trabalho da Comissão foi alcançado ao se esclarecerem vários aspectos relativos ao quadro legal em que se definem as ONGs, ao entrecruzamento de ideais e objetivos que interligam ONGs e sociedade em geral e ao relacionamento entre ONGs e Poder Público.

Quanto a este último aspecto, emergiram informações e apreciações importantes no que se refere ao controle exercido pelo Poder Público sobre as ONGs, ou a falta dele, e no que tange ao considerável fluxo de recursos governamentais para as ONGs.

Esses temas, não obstante terem gerado, neste relatório, algumas propostas concretas, merecem aprofundamento adicional por parte de estudiosos em geral e do Senado, em particular”.

No bojo de suas conclusões, a CPI apresentou, em 19/02/2003, um projeto de lei, o PLS 7/2003, dispendo sobre o registro, a fiscalização e o controle das organizações não-governamentais. Esse projeto, aprovado no Senado na forma de um Substitutivo da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, foi remetido para a Câmara dos Deputados em 30/06/2004. A justificativa do projeto é o próprio relatório da CPI (BRASIL, 2004).

Dele, retira-se que é inegável que as organizações não-governamentais defendem ideias e representam valores muito importantes para o país. Na maioria dos

casos, concluiu a CPI, essas entidades atuam legalmente, de boa-fé, e prestam bons serviços. Apesar disso, constatou também a Comissão Parlamentar de Inquérito que o processo de fiscalização dessas entidades, que têm nos recursos públicos uma expressiva fonte de receita, não estaria funcionando a contento. A própria CPI foi criada a partir de inúmeras denúncias de irregularidades no funcionamento e aplicação dos recursos públicos por essas organizações.

Ao analisar a matéria, a CPI identificou falhas graves, que precisavam ser urgentemente corrigidas, quais sejam: são vagos, incompletos e, em alguns casos, indisponíveis os cadastros e estatísticas sobre essas entidades. Os procedimentos e instrumentos legais e administrativos para controle desse segmento de atividades por parte do Poder Público são débeis, díspares e confusos; e falta um consenso sobre o que seja exatamente uma organização não governamental. É preciso, portanto, distinguir claramente quem é quem no universo do Terceiro Setor, estabelecer normas claras de acesso aos fundos públicos e delimitar o âmbito de ação das organizações não governamentais.

O Substitutivo aprovado no Senado procura tratar das preocupações expostas no relatório final da CPI. Nele, determina-se a criação de um Cadastro Nacional de Organizações Não-Governamentais, a ser administrado pelo Ministério da Justiça. Todas as ONGs atuantes no País deverão nele se inscrever. Para tanto, deverão fornecer informações sobre as atividades que pretendem desenvolver e sobre suas respectivas fontes de recursos. As organizações não-governamentais estrangeiras deverão, ainda, pleitear no mesmo Ministério autorização de funcionamento.

A fiscalização do Ministério Público, atualmente limitada às fundações, é estendida a todas as organizações não governamentais, que deverão prestar contas de todos os recursos recebidos. O objeto de

grandes e reiteradas preocupações da CPI era justamente encontrar meios de coibir desvios de finalidade na atuação de muitas organizações não-governamentais em suas parcerias onerosas com o Poder Público, ávidas muitas vezes em lançar mão de verbas públicas, especialmente por meio de convênios, para escapar à licitação e sem submeter-se a edital público para seleção dos melhores projetos e, ainda, sem atenção à qualificação mínima obrigatória.

Para equacionar essa situação, o Substitutivo consagra a exigência de qualificação das organizações não-governamentais como OSCIPs para toda transferência de recursos públicos realizada com o propósito de fomentar atividades de interesse público. Ressalva, entretanto, aquelas já qualificadas como Organização Social, Entidade Beneficente de Assistência Social, Entidade de Apoio a Universidade Federal ou detentoras do Título de Utilidade Pública Federal antes da vigência da futura lei.

O substitutivo proposto não altera o regime de imunidade constitucional estabelecido pelo art. 195, § 7º, da Lei Maior, em favor das entidades beneficentes de assistência social. Tal artigo continua regulado pelo art. 55 da Lei 8.212, de 1991, que dispõe sobre o plano de custeio da seguridade social. Revoga, entretanto, o art. 18 da Lei 9.790, de 1999, que obriga as entidades qualificadas como OSCIP a abdicarem de outras qualificações legais.

Na Câmara dos Deputados, o projeto, que deu entrada em 30/06/2004, passou a tramitar como PL 3877/2004, sendo distribuído pela Secretaria-Geral da Mesa para três comissões: Trabalho, Administração e Serviço Público (CTASP), Finanças e Tributação (CFT) e Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC). Infelizmente, a matéria não consegue ter uma tramitação regular. Em quatro anos e meio de tramitação na Câmara dos Deputados, foram aprovados dois requerimentos de deputados para que a proposição seja instruída em mais duas comissões: Seguridade Social e Família

(CSSF) e Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio (CDEIC). Ora, a instrução que já estava longa, com três comissões, ficou ainda mais demorada com a inclusão dessas duas comissões, pois se tem presente que o prazo de tramitação é dilatado toda vez que uma comissão é acrescentada ao processo.

Além disso, tem sido utilizado outro artifício regimental: o apensamento de matérias ao projeto original do Senado. Contabilizam-se onze matérias apensadas, uma de cada vez, nesse período de quatro anos e meio. Cada apensamento implica a retirada do processado da comissão em que tramita, o envio para o Plenário e a espera de uma brecha na pauta para a votação do requerimento de apensamento. Com isso, o PL 3877/2004 chega ao início de 2010 instruído apenas com parecer da CTASP, necessitando, ainda, de passar por mais quatro comissões e pelo Plenário da Casa.

Concomitantemente, criou-se, no Senado, um campo propício para a investigação, fruto do grande número de matérias publicadas na imprensa, de uma série de desvios de recursos públicos repassados pelo Executivo Federal para ONGs. Assim, em março de 2007, foi instalada a segunda CPI, com o objetivo de “apurar, no prazo de 180 dias, a liberação, pelo Governo Federal, de recursos públicos para organizações não governamentais – ONGs – e para organizações da sociedade civil de interesse público – OSCIPs –, bem como a utilização, por essas entidades, desses recursos e de outros por elas recebidos do exterior, a partir do ano de 1999 até a data de 8 de novembro de 2007” (BRASIL, 2007).

Essa CPI, que foi instalada em março de 2007, somente teve o seu plano de trabalho aprovado em reunião de 23 de outubro daquele ano. Esse plano de trabalho tem como diretrizes básicas: avaliação das relações do Estado com as ONGs; mapeamento da transferência de recursos do Orçamento da União para entidades privadas sem fins lucrativos no período de 1999 a 2006;

investigação de denúncias ou de evidências de fraudes, desvios de recursos públicos e irregularidades nas parcerias Estado/ONGs; avaliação dos procedimentos de destinação e fiscalização da aplicação dos recursos repassados pelo Governo Federal para ONGs, da regularidade da aplicação e dos resultados obtidos nessas parcerias; avaliação e aprimoramento do marco legal que regula a relação das ONGs com o Estado; avaliação da renúncia fiscal derivada da destinação de recursos privados para entidades sem fins lucrativos e isenções tributárias por elas usufruídas; e exame do recebimento de recursos externos por ONGs atuantes no Brasil.

Ao acompanhar os trabalhos da CPI durante os anos de 2008 e 2009, constatou-se a dificuldade imposta, tanto pelo Governo quanto pela Oposição, para que fossem aprovados requerimentos de convocação de pessoas acusadas de denúncias que fossem ligadas às suas agremiações partidárias. Essa postura esvaziou a CPI. É tanto que nada de produtivo foi construído no tocante à investigação de denúncias.

Apesar disso, espera-se dessa CPI que ela chegue ao seu termo com a confecção de proposta de um marco legal para as ONGs. Salvo grave engano, o texto final não poderá fugir muito do proposto pela CPI de 2002, sob pena de incorrer em erro, pois o conteúdo do Substitutivo ao PLS 7/2003 parece responder, em muito boas condições, aos interesses do país.

4. Emprego de recursos públicos pelas ONGs

4.1. Transferência de recursos públicos para as ONGs

Segundo o TCU, o início do processo de solicitação de verbas para aplicação em Estados e Municípios, por intermédio de entidades sem fins lucrativos, se dá com a identificação das necessidades existentes na comunidade. A partir da seleção das áreas mais carentes, o interessado precisa

estabelecer uma escala de prioridades entre as necessidades detectadas.

O maior volume de recursos públicos repassados para organizações não governamentais foi efetuado por meio de convênios. Do já exposto, verifica-se que, no Brasil, o convênio administrativo – longe de representar um instrumental voltado unicamente ao consensualismo e de ser técnica que se deve empregar no Estado Subsidiário como uma das ideais – tem sido, em muitos casos, uma fenda aberta para grandes irregularidades que merecem ser coibidas enérgica e urgentemente.

Conforme explicitado anteriormente, não se está falando sobre contratos com nome de convênios – que já têm seu tratamento no sistema legal –, mas de convênios administrativos com entidades privadas que podem servir de “cabides de empregos”, de “caixas de campanhas”, ou mesmo de maus realizadores de atividades sociais ou de serviços que o Estado pretendia fomentar para atender os mais destacados reclamos sociais. O TCU¹⁵ constata que são inúmeros os casos em que ficam implícitos ou explícitos laços parentais ou afetivos entre os gestores e os partícipes, situações outras em que as entidades convenientes eram basicamente sustentadas pelo Erário e os salários dos empregados bem maiores que os vencimentos dos servidores públicos.

As respostas relativas tanto ao cabimento dos institutos da licitação para a celebração de convênios administrativos com entidades privadas quanto à aplicação de penalidades nesta área passam, certamente, pela eficiência do dispêndio estatal com as atividades do Terceiro Setor e já não são novas para o enfrentamento da doutrina brasileira, muito embora tais discussões não tenham sido objeto de um debate de qualidade.

Possivelmente, essa lacuna doutrinária poderá encontrar sua razão de ser na re-

¹⁵ TCU. Disponível em: <www.tcu.gov.br/jurisprudencia>. Acesso em: 21 jan. 2010.

lativa harmonia dos pensadores em considerarem tais ajustes como instrumentos da cooperação entre Estado e sociedade, o que significaria uma ação de partícipes em pé de igualdade, que desnaturaria a viabilidade da aplicação de sanção pelo Estado, bem com o da competitividade que pressupõe o certame licitatório.

Não é difícil conceber que os acordos públicos, seja convênios, contratos de gestão, seja termos de parceria, avençados com entidades privadas pelo ente detentor das verbas públicas a título de transferências voluntárias, comportam, certamente, um procedimento prévio de seleção, na hipótese de existirem várias entidades com a mesma qualificação e vocação. E, também, de ser possível aplicarem-se penalidades administrativas pelo descumprimento das obrigações em seu bojo, sem que, contudo, os interessados em ajustarem tais instrumentos se retraiam em fazê-lo. É essa a proposta quando se analisa a transferência de recursos públicos para as ONGs.

Da leitura dos jornais e revistas que noticiaram o tema, pode-se perceber o fato de a Administração ficar quase sempre a reboque da iniciativa privada ao conceber quais as atividades de interesse geral devem ser realizadas. Não raras vezes, os projetos de repercussão social e econômica são apresentados ao Estado pelos movimentos sociais organizados ou por setores do empresariado nacional, não sendo fruto da *expertise* dos técnicos servidores públicos. Não se sabe se isso ocorre por falta de profissionalismo no serviço público ou por falta de cultura gerencial ou, até mesmo, se decorre de um atraso no desenvolvimento social brasileiro, que chegue à formação de quem tem por encargo iniciar os projetos do Estado.

O que se vê é que os convênios – sendo instrumentos de repasse de verbas para entidades particulares e, especialmente, no caso de transferências voluntárias – são celebrados, em sua maioria, por provocação dos interessados, que planejam a atividade

social (educacional, assistencial, de saúde etc) e a apresentam ao órgão da Administração que, de posse do projeto, analisa seu cabimento dentro da esfera de sua competência, opinando pela sua viabilidade ou não e consultando sobre a disponibilidade de verbas para a sua consecução.

Não que isso seja algo a ser descartado, já que o voluntariado, em países mais desenvolvidos – como anteriormente explanado –, tende a ser a resposta para questões de interesse mais restrito e imediato das comunidades, além de que o ideal de Estado Subsidiário convive com a sociedade participando ativamente das decisões públicas e realizando muito dos projetos que antes eram de atribuição estatal.

Porém é interessante enfatizar que isso é uma questão de cultura, que precisa ser trabalhada com seriedade. Veja-se o exemplo dos Estados Unidos: o Presidente Barack Obama passou a tarde do dia anterior à sua posse nas cercanias de Washington, pintando escolas públicas com um grupo de voluntários, enquanto a primeira dama – Michelle Obama – estava num centro de distribuição civil de donativos, montando cestas para serem enviadas para os soldados americanos no Iraque e no Afeganistão. Com esse exemplo, reafirma-se que a mudança cultural, no sentido de valorizar o trabalho voluntário, é fundamental para sanear o emprego das ONGs no Brasil. Basta não esquecer aquela velha frase: a palavra convence, mas o exemplo arrasta!

No caso brasileiro, fazer do fomento público um improviso constante, longe de realmente atender às vicissitudes e às mazelas sociais, torna-o uma atividade inócua, por não canalizar recursos preciosos para os problemas prioritários. Preconiza-se, então, a adoção do planejamento democrático, desenvolvido pelo Estado e discutido com a sociedade, permitindo que os instrumentos de fomento “rendam os melhores resultados, exatamente pelas possibilidades abertas de coordenação de esforços, tanto através da cooperação, quanto da colaboração,

sobretudo pela indução da solidariedade e pela promoção da integração, que produz entre o Estado e sociedade” (MOREIRA NETO, 2001, p. 517).

No dizer de Alzemerri Martins Ribeiro de Britto e Perpétua Leal Ivo Valadão, fomento é “uma atividade do Estado de estímulo, incremento, incentivo de atividade particular que seja de interesse público, que não emprega coação para o seu exercício, já que nascida no seio da sociedade”¹⁶. Silvio Luís Ferreira da Rocha (2003, p. 19) aduz que essa atividade somente “se afigura legítima se a finalidade do bem comum acaso se encontre nela observável de maneira clara, sendo, *a contrario sensu*, discriminatória e injustificável. O fomento tem a vantagem de não expandir a máquina estatal e, ao mesmo tempo, incitar a ação da sociedade em prol de seus pares”.

Com relação às subvenções, tem-se que são transferências correntes destinadas a cobrir despesas de custeio operacional (serviços, aluguel, pessoal, conservação de bens) de entidades públicas ou privadas, podendo ser sociais (para custeio de atividades de assistência social, culturais, médicas ou educacionais sem fins lucrativos) ou econômicas (para custeio de empresas com fins lucrativos e estatais, desde que autorizado por lei). Deve-se registrar que a subvenção social deverá ser concedida sempre que for mais econômico para o Estado “repassar os recursos à iniciativa privada do que prestar diretamente os serviços, e o seu valor, sempre que possível, deve ser calculado com base em unidades de serviços efetivamente prestados ou postos à disposição dos interessados, obedecidos os padrões mínimos de eficiência” (VIOLIN, 2006, p. 41).

Por fim, recolhe-se da obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2007, p. 249) que o objetivo das OS e das OSCIP é o de “instituir parceria entre o poder público e uma organização não governamental

¹⁶ Disponível em: <www.pge.ba.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2009.

qualificada pelo poder público, sob certas condições, para prestar atividade de interesse público mediante variadas formas de fomento pelo Estado". A autora sintetiza que o contrato de gestão das OS e o termo de parceria das OSCIP são instrumentos praticamente idênticos, mas que recebem denominações diversas. Todavia, considera mais apropriado o tratamento jurídico conferido ao último.

Numa construção de pensamento, pode-se crer que as semelhanças que unem os convênios aos termos de parcerias (ou aos contratos de gestão) dizem mais da atividade administrativa que lhes serve de conceito, sendo todos instrumentos de fomento. Daí a necessidade de se lhes aplicar o semelhante regime de outorga e de penalização por faltas, a fim de manter coerente e harmônico todo o regramento atinente a tais ajustes.

Na mesma linha de pensamento, tem-se que as diferenças entre contratos e convênios não são suficientes para afastar certas exigências contidas no sistema jurídico contratual público, porquanto a simples participação do Estado nesses pactos atrai a aplicação dos princípios que regem a administração pública, entre os quais, podem-se destacar os já estudados: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, proporcionalidade, segurança jurídica, motivação, e supremacia do interesse público.

Por tudo, fechando o raciocínio, entende-se que, na transferência de recursos públicos para as ONGs, deve ser adotado o procedimento licitatório prescrito na Lei 8.666/93.

4.2. Marco regulatório

Analisando os casos concretos expostos pela mídia – alguns deles retratados, como exemplos, neste trabalho – e compulsando os doutrinadores que se debruçam sobre a matéria, verifica-se que há uma lacuna na legislação federal quando o assunto é regular as atividades das ONGs. Uma

contribuição singela para a melhoria dos mecanismos de ligação do Estado com as entidades do Terceiro Setor é o que se propõe a seguir.

A Associação Brasileira de Organizações Não-Governamentais (ABONG)¹⁷ defende a construção de uma legislação que “fortaleça a organização autônoma das ONGs, sem qualquer tentativa de restringir a liberdade de associação” e que “garanta a transparência e o controle social do uso dos recursos públicos sem nenhum tipo de discriminação” contra as entidades sem fins lucrativos. Essa parece ser a base de raciocínio que se deve adotar, pois – por todos os argumentos já apresentados – a parceria do Estado com as entidades do Terceiro Setor deve ser incentivada e valorizada. Nesse ponto, caminha bem o texto do PL 3877/2004.

Tendo como premissa básica a liberdade de associação, é fundamental, por outro lado, que haja um cadastro centralizado, no qual estejam inscritas todas as ONGs em atividade no país. Sendo a atividade desenvolvida pelas ONGs de natureza pública (não estatal), conforme se demonstrou, deve o Estado se assenhorear, em detalhes, da existência e do volume – discriminado por origem – dos recursos recebidos e aplicados. A ideia de que esse cadastro seja estabelecido no Ministério da Justiça é de todo interessante, porque este é também o órgão responsável por emitir a qualificação de OSCIP – não podendo negá-la quando preenchidos os requisitos – para as entidades sem fins lucrativos que assim o requererem.

Na sequência, assume-se, assim, como melhor caminho, a fixação do requisito de que a ONG – para receber recursos públicos – seja qualificada como OSCIP. Recebida a qualificação de OSCIP pelo Ministério da Justiça, a ONG pode firmar termo de parceria com o órgão público interessado. Nisso há uma grande vantagem, pois o Estado pode definir, para cada caso concreto, na

¹⁷ Disponível em: <www.abong.org.br>. Acesso em: 28 dez. 2009.

redação do termo de parceria a ser firmado, os pressupostos para a realização, por parte da ONG, do procedimento licitatório simplificado que a entidade se compromete a cumprir nas aquisições de bens e serviços com o emprego de recursos públicos.

Isso tornará mais transparente o uso do dinheiro público e, mais ainda, facilitará o controle interno e externo dos gastos, otimizando a prestação de contas que todo aquele que utiliza recursos públicos deve cumprir, como prescreve o parágrafo único do art. 70 da Constituição da República.

Além disso, outras medidas devem ser adotadas pelo Estado em razão da multiplicação do número de ONGs no país. É necessário que haja um planejamento estatal quanto às áreas fomentáveis por via de transferências voluntárias. Isso é um pressuposto para que seja saneada a utilização do instrumental do contrato de gestão, do termo de parceria e do convênio administrativo. A iniciativa das ONGs, apontando os pontos de maior necessidade, deve ser considerada dentro de um planejamento maior, elaborado pelo Estado. Assim, a celebração de contrato de gestão, de termo de parceria e de convênio administrativo deve ocorrer apenas quando o fomento responder a uma iniciativa de interesse público.

No que tange ao cumprimento dos dispositivos da Lei de Licitações, para a escolha, pelo Estado, da entidade privada sem fins lucrativos que vai firmar a parceria, deve-se considerar como obrigatória a realização de certame prévio para a celebração de contratos de gestão, de termos de parceria ou de convênios administrativos, exceto no caso de manifesta singularidade do objeto.

Conclusão

O estudo que se conclui tem por objetivo precípua analisar a utilização de recursos públicos pelas ONGs no Brasil, buscando identificar qual é a relação ideal que deve

ser estabelecida entre o Poder Público e essas entidades, a fim de dinamizar o seu emprego e propiciar um controle mais transparente dos gastos públicos realizados pelos integrantes do Terceiro Setor.

No primeiro momento, sente-se a dificuldade de caracterizar o que vem a ser uma organização não governamental. Para prosseguimento do estudo, após analisar o histórico e outras facetas de sua criação, decidiu-se por apresentar um novo conceito. Assim, define-se ONG como uma entidade pública não estatal, sem fins lucrativos, caracterizada juridicamente como associação ou fundação, que atua como instituição do Terceiro Setor, com foco na melhoria das condições de vida do ser humano, no incremento da cultura e da ciência ou na preservação do meio ambiente saudável para gerações futuras.

O emprego de organizações não governamentais, como entidades públicas não estatais, em cooperação com o Poder Público, é altamente positivo para toda a população, pois diminui o tamanho do Estado, com favorável repercussão econômica para o país. A utilização de ONGs reduz o número de órgãos governamentais que seriam necessários para desenvolver as atividades relativas ao Terceiro Setor.

Infelizmente, ainda não está disseminada na população brasileira – como está em alguns povos de outros países – a cultura do voluntariado que, infundindo nas pessoas uma mentalidade mais gregária, valorize como imprescindível o trabalho social de cada cidadão. Sente-se a necessidade de um impulso valorativo que coloque o trabalho social da pessoa como necessário para o seu ajustamento em sociedade. À medida que aumente o número de pessoas sérias que dediquem parte do seu tempo para o trabalho social voluntário, será mais sadio o emprego de verbas públicas por associações e fundações privadas.

Atualmente, a difícil fase por que passa a economia global, fruto de uma crise financeira originária nos Estados Unidos, impõe

– de forma ainda mais marcante – um controle judicioso do desembolso do dinheiro público. Não há lugar para desperdícios. Todo gasto público precisa ser muito bem planejado. Por via de consequência, o momento requer, também, um maior controle do Estado sobre as atividades públicas não estatais que tenham repercussão sobre a população mais pobre do país.

As atividades do Terceiro Setor devem ser planejadas, de forma centralizada, em cada órgão estatal que dispõe da rubrica orçamentária passível de ser aplicada por entidades sem fins lucrativos. A transferência de recursos para as ONGs deve ocorrer à medida que for mais econômico para o Estado repassar os recursos à iniciativa privada do que prestar diretamente o serviço, mas não se pode fazer do fomento público um improviso constante. O Estado não pode ficar à mercê da iniciativa das ONGs, devendo repassar recursos somente quando há um planejamento prévio estatal a cumprir.

A explanação do tema mostra que a transferência de recursos públicos para as ONGs tem-se verificado como um dos principais caminhos de desvio da verba pública. Por vezes, a malversação do recurso público ocorre com a participação de agentes políticos e de servidores públicos. Disso, surge a necessidade de que a fiscalização do Ministério Público sobre as fundações privadas, prevista no art. 66 do Código Civil, seja ampliada para abarcar também as associações que militam no Terceiro Setor. É fundamental, também, que o TCU incremente a realização de tomadas de contas especiais (TCE), principalmente quando os repasses forem numerosos para uma mesma entidade ou os valores transferidos sejam vultosos.

Do estudo, constata-se a necessidade premente de evolução da doutrina jurídica aplicada aos convênios. Primeiramente, verifica-se que os convênios, os termos de parceria e os contratos de gestão são instrumentos de fomento semelhantes que devem ter o mesmo tratamento administrativo.

As diferenças entre contratos e convênios não são suficientes pra afastar o regime contratual público. A simples participação do Estado atrai os princípios da Administração Pública.

Disso, conclui-se que as transferências de recursos públicos para as ONGs devem seguir o procedimento licitatório previsto na Lei 8.666/93. As verbas públicas repassadas para as ONGs, por meio de convênios, termos de parceria ou contratos de gestão, comportam o procedimento prévio de seleção da Lei de Licitações.

Nota-se, com clareza, que os cadastros e estatísticas sobre as ONGs, no Brasil, são vagos, incompletos e, em alguns casos, indisponíveis. Assim, é forçoso abarcar como positiva a proposta da primeira CPI do Senado Federal sobre o assunto, quando ela conclui pela criação de um Cadastro Nacional de ONGs, operado pelo Ministério da Justiça. Numa visão de estratégia nacional, define-se como imperioso ter um acompanhamento das atividades desenvolvidas pelas ONGs no país, bem como esclarecer sobre as fontes de recursos recebidos por essas entidades.

Julga-se oportuno concluir que a ONG, para receber recursos públicos, precisa ter sido, anteriormente, qualificada como OSCIP. Portanto, essa é a relação ideal que se entende deve ser estabelecida entre o Poder Público e a ONG que desejar implementar suas atividades com recursos públicos. Uma vez qualificada como OSCIP, pelo Ministério da Justiça, pode o órgão estatal parceiro definir, com a entidade, no termo de parceria firmado, os pressupostos do procedimento licitatório simplificado que, seguindo os princípios da Administração Pública, serão adotados pela ONG para a aquisição de bens e serviços. Essa medida tornará mais transparente a relação e facilitará o controle dos gastos públicos, otimizando a prestação de contas.

No tocante à legislação federal sobre ONGs, verifica-se que as lacunas e os descompassos existentes levam à necessidade

do estabelecimento de um novo marco regulatório. De forma resumida, propõe-se que esse instrumento deve prever que:

– seja criado um Cadastro Nacional de ONGs, sob responsabilidade do Ministério da Justiça;

– seja estabelecido o requisito de a ONG se qualificar previamente como OSCIP para poder firmar parcerias com o Poder Público;

– a transferência de recursos públicos para as ONGs seja realizada pelo procedimento licitatório previsto na Lei 8.666/93; e

– a aplicação de recursos públicos pelas ONGs seja realizada por meio de procedimento licitatório simplificado, que respeite claramente os princípios da Administração Pública e esteja ajustado no termo de parceria firmado com o Poder Público.

Essa é a hipótese que se visualiza exequível para propiciar transparência na prestação de contas das ONGs, dificultando a malversação dos recursos públicos, facilitando o controle judicioso dos gastos, sem inibir a condução de um trabalho que, realizado por voluntários, deve ser respeitado e valorizado por todos.

Referências

ALVES, Francisco de Assis. *Fundações, organizações sociais, agências executivas: organizações da sociedade civil de interesse público e demais modalidades de prestação de serviços públicos*. São Paulo: LTr, 2000.

BARBOSA, Maria Nazaré Lins; OLIVEIRA, Carolina Felipe de. *Manual de ONGS: guia prático de orientação jurídica*. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2003.

BARROSO, Luís Carlos; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito administrativo*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. 3 ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1994.

BOUDENS, Emile Paulo Johannes. *Terceiro setor: legislação*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000.

BRASIL. Congresso. Senado. *Requerimento nº 22*, de 19 de fevereiro de 2001. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 11 dez. 2009.

_____. Congresso. Senado. *Requerimento nº 201*, de 15 de março de 2007. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 11 jan. 2010.

_____. Congresso. Senado. Projeto de Lei do Senado nº 7, de 2003. *Diário do Senado Federal*, Brasília, DF, 30 jun. 2004. p. 19.999. Disponível em: <www.senado.gov.br/sf/publicacoes/diarios/pdf/sf/2004/06/29062004/19999.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2009.

BRITO, Azemeri Martins Ribeiro de; Perpétua Leal Ivo. *Convênios Administrativos celebrados com entidades privadas*. Necessidade de rediscussão do cabimento de seleção prévia e da possibilidade de aplicação de sanções administrativas. Disponível em: <www.pge.ba.gov.br>. Acesso em: 12 dez. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos: na perspectiva da constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito Administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

COMUNIDADE SOLIDÁRIA. O papel estratégico do terceiro setor. *Bahia, análise & dados*. Salvador, v. 7, n. 4, 1998.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Manual de direito administrativo*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. *Direito administrativo*. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ESCOSTEGUY, Diego. A fraude documentada. *Veja*, ed. 2057, 23 abr. 2008.

FIORI, Mylena. *Agência Brasil*. Matéria acerca da mudança de regras sobre convênios federais com estados, municípios e ONGS. 26 jun. 2007.

KAUFMANN, Roberta Fragoso. *Apontamentos de aula: direito Administrativo*. Brasília: ESMA, 2008.

- LIMA, Alex Oliveira Rodrigues de. *Manual de direito não-governamental*. São Paulo: Iglu, 2005.
- MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- ENCICLOPÉDIA Mirador Internacional. São Paulo: Encyclopaedia Britannica, 1987.
- MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 214, out./dez. 1998.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MOTTA, Athayde. O terceiro setor e a sociedade brasileira. *Revista Democracia*, São Paulo, n. 108, nov./dez. 1994.
- MUKAI, Toshio. *Direito administrativo sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Terceiro Setor, Empresas e Estado: novas fronteiras entre o público e o privado*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado dos anos 90*. Brasília: MARE, 1997.
- ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *Terceiro setor*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SEITENFUS, Ricardo Antônio Silva. *Manual das organizações internacionais*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do direito público*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- TACHIZAWA, Takeshy. *Organizações não governamentais e terceiro setor: criação de ONGs e estratégias de atuação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- TÁCITO, Caio. A inexistência dos motivos nos atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 36, n. 78, 1954.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Convênios e outros repasses*. Brasília: Secretaria-Geral de Controle Externo, 2008.
- VIOLIN, Tarso Cabral. *Terceiro setor e parcerias com a administração pública*. Uma análise crítica. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-moral do Direito

Luana Paixão Dantas do Rosário

Sumário

Introdução. 1. A Ética e a Moral. 2. A dimensão ético-moral do Direito. 3. Breve síntese da colocação da Ética e da Moral no Direito. 3.1. Do Jusnaturalismo ao Positivismo jurídico. 3.2. O Pós-positivismo: a reaproximação entre Direito e Moral no plano dos princípios. 3.2.1. O Neoconstitucionalismo: supremacia axiológica da Constituição. 4. A Teoria dos Princípios: fusão dos planos deontológico e axiológico. 4.1. Dworkin: o conteúdo moral do Direito. 4.2. A pretensão de correção de Alexy: elo entre o Direito e a Moral na Teoria da Argumentação. Conclusão.

Introdução

O problema maior do Direito é a Justiça, e esta é um conceito Moral, do domínio da Ética. Sem o ideário da Justiça, o Direito perde fundamentabilidade e se deslegitima. A aspiração ao justo acompanha o homem desde tempos imemoriais. Essa aspiração diz respeito à convivência e harmonia dos homens entre si e ao caminho para a felicidade. O objetivo principal deste trabalho será abordar o restabelecimento da dimensão Ética e Moral do Direito operado pelo Neoconstitucionalismo e pela Teoria dos Princípios no bojo do Pós-positivismo.

A relevância teórica do tema exurge da necessidade de compreensão da transformação paradigmática pela qual o Direito vem passando, cuja delimitação teórica

Luana Paixão Dantas do Rosário, Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, é Especialista em Direito do Estado pela UNYAHNA/JusPodivm, Professora de Direito Municipal, Filosofia Jurídica, Hermenêutica Jurídica, Direito Constitucional e Projeto de Pesquisa na FTC e Professora visitante nos Cursos de Especialização da Fundação Faculdade de Direito da Bahia e UCSAL.

ainda se encontra em elaboração, o que traz consequências epistemológicas e metodológicas. A relevância prática advém da necessidade de aplicação do Direito consoante estes novos cânones, espírito e finalidade.

O método empregado será o proposto pela fenomenologia, precário e provisório, que entende o tema de conhecimento como fenômeno a ser apreendido em sua complexidade, porém não em sua totalidade, não como um dado que se coloca à consciência, mas como um construído da intencionalidade de quem se predispõe a conhecer, no desentranhamento de uma de suas possibilidades. Ressalte-se que a compreensão dos fenômenos jurídicos, indeterminados, não prescinde do elemento hermenêutico¹.

O saber jurídico é saber da razão prática, rege a convivência entre os homens e busca criar ou tutelar o “bom, o belo e o justo”. O Direito, desde a Grécia antiga, *jus*, é também, desde a Roma antiga, *prudentia*. Ciência do espírito e da Virtude, é saber ético, voltado para o bem dos homens e para a verdade. Nos tempos do Jusnaturalismo, não pairava dúvida acerca do conteúdo moral do Direito ou de que este existisse para guardar valores supremos tidos como naturais, decorrentes do *logos*, ou dos deuses, envoltos em metafísica. Até que a razão positivista, em sua pretensão de cientificidade, neutralidade e objetividade, apartou o Direito da Moral, da Justiça, do domínio da Ética, da tradição e das concepções arcaicas do mundo. Relegou a prudência, a verdade e a busca do bem.

Entretanto, temos assistido ao retorno do Direito às questões éticas e morais. No Pós-positivismo, assumem destaque as relações entre valores, princípios e regras. O Direito passa a ser compreendido pela Nova Hermenêutica como saber da *práxis* e assume declaradamente o seu conteúdo moral. A proteção da integridade moral e da dignidade do homem erige a Teoria

dos Direitos Fundamentais como cerne do Direito. Princípios e valores deixam de ser conselhos e exortações à consciência para deterem normatividade. Esta última, por sua vez, deixa de ser vista apenas por parâmetros formais de validade, de modo que a aplicação do Direito não mais se reduz à subsunção positivista.

Nesse cenário, projeta-se o Neoconstitucionalismo, como paradigma voltado para a proteção dos Direitos Fundamentais, a constitucionalização dos princípios, a supremacia constitucional e a garantia jurisdicional da Constituição, a possibilidade de “interpretação aberta”² ao pluralismo e a irradiação da Constituição em todos os aspectos da vida política e social.

O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a Teoria da Argumentação podem ser vistos como fenômenos relacionados ao chamado Pós-positivismo e absolutamente imbricados. São perspectivas teóricas afins e complementares que têm como consequência metodológica a vinculação entre Direito e Moral. Tais propostas buscam compreender as relações entre Direito, Moral e Política e superam as concepções positivistas no campo do Direito.

Este trabalho abordará o restabelecimento da dimensão Moral do Direito operada pelo Pós-positivismo, que resulta na supremacia axiológica da Constituição em termos de Neoconstitucionalismo. Demonstrar-se-á que a Teoria dos Princípios, em verdade, opera, no plano normativo constitucional, a fusão entre os planos axiológico e deontológico. Nesse ínterim, o dever-ser abrange a aceitação universal do “bom e do correto”. A análise da Teoria dos Princípios se dará pelo pensamento de dois dos seus maiores representantes, que possuem enfoques diferentes, Dworkin e Alexy. Cumpre salientar que parte da análise desses doutrinadores se dá preponderantemente pela obra de Luis Afonso Heck,

¹ Sobre o método, ver Rafael Tomás de Oliveira (2008).

² Sobre interpretação aberta e plural das normas constitucionais, ver Peter Harbele (1997).

Andreas Krell e Antonio Maia. Saliente-se que a abordagem por fonte indireta não prejudicará a análise, dada a qualidade e fidedignidade do trabalho desses autores.

Diante das preocupações da Nova Hermenêutica Constitucional quanto à racionalização da decisão e controle do voluntarismo na concretização da norma, com a concreção dos comandos éticos, que não são dados, mas, construídos, este trabalho concluirá que o Pós-positivismo reabilitou a dimensão ética e moral do Direito e que a “pretensão de correção” é o ponto de partida para as teorizações atuais acerca do Direito.

1. A *Ética e a Moral*

As definições da *Ética* e da *Moral*, por vezes, interpenetram-se. Andre Lalande (2001, p. 348-349) estabelece a seguinte distinção:

“A *Moral*, quer dizer, o conjunto das prescrições admitidas numa época e numa sociedade determinadas, o esforço para conformar-se a essas prescrições, a exortação a segui-las. (...) *Ética*: A ciência que toma por objeto imediato os juízos de apreciação sobre os atos qualificados como bons ou maus. (...) Sem dúvida acontece que, de fato, as questões de *Moral* e as de *Ética*, assim definidas, sejam freqüentemente misturadas, mas isso não exclui uma distinção muito nítida das suas definições”.

Nicola Abagnano (2000, p. 380) afirma que há duas concepções fundamentais acerca da *Ética*. A primeira apresenta a *Ética* como ciência do fim para o qual a conduta dos homens deve ser orientada e dos meios para atingir tal fim, deduzindo tanto o fim quanto os meios da natureza do homem. Refere-se ao ideal para o qual o homem se dirige por sua natureza e, por conseguinte, à natureza, essência ou substância do homem. A segunda, por sua vez, trata dos motivos ou causas da conduta

humana, ou das forças que a determinam, pretendendo ater-se ao conhecimento dos fatos. Apresenta, portanto, a *Ética* como ciência do móvel da conduta humana e procura determinar tal móvel com vistas a dirigir essa conduta. Abagnano adverte, entretanto, que, ao longo da história, essas concepções se confundiram.

Segundo Chris Rohmann (2000, p. 146), a *Ética*, um dos cinco campos clássicos da investigação filosófica (ao lado da *Estética*, da *Epistemologia*, da *Lógica* e da *Metafísica*), pode ser entendida como o estudo dos princípios, do comportamento moral e da natureza do bem; sendo, por isso, também denominada *Filosofia Moral*.

Segundo o autor, pode-se dividir a *Ética* em *Ética Normativa*, que propõe os princípios da conduta correta, e *Metaética*, que investiga o uso e a fundamentação dos conceitos de certo e errado, bem e mal. A raiz da *Metaética* se encontra no pensamento de Sócrates e Platão, que investigaram a natureza da bondade como distinta de qualquer bem. (ROHMANN, 2000, p. 146).

Na tradição grega, as questões centrais da *Ética* giravam em torno do problema geral do que constitui uma vida bem vivida, ao que se denominava *Virtude*, não em questões específicas relacionadas ao certo e ao errado (Idem).

Para Rohman (2000, p. 146), embora o conceito de *Ética* normalmente remeta à *Ética normativa*, a maioria das teorias éticas dos dois últimos séculos versaram sobre metaética; em outros termos, “pouco tiveram a dizer sobre como se deve agir, mas, ao contrário, questionaram o papel da *Ética* na vida, os fundamentos lógicos de determinados sistemas éticos e sua validade”.

Na maioria dos sistemas, a conduta ética é interpretada em termos de realização pessoal (procura do bem) ou da obrigação para com os outros ou para com os princípios aceitos (preocupação com a justiça), ou ambas. A realização pessoal pode ter diversas origens, o bem em si, a felicidade e o

prazer (a exemplo do Epicurismo) ou a luta por um ideal (ROHMANN, 2000, p. 146).

Os estoicos foram os primeiros a analisar decisões éticas em termos de adequação à harmonia universal e à vontade divina – método também fundamental no sistema de valores judaico-cristão³. Comumente, a obrigação ética não se refere somente a respeitar o próximo e as normas estabelecidas, mas estabelece responsabilidade perante Deus, cujos mandamentos constituem a autoridade suprema para a maioria dos sistemas morais de todo o mundo (Idem).

Immanuel Kant ampliou a metaética com a tese do *imperativo categórico*, princípio ético absoluto e universal, novo alicerce para a legitimidade da Moralidade, que prescreve: “Aja como se o princípio da sua ação devesse tornar-se, por sua vontade, uma lei universal da natureza”. Habermas, por sua vez, entre outros, substituiu a garantia da validade ética enquanto Deus, ou outro bem supremo abstrato, pela interação social. Para ele, o discurso livre e racional pode oferecer orientação moral à sociedade (Ibidem, p. 146,147,344).

Como dito anteriormente, a Ética está relacionada com a *Virtude*, do grego antigo *arete*, ou “excelência”. Entre os gregos e romanos, bem como entre os cristãos, a Virtude era considerada a parte do caráter que permitia que a pessoa vivesse uma vida boa. Distintamente da tendência atual de concentrarem-se as preocupações éticas na questão de determinado ato ser justo ou não, para os antigos, as questões fundamentais da Ética envolviam o sentido completo de como se devia viver⁴ (ROHMANN, 2000, p. 423).

³ Os dez ditames religiosos e morais que se diz terem sido entregues por Deus a Moisés no Monte Sinai são a base da lei religiosa e ética judaica. Ao entregar os mandamentos ao povo, Deus renovou sua aliança com eles, prometendo generosidade especial em troca de culto e obediência (ROHMANN, 2000, p. 111).

⁴ A meta da vida cristã destila-se nos ordens de Jesus a seus discípulos de tratar o próximo com caridade, misericórdia, justiça e, o mais importante, amor e empenhar-se no rumo da fé e da obediência perfeitas

Para Sócrates, *arete* significava, acima de tudo, o devido conhecimento das circunstâncias da própria pessoa. Quem sabia a atitude a ser tomada em determinada situação seria incapaz de fazer o contrário. Platão identificou as quatro virtudes (mais tarde chamadas de “virtudes cardeais”) como sendo a sabedoria, a coragem, a temperança e a justiça (Idem).

Aristóteles distinguiu entre as “virtudes intelectuais” (dianoéticas) de Sócrates/Platão e as “virtudes morais”, ou, como explicava ele, entre conhecimento abstrato (*sophia*), que contempla os princípios universais, e a *sabedoria prática* (*phronesis*), que orienta a boa conduta. O segredo de alcançar as virtudes morais era observar o meio-termo entre os extremos (Ibidem). O conceito aristotélico de *phronesis* será retomado por Gadamer ao tratar do Direito, como se verá adiante.

No século I d.C., São Paulo promulgou as “virtudes teológicas” – a fé, a esperança e a caridade (amor). Esse acréscimo à lista das virtudes platônicas deslocou o foco da vida terrena para o além. Os pensadores cristãos medievais, como Tomás de Aquino, referiam-se às “sete virtudes cardeais e teológicas”, todas fundamentadas na graça de Deus (ROHMANN, 2000, p. 423).

Quanto à origem da Virtude, há três posições. A primeira, de que é aspecto inato. A segunda, pela qual a Virtude se aprende por hábito e pela educação. A terceira, pela qual se constitui como dádiva divina. Entre os defensores do aspecto inato figuram Kant, que dizia sermos dotados de uma “razão prática” que nos permite conduzir nossa vida de maneira virtuosa, e, no século XX, G. E. Moore, cujo “intuicionismo ético” presumia uma apreensão intuitiva do bem (Idem).

A perspectiva de hábito e aprendizado foi adotada por utilitaristas como Herbert

a Deus e a Sua lei. O modo de vida do cristão é, pelo menos, tão importante quanto o zelo pelo culto. Ao seguir a doutrina e o exemplo de Jesus, os cristãos esperam levar sua alma à união final com Deus (ROHMANN, 2000, p. 86).

Spencer, que afirmava que a evolução social implica a adoção de códigos morais benéficos, e por materialistas como Hobbes e Marx, que entendiam os sistemas como criações humanas (Ibidem). Essa perspectiva é também bastante difundida.

Gadamer (2005, p. 465-466) evidencia que Aristóteles fundou a Ética como disciplina autônoma à metafísica ao contrapor a ideia platônica do bem à sua construção do “humanamente bom”. Fixou o bom como aquilo que é bom para o ser humano. Assim, o bom para o homem só aparece na concreção da situação prática em que o homem se encontra.

Portanto, o saber ético requer a busca de conselho consigo próprio, logo, nunca poderá ter o caráter prévio, próprio dos saberes técnicos, ensináveis. “Não existe uma determinação prévia daquilo em que a vida em seu todo está orientada” (GADAMER, 2005, p. 477).

“Aquele que deve tomar decisões morais é alguém que já sempre aprendeu algo. Por educação e procedência está determinado, de modo que em geral sabe o que é correto. A tarefa da decisão Ética é encontrar o que é adequado na situação concreta (Idem, p. 471)”.

Por isso, diz Gadamer (2005, p. 471), não há um uso dogmático da Ética. A doutrina das virtudes de Aristóteles apresenta formas típicas de justo, que funcionam como diretrizes, mas o saber ético responde aos estímulos da situação de cada momento.

2. A dimensão ético-moral do Direito

Tércio Sampaio Ferraz Junior (2001, p. 343) pontua que, na antiguidade, o saber sobre o Direito se referia à técnica e à arte (*techne* e *ars*). Os romanos falavam em *ars boni et aequi*. A noção de *ars*, do Direito *jus*, como arte do bom e do equitativo, tinha fundamento na filosofia grega, pela qual, enquanto *ars*, o *jus* estava relacionado com *virtus*, o domínio da ação.

Desse modo, o Direito visava à perfeição e embasava-se em conhecimento e saber verdadeiro. Assim, nasceu a ideia de saber jurídico como *ars* e como *prudentia*. Para os antigos, a sabedoria jurídica, a jurisprudência, não estava apartada do verdadeiro, visto que era produção do verdadeiro no belo, no útil, no justo (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 343-344). Portanto, o Direito, como *jus e ars*, está imbricado no domínio da Ética e da Virtude.

O saber ético é saber que o homem tem de si mesmo, que Aristóteles chama de “saber-se” ou “saber para si”. Destaca-se do mundo teórico e, distintamente da *techne*, não pode ser aprendido nem esquecido. Quando o homem se depara com o saber ético, não pode dele se apropriar ou não. Esse confronto se dá em situações em que o homem tem de atuar. Não obstante o homem não possua o saber ético previamente acabado, que se perfaz somente na aplicação concreta, surge a tarefa de aplicação do saber ético⁵ (GADAMER, 2005, p. 471).

Aristóteles distingue entre o saber ético da *prhonesis* e o saber teórico da *episteme*. Para Gadamer, nessa linha, as ciências do espírito fazem parte do saber ético, são ciências morais que têm por objeto o homem e o que este sabe de si mesmo. “Este, porém, se sabe a si mesmo como ser que atua, e o saber que, deste modo, tem de si mesmo não pretende comprovar o que é” (Idem, p. 468). Nesses termos, o Direito é ciência moral, saber ético, ciência do espírito, que tem por objeto o homem e o que este sabe

⁵ Segundo Gadamer (2005, p. 473-474), a análise da equidade de Aristóteles mostra que “toda lei se encontra numa tensão necessária com respeito à correção de atuar, porque é geral e não pode conter em si a realidade prática em toda a sua concreção”. Reconhece na ponderação uma tarefa complementar do Direito. É contrário ao convencionalismo extremado ou ao Positivismo Jurídico. Admite, por sua vez, o Direito Natural como aquele que não permite convenções quaisquer porque advém da natureza das coisas. No entanto, na medida em que a natureza das coisas admita mobilidade, Aristóteles admite a mobilidade do Direito Natural.

de si, em seu dever de atuar, na tarefa de aplicação, da escolha, da decisão.

Como *ars*, o Direito é saber prático, da *phroenesis*, e, tal qual, o seu momento de aplicação é momento de confronto do homem com questões morais e éticas que exigem a sua atuação. Gadamer (2005, p. 471) demonstra que, na aplicação do Direito, o homem, embora possua o arcabouço da *techne*, da dogmática jurídica, não possui o saber ético previamente acabado, já que este se perfaz somente na aplicação concreta.

Aristóteles, segundo Gadamer (2005, p. 479-480), adverte que, junto à *phroenesis*, a virtude da ponderação reflexiva, na qual o saber-se da reflexão ética possui uma relação muito característica, aparece o *entendimento* (*Verstandnid*), uma modificação da virtude do saber ético responsável pela *Synesis*, que significa a capacidade de julgamento ético. Significa a compreensão de alguém que, julgando, se desloca para a plena concreção da situação em que o outro tem de atuar. Só se alcança a compreensão adequada daquele que atua na medida em que se deseje o justo e se encontre em relação de comunidade com o outro, diz Gadamer.

Desse modo, na medida em que se posuam os conceitos aristotélicos de penetração de espírito (tem penetração de espírito aquele que está disposto a reconhecer o Direito da situação concreta do outro e por isso se inclina em geral para o perdão e a compaixão) e tolerância, alcança-se a mínima aptidão para a arte de julgar (GADAMER, 2005, p. 479-480).

Diversamente, di-nos Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2001, p. 344), a *techne* da dogmática jurídica hodierna deixa de nascer do conhecimento verdadeiro. O crescimento distorcido da técnica, apartada da virtude como realização da verdade na ação, é que traz para o saber jurídico atual um sério e peculiar problema de fundamentação. Conceber o Direito de forma instrumental, como um meio para a realização de um fim (a decisão de conflitos), faz com que o Direito careça de uma finalidade.

Por esse motivo, procura-se um fundamento resistente a mudanças, que assegure ao Direito um sentido persistente. Desde a antiguidade, buscou-se essa estrutura estável na ideia de Justiça (FERRAZ JÚNIOR, 2001, p. 347). “No entanto, a justiça é ao mesmo tempo o princípio racional do sentido do jogo jurídico e seu problema significativo permanente”. “A justiça é o princípio e o problema Moral do Direito” (Idem, p. 351).

“O Direito, como ato de poder, não tem seu sentido no próprio poder. Só assim se explica a revolta, a inconformidade humana diante do arbítrio. E aí repousa, ao mesmo tempo, a força e a fragilidade da Moralidade em face do Direito. É possível implantar um Direito à margem ou até contra a exigência Moral da justiça. Aí está a fragilidade. Todavia, é impossível evitar-lhe a manifesta percepção da injustiça e a conseqüente perda de sentido. Aí está a força. (...) A exigência Moral da justiça é uma espécie de condição para que o Direito tenha um sentido. (...) O Direito, em suma, privado de Moralidade, perde sentido, embora não perca necessariamente império, validade, eficácia (Ibidem, p. 354).”

Sobre a relação entre Direito e Moral⁶, asseverou Miguel Reale (1977, p. 41) em Lições Preliminares de Direito:

“Encontramo-nos, agora, diante de um dos problemas mais difíceis e também dos mais belos da Filosofia

⁶ Dimitri Dimoulis (2003, p. 107-109) aponta cinco teses sobre a relação entre Direito e Moral: 1) A Tese da Identidade, pela qual os mandamentos jurídicos e morais coincidem; 2) A Tese do Direito como mínimo ético, pela qual as regras jurídicas constituem o núcleo das regras morais; 3) A Tese da Moral como mínimo jurídico, pela qual as regras morais constituem o núcleo do Direito que compreende muitas normas moralmente indiferentes; 4) A Tese da Conexão, pela qual as regras jurídicas são aparentadas com as morais, sendo impossível criar e interpretar o Direito sem levar em consideração a Moral; 5) A Tese da separação, pela qual entre Direito e Moral há plena e absoluta separação.

Jurídica, o da diferença entre a Moral e o Direito (...) Nesta matéria devemos lembrar-nos de que a verdade, muitas vezes, consiste em distinguir as coisas, sem separá-las (...) Muitas são as teorias sobre as relações entre o Direito e a Moral, mas é possível limitar-nos a alguns pontos de referência essenciais, inclusive pelo papel que desempenharam no processo histórico.”

3. Breve síntese da colocação da Ética e da Moral no Direito

3.1. Do *Jusnaturalismo* ao *Positivismo jurídico*

A ideia básica do *Jusnaturalismo*, não obstante suas várias vertentes, consiste no reconhecimento de que há, na sociedade, um conjunto de *valores* e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma jurídica emanada do Estado, isto é, independentem do Direito positivo. Esse Direito Natural tem validade em si, legitimado por uma Ética superior, estabelecida pela vontade de Deus ou ditada pela razão, e institui limites à própria norma estatal (BARROSO, 2002, p. 20). O Direito Natural remonta à Antiguidade Clássica, como se extrai de *Antígona*, tragédia de Sófocles (2004, p. 96):

“ANTÍGONA – Sim, pois não foi decisão de Zeus; e a Justiça, a deusa que habita com as divindades subterrâneas, jamais estabeleceu tal decreto entre os humanos; tampouco acredito que tua proclamação tenha legitimidade para conferir a ninguém o poder de infringir as leis divinas, nunca escritas, porém irrevogáveis; não existem a partir de ontem, ou de hoje; são eternas, sim! E ninguém pode dizer desde quando vigoram! Decretos como o que proclamaste, eu, que não temo o poder de homem algum, posso violar sem merecer a punição dos deuses! Que vou morrer,

bem o sei; é inevitável; e morreria mesmo sem o teu decreto. E, para dizer a verdade, se morrer antes do meu tempo, será para mim uma grande vantagem! Quem vive como eu, envolta em tanto luto e desgraça, que perde com a morte? Por isso, a sorte que me reservas é um mal de bem pouca monta; muito mais grave seria aceitar que o filho de minha mãe jazesse insepulto; tudo o mais me é indiferente! Se julgas que cometi um ato de demência, talvez mais louco seja quem me acusa de loucura!”

O Direito Natural é Direito ideal, inato, universal e imutável. Fundamenta-se na natureza, na ordem natural, na natureza humana comum a todas as pessoas, ou em outro princípio que o impregna, tal como Deus. Opõe-se se ao Positivismo Jurídico, e, segundo ele, qualquer lei positiva que contradiga o Direito Natural é inválida (ROHMANN, 2000, p. 114).

A concepção de Direito Natural teve matizes ao longo da história. Tem sua origem na versão estoica do *Logos* da Razão Universal que dá forma, guia e ordena o mundo. Os romanos distinguiam entre *jus naturale* (Direito Natural) e *jus gentium* (Direito das Nações). O Cristianismo, em seus primórdios, interpretava o Direito Natural como expressão da vontade de Deus. Na Idade Média, desenvolveu-se, sobretudo, pelos escritos de São Tomás e Santo Agostinho; o primeiro o definia como parte da lei eterna que está acessível à razão humana e se constitui, portanto, em alicerce adequado para o Direito Positivo. Também o Iluminismo consagrou o Direito Natural e colocou a Razão humana como o seu fundamento. Para Locke, o Direito Natural dá origem aos direitos naturais do homem, concepção que se manifestou nas Declarações de Direitos e de Independência daquele período (Idem).

Entretanto, completadas as revoluções burguesas, o Direito Natural viu-se “domesticado e ensinado dogmaticamente”.

O êxito do movimento de codificação, que simbolizou o apogeu do Direito Natural, representou também a sua superação histórica (BARROSO, 2002, p. 23).

“Considerado metafísico e anti-científico, o Direito Natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do século XIX (...) A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apertou o Direito da Moral e dos valores transcendentais. (...) O Positivismo comportou algumas variações e teve seu ponto culminante no normativismo de Hans Kelsen” (Idem, p. 25).

O Positivismo filosófico, em voga, enunciou o princípio da verificação, pelo qual uma verdade só pode ser considerada como tal se for verificável. Por esse princípio, só é científico o que puder ser verificado, e só há duas possibilidades dessa verificação: pela comprovação empírica – o que pressupõe a identificação do objeto como algo real – ou pela demonstração analítica, em relação aos objetos ideais (COELHO, 2003, p. 57).

“(…) Direito seria, por conseguinte, o conjunto dos fenômenos observáveis que se constituem em ordenação da vida social e que se distinguem das ordenações de natureza diversa, em virtude de suas características especiais. A consequência mais expressiva dessa vinculação do *jus* ao fato empírico, definido por sua forma jurídica, foi o aprofundamento da controvérsia entre jusnaturalistas e positivistas, que assumiu a forma de uma oposição entre um direito considerado cientificamente e outro considerado metafisicamente (...) A origem do Direito e as suas causas, embora constituam um capítulo do seu estudo como fenômeno social, são irrelevantes para a questão da positividade. Direito positivo é simplesmente o observável (...)” (Idem, p. 211-212)

Desse modo, cristalizou-se a noção comum do Direito identificado no chamado Direito Positivo, aquele emanado do Estado. Repeliu-se qualquer ideia de uma ordem normativa de caráter metafísico e excluiu-se como não-jurídicas as regras sociais de conduta que não se revestissem dos caracteres formais do Direito oficialmente considerado (Ibidem, p. 196).

As teses fundamentais do Positivismo filosófico, em síntese simplificadora, podem ser assim expressas: a ciência é o único conhecimento verdadeiro, o conhecimento científico é objetivo, o método científico empregado nas ciências naturais deve ser estendido às ciências sociais (BARROSO, 2002, p. 24).

As teses básicas do Positivismo jurídico, repercussão do Positivismo filosófico, são a aproximação quase plena entre Direito e norma; a afirmação da estabilidade do Direito; a completude do ordenamento jurídico; o formalismo, sobretudo quanto aos critérios de validade; a *separação entre Direito e Moral*; a pureza científica; a racionalidade da lei e a neutralidade do intérprete (Idem, p. 14, 25, 26).

“(…) em busca da cientificidade anunciada. O Direito reduzia-se ao conjunto de normas em vigor, considerava-se um sistema perfeito e, como todo dogma, não precisava de qualquer justificação além da própria existência. (...) A troca do ideal racionalista da justiça pela ambição positivista da certeza jurídica custou caro à humanidade. (...) O Positivismo pretendeu ser uma *teoria* do Direito, na qual o estudioso assumisse uma atitude cognoscitiva (de conhecimento), fundada em juízo de fato. Mas resultou sendo uma *ideologia* (...)” (Ibidem, p. 26).

O Direito pré-moderno, de formação não legislativa, mas jurisprudencial e doutrinária, era caracterizado por não possuir um sistema unitário de fontes positivas. A validade não dependia da forma de positividade, mas da intrínseca racionalidade ou

justiça de seus conteúdos. O Estado legislativo de Direito é responsável por fundar o sistema jurídico no princípio da legalidade como garantia de certeza e liberdade em face da arbitrariedade estatal. Assim, o princípio da legalidade se torna critério exclusivo de identificação do direito válido, com independência da valoração do justo. Tal princípio serviria para dar fundamento a todo o sistema de garantias (FERRAJOLI apud CARBONELL, 2003, p.15).

Atualmente, os modelos de Estado legislativo e de Estado Constitucional de Direito estão em crise, o que representa uma regressão a um Direito jurisprudencial pré-moderno. Essa crise deve-se, sobretudo, a dois fatores, quais sejam, a perda da capacidade reguladora da lei com o retorno ao papel criativo da jurisdição e a perda de unidade e coerência das fontes normativas (Idem, p. 20).

3.2. O Pós-positivismo: a reaproximação entre Direito e Moral no plano dos princípios

Ao fim da Segunda Guerra Mundial, sucumbe a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal. A superação histórica do Jusnaturalismo e o fracasso político do Positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O Pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada *Nova Hermenêutica* e da *Teoria dos Direitos Fundamentais* (BARROSO, 2002, p. 27).

“Por isso, a Lei Fundamental alemã pós-Guerra está repleta de postulados axiológicos, rechaçando, assim, o Positivismo extremado, o formalismo e o relativismo dominantes na Teoria do Estado da República de Weimar; nesse contexto, falou-se do ‘eterno retorno’ (*ewige Wie-derkehr*) do Jusnaturalismo. A experiência desse

relativismo total do conteúdo das leis positivas levou o famoso jurista e filósofo alemão Gustav Radbruch, inicialmente positivista ferrenho, a mudar completamente a sua posição depois da guerra e defender a existência de ‘injustiça legal e Direito supra-legal’ e de ‘leis que não são Direito’.” (KRELL, 2002, p. 81).

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no Positivismo. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao Jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. O *Neoconstitucionalismo* promove a volta aos valores, a reaproximação entre Ética e Direito; entretanto, a Ética e a Moral materializam-se em princípios que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente (BARROSO, 2002, p. 28).

A insuficiência do Positivismo no que diz respeito à existência de questões morais na decisão judicial foi também evidenciada por Perelman. Antonio Maia expõe o pensamento daquele com propriedade, para o qual, na prática da decisão judicial, ao contrário do que propugnavam as teses positivistas, são introduzidas noções pertencentes à Moral. Noções estas que, se foram fundamentadas, no passado, no Direito Natural, são hoje consideradas como conformes aos Princípios Gerais do Direito:

“(…) O próprio fato de esses princípios serem reconhecidos, explícita ou implicitamente, pelos tribunais de diversos países, mesmo que não tenham sido proclamados obrigatórios pelo poder legislativo, prova a natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda regra de Direito depender de sua integração num sistema hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tiraram, todos, sua validade de uma norma

suprema pressuposta” (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 9).

Para Perelman, o Direito se aparta do Positivismo e de sua pretensão à neutralidade axiológica porque o raciocínio lógico e demonstrativo do Positivismo não concorda com os juízos de valor do Direito. Maia traz elucidativa passagem do pensamento de Michel Meyer, continuador de Perelman na escola de Bruxelas:

“Mas o que diz na verdade o Positivismo lógico? Em geral, duas coisas. Por um lado, o modelo da atividade lingüística e o raciocínio são fornecidos pela ciência físico-matemática. O rigor, o caráter unívoco, a necessidade do raciocínio demonstrativo são as características essenciais e úteis, em que as outras ciências, e a Filosofia em particular, deveriam inspirar-se. (...) Por outro lado, (...) os juízos de valor não decorrentes da lógica – dos juízos de verdade – mergulham, de forma inevitável, tanto o homem de ação quanto o filósofo preocupado com a justiça, no irracional. O Direito e a Justiça estariam condenados a se separar da razão porque os valores não se decidem nem de forma lógica, nem tampouco de forma experimental. São estes dois axiomas do Positivismo que Perelman tornou inexistentes, em proveito de uma concepção da razão preocupada em estabelecer o plano discursivo não-matemático no âmbito de seus Direitos e a razão pratica na sua coerência” (MICHEL MEYER apud MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 5).

Os princípios, vindos dos textos religiosos, filosóficos ou do Jusnaturalismo, de longa data permeiam a realidade e o imaginário do Direito. Na tradição judaico-cristã, colhe-se o mandamento de respeito ao próximo. Da filosofia grega origina-se o princípio da não contradição. No Direito Romano, pretendeu-se enunciar a síntese dos princípios básicos do Direito: “Viver

honestamente, não lesar a outrem e dar a cada um o que é seu”. O que há de singular na dogmática jurídica atual é o reconhecimento da *normatividade dos princípios*. Esta é uma das marcas do *Neoconstitucionalismo* e da *Nova Hermenêutica* (BARROSO, 2002, p. 29).

3.2.1. O Neoconstitucionalismo: supremacia axiológica da Constituição

Como esclarece Miguel Carbonell (2003, p. 11), o que venha a se entender por Neoconstitucionalismo, sua aplicação prática e dimensão teórica, é ainda algo que se está por ver. Não se trata de um modelo já posto, consolidado, passível de ser estabelecido a curto prazo, pois contém em seu interior uma série de aspectos que dificilmente conviverão sem problemas.

Para Paolo Comanducci, o Neoconstitucionalismo se desdobra em teórico, ideológico e metodológico. O Neoconstitucionalismo teórico propõe-se a descobrir as realizações da Constitucionalização, a modificação dos sistemas jurídicos. Trata do modelo emergente de uma Constituição “invasora”, dada a presença de um catálogo de Direitos Fundamentais e a onipresença da Constituição, dos princípios e das regras.

O Neoconstitucionalismo ideológico ressalta a mudança ocorrida do Constitucionalismo para o Neoconstitucionalismo. Haveria, nesse aspecto, uma mudança de foco da limitação do poder estatal para a garantia dos Direitos Fundamentais. O poder Estatal, nesse novo contexto, não seria mais visto como fonte de temor, mediante o apoio de um modelo Estatal Constitucional e Democrático de Direito.

O Neoconstitucionalismo metodológico, por sua vez, seria responsável por considerar os princípios Constitucionais uma ponte entre o Direito e a Moral (COMANDUCCI apud CARBONELL, 2003, p. 82-87).

Guastini fixou sete condições para a verificação do Neoconstitucionalismo. A primeira condição seria a existência de

uma Constituição rígida. A segunda seria a garantia jurisdicional da Constituição, a existência de mecanismos de controle da conformidade das leis com a Constituição. A terceira seria a força vinculante da Constituição. A quarta corresponde à postura do intérprete em face da Lei Maior, predisposto a conferir interpretação extensiva àquela, a partir da qual seria possível extrair diversas normas implícitas, não expressas, idôneas para regular qualquer aspecto da vida social e política.

A quinta condição determina a aplicação direta das normas Constitucionais. Trata-se de uma superação da concepção clássica segundo a qual a função da Constituição seria meramente a de limitar o poder político, sem regular as relações entre particulares. Com o modelo neoconstitucionalista, a Constituição indubitavelmente assume a função de regular todas as relações sociais.

A sexta condição seria a interpretação conforme das leis. Técnica interpretativa pela qual as leis devem ter a interpretação conformada pela Constituição. Destaca que de cada texto normativo é possível extrair diversos significados; nesse sentido, a eleição da possibilidade interpretativa que será efetivamente adotada deve ser pautada nas diretrizes Constitucionais.

A última condição imposta por Guastini para a verificação do Neoconstitucionalismo é a da influência da Constituição sobre as relações políticas. Nesse sentido, destaca a possibilidade, em alguns ordenamentos, de se resolver conflitos puramente políticos por intermédio de um órgão jurisdicional, fazendo-se uso das normas Constitucionais (GUASTINI apud CARBONELL, 2003, p. 50-58).

Luis Prieto Sanchís assevera que, em verdade, o Neoconstitucionalismo é uma ideologia que apresenta diferentes níveis e projeções. Sanchís aponta três níveis de projeção do Neoconstitucionalismo. O primeiro nível corresponde à filosofia política que considera o Estado Constitucional de

Direito a melhor ou mais justa forma de organização política. O segundo nível pretende oferecer consequências metodológicas, que acarretam a vinculação entre Direito e Moral e a imposição de obediência ao Direito. Uma terceira dimensão, por sua vez, representa uma nova visão da atitude interpretativa e das tarefas da ciência e da teoria do Direito, propondo a adoção de um comprometimento por parte do jurista.

O Neoconstitucionalismo seria caracterizado por reunir um forte conteúdo normativo e um sistema de garantia jurisdicional. “Trata-se de uma Constituição transformadora que pretende condicionar de modo importante as decisões da maioria, cujo protagonismo fundamental não corresponde ao legislador, mas aos juízes” (SACHIS apud CARBONELL, 2003, p. 65).

Afonso Garcia Figueroa destaca que o Direito apresenta *virtudes morais* e a Moral apresenta virtudes jurídicas, a ponto de a Moral ter se transformado em uma forma diferente de Direito e o Direito, em uma forma diferente de Moral. Assim, atenta para o papel da Constitucionalização que os sistemas jurídicos têm desempenhado na fundamentação de uma vinculação do Direito com a sua dimensão ideal (FIGUEROA apud CARBONELL, 2003, p. 78).

Embora alguns doutrinadores, a exemplo de Suzanna Pozzolo, compreendam que persiste a separação conceitual entre Direito e Moral em favor da autonomia do juspositivismo metodológico, admitem, como no caso específico desta autora, que, com a perspectiva neoconstitucionalista, o Direito não poderia mais ser caracterizado tão somente pelo seu caráter coercitivo, uma vez que tal Direito assume caráter valorativo, em que a força seria tão somente um elemento acessório. Reconhece que o Neoconstitucionalismo entende o conteúdo de justiça como interno ao Direito, ou seja, positivado (POZZOLLO apud CARBONELL, 2003, p. 90).

Tradicionalmente, a justiça e os Direitos Fundamentais eram proclamações mera-

mente políticas, sem incidência prática, até se converterem em objetivos a serem efetivamente perseguidos pelo Estado. Essa mudança do Estado de Direito teria determinado um estreitamento do vínculo entre Direito e Moral, uma vez que, no Estado Constitucional, a Constituição é a norma hierarquicamente mais elevada, não só formalmente como também substancialmente (FIGUEROA apud CARBONELL, 2003, p. 79).

4. A Teoria dos Princípios: fusão dos planos deontológico e axiológico

A constitucionalização dos princípios e o reconhecimento de sua normatividade abriram espaço ao intenso desenvolvimento da Nova Teoria dos Princípios, que versa, em estreita síntese, sobre propostas teóricas de racionalização da maneira como estes se concretizam no Direito, diante de sua normatividade e forte caráter aberto de seu conteúdo axiológico. São expoentes da Teoria dos Princípios Ronald Dworkin e Robert Alexy, cujas doutrinas, com suas notas específicas, além de comprovarem a dimensão ético-moral do Direito (já apreendida pela *phroenesis* aristotélica), conferem-lhe normatividade.

A normatividade dos princípios e a sua abertura diante da Moral reclamam uma Nova Hermenêutica que ultrapasse os postulados lógicos da desgastada subsunção positivista para a aplicação do Direito. Surgem inúmeras propostas Hermenêuticas que buscam conferir o mínimo de racionalidade e fundamentabilidade à interpretação Jurídica.

Nesse ínterim, João Maurício Adeodato (2003, p. 223) reconhece que “a questão de relacionar a ‘decisão do caso concreto’ com a ‘norma genérica previamente fixada’ é sem dúvida das mais importantes para a teoria do Direito moderno”. Refere-se ao assunto da seguinte forma:

“(…) A visão casuística é menos confiável nas generalizações e parte do

princípio de que a norma geral por si só não garante a racionalidade, a justiça ou qualquer outra forma de legitimação da decisão: para os mais céticos decisionistas, a norma geral sequer fixa os limites da interpretação, servindo quando muito para justificar a *posteriori* uma decisão já tomada com base em normas ocultas pelos próprios procedimentos decisórios. Ainda que o intérprete ingenuamente acredite estar partindo da norma geral, seus parâmetros são outros, como será examinado no próprio capítulo. Nesse contexto aqui muito simplesmente resumido, diversos autores procuram um terceiro caminho, não tão simplista quanto à postura da *École de l'Exégèse*, mas também sem tornar a interpretação incontrolável, ao bel-prazer do operador jurídico. Na Alemanha, juristas como Theodor Viehweg, Robert Alexy, Peter Häberle, Konrad Hesse e Winfried Hassemer, entre muitos outros, sugerem alternativas. Também é esta a intenção de Friedrich Müller (ADEODATO, 2003, p. 227).”

Segundo Antonio Maia, as novas correntes teóricas possuem duas preocupações básicas: a proposta de uma nova grade de inteligibilidade à compreensão das relações entre *Direito, Moral e Política* e uma crítica às concepções positivistas no campo do Direito. Por conta disso, desenvolvem a importância dos Princípios Gerais de Direito; a reflexão aprofundada sobre o papel desempenhado pela Hermenêutica Jurídica; e a relevância crucial da dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do Direito nas sociedades democráticas contemporâneas (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 2-3).

Luis Afonso Heck (2003, p. 70), analisando o pensamento de Alexy, elabora assertiva válida para a Teoria dos Princípios como um todo, no que toca à caracterização deontológica-axiológica dos princípios

jurídicos. Diz ele que a resolução de uma colisão de princípios refere-se ao que definitivamente é devido, enquanto a resolução de uma colisão de valores refere-se ao que é definitivamente melhor. Ao problema da relação de primazia entre princípios corresponde o problema de uma ordem hierárquica dos valores.

Heck (2003, p. 70-71) afirma que colisões de princípios e de valores podem ser consideradas como o mesmo fenômeno, ora em traje deontológico e ora em traje axiológico. Sob o prisma jurídico, a formulação deontológica é intrínseca ao Direito – a sentença do dever-ser é uma sentença sobre o que é devido, e não necessariamente uma sentença sobre o que é bom. Entretanto, ao se acrescentar os princípios às regras – estruturas tipicamente de caráter deontológico –, acrescentou-se um plano que, atrás de sua forma deontológica, tem um caráter axiológico.

O sistema jurídico compreende, com isso, elementos tanto deontológicos como axiológicos. “O devido é absoluto e universal por meio disto, que ele pretende, de certo modo, ser bom pra todos” (HECK, 2003, p. 71). No mesmo sentido, Andreas Krell (2002, p. 82) observa que:

“A principal diferença entre as duas categorias é que valores possuem caráter axiológico (juízos de valor), enquanto princípios situam-se no nível deontológico (do dever-ser). Por isso, não é necessário invocar Direito suprapositivo, pois a ‘carga Ética’ já está nos princípios Constitucionais que ‘excedem o conceito positivista do Direito na medida em que elevam obrigação jurídica a realização aproximativa de um ideal Moral’”.

No entanto, persiste a preocupação com o subjetivismo ou decisionismo, a que Adeodato fez referência. De outro modo, essa preocupação também é externada por Andreas Krell (2002, p. 82-83):

“É de ressaltar também que o postulado de uma interpretação material

valorativa do Direito não significa um retorno do mundo jurídico aos conceitos vagos do Jusnaturalismo ou à afirmação de um número indefinido de valores abstratos *acima* da ordem jurídica, o que certamente levaria ao subjetivismo e a uma imprevisibilidade dos resultados. (...) A referida interpretação *valorativa* funciona através da ‘flexibilização da literalidade normativa para uma ‘recriação’ que conduza a lograr a justiça em concreto, ou o objetivamente justo do caso’. Essa ‘valoração’, contudo, não deve ser subjetiva no sentido de se basear, sobretudo, na *subjetividade* do operador, mas *objetiva* enquanto confira prevalência aos valores que o sistema jurídico integra.”

A Teoria dos Princípios manterá essa preocupação em suas propostas. Dworkin inspira-se no construtivismo rawlsiano e acolhe elementos da renovação da Hermenêutica filosófica operada a partir do trabalho de Gadamer; Alexy alicerça-se na defesa da possibilidade da racionalidade do discurso prático, empreendida por Junger Habermas (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 8).

4.1. Dworkin: o conteúdo moral do Direito

Estribado em uma Teoria Hermenêutica do Direito, aberta à sua dimensão histórica, Dworkin sublinha a importância do papel dos princípios – como elemento possibilitador da articulação entre Direito e Moral. Em Dworkin, Direito e Moral não mais são entendidos em termos de separação estrita (como queria o Positivismo), na medida em que o autor reconhece a condição jurídica a certos princípios morais (Idem, p. 1-2).

Dworkin realiza uma crítica contundente ao Positivismo analítico de Herbert Hart, a partir, fundamentalmente, dos chamados *hard cases*. Para ele, o normativismo positivista de Hart peca ao considerar o Direito como um sistema composto apenas por regras, de modo que, sendo o sistema

estático lacunoso, a lacuna será resolvida, pelo normativismo, mediante a atribuição de poder discricionário para o magistrado definir volitivamente a solução do caso concreto. Dworkin não acata essa possibilidade de discricionariedade volitiva do juiz. Diz ele que o juiz, nesse caso, estaria apropriando-se de uma função que é do legislador, criando-se um sério problema de legitimação (Ibidem, p. 16).

Assim, Dworkin rejeita o Positivismo tradicional no que se refere à possibilidade de aplicação do Direito em termos silogísticos, mas comunga das mesmas preocupações políticas presentes no paradigma liberal positivista, no tocante à separação dos poderes e à segurança jurídica. O pensamento de Dworkin se organiza justamente no sentido de reduzir e, no limite, eliminar a discricionariedade judicial. O caminho escolhido pelo autor é o de propugnar pela utilização dos princípios como critérios definidores das decisões judiciais, sobretudo nos casos difíceis (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 16).

A doutrina de Dworkin se insere no âmbito do *liberalismo ético*, valoriza o pluralismo e busca mostrar a necessidade de se respeitarem igualmente todas as concepções acerca do bem, sem sacrificar as expectativas minoritárias em nome das de maior número. Segundo ele, não é possível que o governo realize políticas que correspondem aos objetivos e às concepções de todos os indivíduos, e, se o governo sacrifica a minoria em favor da maioria, não está tratando a todos como dignos de igual respeito e consideração (Idem, p. 19). Percebe-se que Dworkin toma o cidadão sob a tutela do Direito como um sujeito que deve ter sua integridade moral preservada, possuidor de direitos de natureza moral.

Nessa linha, discorda da tese utilitarista, segundo a qual o governo deve buscar as maiores utilidades para o maior número, mesmo que isso eventualmente implique desconsiderar direitos individuais em favor de diretrizes políticas relevantes

para a comunidade. Dworkin é crítico do Positivismo no âmbito da metodologia e do utilitarismo no campo da teoria política. Se o Estado invadir um direito moral, estará tratando a “*un hombre como algo menos que un hombre, o como menos digno de consideración que otros hombres*” (Ibidem, p. 18).

Antonio Maia ressalta que um dos objetivos fundamentais de Dworkin é atribuir valor jurídico aos princípios morais e que por isso sua posição de Dworkin é, por vezes, caracterizada como um retorno ao Jusnaturalismo, principalmente quando se observa as contundentes críticas do autor ao Positivismo e a ênfase que o autor dá à centralidade dos Direitos Fundamentais e princípios suprapositivos (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 22).

No entanto, Maia ressalva que essa convicção pode ser afastada quando se observa que Dworkin, na justificação dos princípios e direitos fundamentais, não lança mão de construções metafísicas fundamentadas na crença na existência de uma moral objetiva. Sua justificativa será a noção de *igual proteção* e de *Direito como integridade* (Idem, p. 22-23).

Para Dworkin, a noção de igual proteção será um dos critérios fundamentais para a avaliação da justiça das leis positivas e da correção das decisões judiciais. O autor denomina o seu método com a expressão *Direito como integridade*, que se caracteriza pelo esforço de interpretar o sistema de princípios como um todo coerente, que protege a todos com igual consideração. Segundo o autor, “temos dois princípios da integridade política: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto das leis Moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”. (Ibidem, p. 25).

“(…) Tal pretensão de coerência não se confunde com o dogma, presente no conceito positivista de sistema jurídico, de que o ordenamento jurídico

de regras não contém contradições. (...) A incoerência eventual não passa de mero defeito que deve ser coibido no curso do processo de reconstrução racional. A noção de coerência é, assim, uma idéia regulativa (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 25)."

O autor identifica princípios morais, em grande parte, com os princípios Constitucionais. No entanto, Maia salienta que "nada mais distante do pensamento de Dworkin que considerar que somente os princípios expressamente previstos em textos legais possam ser entendidos como princípios jurídicos" (Idem, p. 25).

Quando se afirma que um cidadão possui certo direito moral, isso significa que está errado que o governo interfira, mesmo que isso decorra da vontade da maioria. Esse é o significado de levarem-se os "Direitos a sério". Destarte, o autor compreende a supremacia da Constituição não apenas em sentido formal, mas também material. Enfatiza que mesmo as normas produzidas por legislativos eleitos - pela maioria, portanto - não são válidas se violam determinado Direito moral (Ibidem, p. 27). Por afirmações como esta é que Dworkin é apontado como Jusnaturalista; no entanto, sua noção de moralidade não é estática ou absoluta.

"Não se trata nem de considerar o ato jurisdicional como de pura cognição passiva, nem como de pura vontade ativa. A opção do autor é por um caminho intermediário. A função da interpretação judicial, para ele, é a de racionalizar o ordenamento jurídico dado a partir da Moralidade, que é dinâmica, e não estática (como se dá nas versões jusnaturalistas). Por isso, ele se torna capaz de justificar o ativismo judicial: cabe ao magistrado se orientar pela Moralidade social cambiante, promovendo interminavelmente a reconstrução do ordenamento jurídico vigente com base nos conteúdos assumidos pelos

princípios." (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 28).

4.2. *A pretensão de correção de Alexy: elo entre o Direito e a Moral na Teoria da Argumentação*

Também para Alexy, os princípios⁷ jurídicos são, no mais das vezes, princípios morais. Robert Alexy destaca que, do ponto de vista estrutural, em razão da necessidade de ponderação, os princípios podem ser comparados aos valores (Idem, p. 29). Acerca da semelhança entre os princípios e os valores, Heck (2003, p. 67,93) faz coro:

"Princípios, como mandamentos de otimização, têm uma forte semelhança com aquilo que é designado como 'valor', aqui tomada a acepção pela qual valores são critérios para valorações comparativas ou fundamentos para juízos de valor comparativos."

Alexy compartilha da preocupação fundamental de Dworkin de se pensar alternativas à discricionariedade judicial. Também ele enfatiza a importância da pretensão de correção no raciocínio judiciário. O autor esclarece que, para Dworkin:

"la única respuesta correcta o verdadera sería así la que mejor pueda justificarse a través de una teoría sustantiva que contenga aquellos principios y ponderaciones de principios que mejor se correspondan con la constitución, las reglas de Derecho y los precedentes" (ALEXY apud MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 29).

Alexy ressalta, no entanto, que não há, na obra de Dworkin, nenhum procedimento que mostre como se obterá a única

⁷ Segundo Alexy, princípios são estruturalmente diferentes das regras; as regras são *mandatos definitivos* e os princípios são *mandatos de otimização*. Como mandatos de otimização, os princípios não requerem a realização integral de seu dispositivo. De fato, podem ser aplicados em diferentes graus, dependendo do contexto fático em que a aplicação é requerida, bem como das possibilidades jurídicas relativas ao caso. A aplicação dos princípios se caracteriza, assim, pela necessidade de *ponderação* (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 29).

resposta correta, atendo-se o autor a afirmar que isso não implica a inexistência de tal resposta. Esta poderia, para Dworkin, ser obtida pelo juiz Hércules, um juiz ideal munido de todas as informações e capacidades necessárias à sua árdua tarefa (Idem, p. 29).

Neste ponto reside a crítica de Alexy à teoria de Dworkin. Para ele, em Dworkin, a atividade complexa de ponderação é resolvida com a noção monológica de um juiz ideal, o que demonstra que “*una teoría de los principios por sí sola no está en condiciones de sostener la tesis de la única respuesta correcta*”. Alexy discorda da teoria forte do sistema de princípios que propõe a única resposta correta. Para ele, tal teoria forte dos princípios teria necessariamente que conter “*todos los principios, todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos y, por ello, determinara univocamente en cada uno de los casos*” (Ibidem, p. 30).

O próprio Dworkin, quando afirma a necessidade de um juiz com poderes divinos para formular tal teoria, parece reconhecer a impossibilidade de realizá-la concretamente. A despeito de Dworkin não formular uma teoria moral de cunho jusnaturalista, formularia uma teoria moral material, ainda que ancorada na reconstrução das instituições vigentes, elucida Maia (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 30).

O princípio da integridade possui em Dworkin uma natureza material e não procedimental. Alexy não crê na possibilidade de teorias morais materiais, mas tão-somente de teorias morais procedimentais. É justamente por meio do recurso ao procedimento que Alexy busca criar alternativa à discricionariedade judicial (Idem, p. 31).

Maia adverte, todavia, que isso não implica que Alexy abra mão de um sistema de princípios e que caia na total abertura propiciada pela Tópica⁸. Enfatiza que, para

que as teorias dos princípios sejam mais que meros catálogos de *topoi*, é necessária a existência de um sistema de condições de prioridades *prima facie*, e de um sistema de estruturas de ponderação (Ibidem, p. 31).

A Tópica também trabalha com ponderação. No entanto, para o tópico, o que importa é provocar a adesão do auditório, podendo o magistrado, para isso, lançar mão dos princípios, valores e diretrizes políticas que possuam maior potencial persuasivo. Não há, nesse caso, necessariamente, a presença de elementos reguladores do processo argumentativo. Alexy propõe esses elementos. Impõe o estabelecimento de condições mínimas para que um princípio tenha precedência sobre outros, a formulação de certas regras de prioridade reguladoras do processo de ponderação (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 31).

Alexy enfatiza que o peso relativo dos princípios, a despeito de sua definição cabal se dar somente no caso concreto, precisa ser minimamente pré-determinado. As prioridades *prima facie* indicam pelo menos um ponto de partida mais objetivo para a argumentação jurídica, que realizará a ponderação criando fortes exigências argumentativas para superá-las. “O que se trata é de pôr uma ordem mais apurada no sistema de princípios, que, de outro modo, não se distanciará muito de um catálogo de *topoi*” (Idem, p. 32).

Destarte, o sistema jurídico de Alexy pode ser definido como um sistema de regras, princípios e procedimentos. O procedimento regula a aplicação das regras e princípios; sua função é a de garantir a racionalidade das decisões. Maia afirma que a intenção de Alexy é formular uma versão procedimental da razão prática (Ibidem, p. 32).

Na obra de Alexy, o procedimento ganha a forma de uma teoria da argumen-

⁸ A perspectiva tópico-retórica salienta que o Direito é um discurso persuasivo cuja prova se dá pela argumentação e não pela verificação empírica, como nas ciências naturais. A Tópica, nome específico de um

dos livros do *Organon* aristotélico, foi revisitada por Perelman e Viehweg. Para esta perspectiva, princípios são *topoi* que orientam a argumentação (Cf. FERRAZ JÚNIOR, 2001).

tação jurídica. O autor pretende “captar los déficits de la teoría de los principios a través de una teoría de la argumentación jurídica”. A proposta de Alexy é justamente a de completar a teoria de Dworkin formulando uma teoria procedimental para a obtenção da resposta correta, substitutiva da idéia de Hércules. No entanto, na obra de Alexy a noção de única resposta correta possui apenas uma função regulativa (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 33).

“A pretensão de correção, e não a correção absoluta, torna-se critério para a aferição da validade do argumento. Nessa linha, se o processo argumentativo se desenvolve de acordo com as regras da razão prática, que serão explicitadas adiante, pode-se obter, senão a correção absoluta propugnada por Dworkin, ao menos uma correção relativa, e não, simplesmente, a persuasão do auditório” (Idem, p. 34)

A pretensão de correção se caracterizaria pelos argumentos que buscam convencer um auditório universal, diz Alexy, valendo-se da distinção estabelecida por Perelman entre auditório particular e auditório universal e entre persuadir e convencer (Ibidem, p. 34).

Comparado a Perelman, Alexy estreita os limites do admissível discursivamente, valorizando, com ideias regulativas, as noções de correto e verdadeiro, em detrimento de noções como as de plausível e razoável, embora admita que não seja possível formular um procedimento que garanta a correção absoluta (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 34).

O núcleo da teoria da argumentação de Alexy é um sistema de regras procedimentais que garantem a racionalidade da argumentação e de seus resultados. A racionalidade proposta por Alexy, em grande parte inspirada na obra de Habermas, é uma racionalidade dialógica. Assim, seu modelo, além de conter regras que podem ser formuladas tendo em vista uma racionali-

dade monológica, contém também regras reguladoras da interação discursiva. Tais regras visam garantir, fundamentalmente, os seguintes postulados da racionalidade prática:

“1) un grado sumo de claridad lingüístico-conceptual, 2) un grado sumo de información empírica, 3) un grado sumo de universalidad, 4) un grado sumo de desprejuiciamiento”. Alexy esclarece, no entanto, estas são condições ideais: ‘La razón práctica no es de aquellas cosas que pueden ser realizadas sólo perfectamente o en absoluto. Es realizable aproximativamente y su realización suficiente no garantiza ninguna corrección definitiva sino tan solo relativa.’” (Idem, p. 34-35).

Para Luis Afonso Heck, a “pretensão de correção” de Alexy estabelece uma relação firme entre o Direito e a Moral. A pertença de princípios ao sistema jurídico significa que o sistema jurídico é um sistema aberto diante da Moral. O Direito é necessariamente unido com a “pretensão de correção”. Diz Heck: “Se o ponderar e, com ele, o otimizar fossem incompatíveis com a correção, então eles não teriam de procurar nada no Direito” (HECK, 2003, p. 67-93).

Segundo o próprio Alexy (2007, p. 9), o Direito promove uma pretensão de correção, sendo esta sua dimensão ideal ou discursiva.

“Segundo o conceito de Direito positivista, o direito compõe-se exclusivamente de fatos sociais da decretação de eficácia. O conceito de Direito não positivista acrescenta a essa dimensão real ou fática a dimensão ideal ou discursiva da correção. O elemento central da correção é a justiça. Desse modo, é produzida uma união necessária entre o Direito como ele é e o Direito como ele deve ser, e, com isso, entre o Direito e a Moral. O argumento principal para essa união entre Direito e Moral é a tese de que

o Direito, necessariamente, promove uma pretensão de correção.”

A correção aplica-se quanto ao conteúdo e ao procedimento e implica fundamentabilidade. Promover a pretensão de correção consiste na afirmação da correção, na garantia da fundamentabilidade e na esperança do reconhecimento da correção (ALEXY, 2007, p. 21).

A aprovação discursiva universal de uma norma depende da condição de que todos aceitem as consequências de seu cumprimento para a satisfação do interesse de cada um. Entre a aprovação universal sob condições ideais e os conceitos de correção e de validade moral, existe uma relação necessária. Vejamos: “válidas são, rigorosamente, as normas de atuação que poderiam ser aprovadas por todos os possíveis afetados como participantes em discursos racionais” (HABERMAS apud ALEXY, 2007, p. 27).

O autor nos diz que os argumentos clássicos do Positivismo jurídico da certeza e segurança jurídica desconsideram que entre certeza jurídica e correção quanto ao conteúdo existe uma relação de alternatividade, complemento, penetração e intensificação, sendo estas duas últimas condições de legitimidade do Direito. Segundo Alexy, o limite da primazia da certeza jurídica sobre o correto esbarra no limite quando a contradição de uma lei positiva com a justiça obtém uma “medida insuportável”. Antijuridicidade extrema não é Direito, diz o autor (ALEXY, 2007, p. 32).

No sistema jurídico, o correto depende do que foi determinado/fundado em autoridade ou institucionalmente. Nos *hard cases*, quando a lei e a dogmática não trazem solução ao caso concreto, fazendo-se necessárias valorações adicionais que não se deixam depender somente do material fundado na autoridade dada, as reflexões de argumentação prática acerca daquilo que é bom para a comunidade terá lugar legítimo e a teoria do discurso assumirá relevo. Terão lugar questões de distribuição

correta e compensação correta, que não são mais do que questões de justiça. “Questões de justiça, porém, são questões morais. Assim, a ‘pretensão de correção’ funda, também, no plano da aplicação do Direito, uma união necessária entre o Direito e a Moral” (Idem, p. 39-40).

As regras⁹ para a argumentação propostas por Alexy possuem uma natureza ideal, servindo de referência para uma crítica qualificada das condições reais sob as quais se realiza o raciocínio jurídico. A pretensão de Alexy é a de formular uma espécie de “código da razão prática”, consistente em um sistema de regras balizadoras do discurso jurídico (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 35).

⁹ O sistema de regras proposto pelo autor é composto por um total de vinte e duas regras e seis formas de argumento, que o autor apresenta em seu clássico Teoria da argumentação jurídica. Nesse sistema de regras, Alexy identifica dois grupos básicos: as regras que se referem à estrutura dos argumentos e as regras que se referem ao procedimento do discurso. As regras que se referem à estrutura (1, 2, 3 e 4) ou forma dos argumentos (5, 6 e 7) são, entre outras, as seguintes: 1) Regra que exige a não contradição (...). Essa é uma regra da lógica tradicional. Ao enunciá-la, Alexy mostra que a teoria da argumentação acompanha o princípio básico da lógica formal e, obviamente, não se propõe a substituí-la. É importante notar, no entanto, que a teoria da argumentação de Alexy se dirige ao discurso prático, para o qual a lógica formal não pode dar respostas suficientes. 2) Regra que exige a universalidade, no sentido do uso coerente dos predicados utilizados: “Todo hablante que aplique un predicado F a un objeto A debe estar dispuesto a aplicar F también a cualquier otro objeto igual a A en todos los aspectos relevantes”. (...) É de se ressaltar que, para Alexy, este é um critério vinculante, no sentido de que somente os argumentos normativos universalizáveis podem ser levados em conta. Diferentemente da obra de Perelman, em que a ideia de universalidade equivale a um mero *topos*, que sustenta a superioridade do universal sobre o particular. (...) 3) Regra que exige a clareza linguístico-conceitual: “para cualquier hablante y en cualquier momento es posible pasar a un discurso de análisis del lenguaje”. Essa regra tem em vista permitir que os participantes possam criticar as proposições normativas formuladas por outros com base no uso incorreto da linguagem, de modo que representa um estímulo decisivo à correção linguística. 4) Regra que exige a verdade das premissas empíricas utilizadas (...). 5) Forma de argumento que leva à completude dedutiva.

As regras buscam regular o processo de interação discursiva, garantir os ideais de universalização, igualdade de direitos e não coerção. São essencialmente regras de cunho ético que possibilitam a liberdade¹⁰ do discurso, tendente à realização do potencial racionalizador do diálogo, e articulam-se com o conceito habermasiano de situação ideal de diálogo (Idem, p. 36).

Alexy ressalta que a diferença do discurso prático geral para o discurso jurídico se concentra no fato de que este é limitado pela lei, pelo precedente, pela dogmática e pelas leis procedimentais do processo. Assim, a argumentação jurídica é limitada sistêmica e normativamente. A argumentação tem justamente a função de tornar a eleição de uma das interpretações possíveis de uma norma controlável metodologicamente, sem que seja determinante a vontade do magistrado (Ibidem, p. 36).

Conclusão

O saber jurídico é saber da razão prática, existe para reger a convivência entre os ho-

De acordo com essa forma de argumento, "quien apela a una regla en una fundamentación presupone al menos que se cumplen las condiciones de aplicación de esa regla. (...) 6) Forma de argumento que leva à consideração das consequências. (...) 7) Forma de argumento das ponderações. As formas de argumento características da ponderação são as chamadas regras de prioridade, que têm sentido somente quando há conflito entre duas outras regras. (...) 8) Regra que exige o intercâmbio de posições (...). Alexy aduz que essa regra é a fórmula sintética do princípio da universalização de Habermas. Segundo esse princípio: "Si todos deliberan sobre cuestiones prácticas com igualdad de derechos, sólo pueden encontrar El acuerdo general aquellas proposiciones normativas y reglas que cada uno puede aceptar". 9) Regra relativa à análise do surgimento das convicções morais (...) (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 35-36).

¹⁰ Tais regras são as seguintes: 1) *Todo hablante puede participar en el discurso*; a) *Todos pueden cuestionar cualquier aserción*; b) *Todos pueden introducir cuestionar cualquier aserción en el discurso*; c) *Todos pueden expresar sus opiniones, deseos y necesidades*; 3) *Ningún hablante puede ser impedido a través de una coacción dentro o fuera del discurso a ejercer los derechos establecidos en 1 y 2.* (MAIA; SOUZA NETO, 2001, p. 35).

mens e, dessa forma, criar ou tutelar o bom, o belo e o justo. Por isso, o Direito é também prudência e busca da justiça, voltado para o bem dos homens e para a felicidade. Daí a sua vinculação ao domínio da Ética e da Virtude, na acepção mais fidedigna dessa palavra ao conceito grego clássico de *arete*, de virtude como modo de vida que leva o homem a uma vida boa.

Por isso não pode ser reduzido, como quis a pretensão positivista, ao dogma da cientificidade avaliativa. Essa é uma ideia que contraria o próprio Direito em sua origem e essência. Para o Positivismo, o Direito não precisava de justificação além de sua própria existência e abrangeria qualquer conteúdo. Desse modo, não obstante a pretensão de cientificidade, transformou-se em dogma e nos conduziu a absurdos que afrontaram o bom senso.

O Direito, como sabedoria prática, da *phroenesis*, orienta a boa conduta e exige do homem o conhecimento de suas circunstâncias, que deseje o justo e se encontre em relação de comunidade com o outro. A jurisprudência, que não está apartada da prudência, requer o entendimento (*Verstandnid*), virtude do saber ético responsável pela capacidade de julgamento ético.

O Direito tem retornado à Ética e ao objetivo maior de proteção da integridade moral e da dignidade do Homem. O Pós-positivismo erigiu a Teoria dos Direitos Fundamentais e a normatividade dos princípios, que são, sim, comandos morais e têm proporcionado o que tem sido denominado "eterno retorno" ao Jusnaturalismo.

Desse modo, o Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a Teoria da Argumentação são perspectivas teóricas que acarretam a vinculação entre Direito e Moral. O dever-ser abrange a aceitação universal do bom e do correto. O Direito separado do conteúdo moral é violência e arbítrio, perde fundamentabilidade e legitimidade substantiva. Direito é pretensão de correção, por excelência. O correto, entretanto, não é dado, é construído, na

práxis. Propostas teóricas que balizem essa construção são inúmeras, versões materiais e procedimentais, fundamentadas em diversos marcos teóricos, algumas das quais expusemos neste trabalho. A pretensão de correção é, portanto, o ponto de partida para as teorizações atuais acerca do Direito.

Referências

- ABAGNANO, Nicola. *Dicionário de filosofia*. 4 ed. Trad. e rev. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ADEODATO, João Mauricio. *Ética e retórica*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3208>> Acesso em: 9 jul. 2009.
- CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003.
- COELHO, Luis Fernando. *Teoria crítica do direito*. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2003.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método*. 7 ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005. v. 1.
- HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.
- HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*. Rio Grande do Sul: Sergio Antonio Fabris, 2002.
- LALANDE, André. *Vocabulário técnico e crítico da filosofia*. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MAIA, Antônio Cavalcanti; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Os princípios gerais de direito e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy. In: PEIXINHO, Messias (Org.). *Os princípios da constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1977.
- ROHMANN, Chris. *O livro das idéias*. 3 ed. Trad. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- SÓFOCLES. *Antígona*. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- OLIVEIRA, Rafael Tomás de. *Decisão judicial e o conceito de princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Ética judicial

A dignidade da pessoa humana e os valores da verdade, justiça e amor

Fabio Luiz de Oliveira Bezerra

Sumário

1. Introdução. 2. O conceito de ética. 3. A ética e a sociabilidade. 4. Fundamento da ética judicial: dignidade da pessoa humana. 5. A verdade. 6. A justiça. 7. O amor. 8. Conclusão.

1. Introdução

A estrutura e o funcionamento dos Estados contemporâneos mostram-se inadequados para a realidade da sociedade contemporânea, notadamente em países carentes de concretização efetiva de direitos do cidadão. É o que ocorre atualmente no Brasil, que prometeu atender a todas as necessidades de seus cidadãos, mas não tem cumprido efetivamente essa missão.

Dentro dessa crise do Estado brasileiro, constata-se que o Poder Judiciário não vem acompanhando o mesmo ritmo da sociedade, a qual tem pressa na realização plena dos direitos fundamentais do indivíduo.

Além das causas de natureza estrutural, processual e conjuntural para a lentidão do Poder Judiciário (NALINI, 2008), não se olvide que a indeterminabilidade das normas jurídicas tem ocasionado a ação desse Poder em quase todas as matérias do cotidiano da sociedade atual e a teoria da dogmática jurídica, dominada pelo pensamento positivista, não tem sido capaz de proporcionar soluções rápidas e justas para os desafios da contemporaneidade.

Fabio Luiz de Oliveira Bezerra é Juiz Federal Substituto da 7ª Vara Federal em Natal/RN. Mestre pela UFPE. Ex-Procurador da República. Ex-Promotor de Justiça/RN. Ex-Procurador Judicial do Município do Recife.

Contribui para esse quadro de ineficiência do Poder Judiciário a falta de protagonismo do magistrado brasileiro, na denominação de Nalini (2008), diante das novas atribuições conferidas ao Poder Judiciário pela Constituição de 1988.

Uma das estratégias para superar a formação intelectual da magistratura, de cunho dogmático, passa por

“mudar a metodologia de abordagem do direito, substituindo-se a dogmática, fechada à realidade social, política e econômica, por uma metodologia interdisciplinar que (...) abre a possibilidade de estabelecer uma comunicação articulada entre o direito e as outras ciências da realidade social, circunstância a permitir aos magistrados uma permanente harmonização do direito às aspirações da sociedade” (ROCHA, 1995, p. 122).

Note-se que é característica da pós-modernidade a compreensão da realidade por meio de enfoques com base em diversas ciências e métodos. Daí por que a reflexão ética a partir dos magistrados, sem sombra de dúvida, potencializa a tomada de decisões judiciais, haja vista que possibilita ao aplicador do direito a análise da situação por diversos prismas.

A expansão das tarefas do Poder Judiciário implica necessariamente uma ampliação da responsabilidade ética dos magistrados. E, nas palavras de Nalini (2008, p. 15), o referido “protagonismo (...) só poderá advir de consciência sensível e desperta para o exercício ético da função”.

Os desafios éticos do juiz na atualidade não se restringem à formação profissional continuada, aliada à responsabilidade democrática, abrangem também a práxis ética individual do juiz.

É nesse particular da atuação prática do juiz que assume relevo a identificação do fundamento da ética judicial e de seus principais valores, a qual consubstancia o objetivo do presente estudo, para o fim de fixar parâmetros para a conduta cotidiana

do magistrado na resolução dos conflitos da complexa sociedade contemporânea.

2. O conceito de ética

A ética é doutrina da boa vida ou da vida correta, aquela digna de imitação pelo indivíduo e pela comunidade política.

O termo *ética* provém da palavra grega *éthos*, que é o hábito ou comportamento pessoal decorrente da natureza, das convenções sociais ou da educação. O plural de *éthos* é *éthe*, conjunto desses hábitos e comportamentos da coletividade, incluindo os próprios costumes da civilização (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 445).

Em que pese esse significado etimológico, a ética não se confunde com a moral. A ética e a moral partem de premissas diversas: “a moral tem como fundamento o próprio comportamento social e a ética, uma reflexão sobre ele” (ALMEIDA; CHRISTMANN, 2006, p. 27).

O estudo das regras morais é apenas uma das preocupações do saber ético. A ética “abrange o conjunto dos sistemas de dever-ser que formam, hoje, os campos distintos – e, na maioria das vezes, largamente contraditórios – da religião, da moral e do direito” (COMPARATO, 2006, p. 18), mas não se dedica exclusivamente à investigação do dever-ser ético.

Comporta o campo da ética o estudo não apenas dos preceitos relativos ao comportamento humano, como também das tramas e problemas da ação moral e questões correlatas, até porque “o conjunto de regras definidas como morais é, no fundo, a abstração das experiências morais hauridas pela prática vivencial sócio-humana” (BITTAR; ALMEIDA, 2001, p. 445).

A ética pode ser compreendida em diferentes planos. O primeiro referente à indagação acerca do agir de um sujeito autônomo e consciente de si. O segundo relativo à reflexão sobre os critérios da ação idealmente *correta*. O último concernente à orientação normativa em situações

concretas e aos efeitos/consequências das ações.

Embora possam ser identificadas as diferenças entre normas jurídicas e normas morais, ética e Direito, pelo fato de terem por escopo a ação humana, convivem lado a lado, com fronteiras muitas vezes tênues. Reale (1999, p. 219) chega a dizer, inclusive, que “o Direito, momento essencial do processo ético, representa a sua garantia específica”, vale dizer, a garantia da ética.

3. A ética e a sociabilidade

De modo aproximado, podemos apresentar a estrutura de um grande grupo social organizado ou uma sociedade política, na esteira das lições de Comparato (2006, p. 22), por meio de fatores determinantes que comandam a vida social (valores coletivos e instituições de poder) e de fatores condicionantes que estabelecem limites ao desenvolvimento da civilização (patrimônio genético, meio ambiente e estado da técnica).

Os citados fatores determinantes se entrecruzam. Enquanto as instituições de poder são estruturadas com base nos valores coletivos, tais valores acabam por serem utilizados para constituição e até mesmo para preservação das instituições de Poder. Em outras palavras, Möller (2006, p. 232) assenta que

“as comunidades culturais têm nos fins e valores incorporados nas e pelas tradições que propagam a expressão de vínculos político-sociais que favorecem a instituição e a preservação de seu modo peculiar de agregação e para a constituição de sua estrutura (arranjo) de poder, dentre os quais, os considerados como mais importantes acarretam comprometimentos ético-políticos recíprocos entre os indivíduos (cidadãos), sendo convertidos, estabelecidos e reconhecidos sob a forma de compromissos jurídicos (leis, normas regras e direitos)”.

Os valores coletivos, muitas vezes, vigoram na consciência das pessoas, antes mesmo de existirem normas expressas de conduta. Para introdução de novos valores ou manutenção de valores já reconhecidos pela sociedade, o recurso à força tem sido insuficiente. Como a consciência do que é certo ou errado moralmente é inerente à condição humana, torna-se imperiosa uma justificação ética para as tomadas de decisões da sociedade, notadamente pelas instituições de poder do grupo social e por seus agentes públicos, como o Poder Judiciário e seus membros (COMPARATO, 2006, p. 23).

Percebe-se, então, que a ética é elemento incidível da sociedade, embora não se tenha tido a mesma compreensão sobre a ética ao longo da história.

No mundo antigo, a reflexão ética impunha a prevalência do coletivo sobre o singular, do público sobre o privado. A ação individual, nessa época, estava limitada pela tradição e pelo sagrado. A preocupação maior era a busca da felicidade e bem-estar como negação da ordem pública.

O mundo contemporâneo foi marcado pela crescente aproximação geográfica dos povos e pelos conflitos culturais e entre as civilizações. A convivência entre os povos, dada a diversidade cultural, tornou-se cada vez mais difícil.

Para reduzir a probabilidade de ocorrência de conflitos culturais e interculturais entre as sociedades, há que se preservar o valor da tolerância, o qual, como bem destaca Möller (2006, p. 233), ganha especial relevo

“quando o espaço e meio ao qual ocorre a atitude ou (manifest)ação cultural ultrapassa um campo decisório que abarca consequências exclusivamente privadas, no qual o que se pode sustentar razoavelmente é a recomendação da prática da tolerância como uma abertura para o conhecimento e como possibilidade para esclarecimento dialético, e

alcança um campo decisório público ou mesmo se situe em um campo tipicamente privado quando, em vista do conteúdo sobre o qual se trata na atitude ou (manifest)ação, deve prevalecer o interesse público, ocasiões em que o valor da tolerância deve ser também percebido como uma necessidade”.

A invenção do espaço social da individualidade concretiza, em certa medida, o valor da tolerância, possibilitando a convivência dos indivíduos no mundo contemporâneo.

Por outro lado, o progresso das ciências biológicas e o desenvolvimento das biotecnologias têm trazido ao debate questões relativas à *ética da espécie*. O que antes era dado como natureza orgânica (organismo humano) hoje está no campo da intervenção humana. Daí por que Habermas (2004, p. 17) considera que a

“distinção fenomenológica de Helmuth Plessner entre ‘ser um corpo vivo’ e ‘ter um corpo’ adquire uma atualidade impressionante: a fronteira entre a natureza que ‘somos’ e a disposição orgânica que ‘damos’ a nós mesmos acaba se desvanecendo”. Acrescenta o ilustre filósofo (HABERMAS, 2004, p. 29): “Na medida em que a produção e utilização de embriões para fins de pesquisa na área médica se disseminam e se normalizam, ocorre uma mudança na percepção cultural da vida humana pré-natal, e, por conseguinte, uma perda de sensibilidade moral para os limites dos cálculos do custo-de-benefício”.

Segundo Habermas (2004, p. 36), a manipulação genética pode alterar nossa compreensão como únicos autores da nossa história de vida.

Nesse contexto, alguns estudiosos já preconizam a necessidade de uma *moralização da natureza humana*, pela qual “aquilo que se tornou tecnicamente disponível por

meio da ciência deve voltar a ser normativamente indisponível por meio do controle social” (DAELE apud HABERMAS, 2004). Assim, a moralidade, que antes estava restrita ao âmbito pessoal e religioso, compreende, na sociedade contemporânea, uma categoria de moralidade pública, de uma ética social.

4. *Fundamento da ética judicial: dignidade da pessoa humana*

O fundamento da ética não tem sido o mesmo ao longo da história e nas diferentes civilizações. As doutrinas orientais, por exemplo, fundaram a ordem ética sobre um princípio impessoal, comum a toda a realidade, como é o caso da Via ou Caminho da filosofia chinesa. No mundo moderno, preponderou a rejeição de qualquer fundamento absoluto ou transcendental para a vida ética. A escola positivista, por exemplo, assevera que o direito não deve confundir-se com a moral e a religião.

A ideia de que os indivíduos e grupos humanos podem ser reduzidos a um conceito ou categoria geral foi sendo desenvolvida de forma gradual.

No período axial da história, nasce a ideia de uma igualdade essencial entre os homens. Na filosofia grega, segundo a tese de Aristóteles, é possível identificar um elemento comum a todos os indivíduos, que lhe é próprio, a racionalidade.

No começo do século VI, inaugura-se nova fase da elaboração do conceito de pessoa. Assevera Comparato (2006, p. 457) que, segundo Boécio, “diz-se propriamente pessoa a substância individual da natureza racional”. Pela doutrina cristã, o conceito de pessoa foi sistematicamente elaborado como substância.

Kant assinalou a superioridade ética absoluta dos seres humanos sobre as coisas, daí decorrendo a igualdade absoluta entre as pessoas. O ser humano, para este filósofo, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio da vontade. Por

isso, nessa linha, o homem tem dignidade e não preço. Bittar (2007, p. 158) destaca que Kant “faz depositar toda a responsabilidade ética na consciência individual, encontrando na idéia do dever-pelo-dever (imperativo categórico) o pilar sobre o qual faz assentar todo o fundamento do agir ético”.

A pessoa humana, então, é modelo transcendente e imanente à visão humana.

Na sociedade contemporânea, Comparato (2006, p. 494), ao propor uma reconstrução ética capaz de sucumbir a corrente histórica da dominação tecnológica e da concentração do poder econômico, assevera que o fundamento supremo da ética é a dignidade da pessoa humana e acrescenta:

“o movimento de aproximação de todos os povos na construção comunitária de um mundo livre, justo e solidário, fundado no respeito integral dos direitos humanos, vem crescendo sem descontinuar, e já começa a tecer uma densa rede de organizações transnacionais de resistência à dominação capitalista. A sua capacidade de expansão, ao contrário do que sucede com o movimento antagonista, existe não em função do poder – tecnológico, econômico ou militar –, mas da vigência efetiva dos grandes princípios éticos no mundo todo”.

Como a ética judicial representa uma forma específica e integrada da ética geral e o Poder Judiciário tem a missão precípua de garantir o respeito dos direitos humanos pelos Poderes constituídos e pelos particulares, maior razão se tem para estabelecer, nesse primado da dignidade da pessoa humana, o fundamento maior da ética judicial.

A propósito, constata-se que o Código Ibero-americano de Ética Judicial, especificamente no art. 37 do Estatuto do Juiz Ibero-americano, traz referência expressa à dignidade da pessoa humana:

“Art. 37. Serviço e respeito às partes:
No contexto de um Estado constitu-

cional e democrático de Direito e no exercício de sua função jurisdicional, os juízes têm o dever de transcender o âmbito do exercício de dita função, buscando fazer com que a justiça seja feita em condições de eficiência, qualidade, acessibilidade e transparência, com respeito à dignidade da pessoa que venha a demandar o serviço”.

No preâmbulo da Carta de Direitos das Pessoas perante a Justiça no Espaço Judiciário Ibero-americano (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 60), também há menção especial à dignidade da pessoa humana no sentido de que “a dignidade da pessoa e os direitos que lhe são inalienáveis reclamam a institucionalização de princípios básicos que protejam as pessoas quando demandem justiça”.

Tem-se, então, como fundamento da ética judicial a dignidade da pessoa humana, por meio do respeito integral aos direitos humanos.

Desse fundamento supremo da ética judicial desdobram-se vários princípios que conformam e concretizam a dignidade da pessoa humana. São os denominados princípios éticos ou virtudes judiciais, os quais possuem dupla função, pois, além de constituírem normas axiológicas com objetivo de impor padrões de condutas sociais, também visam à proteção da própria dignidade da pessoa humana.

Recorde-se que, na doutrina jusfilosófica contemporânea, denomina-se princípios éticos os

“núcleos concentrados da ética, nos quais não se explicitam os supostos fatos que se pretende regular nem as conseqüências que a sua geração acarretaria” [sem eliminar, contudo] “a possibilidade de se desenharem as exigências em termos de virtudes judiciais, e alguns códigos de ética judicial (como o do México) estão baseados notadamente nessa idéia das “virtudes judiciais” (ATIENZA; VIGO, 2008, p. 11).

Com efeito, o juízo ético não é realizado apenas pela razão, mas essencialmente pela emoção, pelos sentimentos, haja vista que se está enveredando pelos campos dos valores.

Até o mundo moderno, principalmente na filosofia grega e na teologia medieval, os valores eram considerados algo de objetivo e geral, sem referência à condição humana. Após a modernidade, podemos dizer que os valores passaram a ser qualidades próprias do ser humano. Em outras palavras, “os valores são qualidades do ser, mas que só existem para os homens; são, portanto, realidades intencionalmente humanas” (COMPARATO, 2006, p. 508).

Tais qualidades humanas podem ser agrupadas, conforme lição de Comparato (2006), em três grandes valores éticos, que serão abaixo abordados sob o ângulo da atividade jurisdicional, quais sejam, a verdade, a justiça e o amor.

5. A verdade

Os princípios éticos são normas objetivas correlacionadas a virtudes subjetivas, com conteúdo axiológico, cujo sentido é orientado pelos grandes valores éticos, tendo como paradigma supremo a dignidade da pessoa humana.

Para que o homem seja conduzido à felicidade, deverá pautar suas condutas e sua vida na verdade e em duas outras virtudes que se associam à primeira, a justiça e o amor, os quais, em última análise, são expressões da verdade.

Para a filosofia grega, a verdade tem um sentido preponderantemente intelectual. A verdade seria a correlação entre o pensamento e a realidade. Essa acepção é a base do saber científico no mundo moderno e contemporâneo.

Por outro lado, a concepção semítica associa a verdade, não ao pensamento, mas a uma vida ética. “Verdadeiro é o que inspira confiança e fidelidade; falso, em contraste, é sinônimo de infiel” (COMPARATO,

2006, p. 522). No mundo moderno, essa acepção eminentemente ética de verdade foi resgatada por Mahatma Gandhi, como ressaltado por Comparato (2006, p. 523):

“Para encontrar a verdade, disse Gandhi, não é preciso ir muito longe, pois ela se acha em cada um de nós, como uma pedra preciosa encoberta pela ganga de nossas impurezas pessoais. Para fazê-la aparecer é preciso muita humildade e um esforço contínuo e metódico para eliminar de si toda raiva, ódio ou egoísmo”.

Para Gandhi, não obstante a verdade e o amor sejam duas faces da mesma moeda, a verdade deve ser procurada em primeiro lugar. Daí por que asseverar que o amor é expressão da verdade.

No Direito, o valor da verdade está correlacionado ao método de reconstrução histórica dos fatos e à teoria jurídica de interpretação das normas jurídicas.

No que tange à teoria jurídica, a doutrina já não tem dúvida sobre a inadequação do modelo subsuntivo de aplicação das normas jurídicas do positivismo. Não obstante, ainda é presente a utilização, na praxe judiciária, desse modelo ultrapassado. É o caso de fundamentação de peças iniciais, pareceres e sentenças a partir de ementas jurisprudenciais sem nenhum contexto que possa indicar a similitude da situação, o que só “reafirma o caráter positivista da interpretação jurídica, pois esconde a singularidade dos ‘casos concretos’ e retroalimenta a cultura manualesca estandardizada, enfraquecendo a reflexão crítica”, como afirma o ilustre doutrinador Streck (2006, p. 251).

O juiz da sociedade contemporânea já não pode se limitar a ser a *boca da lei*, e fazer apenas a subsunção dos fatos às normas gerais. O juiz atualmente é agente de pacificação social e a ele cabe proceder a uma interpretação das normas jurídicas visando o atendimento dos fins sociais.

Enquanto no positivismo há separação entre direito e moral, no pós-positivismo a

atividade de interpretar as normas jurídicas está impregnada, necessariamente, pelos valores morais da sociedade. A superação do positivismo torna-se mais evidente com o advento do neoconstitucionalismo, em que se ressalta o papel transformador e interventivo do direito e da jurisdição constitucional, de forma que não se sustenta mais o modelo de direito fundado apenas em regras.

Verifica-se, nesse contexto atual, o embate de dois grupos de teorias sobre o valor da verdade: teorias substancialistas e teorias procedimentalistas.

Segundo as teorias procedimentalistas, das quais Habermas é o grande defensor, a verdade não tem conteúdo, é uma idealização necessária, fruto do consenso obtido ao longo do processo, judicial ou legislativo. Em outras palavras,

“Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade” (STRECK, 2006, p. 19).

Contudo, tais teorias não devem ser aplicadas em países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil. Nesse sentido é o magistério de Lenio Streck (2006, p. 15):

“difícil sustentar as teses processuais-procedimentais em países como Brasil, em que parte considerável dos direitos fundamentais-sociais continua incumprida, passados dezoito anos da promulgação da Constituição. Dito de outro modo: parece muito pouco destinar ao Poder Judiciário tão-somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos democráticos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, como quer, por exemplo, o paradigma procedimental habermasiano”.

A Constituição brasileira cuida não apenas de meios, de procedimentos, mas

essencialmente de fins sociais, com objetivos que concretizam valores coletivos, como a busca pelo desenvolvimento e pela superação das desigualdades sociais.

Assim, entendemos que as teorias substancialistas, que não se confundem com os ativismos judiciais, potencializam a atuação do magistrado na busca da verdade,¹ estando mais condizente com a complexidade dos conflitos da sociedade contemporânea, especialmente em países em desenvolvimento,

“porque trabalham com a perspectiva de que a implementação dos direitos e valores substantivos afigura-se como condição de possibilidade da validade da própria Constituição, naquilo que ela representa de elo conteudístico que une a política e direito” (STRECK, 2006, p. 262).

6. A justiça

Várias são as dimensões ou concepções da justiça.

Os sofistas afastaram as definições absolutas e todos os tipos de ontologia ou metafísica sobre os valores sociais, relativizando a justiça, sob o pressuposto da contingência das leis.

Para Sócrates, a justiça compreende também a dimensão política, pela qual cada pessoa deve cumprir na sociedade a função que lhe incumbe, de forma que estabelece o primado da ética do coletivo sobre a ética do individual. A virtude está no conhecimento, base do agir ético, por isso a felicidade das pessoas só será atingida com a erradicação da ignorância por meio, principalmente, da educação.

Para os romanos, a justiça tem uma essência altruísta individual, é voltada para

¹ No Código Ibero-americano de Ética Judicial, encontram-se diversos dispositivos correlacionados com a verdade, como o relativo à observância do devido processo legal (art. 39), à legitimidade dos meios de prova (art. 40), à necessidade de fundamentação (art. 41) e à boa-fé processual (art. 41).

os outros, significando que devemos evitar fazer aos outros o que não queremos que eles nos façam.

Aristóteles, por sua vez, desenvolveu sua teoria considerando a justiça como uma virtude da pessoa humana, sendo que a ética, como ciência prática, incumbir-se-ia em definir o que é justo e o que é injusto. Mas apenas o conhecimento em abstrato do conteúdo da virtude não basta para se chegar à felicidade, necessária a realização da virtude, que se adquire pelo hábito. Imprescindível, pois, a prática ética. Segundo ele, cumpre ao juiz equalizar as diferenças surgidas das desigualdades, atentando-se para os diversos tipos particulares de justiça, como destacam Bittar e Almeida (2001, p. 119):

“A justiça total destaca-se como sendo a virtude (total) de observância da lei. A justiça total vem acompanhada pela noção de justiça particular, corretiva, presidida pela noção da igualdade aritmética (comutativa, nas relações voluntárias; reparativa, nas relações involuntárias) ou distributiva, presidida pela noção de igualdade geométrica”.

Há também a dimensão da justiça como equidade, ou seja, a justiça do caso concreto. Toda lei tem um enunciado geral, daí distinguindo-se da decisão judicial, que atende a situações específicas e concretas, de sorte que, em uma situação não contemplada na lei, cabe ao magistrado interpretar a letra da lei, atendendo-se mais a sua finalidade (ARISTÓTELES, 2004).

Atienza (2001, p. 173) sintetiza as teorias modernas da justiça, asseverando que “afirmar que um determinado direito é justo vem a ser a forma sintética de decidir que satisfaz uma série de valores como a igualdade, a liberdade e a segurança jurídica”, que nada mais são que os direitos fundamentais da pessoa humana, os quais substanciam “o banco de prova para uma teoria da justiça” (Idem, 2001, p. 206).

Nessa linha, comentando sobre a virtude da justiça, Comparato (2006, p. 528)

aduz que “a interface desse princípio ético explica a união indissolúvel das duas grandes categorias de direitos humanos: a dos direitos e liberdades individuais e a dos direitos econômicos e sociais”.

A justiça, pois, como expressão da verdade, busca concretizar o fundamento da ética, qual seja, a dignidade da pessoa humana, por meio da realização integral dos direitos humanos.²

7. O amor

A virtude do amor, em certa medida, nasce da solidariedade, pois esta também é uma manifestação de altruísmo e de responsabilidade para com a humanidade. A propósito, asseveram Almeida e Christmann (2006, p. 58) que

“ser solidário com a humanidade quer dizer sentir-se parte desse coletivo que habita todo o planeta Terra. Dessa forma, a pessoa que se engaja na ação humanitária, mais do que sua ligação jurídica com a comunidade da qual é nacional, sente-se integrante da comunidade de todos os homens e mulheres da Terra. Esse sentimento de fazer parte implica uma responsabilidade perante o coletivo chamado humanidade, acima de interesse de toda e qualquer nação”.

E pelo fato de a justiça ter uma dimensão da solidariedade, o amor se aproxima daquela. Não obstante, o amor não se confunde com a solidariedade nem com a justiça. O dever de amar, ao contrário do dever de ser justo, não implica exigência de outra parte.

Não há que se confundir também amor com amizade. Das várias manifestações de

² O Código Ibero-americano de Ética Judicial faz expressa menção à necessidade de o juiz levar em conta as consequências pessoais, familiares ou sociais desfavoráveis para atingir a finalidade social da norma, como forma de encontrar fazer justiça (art. 43 do Estatuto do Juiz Ibero-Americano Estatuto) e à observância da igualdade entre as partes (art. 39).

uma e de outra virtude trazidas por Aristóteles (2004, p. 172) extrai-se que a amizade exige reciprocidade de tratamento, ou seja, não existe amizade unilateral, ao passo que o amor é, em regra, incondicional.

Para Mahatma Gandhi, o amor é a disposição permanente de fazer o bem, em ação incessante contra a injustiça, abalizada sempre pela verdade (COMPARATO, 2006, p. 521).

Dalai Lama (2000, p. 146-147) também considera o amor uma das fontes primordiais das virtudes do homem. E vai além. Segundo ele, o amor e a compaixão são campos férteis para o desenvolvimento da ética:

“A compaixão e o amor não são artigos de luxo. Como origem da paz interior e exterior, são fundamentais para a sobrevivência de nossa espécie. Por um lado são as fontes de todas as qualidades espirituais: a capacidade de perdão, a tolerância e todas as demais virtudes. (...) Então, para aqueles que disseram que o Dalai-Lama não está sendo realista ao defender esse ideal de amor incondicional, insisto para que mesmo assim o experimentem. Vão descobrir que o coração se enche de força quando se consegue ultrapassar os limites do interesse pessoal egoístico. A paz e a alegria tornam-se companheiros constantes. Rompem-se barreiras de todos os tipos e, no final, desaparece a noção do interesse próprio independente do interesse alheio. No que se refere à ética, contudo, o mais importante é que, onde o amor pelo próximo, a afeição, a bondade e a compaixão estão vivos, verificamos que a conduta ética é espontânea. A prática de ações eticamente íntegras é natural onde há compaixão”.

Em outras palavras, “olhar de modo equânime nossos amigos e inimigos e os que nos são indiferentes não é uma atitude espiritual, e sim ética” (ALMEIDA; CHRISTMANN, 2006, p. 27).

O amor não é apenas em relação a outro ser humano, é também manifestação em relação ao estudo, ao trabalho e à capacitação (BITTENCOURT, 1982).

Para Comparato (2006, p. 535), o amor é uma doação integral, incondicional e sem reservas das coisas e da própria pessoa que doa. Conclui o referido autor:

“A grande função social do amor consiste em atuar como fator de permanente aperfeiçoamento da justiça. É o impulso constante no sentido de uma não-acomodação com as formas de justiça já existentes; a procura de uma ampliação ilimitada do princípio de dar a todos e a cada um o que a consciência ética sente como devido”.

O amor é, pois, elemento de autocrítica do próprio valor da justiça e expressão da verdade, não podendo nunca desta última se dissociar.³

8. Conclusão

O aumento de atribuições conferidas ao Poder Judiciário pela Constituição de 1988 e pela pós-modernidade provoca uma ampliação da responsabilidade ética dos magistrados, sendo imprescindível a identificação do fundamento e dos valores principais da ética, o que certamente consubstanciará subsídio para atuação cotidiana do magistrado.

A ética, por abordar preceitos relativos ao comportamento humano como também das tramas e problemas da ação moral, está intimamente ligada ao Direito, representando este a garantia do primeiro.

De fato, ao contrário da separação total entre Direito e ética preconizada pelo positivismo, atualmente, na sociedade contemporânea, marcada pela crescente aproximação geográfica dos povos e pelos

³ No Código Ibero-Americano de Ética Judicial, o valor do amor pode ser vislumbrado nos deveres éticos de independência (art. 38) e de sigilo profissional (art. 44).

conflitos culturais e entre as civilizações, somente com o entrelaçamento entre o Direito e a ética poder-se-á alcançar uma verdadeira pacificação social.

Na sociedade contemporânea, o fundamento primeiro da ética judicial é a dignidade da pessoa humana, cabendo ao Poder Judiciário a missão precípua de garantir o respeito integral dos direitos humanos.

Do fundamento da dignidade da pessoa humana decorrem vários princípios éticos, que podem ser compreendidos como virtudes judiciais, destacando-se três: a verdade, a justiça e o amor.

A verdade está correlacionada ao método de reconstrução histórica dos fatos e à teoria jurídica de interpretação das normas jurídicas. O juiz da sociedade contemporânea deve deixar de ser apenas a *boca da lei*, e atuar como agente de pacificação social, compreendendo a verdade não apenas como fruto do consenso obtido ao longo do processo, mas como mecanismo de concretização do desenvolvimento e da superação das desigualdades sociais.

A justiça, como expressão da verdade, busca concretizar e realizar o fundamento da ética, qual seja, a dignidade da pessoa humana, a partir da satisfação de diversos valores sociais que consubstanciam os direitos fundamentais da pessoa humana, tais como igualdade, liberdade e segurança jurídica.

O amor implica doação incondicional das coisas e da própria pessoa em prol do outro, apresentando-se também como manifestação em relação ao trabalho e ao estudo, como a busca de constante aperfeiçoamento.

Referências

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2004.

ALMEIDA, Guilherme; CHRISTMANN, Martha Ochsenhofer. *Ética e direito: uma perspectiva integrada*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona: Editora Ariel, 2001.

_____; VIGO, Rodolfo Luís. *Código Ibero-americano de ética judicial*. Brasília: CJF, 2008.

BITTAR, Eduardo. C. B. *Curso de ética jurídica: ética geral e profissional*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2001.

BITTENCOURT, Edgard Moura. *O Juiz*. 2 ed. São Paulo: Leud Ed., 1982.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Tradução Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

LAMA, Dalai. *Uma ética para o novo milênio*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

MÖLLER, Josué Emílio. *A fundamentação ético-política dos direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2006.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2 ed. Campinas: Millennium Editora, 2008.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o poder judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

Hart e o positivismo jurídico

Em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do direito

Roberto Bueno

Sumário

1. A linguagem e o direito como categoria imprevisível. 2. A textura aberta do direito perante sua indeterminabilidade. 3. A textura aberta e o poder discricionário do intérprete da norma. Considerações finais.

1. A linguagem e o direito como categoria imprevisível

O direito é construído sob base linguística natural que, com maior ou menor diferença de estrutura, vai ganhando conotações próprias formando um vocabulário jurídico específico que apresenta variações entre os diversos ordenamentos jurídicos existentes. Não obstante o apreciável quadro de diferenças que distancia os ordenamentos jurídicos, identificamos ao menos algumas similaridades que os aproximam e que talvez se revelem elemento universal capaz de estabelecer eixo teórico comum entre eles.

Um problema teórico básico que parece servir como ponto de junção universal das normas jurídicas em quaisquer latitudes é o da inacessibilidade cognitiva do ser humano à determinação exata e precisa da conduta humana que se tem por objetivo normatizar. A incapacidade humana para determinar a linguagem, bem como para antecipar os eventos futuros, é o que está à raiz do conceito de indeterminação que marca o direito (*cf.* HART, 1986, p. 143). O dever permanece em situação de inde-

Roberto Bueno é Docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia.

terminabilidade, mesmo porque “somos homens, não deuses” (HART, 1986, p. 141). Dessa forma conclui-se facilmente a ligação entre a linguagem e o direito marcados por sua inarredável condição de indeterminação. Dessa forma, entende-se como uma limitação da condição humana, e, por conseguinte, do trabalho do legislador:

“[...] que trabalharemos sob a influência de duas desvantagens ligadas, sempre que procurarmos regular, de forma não ambígua e antecipadamente, alguma esfera da conduta por meio de padrões gerais a serem usados, sem directiva oficial ulterior, em ocasiões particulares” (Idem).

A previsibilidade humana em sua intervenção legislativa vê-se bastante afetada, tomando por referência suas altas pretensões de cercar o futuro. A rigor, portanto, não logra prever todas as consequências normativas almejadas e desejáveis. Isso tem sua raiz na natureza indeterminada e inabarcável de uma realidade complexa composta por uma linguagem natural que o jurista toma por empréstimo juntamente com suas limitações para proceder à construção das normas e do ordenamento jurídico cujas adaptações e reconstruções linguísticas e semânticas não serão capazes de eliminar as áreas de incerteza (indeterminação) ou de múltiplos significados apenas determináveis nos casos concretos em que se apresentem. É cercado por tais limitações que o jurista aparece para Hart, uma vez que

“[...] os legisladores humanos não podem ter tal conhecimento de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer. Essa incapacidade de antecipar acarreta consigo uma relativa indeterminação de finalidade” (Ibidem).

Tal imprevisibilidade caracteriza não apenas o marco da construção e estrutura das normas jurídicas como sua projeção sobre o momento da interpretação das normas, quando o aplicador não se depara

com “situações *de facto* particulares que não esperam por nós já separadas umas das outras, e com etiquetas apostas como casos de aplicação da regra geral [...]” (HART, 1986, p. 139). Aqui não se trata de uma imperfeição da norma, simplesmente se deve ao fato de que não podemos atribuir ao legislador uma capacidade que escapa à humanidade, qual seja, a mais perfeita e precisa antecipação de todos os fatos e que, portanto, isso repercute na estrutura normativa. A norma é, portanto, indeterminada devido a esses motivos, mas, de qualquer modo, determinável a cada caso concreto. Em suma, a ideia é de “que não podem ser criadas pelo poder legislativo, de forma antecipada, regras uniformes destinadas a serem aplicadas caso a caso, sem directivas oficiais ulteriores” (Idem, p. 144). Ao contrário, o que uma crença absoluta na completude do ordenamento jurídico sugere é sua irrealizabilidade, dadas as dificuldades, ambiguidades ou mesmo lacunas legais. Um retrato do direito como este é que sofre o ataque dos modernos antipositivistas, que sustentam a ideia de que

“[...] lo que es realmente incompleto no es el derecho, sino el retrato positivista, de él, y que tal cosa es así se evidenciará en la mejor descripción que el antipositivista da de lo que los jueces hacen y debieran hacer cuando encuentran que el material jurídico standard identificado por referencia a las fuentes sociales del Derecho se prueba indeterminado” (HART, 1980, p. 6).

Retomando a argumentação de Hart, podemos dizer que incompleto não é o direito, mas a base vocabular de que é feito e que sobre ele projeta seus efeitos de forma inexorável. Posta a argumentação nesses termos, ressaltamos que a impossibilidade de perfeita delimitação legal das condutas futuras implicará que o poder legislativo possa valer-se de uma dupla estratégia. A primeira delas é de ordem técnico-legisla-

tiva e sugere a criação de normas jurídicas gerais. A segunda estratégia consiste em delegar funções para o aparelho administrativo de sorte a que este trabalho utilize seu poder regulamentar para “moldar regras adaptadas às suas necessidades especiais” (HART, 1986, p. 144) e, por conseguinte, torne o ordenamento jurídico operativo e eficiente, a par de eficaz. Exemplos desse tipo de norma regulamentadora são a previsão legal de prática de preço justo (Idem), de condições dignas e de segurança no trabalho ou, ainda, a regulamentação sobre a distribuição dos lucros entre os empregados de empresas¹.

A inviabilidade da determinação de situações, bem como de casos futuros, de modo inexorável deve-se não à liberdade humana e o futuro ainda sofre com indeterminações de ordem linguística. A este respeito nos diz Hart que

“[...] El significado de las palabras está en función del contexto lingüístico en que aparecen y de la situación humana dentro de la que son usadas. [...] en algunas ocasiones se puede advertir que una misma palabra tiene distintos criterios de aplicación [...]” (PÁRAMO ARGÜELLES, 1984, p. 28).

Ademais dessas indeterminações linguísticas, deparamo-nos também com ingerências poderosas de combinações do acaso, bem como de eventos naturais que influenciam e, por vezes, determinam algumas das ações humanas invertendo anteriores prioridades. A própria linguagem possui limitações quanto à sua futura inteligência e interpretação, dado que os significados linguísticos não são unívocos, ou raramente assim se apresentam, e, mesmo quando isso ocorre, o conjunto de palavras normalmente termina por diluir a maior precisão de que um vocábulo eventualmente

¹ A nossa Constituição de 1988 representa exemplo a esse respeito. Ali estava prevista a distribuição dos lucros das empresas sob as condições e termo em que uma lei (infraconstitucional) o dispusesse.

te desfrute em um determinado momento histórico. A esse respeito nos diz Hart

“[...] Aparte de un significado central originário y de algunas extensiones metafóricas o figurativas, existen otros usos de las palabras que se aplican a una multitud de objetos que no presentan propiedades comunes connotadas por aquéllas, pero que sin embargo, parecen encajar en el uso de una misma palabra”. (PÁRAMO ARGÜELLES, 1984, p. 28).

Hart nos esclarece que as palavras têm várias acepções que variam ao redor de um contexto. As próprias circunstâncias de um mesmo tempo são capazes de sustentar apreensões vocabulares segundo diversos significados. Como podemos perceber, as alterações históricas ensejam novas interpretações das palavras. Aqui, contudo, a ideia é de que, dentro de um mesmo período histórico, mas em circunstâncias diversas, podem apresentar diferentes significados. Além disso, temos que as acepções das palavras oscilam em torno a um significado central originário. Ao redor desse significado que Hart denomina “central originário”, postula a possibilidade da existência de outros significados unidos ao significado original por um elo de significação comum.

As propriedades comuns que ligam essa palavra dotada de um significado originário às demais acepções é o que possibilita a realização de diversas interpretações pelo aplicador no mundo do direito. Essas conotações ou significados comuns funcionam como um eixo sobre o qual giram as interpretações diversas nas também diferentes situações. Fazendo um chamado à realidade, Hart (1986, p. 141) diz que

“[...] Se o mundo em que vivemos fosse caracterizado só por um número finito de aspectos e estes, conjuntamente com todos os modos por que se podiam combinar, fossem por nós conhecidos, então poderia estatuir-se antecipadamente para cada possibi-

lidade. Poderíamos fazer regras cuja aplicação a casos concretos nunca implicasse uma outra escolha. [...]”.

Em um cenário imaginário como esse, em que seria possível conhecer tudo, por conseguinte, tal conhecimento seria traduzível no conteúdo das normas jurídicas. Nesse cenário seria factível pensar na tarefa de aplicação do direito como “um mundo adequado a uma jurisprudência ‘mecânica’ [...]” (HART, 1986, p. 141). Contudo (e este não é um detalhe, todavia, não devida e apropriadamente considerado), “este não é o nosso mundo” (Idem).

Acerca disso devemos ainda sublinhar que, quando a linguagem humana natural é transposta para o mundo jurídico, ela constitui uma norma de formatação geral. Nesse sentido Hart sublinha que “a incerteza na linha de fronteira é o preço que deve ser pago pelo uso de termos classificatórios gerais em qualquer forma de comunicação [...] as línguas naturais [...] têm irredutivelmente uma textura aberta [...]” (Ibidem). Ademais das línguas naturais, e tendo em conta que são a matéria-prima do legislador, resulta que também a linguagem jurídica encontra-se caracterizada pela textura aberta (*open texture*) (cf. HART, 1986, p. 143).

É interessante atentar que os vocábulos podem desfrutar, em um determinado momento histórico, de um significado socialmente compartilhado de forma praticamente unívoca. Mas a linguagem natural não é estática e, sim, uma dimensão da cultura em permanente evolução. Sendo assim, os significados atribuídos às palavras pelas comunidades vivas em que elas têm seu uso são frequentemente alterados², de sorte que algumas palavras podem sofrer profundas alterações em sua significação, sendo possível observar a transformação de um significado pejorativo ou grosseiro para uma outra acepção que invada o terreno da comicidade. Profundas transformações

² Por outro lado, é também necessário ponderar que as circunstâncias históricas influenciam o significado do direito, seu discurso e seus institutos.

como essas bem podem fazer com que uma palavra pronunciada em um determinado período e contexto histórico possa constituir uma ofensa à honra e ensejar ações judiciais.

Por outro lado, a mesma palavra pronunciada em um contexto similar mas em outro período histórico é possível que tenha seu significado modificado, alterado do ofensivo ao cômico, com o que uma ação já não teria lugar. Ainda assim, há outros vocábulos que, sem alterar sentido, caem em desuso, têm seu significado suspenso durante um período, e ganhando essa “ausência de significado”, porventura, ofensivo, vê igualmente inviabilizada a ideia de sustentar ações com base em tal interpretação³.

Desde outra ótica, embora não desconsiderando o caráter indeterminado da linguagem, poderíamos ocupar-nos da análise de alternativas com a busca de um significado mais preciso dos vocábulos para, então, como dizia Austin (apud PÁRAMO ARGÜELLES, 1984, p. 19), nos aproximarmos de uma “conciencia agudizada de las palabras para agudizar nuestra percepción de los fenómenos”. Mas a quais limites pode alcançar essa nossa aguda percepção é uma pergunta que interessa responder, ainda que apenas parcialmente.

Creemos que uma tal busca é não apenas louvável como necessária mas, se levada ao limite, infrutífera. O que entendo como infrutífera é a busca de preciso significado das palavras, que não pode radicalmente resolver o problema do significado multidimensional das palavras ainda que, e aqui sua virtude, reduza e minimize consideravelmente os problemas que geram ao intérprete e ao aplicador do direito.

Realizando a aproximação possível ao significado dos vocábulos, podemos

³ Isso sim, uma suspensão deste gênero, temporária, por definição, haverá de, em momento futuro, encontrar seu novo momento, de inserção e compartilhamento significacional entre os falantes de um mesmo idioma de origem.

alcançar um razoável número de normas jurídicas sobre as quais as dúvidas sobre seu significado e modo de aplicação recaem a níveis desprezíveis. É nesses casos que é dado utilizar o método lógico-dedutivo ou silogístico no momento da aplicação das normas. Essa possibilidade de aplicação silogística da norma jurídica não poderá compreender os casos em que esta se apresente abertamente marcada pela indeterminação, senão quando o seu grau de precisão seja alto. Essa é uma concepção formalista derivada da tradição de Montesquieu-Blackstone em que ao órgão jurisdicional restaria nada mais do que portar-se como a boca que pronuncia o querer da lei. Em suma, como alertara Kahn-Freund (apud RODRIGUEZ, 2009, p. 38) já na década de 1930, “pouquíssimas pessoas hoje [...] ainda caracterizam o papel do juiz como uma máquina cuja única função é aplicar de um modo lógico o estatuto relevante a cada caso particular [...]”. Com isso ficaria claramente delineada sua função de declarar e não criadora do direito.

Inversamente nos diz Hart que, nessas áreas não habitadas pela precisão terminológica, haveremos de distanciar-nos de considerar o valor da aplicação do método silogístico. Esse método supõe viável e factível a crença em um sistema positivista fechado que propicia a aplicação dedutiva do direito a partir de premissas legais. Em outros termos, podemos optar por outro encaminhamento, como nos diz Hart: “[...] if legal arguments and legal decisions of penumbral questions are to be rational, their rationality must lie in something other than a logical relation to premises” (HART, 1985, p. 64).

Contudo, mesmo quando os melhores e mais hábeis esforços sejam empregados, restará aquilo que Hart denomina “zona de penumbra” (Idem), habitada por uma importante área de vagueza (*vagueness*), que remete à necessidade da construção judicial, o que nos termos de Hart consiste em que “[...] judges [...] he was very much alive to the character of language, to its va-

gueness or open character; he thought that in the penumbral situation judges must necessarily legislate [...]” (Ibidem, p. 65). Em zonas como essas, de onde, então, como em outro contexto se perguntara Kahn-Freund (apud RODRIGUEZ, 2009, p. 39), se o juiz não deriva suas decisões do direito posto, onde, então, ele fundamenta o direito? De ambos os trechos emergem algumas ideias que necessitam adiante ser retomadas, tal como conexão entre a vagueza (*vagueness*), o caráter aberto das normas e a necessária criação judicial, ainda que para fazê-lo não desfrutem de completa liberdade.

Hart tem o cuidado de argumentar no sentido da inexistência de sólidos e suficientes razões para sustentar a incompatibilidade da convivência das normas jurídicas com o alegado caráter indeterminado de parte delas. Mas haveríamos também de entender que isso não é um “central element of actual law to be seen in the core of central meaning which rules have, that there is nothing in the nature of a legal rule inconsistent with *all* questions being open to reconsideration in the light of social policy” (HART, 1985, p. 72).

Ademais, nessa zona habitada por penumbra e pela vagueza (*vagueness*), por vezes, o sistema também apresenta ambiguidades. O debate em parte se centraliza em que o direito não poderá livrar-se dessas variáveis por completo, sendo então necessário, logicamente, que lhe habite e constitua o que Hart denomina textura aberta (*open texture*) (HART, 1986, p. 140-161)⁴. À raiz da textura aberta, podemos dizer que “la incertidumbre en la aplicación o interpretación de ciertos términos, surge, pues, de su posible *ambigüedad*, es decir, del hecho de la incertidumbre del sentido en que son usados” (PÁRAMO ARGÜELLES, 1984, p. 28).

Além desses argumentos, há ainda mais algumas possibilidades em que pode resi-

⁴ Como vimos, esse problema se deve à linguagem natural sobre a qual o direito é construído e posteriormente interpretado e aplicado.

dir um problema, a saber, a determinação mais precisa e em acabada “de los límites de su campo de aplicación” (Idem). Segundo Hart, todas essas situações são impossíveis de eliminar absolutamente de todas as normas de um ordenamento jurídico. A esse respeito nos diz Hart (1985, p. 64) que

“[...] If a penumbra of uncertainty must surround all legal rules, then their application to specific cases in the penumbral area cannot be a matter of logical deduction, and so deductive reasoning, which for generations has been cherished as the very perfection of human reasoning, cannot serve as a model for what judges, or indeed anyone, should do in bringing particular cases under general rules. In this area men cannot live by deduction alone.”

Estabelecidas as normas jurídicas sobre essa estrutura absolutamente instável, e revelada a insuficiência da lógica dedutiva para aquilo que Dworkin denominaria *hard cases*, deparamo-nos com que, mesmo quando objetivando a previsibilidade absoluta, o conjunto do ordenamento jurídico caracterizar-se-á pela incongruência entre as decisões baseadas em normas jurídicas previstas para vigorar em certos casos e as expectativas de que boas e legítimas sejam todas as decisões tomadas com base no mais estrito legalismo.

Será perceptível que ao lançar mão, de forma irrestrita, do princípio da legalidade ou, se preferirmos, do formalismo extremo, que “consiste numa atitude para com as regras formuladas de forma verbal que, ao mesmo tempo, procura disfarçar e minimizar a necessidade de tal escolha, uma vez editada a regra geral” (HART, 1986, p. 142), poderemos alcançar decisões jurídicas injustificadas do ponto de vista dos valores. Essa visão formal ou ‘literal’ da interpretação e aplicação do direito é obtida por um raciocínio dedutivo, processo no qual “the judge’s practical choices or decisions play no part” (HART, 1985, p. 65; PÁRAMO AR-

GÜELLES, 1984, p. 343). Assim seria posto o argumento uma vez que, para todos os casos concretos que se apresentem, supõe-se que o ordenamento jurídico possua uma e apenas uma resposta indiscutível capaz de, ademais, ser antecipada pelo órgão jurisdicional ao consultar o ordenamento jurídico, crítica com a qual Hart (1986, p. 167) manifesta sua conformidade.

Essa é apenas uma entre as possíveis abordagens teóricas do problema hermenêutico. A aplicação de uma teoria literal torna o juiz um autômato, uma verdadeira “slot machine” (HART, 1985, p. 66). O núcleo do erro formalista praticado pelos tribunais, contudo, é o seu excessivo uso da lógica, por “take a thing to a ‘dryly logical extreme, or make an excessive use of analytical methods” (Idem).

É a essa teoria positivista que denominaríamos aqui estrito formalismo, a qual Hart (1985, p. 64) qualificará como equívoca ou errada. O argumento central desse erro apontado por Hart (Idem, p. 66) reside em que sua essência é “[...] to give some general term an interpretation which is blind to social values and consequences [...]”. Ponderadamente, contudo, o autor nos adverte que “intelligent decisions which we oppose to mechanical or formal decisions are not necessarily identical with decisions defensible on moral grounds” (HART, 1985, p. 69)⁵.

Perante a limitação que o princípio do estrito formalismo nos propicia, mas, paralelamente, também sabedores das virtudes que o mesmo possui e das benesses sociais que ele oportuniza (previsibilidade, segurança/certeza jurídica, etc.), parece que não se trata de um princípio do qual possamos e devamos abrir mão por completo. A ideia é de valer-nos dele, mas, isto sim, com algumas limitações que, por exemplo, as mais estritas, e clássicas, versões do positivismo jurídico não pareciam proclives a admitir,

⁵ Este último é uma limitação a qual devemos dedicar a devida atenção, muito embora não neste espaço.

ou seja, a concepção de normas jurídicas com textura aberta (*open texture*), cujo preenchimento dependa da intervenção de um poder discricionário parcialmente informado pelo âmbito da moralidade compreendida no ordenamento jurídico e pela sociedade que compartilha uma determinada perspectiva da moralidade.

Nossa hipótese de trabalho, que continuaremos a explorar nas linhas subseqüentes, é a de que existe uma limitação linguística muito potente. Essa limitação leva a que a construção das normas jurídicas encontre-se marcada pela imprecisão ou incompletude semântica, a qual redundando no caráter aberto dessas normas jurídicas. Essa característica que assinalamos também pode ser entendida como indeterminação das normas jurídicas que se projetam sobre todo um ordenamento jurídico.

Afirmado que as normas jurídicas estarão marcadas por certo nível de indeterminação, dadas as razões acima elencadas, haveremos de nos ocupar com a brevidade que as limitações deste artigo permitam, de como a hermenêutica e a filosofia jurídica podem enfrentar essa questão no sentido de emprestar maior grau de previsibilidade às normas jurídicas como resultado da intervenção do intérprete e aplicador do direito. Propomos na epígrafe subseqüente ocupar-nos da textura aberta (*open texture*) do direito como forma de abordagem das limitações acima expostas.

2. A *textura aberta do direito perante sua indeterminabilidade*

Vimos na epígrafe anterior uma série de limitações às quais o direito se vê exposto. Não obstante essas limitações, não recaem dúvidas sobre a necessidade de utilizar o direito como mecanismo de controle social. Isto sim, os instrumentos de que lançaremos mão para construir o direito para que ele leve a termo essa tarefa são bastante diversos e discutíveis, tal como, por exemplo, lançar-se à construção de normas e

ordenamentos jurídicos detalhistas ou de caráter mais genérico.

A proliferação de estruturas normativas ou do fenômeno da inflação legislativa pode ter efeitos antiliberais bastante amenizados, acaso tenhamos em boa conta o que Hart (1986, p. 139) nos comentou ser a

“[...] tomada de consciência progressiva [...] do importante facto de que a distinção entre as incertezas da comunicação por exemplos dotados de autoridade [...] e as certezas de comunicação através da linguagem geral dotada de autoridade (legislação) é de longe menos firme do que sugere este contraste ingênuo.”

Ainda quando tenhamos em conta essa tomada de consciência acerca das limitações da linguagem (natural) e, por conseguinte, dos reflexos que isso provoca sobre o direito⁶ é fato que, mesmo na busca de uma maior precisão vocabular derivada de um maior conhecimento das palavras (como sugeriu Austin), não logramos alcançar mais do que a uma situação em que “em casos particulares concretos, [podem] surgir incertezas quanto à forma de comportamento exigido por elas” (HART, 1986, p. 139). Isso nos leva a supor que, dada a realidade da expansão legislativa, nos depararemos com uma mais ampla gama de situações de incerteza, alvo inverso ao que, declaradamente, objetivamos todos aqueles que se postam pela expansão da legislação, qual seja, o de ampliar a segurança jurídica. De qualquer sorte, ainda que pudéssemos suplantar nossas naturais limitações, depararíamos com uma firme indesejabilidade desse amplíssimo detalhamento.

Embora algumas normas jurídicas possuam um caráter menos exposto a di-

⁶ Por outro lado, as situações de críticas à incerteza no âmbito do direito não esmaecem e tampouco parecem perder brilho perante os interesses daqueles que de forma mais ou menos aberta e determinante conseguem transformar os interesses privados em querer público positivado legalmente.

vergências quanto ao seu significado, ainda assim, devido a possuir um caráter último não unívoco, plurissignificacional ou polissêmico de sua matéria-prima, a saber, as palavras, deparamo-nos com que mesmo previsões normativas simples podem sugerir diversas acepções. No bojo desse cenário, remanescem problemas e profundas incertezas no âmbito das normas jurídicas positivadas, às quais os cânones da interpretação não podem eliminar (Idem). Isto sim, diríamos nós, os esforços no sentido de limitação do âmbito das incertezas e indeterminações não representam esforço em vão, posto que elas podem ser substancialmente reduzidas (*Ib.*).

Hart comenta que, muito embora se verifique um expressivo número de múltiplas situações em que os casos previstos nas normas jurídicas são abordáveis de forma mais direta e resolvida, outros casos há que, talvez, mais numerosos, “revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*” (*Ibidem*, p. 140,141). Assim, a *textura aberta* (*open texture*) encontra definição em Hart (1986, p. 148) com o significado de

“[...] áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.”

É absolutamente inviável a previsão exhaustiva e altamente compreensiva *ab initio* sobre quais combinações de circunstâncias surgirão, ou que interesses terão de ser sacrificados em cada uma delas e em que medida (*cf.* HART, 1986, p. 146). Essa abertura irá mostrar-se com toda clareza nos casos concretos para os quais inexistirá uma resposta, mas, isto sim apenas “respostas” (HART, 1986, p. 165), em suma, de que não se pode tratar a questão “como

se houvesse uma única resposta correta a descobrir, distinta de uma resposta que seja um compromisso razoável entre muitos interesses conflitantes” (Idem, p. 144,145).

Entendido como resposta apenas o conjunto final de ideias que possa ser alvo e objeto de acordo de partes em conflito, haveremos de compreender um outro aspecto da afirmação da *textura aberta* (*open texture*) das normas jurídicas nas situações de indeterminabilidade. Isso é o que caracteriza a *textura aberta* do direito, que pode ser trazida a caso concreto por meio de alguns exemplos.

Exemplos dessas situações de indeterminação linguística que se reflete no âmbito do jurídico podem ser de variadas ordens. Um desses exemplos pode ser o de uma placa que proíba a entrada de veículos em um parque. Ao tentar aplicar a norma, o intérprete lididamente poderia questionar-se sobre quais são as condições necessárias, bem como quais requisitos deveriam ser preenchidos, para que o objeto recaísse no âmbito daquilo que a norma jurídica em questão entende por veículo e, por conseguinte, tornasse obrigatória a aplicação de tal norma. Seriam apenas os automóveis ou as bicicletas estariam incluídas? Qual resposta é possível?

Suponhamos por um momento que a legislação que justifica a aposição da placa exclui até mesmo o uso de bicicletas, devido a sua máxima, e talvez exagerada, preocupação em proteger a paz e a tranquilidade dos frequentadores do parque. Essa seria uma norma que, por específica e excludente, seria bastante clara e, portanto, permitiria a aplicação do silogismo jurídico.

Igualmente podemos conceber exemplo contrário, a saber, o de que bicicletas tem seu uso abertamente permitido no parque por força de entendimento de que o parque é local de lazer e de que tal veículo pode ser, e comumente é, utilizado como meio de lazer, inclusive por crianças. Assim considerando, e tendo em vista a finalidade do parque, dirigida essencialmente ao ócio e

recreio de coletivos, famílias inclusive, não seria razoável abrir mão de tal permissão.

Mesmo nesse segundo caso, em que a permissão é expressa, ainda assim subsistiriam limitações linguísticas ulteriores ao debate sobre se a bicicleta é ou não um veículo e se, portanto, pode ou não ser admitida no parque. Restariam, entre outras, dúvidas sobre os limites da permissibilidade de uso do referido veículo. Assim, por exemplo, poderiam os ciclistas organizar corridas em grandes grupos no parque?⁷ O que seria considerado um grupo? Três ciclistas o seriam? E se proibidas as corridas, como precisar qual o movimento seria considerado como tal? Mas e se as pessoas não organizassem (ou não o declarassem) corridas, mas, sim, passeios coletivos, como aferir se há ciclistas velozes acima do permitido?

E se mesmo o passeio de coletivos viesse a sofrer proibição e os grupos, na tentativa de burlar a norma, viessem a organizar-se para tal passeio mantendo certa distância entre si, qual a resposta que poderia dar a autoridade do parque? A partir de que distância poderia ela determinar que se trata de um coletivo desarticulado que, casualmente, resolveu passear ou, então, que se trata de um passeio articulado, o que restaria incluso na proibição?

Seria então necessária uma outra norma a regulamentar as limitações dos usos das bicicletas. Ainda assim, na tentativa de aproximar-se ainda mais de uma legislação detalhista, poderia o legislador ver-se inclinado até mesmo a limitar a velocidade das bicicletas em trânsito no parque, para

⁷ A esse propósito, haveríamos de dizer justificadamente que qualquer corrida, mesmo uma que envolva apenas duas bicicletas durante cinco minutos, perturba ou deveríamos ampliar o número de participantes e/ou o tempo de sua duração? Estaria um passeio veloz de duas pessoas em área remota do parque tão proibido quanto em áreas movimentadas? Essas são questões que exemplificam o quanto uma norma jurídica bastante simples pode ensejar um sem-número de variações que, simplesmente, não parecem abarcáveis pelo ordenamento jurídico.

evitar caracterizar que coletivos de ciclistas burlassem a norma alegando não estarem disputando corridas, mas apenas realizando um passeio em grande grupo. Como responder legalmente a isso? Uma alternativa seria de o legislador limitar a velocidade de trânsito das bicicletas no parque. Mas uma resposta desse tipo ainda parece insuficiente, pois poderíamos, então, ver surgir o problema sobre como, na prática, averiguar e controlar a velocidade desenvolvida por cada bicicleta dentro do parque sem com isso interferir na finalidade de ócio e lazer que o parque propõe-se oferecer.

Podemos supor um outro exemplo, qual seja, o da existência de um outro tipo normativo em que há previsão proibitiva de acesso de “veículos” aos parques. Esse legislador poderia estar imbuído da preocupação, legítima, de que, ao proibir especificamente o uso de bicicletas, teríamos um universo de incerteza quanto a outros tantos veículos potencialmente mais daninhos ao objetivo central da norma, qual seja, o de garantir a paz e a segurança dos frequentadores do parque.

Mas poderíamos, ainda igualmente, questionar se estaria permitida a entrada de asas-delta no parque ou, ainda, no caso da proibição de veículos, se poderiam adentrar no parque cadeiras de roda automatizadas. No caso da proibição ser mantida, como fazer frente perante o princípio do igual tratamento?⁸ Em certa quantidade, elas não atrapalhariam a vida calma dos frequentadores do parque? Todas essas são situações que bem podem externar o grau de incerteza que pode permear ainda mesmo as normas

⁸ Desde logo, entende-se aqui o princípio da igualdade conforme enunciado historicamente por Aristóteles, ou seja, que consiste em tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais. Dessa forma, ficaria claro que o tratamento igual no sentido de conceder acesso igualitário a todos os indivíduos à diversão e ao ócio, extensível a um parque, como no exemplo, implicaria que um parque não poderia interpretar como veículo o equipamento indispensável ao movimento de um cadeirante como uma cadeira de rodas motorizada.

jurídicas que têm como objeto as situações mais simples, como as mencionadas logo acima. Esse é mais um exemplo de situação indeterminada em uma norma jurídica que, por isso, se encontrará redigida sob o marco de uma textura aberta (*open texture*) que, no entanto, é determinável a cada caso concreto que se apresente.

À raiz dessas e de outras inúmeras situações possíveis, o que visamos não é respondê-las mas, isto sim, sugerir que elas não parecem formar um núcleo comum perante o qual algum argumento último possa vir a mostrar-se resolutivo. Isso permite encaminhar a conclusão de que há uma textura aberta (*open texture*) característica de, no mínimo, uma ampla gama de normas, inclusive entre as mais simples como as mencionadas nos parágrafos anteriores. Essas normas de textura aberta deverão de ser delimitadas consoante sejam aplicadas a casos concretos por parte do órgão julgador. Em seu momento esse órgão haverá de ter em conta a finalidade da norma, que, em um dos exemplos citados, é de garantir paz e tranquilidade aos frequentadores do parque.

O que nos sugere toda essa argumentação é que, ainda quando se chegue ao ponto enunciado no parágrafo anterior, não se terá concluído sobre muitos aspectos importantes acerca de um conteúdo bastante simples como o de uma norma jurídica de um parque cujo objeto é o de garantir a paz e a tranquilidade de seus frequentadores.

Embora bastante simples, os casos acima aduzidos podem servir como exemplificativos da “natureza aberta das normas jurídicas, mesmo, reitero, daquelas mais simples, que são constituídas por “casos paradigmáticos ou claros” (HART, 1986, p. 142) e que, em princípio, tendem à mera aplicação silogística da norma jurídica. Como nos diz Páramo Argüelles (1984, p. 28),

“[...] siempre habrá casos centrales o típicos, frente a los cuales nadie duda en aplicar los términos correspondientes, y casos claros de exclusión respecto de

los cuales tampoco nadie dudaría en no usar la palabra en cuestión.”

Ainda assim, cabe mencionar que, mesmo considerando a norma jurídica, deparamo-nos com que elas podem possuir, concomitantemente, um certo teor duvidoso e, por outro lado, um outro consideravelmente mais claro (cf. HART, 1986, p. 166). Como nos diz Páramo Argüelles em sua leitura de Hart, tampouco podemos supor tão radical quanto inversamente ao proposto pelo positivismo jurídico formalista que “todas las cuestiones jurídicas están en la zona de ‘penumbra’, obsesión ésta tan extrema como la opuesta del formalismo” (PÁRAMO ARGÜELLES, 1984, p. 344).

Portanto, a ideia é de que um ordenamento jurídico não pode estar composto única e exclusivamente por normas com expressivo grau de incerteza ou, então, com pretensão inversa. Em suma, essa circunstância de incerteza, embora em maior ou menor grau, é uma “condição necessária de um sistema jurídico [...] que nem toda a regra esteja sujeita a dúvidas em todos os pontos” (HART, 1986, p. 166).

Os termos em que esse debate é apresentado nos sugerem que as normas ou regras jurídicas no conjunto de um ordenamento jurídico apenas têm poder de guiar condutas de modo incerto, e não de maneira absolutamente precisa e determinada. Para resolver problemas surgidos a partir dessa ordem de coisas, Hart (1986, p. 140) nos dirá que “a natureza de uma escolha entre alternativas abertas tem de ser feita por aquele que tem de as resolver”. Por um momento, e tendo em vista alguns progressos que podem ser realizados na órbita da elaboração das normas jurídicas, devemos ter em vista a observação de Hart (1983, p. 141) de que

“[...] não devemos acarinhar, mesmo como um ideal, a concepção de uma regra tão detalhada, que a questão resolvida antecipadamente nunca envolvesse, no ponto de aplicação efectiva, uma escolha nova entre alternativas abertas”.

Interessa-nos aqui voltar a sublinhar que o processo político que sofra com a inflação legislativa encontra, em sua tentativa de detalhar condutas, um problema que se mostra próximo à defesa do positivismo jurídico clássico. Isso se deve a que um dos aspectos proeminentes desse positivismo é o da tentativa de cercar e fixar previamente o significado das normas jurídicas, de sorte que o sistema ofereça respostas em todos os casos concretos.

Não obstante, a mera proposição de um objetivo desse naipe implica assumir que “os seus termos gerais devam ter o mesmo significado em cada caso em que esteja em causa a sua aplicação” (HART, 1986, p. 142). Uma fixidez ou engessamento dessa envergadura pode, antes do que alcançar os objetivos propostos, desembocar em outros resultados absolutamente opostos. Uma rigidez representada tanto por um ordenamento jurídico expandido como por sua manifesta característica antecipatória das soluções a todos os casos futuros, esta pode ser entendida como o paraíso teórico dos positivistas jurídicos kelsenianos.

Nessas linhas expomos nossa divergência relativamente às possibilidades de que uma norma, ou por um ordenamento jurídico, possa apresentar-se, ou mesmo que seja desejável, com as características acima. Os sistemas jurídicos sempre e quando aspirem cumprir suas finalidades mínimas passam a compartilhar a necessidade de regras jurídicas com previsões claras e tão definidas quanto resulte possível, bem como de outras, de caráter aberto, “para resolução ulterior através de uma escolha oficial e informada, questões que só podem ser adequadamente apreciadas e resolvidas quando surgem num caso concreto” (Idem, p. 143).

3. *A textura aberta e o poder discricionário do intérprete da norma*

O que Hart denomina poder discricionário do intérprete e aplicador do direito intervém quando se faz necessário deter-

minar o significado da norma jurídica que se encontre marcado em sua contribuição pela textura aberta (*open texture*). Essa tese do poder discricionário de que dispunha, por exemplo, um Poder Judiciário constitui um dos elementos caracterizadores da nova proposta positivista hartiana.

Esses espaços jurídicos que serão preenchidos a cada caso concreto são confeccionados em conformidade com a concepção de textura aberta (*open texture*), que, como diz Hart (1986, p. 151), “evidentemente existe”. Aqui os “[...] tribunais preenchem [e, assim, desempenham] uma função criadora de regras que os organismos administrativos executam de forma centralizada na elaboração de padrões variáveis” (HART, 1986, p. 149). Mas essa criação não se dá de modo absolutamente livre, senão que se trata de regras cuja adesão do juiz “é exigida para manter os padrões, mas o juiz não os cria” (Idem, p. 159). Isto sim, o juiz pode lançar-se à busca de detectar preferências para desenvolver suas tarefas, entre outros elementos, nas “social policy” (HART, 1984, p. 72).

Segundo Hart, o poder discricionário é exercido por tribunais, bem como por outros funcionários, com o escopo de tornarem precisos e individualizados padrões gerais postos pelas normas jurídicas. Devido ao seu caráter geral, essas normas têm em seu âmbito conteúdo que não se mostrará suficiente para afastá-la da vagueza (*vagueness*), ou seja, “siempre habrá una zona de casos posibles cuya determinación terminológica planteará, sin duda, numerosos ejemplos de esta “*vaguedad*” (HART, 1986, p. 28). Será o poder discricionário quem se ocupará de resolver as incertezas postas nas normas jurídicas ao “desenvolverem e qualificarem as regras comunicadas, apenas de forma imperfeita, pelos precedentes⁹ dotados de autoridade” (Idem, p. 149).

⁹ O significado da ideia de precedente conforme Hart utiliza neste texto acima, e em conformidade com o seu contexto teórico-jurídico, o do mundo anglo-saxão, pode ser adaptado para o nosso contexto jurídico e pode ser traduzido por meio do conceito de lei.

Em Hart (1986, p. 140), o poder discricionário é outorgado “pela linguagem [e] pode ser muito amplo; de tal forma que, se ela aplicar a regra, a conclusão constitui na verdade uma escolha, ainda que possa não ser arbitrária ou irracional”. Acerca do exercício do poder discricionário, há ainda dois aspectos que merecem alguma atenção. O primeiro deles diz respeito às limitações da construção jurídica, e o segundo diz respeito à forma pela qual se dará intervenção do intérprete e aplicador.

O primeiro desses aspectos diz respeito a que nenhum tipo de norma jurídica oferece ao intérprete e aplicador todos os elementos de que necessita para prolatar sua decisão. Como nos diz Hart (1980, p. 5)

“[...] habrá siempre ciertos casos no previstos y no regulados legalmente, es decir, casos para los que ningún tipo de decisión es dictado por el derecho claramente establecido y, en consecuencia, el derecho es parcialmente indeterminado o incompleto”

Não há dúvida de que também contra essa argumentação de Hart há posições razoáveis. Entre essas posições, por exemplo, sustentam a possibilidade de determinar o conteúdo das normas bem como de entender o ordenamento jurídico como um sistema fechado e finito, em que pese possa ser muito extenso e, logo, trabalhoso delimitar o seu alcance.

O segundo aspecto diz respeito à forma como os tribunais enfrentarão seu cometido profissional e concretizarão os aspectos genéricos previstos em uma norma jurídica de textura aberta (*open texture*). Para a concretização dessas regras previstas *in abstracto*, os tribunais veem sua labor vinculada por normas que, no entanto, não se encontram exaustivamente especificadas (cf. HART, 1986, p. 152), dada a impossibilidade lógica de fazê-lo. A rigor, aquilo com que os intérpretes e aplicadores do direito terão de enfrentar-se muito especificamente é com as dificuldades de concretizar esses aspec-

tos apenas genericamente positivados nas normas jurídicas a partir de padrões, referenciais teóricos e princípios presentes nas normas, na jurisprudência, em sociedade e demais fontes do direito.

Esses casos em que o direito apresentasse incompleto são aqueles que Dworkin chama de *hard cases*. Essas incompletas são normas que não oferecerão resposta a todos os casos, e entre eles, especialmente, os marcados pela complexidade, os quais exigem atenção e que não podem ser abordados e ter sua solução encaminhada senão a partir da determinação judicial de quais devem ser reputados como sendo seus fatores relevantes. Para resolver acerca da decisão sobre quais são os fatores relevantes, Hart (1986, p. 142) nos sugere quando isso pode se dar:

“[...] quando surge o caso não contemplado, confrontamos as soluções em jogo e podemos resolver a questão através da escolha entre os interesses concorrentes, pela forma que melhor nos satisfaz. Ao fazer isto, teremos tornado a nossa finalidade inicial mais determinada.”

Nesses casos, Hart sustenta que o magistrado pode valer-se do poder discricionário. Mas em que termos e segundo quais limites se dá o exercício desse poder por parte do magistrado? Nessas situações o “juez, simultáneamente crea y limita sus poderes de crear derecho” (HART, 1980, p. 6). Essa é a descrição daquilo que Hart chamou de poder discricionário que, não obstante o suposto equívoco a que a terminologia possa sugerir incorrer, não é exercido de forma absoluta mas, isto sim, limitado por previsões legais (Idem). Das quais o aplicador não se distanciará. Do que se trata, em suma é de que as decisões serão tomadas segundo padrões oferecidos pela legislação.

Quando falamos de padrões, referimo-nos à inexistência de uma listagem exaustiva de referências que tornem antecipada e certa a aplicação do direito. Para levar a

termo sua tarefa de concretização da norma jurídica, o poder discricionário será utilizado de forma a promover a redução da área de indeterminação das normas jurídicas, para atualizá-la ao caso concreto por um viés criador (cf. HART, 1986, p. 166). Nesse sentido, reporta Hart (1986, p. 159) que, ao realizar essa tarefa de concretização da norma, o poder discricionário não desfruta de tão ampla liberdade como para que o faça livremente ou sem limites.

Essa atividade hermêutica e aplicadora do direito exercida pelo magistrado encontra paralelo estabelecido por Hart na atividade do árbitro de um jogo, ao qual chama de marcador dos pontos que nele vão sendo obtidos pelos jogadores. A esse respeito, Hart nos diz que, à parte as regras do jogo em si (regras primárias), temos também regras secundárias, que, por exemplo, podem conter a instituição de uma figura a quem compete atribuir, conferir e reconhecer a correção dos pontos marcados.

Em uma das versões, o resultado do jogo é o que “o marcador diz que é” (HART, 1986, p. 155,156). Contudo, aquilo que o “marcador [pode] dizer que é” está determinado pelo que a regra (primária) que estabelece as regras do jogo diz que deve ser reconhecido como regra para atribuir pontuação. Assim, a regra que nos diz “o resultado é aquilo que o marcador diz que é seria falsa se tivesse o significado de que não havia regra para pontuar, salvo a que o marcador escolhesse discricionariamente aplicar” (HART, 1986, p. 156). Esse é o ponto nevrálgico que separa um jogo em que as regras (primárias e secundárias) são seguidas de um outro voluntarista em que o “resultado do jogo é aquilo que o marcador diz que é” arbitrariamente. A esta altura encontramos uma clara limitação para o exercício do poder discricionário por meio da regra administrativa entendida como sendo a função do marcador. Acaso se pusesse o órgão aplicador a exercer ilimitadamente sua tarefa, este seria um jogo diferente, seria o que Hart chama de

“jogo da discricionariiedade do marcador” (Idem, p. 156).

Em uma versão do jogo em que as regras sejam seguidas, o papel do marcador se assemelha ao do magistrado ao menos em dois aspectos. O primeiro deles, que denominaríamos genérico, é de que tal órgão encarregado de dizer o direito em uma determinada situação concreta tem o dever de permanecer adstrito aos limites das regras postas para sua intervenção, o que implica assumir que não há, propriamente, poder que possa ser exercido à revelia das normas jurídicas. O segundo aspecto diz respeito à possibilidade de que o poder em questão, seja o do marcador ou o do Judiciário, eventualmente possa cometer equívocos involuntariamente ou, ainda, violar intencionalmente o seu dever de aplicar a regra prevista sobre, por exemplo, como atribuir a pontuação (cf. HART, 1986, p. 156).

Para essas situações mencionadas, não entenderemos que o poder tenha sido exercido devidamente, senão todo o contrário. Assim, a reação a uma decisão desviante atribuidora de pontos (pelo marcador), ou sobre questões jurídicas materiais por um órgão jurisdicional, será justificada pelo próprio âmbito das normas jurídicas que ensejam sua criação no nível das normas secundárias. Essa reação encontra-se prevista na forma de recursos a autoridades superiores, judiciais ou não, mas que, em algum momento, encontrarão desfecho no limite posto pelo ordenamento jurídico, quando de uma decisão já não mais caibam recursos.

Outro aspecto relevante pode ser encontrado ao pensarmos na estrutura do ordenamento jurídico em questão, bem como a própria estrutura das normas jurídicas individuais, assim como sobre a concepção hermêutica que sobre as normas devemos sustentar. A esse respeito, apropriada a observação de Hart (1986, p. 156) de que “é impossível criar regras para a correção da violação de toda e qualquer regra”. Assim, o fato de que o ordenamento jurídico tanto

preveja diferentes recursos e instâncias recursais, bem como uma última instância decisória, efetivamente não pode garantir a correção da decisão tomada em todos os casos submetidos à apreciação judicial em algum momento.

Essa impossibilidade material nos sugere que a concepção estrutural das normas jurídicas, bem como a hermenêutica, deverão receber especial atenção. No primeiro aspecto, que anteriormente denominamos genérico, percebemos a necessidade de criar normas jurídicas com a estrutura que Hart denomina textura aberta (*open texture*), o que acreditamos facilitar o trabalho judicial de encontrar a decisão correta e, por conseguinte, evitar a falha inerente ao sistema recursal (decisões incorretamente tomadas sem que outras instâncias recursais logrem saná-las), expondo-o, isto sim, à prova e teste da revisão.

Nesse momento interessa retomar a figura do “marcador” com o da textura aberta (*open texture*), bem como os efeitos de sua projeção sobre o conceito de poder discricionário de que se valerá a autoridade que deva decidir uma questão. O primeiro aspecto, limitador deste trabalho, mas que também estimula seu desenvolvimento, é que, como viemos dizendo, nos enfrentamos com a impossibilidade tanto da criação de regras precisas como, e com mais intensidade e razão, de todo um ordenamento jurídico completo ou, ainda, como nos recorda Hart (1986, p.156), de criar regras para a correção da violação de toda e qualquer regra.

Essa argumentação nos sugere a necessidade de que disponhamos de normas jurídicas dotadas de uma textura aberta (*open texture*) que, no momento de sua interpretação e posterior aplicação, irão requerer do aplicador o poder discricionário para provê-las de significado e, por conseguinte, do conteúdo prático de que a decisão judicial a ser prolatada deva revestir-se. Nesse sentido é que Hart ressalta que “a textura aberta deixa aos tribunais um poder

de criação de direito muito mais amplo e importante do que o deixado aos marcadores, cujas decisões não são usadas como precedentes criadores de direito” (Idem, p. 158). Sendo assim, a textura aberta (*open texture*) do direito é contrabalaneada por um poder discricionário limitado por normas jurídicas capaz de reduzir o campo de indeterminabilidade presente nas normas jurídicas com base em padrões e regras jurídicas no momento de sua aplicação, sem com isso eliminar tal desejável campo de abertura.

Quando essas decisões são tomadas pelos tribunais, deparamo-nos com uma circunstância em que, como diz Hart (1986, p. 166), eles exercem “poderes criadores que estabelecem critérios últimos, pelos quais a validade das próprias leis que lhes atribuem jurisdição como juízes deve ela própria ser testada”.

Considerações finais

Nesse artigo procuramos trazer à tona alguns aspectos do debate em torno da incompletude das normas jurídicas bem como dos problemas de linguagem que a envolvem e, não menos intensamente, das questões hermenêuticas que dizem respeito à interpretação das normas incompletas e construídas sob o signo da textura aberta (*open texture*).

Conforme argumentamos, a questão da incompletude da norma jurídica impõe-se em muitos momentos, dado que consideramos bastante razoável assumir, com Hart (1985, p. 71), que elas são “incurably incomplete” e que, por conseguinte, “we must decide the penumbral cases rationally by reference to social aims”¹⁰. As informações com as quais lidamos em quaisquer contextos são, em todo caso, imperfeitas, e isso se

¹⁰ Tanto no que concerne às normas jurídicas individuais como a um ordenamento jurídico como um todo, emerge a concepção de Hart acerca da necessidade da abertura da norma e do sistema jurídico como um imperativo teórico.

reflete essencialmente no direito. Trata-se, portanto, de uma impossibilidade teórica a de que os processos de decisão se deem em situações de perfeito conhecimento, tanto no que concerne a eventos presentes como de condutas futuras.

É nesse sentido que nos advém do caráter aberto das normas jurídicas a ponderação acerca de seu caráter derrotável, entendendo alguns como uma necessidade. Para Hart, do ponto de vista conceitual, a norma jurídica aberta ou derrotável é aquela caracterizada por permanecer sujeita a “excepciones implícitas que no pueden ser enumeradas exhaustivamente de antemano, de manera que no sería posible precisar por anticipado las circunstancias que operarían como genuína condición suficiente de su aplicación [...]” (BAYÓN, 2003, p. 164,165). Essas exceções implícitas não podem ser enumeradas de forma plenamente abrangente ou exaustiva por força de uma aproximação a um problema que denota, sobretudo, um ceticismo sobre o potencial das regras jurídicas.

Segundo Hart há uma dose de limitação linguística mais ou menos ampla segundo as diferentes circunstâncias históricas e outras de ordem política a envolver os legisladores. Portanto, podemos dizer que “há um limite, inerente à natureza da linguagem, quanto à orientação que a linguagem geral pode oferecer” (HART, 1986, p. 139). Há um outro problema adicional, qual seja, o de que nos enfrentamos com a não univocidade de significados do vocabulário bem como de que não dispomos de uma linguagem capaz de impor severos limites a essa pluralidade de significados de nosso vocabulário.

Nada disso constituiria um real e definitivo problema acaso dispuséssemos de outro mecanismo de controle bastante eficiente que não fosse o direito, que ora se revela como o mais adequado instrumento para o controle de comportamentos de modo geral e abrangente. Essa é uma característica reconhecida por Hart (1986, p.

137), e de tal forma que se apresenta como inerente ao direito, previsor e incluyente de categorias de pessoas, atos e circunstâncias antes do que de sujeitos singulares.

Sendo típicas das normas essas limitações linguísticas e estando caracterizadas pela finalidade de controlar amplos contingentes de forma não específica e *a priori*, deriva-se disso o caráter aberto das normas, que permite que o conjunto de pressupostos possa ser derrotado por novas premissas. Essas premissas que ensejam a derrotabilidade podem estar baseadas em fatos todavia não antecipados, ou ao menos não de forma consistente perante a interpretação usual das normas jurídicas preponderantes até o momento. Ademais essas premissas também podem estar baseadas em informações até algum momento amplamente desconhecidas ou, ainda, em argumentos não apresentados. Este mais um momento em que se revela abertamente o antagonismo entre a lógica clássica, de tipo monotônico, que se infrapõe à lógica não-monotônica, capaz de admitir esses novos argumentos.

Quanto à busca da decisão correta, ressaltava Dworkin sua defesa da tese de que os princípios são, em verdade, normas abertas ou derrotáveis, ou seja, que se encontram sujeitas a exceções justificadas. Por outro lado, as regras são, estas sim, normas inderrotáveis ou, se se preferir, fechadas e, em suma, os princípios podem operar sobre as regras de sorte a produzir-lhes exceções. O centro do debate nos termos aqui propostos se põe na questão da extensão da aplicação do conceito de princípio, e de saber se ele é aplicável à generalidade das normas jurídicas ou se, ao contrário, deve ser compreendido de forma bastante limitada. Nesse aspecto, há que ter em conta o forte argumento sobre a inviabilidade de enumeração exaustiva dos casos que constituem as exceções em que os princípios poderiam ser aplicáveis. Ainda assim, ademais desse caráter limitador quanto às meras exceções, revela-se impossível, e com

mais razão, elencar todos os casos e condutas futuras que o legislador porventura desejasse incluir no direito vigente.

Referências

- AVILÉS, Miguel A. Ramiro. Prólogo a la edición castellana: a vueltas con el moralismo legal. In: HART, Herbert L. A. *Derecho, libertad y moralidad*. Madrid: Instituto de Derechos, 2006.
- BAYÓN, Juan Carlos; RODRÍGUEZ, Jorge. *Relevancia normativa en la justificación de las decisiones judiciales: el debate Bayón-Rodríguez sobre la derrotabilidad de las normas jurídicas*. Santa Fé de Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1989.
- FULLER, Lon L. *The morality of law*. New Haven & London: Yale University Press, 1969.
- HART, Herbert L. A. *Derecho, libertad y moralidad*. Madrid: Instituto de Derechos Humanos, 2006.
- _____. El nuevo desafío al positivismo jurídico. *Sistema*, n. 36, mayo 1980.
- _____. *Essays in jurisprudence and philosophy*. New York: Oxford, 1985.
- _____. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.
- _____. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- MacCORMICK, Neil. *H. L. A. Hart*. Rio de Janeiro: Campus, 2009.
- PARAMO, Juan Ramón de. *H. L. A. Hart y la teoría analítica del derecho*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- STOLZ, Sheila. Um modelo de positivismo jurídico: o pensamento de Herbert Hart. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 101-120, jan./jun. 2007.

O direito fundamental à educação e a teoria do não retrocesso social

Dilmanoel de Araujo Soares

Sumário

1. Introdução. 2. A educação como direito fundamental. 3. O direito fundamental à educação e o princípio do não retrocesso social. 4. Conclusão.

1. Introdução

A obra de Amartya Sen, *Desenvolvimento como Liberdade*, desperta para um fato emblemático: que países até então considerados subdesenvolvidos venceram as amarras do atraso, sobretudo socioeconômico e cultural, mediante investimento maciço em saúde, alimentação e educação, ao contrário de muitos governantes que ainda resistem em seguir essa política, mesmo convencidos, ou pelo menos sabedores, que essa estratégia pode ser a solução para a diminuição das desigualdades sociais e econômicas, proporcionando uma melhor distribuição da renda e da riqueza nacional.

Dessa forma, o crescimento socioeconômico e tecnológico de países como Rússia, China, Grã-Bretanha, Japão, Coreia do Sul e Taiwan e outros da região do Leste Asiático decorreu de um grandioso investimento na educação, o que vem demonstrar que esse direito social pode ser um instrumento propulsor para o desenvolvimento socioeconômico e cultural de uma nação.

Lamentavelmente, em nosso país, segundo dados do Ministério da Educação, em

Dilmanoel de Araujo Soares é Advogado. Graduado em Direito pela AEUDF-DF; Especialista em Direito Processual Civil pelo ICAT-AEUDF-DF; Mestrando em Direito das Políticas Públicas pelo UNICEUB-DF.

publicação denominada “Mapa do Analfabetismo no Brasil” (MAPA..., 2003), a falta de instrução ainda atinge números elevados. São cerca de 16 milhões de pessoas incapazes de ler e escrever, dos quais metade desse número está concentrada em menos de 10% dos municípios, mas se for levado em conta o conceito de “analfabeto funcional” esse número salta para 33 milhões, o equivalente a três vezes a população de Portugal e toda a população da Argentina. Também preocupante é o número de alunos que não chegam a concluir o ensino fundamental, pois, das 5.507 cidades brasileiras, em apenas 19 delas o total dos alunos frequentaram a escola em pelo menos oito anos.

Uma outra informação, desta feita retirada do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do ano 2000, dá conta de que pelo menos 85% da população brasileira vive nas cidades, sendo que os maiores contingentes estão concentrados nas grandes metrópoles, provenientes das áreas rurais, tendo como uma das causas a falta de uma política agrária criteriosa e justa. Isso explica o fato de a cidade de São Paulo ser campeã em números absolutos de analfabetismo, com mais de 380 mil pessoas, ficando o Rio de Janeiro com mais de 200 mil analfabetos. Tal fato é preocupante pelo seu efeito devastador, pois um grande número de iletrados diminui a possibilidade de emprego num mundo globalizado, cada vez mais exigente e competitivo, consolidando a exclusão.

A justificativa normalmente utilizada pelos países que ainda insistem em retardar os investimentos na área educacional, como é o caso brasileiro, sustenta-se na limitação de recursos públicos, a denominada “reserva do possível”, do equilíbrio das contas públicas, embora se saiba que tais argumentos são insustentáveis diante da viabilidade de políticas educacionais mais modestas e adequadas à realidade financeiro-orçamentária do país.

Além do argumento do financiamento possível como justificativa para a falta de

investimento nos direitos sociais, especialmente na área da educação, existe ainda a questão da prioridade que boa parcela dos governantes conferem para outras áreas governamentais, que pode até refletir-se positivamente nas urnas, sem, contudo, apresentar uma vinculação mais pujante com o social, isso porque os direitos sociais são direitos inequivocamente progressivos e graduais e nem sempre têm o resplendor de uma obra faraônica de engenharia, como são os casos de uma ponte, um viaduto, um metrô, uma praça, um edifício suntuoso, que acabam por infundir nas pessoas a presença ativa do governante.

É lamentável que ainda existam países que não priorizam as políticas educacionais, pois é sabido de todos que a educação é importante para a formação da cidadania; sendo, outrossim, considerada um instrumento de qualificação da pessoa para o mercado de trabalho, um veículo para romper o ciclo de pobreza, sem deslembrar que ela funciona como condutor da igualdade de oportunidades. A ausência da educação tem relação direta com o baixo nível de renda, acarretando a pobreza, ao passo que essa mesma variante potencializa a pessoa, fazendo superar não só a pobreza de renda, como também a pobreza de capacidade. Com isso, se quer afirmar que a expansão da educação pública de qualidade tem importância fundamental para a melhoria da renda, para a redução da miséria e da marginalização, podendo representar um baixo custo para o erário público em função dos benefícios públicos compartilhados, a exemplo do que fizeram os países do Ocidente e da Ásia, citados acima.

Nesse contexto, o presente estudo busca analisar o enquadramento da educação, como um direito fundamental; um pouco mais adiante numa relação com a Teoria do Não Retrocesso Social. Nesse último ponto se busca examinar como e em que medida o direito fundamental à educação pode ser assegurado contra a abolição ou aniquilação pelos Poderes, Legislativo e

Executivo, bem como qual seria a atuação do Poder Judiciário para garantir a eficácia e efetividade, não só desse como dos demais direitos fundamentais sociais.

2. A educação como direito fundamental

O direito à educação tem ocupado espaço nas constituições escritas do mundo contemporâneo, podendo aqui ser destacada a Constituição italiana, que trata desse importante direito em seu artigo 34, do Título II. De igual maneira, a Constituição de Portugal, nos seus artigos 73 a 75, do Capítulo III, do Título III, da Parte I, que trata dos Direitos e Deveres Fundamentais. Destaque-se, ainda, a Constituição da República Federal da Alemanha, no seu artigo 7º. Finalmente a Constituição espanhola, no seu artigo 27, da Seção primeira, reservada aos “Direitos Fundamentais e das Liberdades Públicas”, abrigada no Capítulo Segundo, do Título I, que trata “Dos Direitos e Deveres Fundamentais”.

No Brasil, todas as Constituições positivaram o direito à educação, a começar pela Constituição Imperial de 1824, artigo 179, inciso XXXII. A Constituição seguinte, de 1891, artigos 35 e 72, § 6º; a Carta Magna de 1934, no seu Título V, Capítulo II, artigos 149, “caput”, e 150, alíneas; a Constituição de 1937, artigos 128 a 134; a Constituição de 1946, em seu Título VI, Capítulo II, artigo 166; a Constituição de 1967, em seu artigo 168, “caput”, e § 3º, II, do Título IV; a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, no seu artigo 176, “caput”, e seu § 3º, do Título IV, e, finalmente, a Constituição de 1988, Seção I, do Título VIII, artigos 205 ao 214.

Da Carta de 1988, interessa extrair que os artigos 205 ao 208 integram o agrupamento dos direitos fundamentais, seja materialmente, seja formalmente constitucionais, ficando as demais normas classificadas como organizacional e procedimental. Entre as primeiras, pode-se destacar alguns princípios de extrema importância para o desenvolvimento da educação, em agrega-

ção ao princípio do não retrocesso, como o princípio da igualdade de condições, artigo 206, inciso I; o princípio da gestão democrática do ensino, artigo 206, inciso VI, e artigo 3º, inciso VIII, da Lei 9.394/96 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional; o princípio da garantia de padrão de qualidade do ensino, artigo 206, inciso VII, da C.F., e artigo 3º, inciso IX, da Lei 9.394/96 (L.D.B.); o princípio da gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais, artigos 206, inciso IV e 208, inciso I, todos da C.F., c/c o artigo 3º, inciso VI da Lei nº 9.394/96 (L.D.B.).

O princípio da igualdade de condições, na redação do artigo 206, inciso I, C.F., significa não uma igualdade meramente formal, mas, mais do que isso, uma igualdade no sentido material para abranger uma igualdade de oportunidades ao acesso e permanência na escola, com igual consideração e respeito. Trata-se, portanto, não apenas de uma igualdade perante a lei, mas de uma igualdade pela lei, como instrumento de libertação, de justiça social, inerente à dignidade da pessoa humana.

O princípio da gestão democrática do ensino, artigo 206, inciso VI, C. F., e artigo 3º, inciso VIII, da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional), denota não apenas um sentido de democracia política, numa acepção estrita, para compreender uma expressão mais ampla de democracia social, numa compreensão ativa, segundo a doutrina de Jellinek, de *status activus civitatis*, ou estado de cidadania, da participação do cidadão na vontade do Estado. Revela-se, pois, um princípio programático-participativo, envolvendo o Estado e a família, com a promoção, o incentivo e a colaboração democrática da sociedade, objetivando o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o mercado de trabalho, Constituição, artigo 205, *caput*.

O princípio da garantia de padrão de qualidade do ensino, artigo 206, inciso VII,

da C.F., e artigo 3º, inciso IX, da Lei 9.394/96 (L.D.B.), pressupõe uma educação em que a qualidade, o rendimento dos estabelecimentos são constantemente avaliados e fiscalizados pelo Estado e no qual as falhas, as deficiências devem ser sanadas, superadas em busca de um melhor desempenho. Importa, de igual maneira, na adoção de prestações suplementares, como a oferta de material didático, transporte escolar de qualidade, alimentação, assistência médica ao educando do ensino fundamental e tudo o mais necessário à concretização do direito fundamental à educação, e podendo, segundo os ensinamentos de Maria Cristina de Brito Lima (2001, p. 230), embasar pedido de Mandado de Segurança para o caso de descumprimento desse princípio.

Ainda pertinente ao texto da Constituição, o seu artigo 212, *caput*, e seus Parágrafos, procuram garantir a manutenção, o desenvolvimento e a garantia de padrão de qualidade do ensino, mediante a aplicação de recursos financeiros, resultantes de impostos das unidades federadas, devendo ser respeitadas as disposições constantes do artigo 213, da Constituição, e artigo 60, do ADCT, sob pena de crime de responsabilidade da autoridade competente, notadamente, para o caso de não-cumprimento do disposto nos incisos V e VII deste último artigo.

Ainda dentro do texto constitucional, importa verificar a compreensão do direito fundamental à educação vista numa perspectiva subjetiva (*facultas agendi*), significando que a pessoa natural ou jurídica tem um direito fundamental originário e subjetivo (artigo 205, *caput*, c/c o artigo 208, § 1º, C.F.), em contraposição a um dever do Estado (artigo 208, *caput*, C.F.) de, objetivamente (perspectiva objetiva), propiciar a todos o acesso ao ensino fundamental, obrigatório e gratuito, sob pena de importar responsabilidade da autoridade competente (artigo 208, § 2º, C.F.).

Ao lado da questão do direito público subjetivo à educação exsurge outra, não

menos importante, da aplicabilidade das normas pertinentes à educação. Assim, dispõe o Parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição Federal que: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”. Analisando esse dispositivo de suma importância para identificar a eficácia das normas constitucionais sobre a educação, Regina Maria Fonseca Muniz (2002, p. 115,122), após discutir a posição de autores sobre a eficácia das normas sobre os direitos fundamentais sociais, e estritamente sobre a educação, como J. J. Gomes Canotilho, José Afonso da Silva, Marcos Augusto Maliska, Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan, Pinto Ferreira, entre outros, a autora coloca-se como defensora da eficácia plena e aplicação imediata das normas constitucionais educacionais.

Um outro autor que tem-se ocupado do estudo sobre a educação, Marcos Augusto Maliska (2001, p. 106,107), da mesma forma, ao analisar a norma do Parágrafo primeiro do artigo 5º da Constituição e depois de apresentar um panorama da doutrina nacional e lusitana sobre a eficácia das normas de direito fundamental a partir de métodos de hermenêutica, observa que, por interpretação sistemática e teleológica, o direito à educação, por inserir-se no rol dos direitos fundamentais, deve merecer igual consideração desses direitos para ter eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Por sua vez, o conceituado publicista, José Afonso da Silva (2003, p. 150), embora insira, regra geral, os direitos fundamentais sociais no rol das normas programáticas, no que se refere ao direito à educação, dá a entender que as normas sobre esse direito fundamental enquadram-se na categoria das normas constitucionais de eficácia contida, como sendo aquelas normas que o legislador constituinte originário regulou suficientemente com normatividade capaz de reger os interesses estabelecidos, portanto, de aplicabilidade imediata e plena, embora tenha deixado certa margem de

atuação restritiva do legislador infraconstitucional, para reduzir ou restringir a sua eficácia. E diga-se, por acréscimo, até o limite do núcleo essencial, sob pena de traduzir-se, na prática, numa anulação ou aniquilação, pura e simples, desse direito fundamental, inerente ao respeito pela dignidade humana.

Agora, no que tange a questão da fundamentalidade dos direitos sociais, nos quais se insere a educação, grande parte dos publicistas nacionais, entre os quais se sobressaem os nomes de Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Roberto Barroso e Paulo Bonavides, defendem a tese de que tais direitos são genuinamente fundamentais. Para tal, embasam-se, em linhas gerais, no próprio texto da Constituição Brasileira, que acolheu os direitos fundamentais sociais em capítulo próprio (Capítulo II), no catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II). Mais ainda, pelo fato de tais direitos submeterem-se ao regime da aplicabilidade imediata, Parágrafo primeiro do artigo 5º, C.F., que estabelece: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Também, segundo o entendimento de Linhares (2004, p. 157), ao lado de Fonseca Muniz e Francisco Peláez Contreras, a educação é um direito fundamental, pelo “seu caráter absoluto, intangível, cujo respeito impõe-se aos governantes como imperativo categórico, independente de abundância ou não de recursos”.

Portanto, à luz da doutrina e do próprio texto da Constituição, podemos concluir que a educação como os demais direitos sociais são verdadeiramente direitos fundamentais pelo seu duplo aspecto: formal e material. O primeiro, formal, decorre do fato de tais direitos encontrarem-se expressamente inseridos no texto da Constituição; também aponta para o caráter rígido das normas constitucionais, pelo fato de encontrarem-se submetidas a regime especial de revisão, previsto no artigo 60 da Constituição, para a natureza de proteção contra o poder de

reforma da Constituição, particularmente à disponibilidade do legislador ordinário. E a fundamentalidade material vincula-se ao valor que tais direitos representam para as pessoas, para a sociedade e para o Estado, como direitos essenciais da pessoa humana, por se relacionarem à noção de dignidade da pessoa humana.

3. O direito fundamental à educação e o princípio do não retrocesso social

Segundo o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p. 2-4), o Princípio do Não Retrocesso Social deita suas raízes em solo alemão, muito embora não o contemple expressamente na sua Lei Fundamental. Contudo, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Alemão chancelam a proteção de institutos como o direito adquirido e das expectativas de direitos, que refletem uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. Da mesma forma utilizam-se da garantia do direito subjetivo individual da propriedade para alcançar a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública, com destaque para os direitos prestacionais no âmbito da segurança social.

No âmbito do constitucionalismo português, que tem exercido significativa influência sobre o ordenamento jurídico pátrio, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 338,339), prócere do direito constitucional do país lusitano, sustenta que os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, uma vez concretizados pelo legislador ordinário, passam à condição de verdadeiros direitos subjetivos; de uma garantia institucional, não podendo o legislador infraconstitucional revogar tais direitos, sob pena de violar os princípios da segurança jurídica, da proteção da confiança do cidadão, integrantes do Estado Democrático de Direito, podendo incidir em inconstitucionalidade por omissão.

Em solo pátrio, sob o aspecto doutrinário, a temática do não retrocesso ainda

caminha a passos lentos e vacilantes. Está ainda muito apegada à produção literária, principalmente, de Portugal e da Alemanha, muito embora já haja um consenso que o referido princípio tenha emergido da preocupação com o resgate das promessas da modernidade tardia, sustentada na tese do constitucionalismo compromissório-programático, resultante de fortes pressões políticas e com grande número de dispositivos dependentes de regulamentação, em contraposição ao paradigma liberal-individualista.

Em seus estudos sobre a proibição de retrocesso, Ingo Sarlet (2007, p. 462) conclui, no âmbito do direito constitucional brasileiro, que a proibição de retrocesso seja um princípio implícito, decorrente do sistema constitucional que se fundamenta nos princípios da dignidade humana; da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, do Estado democrático e social de Direito; da segurança jurídica; da proteção da confiança. Em razão disso, não admite a fórmula das regras, ou seja, de um “tudo ou nada”, conforme sustenta Dworkin, devendo ser aceitas reduções, por conta das colisões entre princípios. Contudo, que a redução ou modificação limite-se ao núcleo essencial do direito, de tal sorte que, ainda que o legislador disponha de uma indispensável autonomia legislativa, fica interdito à vedação absoluta, aniquilatória de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por omissão.

Outro constitucionalista, Luís Roberto Barroso (2006, p. 152), sustenta que o Princípio da vedação do retrocesso não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, que se uma lei der concretude a um mandamento constitucional, tornando viável o exercício de um direito, o mesmo incorpora-se ao patrimônio jurídico da cidadania, não podendo ser arbitrariamente suprimido, fazendo a situação retornar a um estado de omissão legislativa anterior.

Por sua vez, José Vicente dos Santos Mendonça (2003, p. 218) entende que a proibição de retrocesso fundamenta-se no princípio da efetividade das normas constitucionais, segundo o qual, tornado eficaz e efetivo um dispositivo da Constituição por meio de uma lei ordinária, fica interdito ao legislador proceder a revogação pura e simples dessa legislação, pois, se a Constituição é um dever-ser, que adquire força normativa a partir do momento em que logra realizar progressivamente a sua vontade expressa no pacto constituinte, nada mais natural do que obstar a ab-rogação da lei concretizadora; significa evitar a destruição ou inutilização de certas instituições ou serviços sociais.

Ainda na doutrina nacional, agora num outro polo, fazendo objeção ao reconhecimento de uma proibição de retrocesso em relação aos direitos sociais, o eminente Professor Roger Stifelmann Leal (2009), docente da Universidade de São Paulo e do UNICEUB, em Brasília, após sustentar o excessivo aumento de novos direitos fundamentais inscritos na Constituição e questionar a adequação de tais direitos ao qualificativo “fundamental”, considera que a implementação dos direitos fundamentais sociais deve ser uma opção governamental, não sendo, pois, em princípio, justificáveis, mas apenas depois de estabelecidas as diretrizes em lei, bem que a melhor interpretação do momento adequado para dar aplicação da norma constitucional não autoaplicável parece ter ficado à discricionariedade do legislador infraconstitucional.

Ressalte-se, na mesma diretriz, a grande contribuição de Suzana de Toledo Barros (2003, p. 165), para quem a admissão do princípio do não retrocesso social conflita com a liberdade de conformação do legislador, uma vez que considera que os direitos sociais exigem prestações fáticas, por meio de medidas legislativas, para concretização da norma constitucional, e estão submetidos à chamada “reserva do possível”, razão pela qual autores rejeitam-no, “com o

argumento de que não se pode converter o grau de realização legislativa de um direito social em direito constitucional material, contra a vontade do legislador”.

De qualquer forma, há de se reconhecer a existência de fortes e consistentes razões apresentadas, tanto pelos que defendem, quanto por aqueles que se opõem à proibição do retrocesso social. Contudo, ao menos no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição do retrocesso social, ainda que não expresso, decorre, como já assinalado, do sistema jurídico-constitucional brasileiro. Desse modo, a nossa opinião é que seja adotada, pelo menos, uma relativa proibição de retrocesso, ou seja, mitigada, limitada ao mínimo existencial, considerando que os direitos sociais prestacionais carecem de políticas permanentes, contínuas, mas de recursos públicos para concretização. Além de um incremento cada vez maior dos níveis de seguridade social, em decorrência das reivindicações provenientes da mobilização da sociedade civil organizada que exerce pressão constante sobre os membros do Poder Legislativo e do Executivo, sem considerar, ainda, os instrumentos de tutela judiciais postos à disposição da sociedade.

Se é possível admitir que a vedação absoluta de retrocesso possa representar a impossibilidade de atendimento das demandas sociais, econômicas e culturais, por carecerem de recursos públicos, cada vez mais limitados, bem como que tal medida possa resultar numa transmutação das normas ordinárias em constitucionais, também é possível afirmar que a supressão pura e simples da norma concretizadora do direito fundamental social pode representar a própria extinção do direito, em flagrante descumprimento ao poder constituinte originário.

Recorde-se que ao admitir-se, como parece ser verdade, que a proibição do retrocesso de um direito fundamental social seja um princípio implícito, decorrente do

sistema jurídico-constitucional, significa dizer, segundo observado, não se enquadrar na espécie de regra, mas na categoria de princípio, que, por isso mesmo, são mandamentos de otimização, devendo realizar-se na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, para a realização progressiva do projeto de modernização e de promoção da justiça social. E por não serem absolutos ficam sujeitos à lógica da ponderação, apontando para a relatividade da proibição de retrocesso, de tal forma que a norma de direito fundamental à educação possa ser modificada, desde que fique preservado o nível de concretização legislativa já alcançada.

Agora, sob o aspecto jurisprudencial pátrio, o princípio do não retrocesso já foi suscitado no Supremo Tribunal Federal, no Recurso de Agravo Regimental, interposto contra a decisão que deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 410.715-5-SP, cuja votação unânime, favoravelmente ao princípio, acolheu o voto vencedor do Relator, Ministro Celso de Mello, que, entre outros argumentos, ressaltou: que o direito à educação representa uma prerrogativa constitucional deferida a todos, notadamente às crianças, sendo um direito social qualificado como um dos mais expressivos, cabendo ao Estado desincumbir-se de sua obrigação constitucional com a criação de condições objetivas, de modo a propiciar aos seus titulares o acesso ao sistema educacional. Portanto, que o artigo 208, IV, C.F. encerra a necessidade de ser conferida efetiva concretização a esse direito fundamental, cuja não-realização qualifica-se como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão.

Portanto, em que pesem os argumentos contrapostos a uma proibição de retrocesso, convém salientar, porém, que todas as normas constitucionais possuem algum grau de eficácia, entre as quais, os direitos fundamentais sociais, quer sejam reconhecidos como direitos subjetivos originários, como é o caso do direito à educação, quer sejam

derivados a prestações sociais, que exigem uma intervenção legislativa, podendo provocar algum efeito jurídico. E, por conta disso, mais especialmente num país como o Brasil, onde os direitos fundamentais, em razão do próprio dispositivo da Constituição, art. 5º, § 1º, ter aplicação imediata; mais, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, artigo 5º, XXXV, parece coerente, pelo menos razoável, afirmar que o Poder Judiciário possa exercer um controle judicial dos atos dos demais poderes estatais, mormente no que tange às omissões constitucionais, para a devida concretização da norma constitucional. Tudo em respeito aos princípios da segurança jurídica, da confiança do cidadão, da eficácia das normas constitucionais e da dignidade da pessoa humana, que fundamenta todos os direitos fundamentais.

Finalmente, importa consignar, no entrelaçamento entre o direito fundamental à educação e o princípio do não retrocesso social, a obrigação imposta pela Constituição aos poderes públicos no sentido de estes concretizarem positiva, material e normativamente o direito à educação de forma eficaz e efetiva, para propiciar a todas as pessoas a oportunidade de acesso e permanência na escola. Uma vez desatendido esse direito, seja de forma omissiva ou comissiva, isto é, deixando os Poderes públicos de atender a vontade da Lei Maior, seja pela omissão do legislador para concretização da norma constitucional, seja, ainda, pela criação de leis infraconstitucionais tendentes a suprimirem direitos educacionais já assegurados, fazendo retrocederem a um estado anterior, poderá o titular prejudicado, por força do artigo 208, *caput*, e seu Parágrafo primeiro, em combinação com o artigo 5º, incisos XXXV (reserva judicial) e XXXVI (direito adquirido), todos da Constituição, deduzir sua pretensão em juízo.

Mas importa, igualmente, vincular os poderes públicos numa perspectiva negativa (*status* negativo de Jellinek), impondo ao Estado o dever de abster-se de editar atos

legislativos e administrativos contrários às normas de direitos fundamentais. Em nosso caso, no sentido de o administrador e o legislador infraconstitucional ficarem interditos de abolirem ou tentarem abolir, material ou legislativamente, as normas concretizadoras do direito fundamental à educação, no sentido de levarem ao aniquilamento, puro e simples, sem qualquer compensação, das políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à educação. Mas também o Judiciário, no sentido de não poder aplicar atos contrários à Constituição, de modo especial ofensivamente aos direitos fundamentais sociais.

4. Conclusão

À guisa de conclusão, ficou consignado que o direito à educação tem ocupado espaço nas constituições escritas do mundo contemporâneo como são os casos das Constituições: italiana, portuguesa, alemã e espanhola, bem como todas as Constituições brasileiras positivaram o direito à educação, sendo que o Legislador Constituinte de 1988 reservou-lhe uma maior atenção, uma vez que, além de dedicar toda a Seção I, Capítulo III, do Título VIII, destinado à Ordem Social, ainda estabeleceu princípios como verdadeiros pilares para a manutenção e defesa desse direito fundamental.

Também enfocou-se que o Princípio do Não Retrocesso Social deita suas raízes em solo alemão, que muito embora não o contemple expressamente na sua Lei Fundamental. Contudo, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Alemão chancelam a proteção de institutos como o direito adquirido e as expectativas de direitos, que afinal refletem uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. Da mesma forma, utilizam-se da garantia do direito social da propriedade para alcançar a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública no âmbito da seguridade social.

Ainda ficou salientado, no âmbito do constitucionalismo português, que exerce

grande influência no direito constitucional pátrio, que o surgimento do princípio do não retrocesso deveu-se em grande medida à contribuição de José Joaquim Gomes Canotilho, o qual procurou demonstrar que os direitos sociais, econômicos e culturais, uma vez obtidos um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo, ficando interdito ao legislador infraconstitucional revogar tais direitos, fazendo retornar a um estado legislativo anterior, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por omissão.

Também averbou-se que a proibição de retrocesso parece ser ainda incipiente no direito brasileiro e que boa parcela da doutrina sustenta a tese de um princípio implícito a partir do próprio sistema constitucional em decorrência do princípio da democracia econômica e social, bem como que se vincula aos princípios da dignidade humana; do Estado Democrático e Social de Direito; da segurança jurídica; da proteção da confiança do cidadão e da eficácia das normas de direitos fundamentais.

Tomou-se posição por uma postura mais ativa do Judiciário no sentido de determinar a implementação de medidas adequadas para garantir a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, deixando de ter uma postura neutra, de distanciamento da realidade social, para assumir uma postura dinâmica, de responsabilidade prospectiva das políticas sociais públicas, sem que tal conduta possa representar uma limitação excessiva na esfera de atuação dos demais Poderes.

De resto, ficou registrado que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais, pelo fato de estarem agasalhados no Capítulo II, Título II, da Constituição, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, bem como pelo fato de tais direitos terem aplicabilidade direta e imediata, a teor do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição, cabendo aos órgãos estatais propiciarem a máxima eficácia e efetividade desses direi-

tos. Em particular, ao direito fundamental à educação, no sentido de concretizarem positiva, material e normativamente tal direito. Mas importa, igualmente, vincular o Poder público numa perspectiva negativa, no sentido de se abster de editar normas a fim de abolir, pura e simplesmente, sem nenhuma medida substitutiva, as normas concretizadoras do direito fundamental à educação, fazendo retornar a uma situação de vazio legislativo.

Referências

- ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de Rawls para nós? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, out./dez. 2006.
- ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Tradução Luís Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.
- _____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3 ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3 ed. Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. 2 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
- _____. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Rever ou romper com a constituição dirigente? defesa de um constitu-

cionalismo moralmente reflexivo. *Revista dos Tribunais*, ano 4, n. 15, abr./jun.1996.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CONTO, Mario De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DERBLL, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

GARCIA, Emerson. *O direito à educação e suas perspectivas de efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

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

KREL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 27 out. 2009

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de filosofia geral e jurídica: das origens a Kant*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

LIMA, Maria Cristina de Brito. Educação como direito fundamental. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 4, n. 13, 2001.

LINHARES, Mônica Tereza Mansur. O direito à educação como direito humano fundamental. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, ano 7, n. 13, 2. sem. 2004.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. São Paulo: Martin Claret, 2005.

MALISKA, Marcus Augusto. *O direito à educação e a constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2001.

MAPA do analfabetismo no Brasil. Brasília: Inep, 2003. Disponível em: <<http://www.inep.gov.br/estatisticas/analfabetismo>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília Jurídica, 2003.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. 12, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3 ed. v. 14. Coimbra Editora, 2000.

MOREIRA, Vital. *O futuro da constituição*. In: GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

_____. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Justiça e democracia*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, ano 1, n. 4, jul. 2001.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

A responsabilização dos dirigentes de partidos políticos por atos de improbidade e a lacuna legal quanto à prescrição

Carlos Henrique Rodrigues da Silva

Sumário

1. Introdução. 2. Responsabilização dos dirigentes dos partidos políticos por atos de improbidade administrativa. 3. Prescrição. 4. Conclusão.

1. Introdução

Após o advento da Lei nº 8.429/92, a doutrina pátria desandou a se pronunciar sobre quase tudo acerca do tema da improbidade administrativa, esclarecendo, nesse contexto, diversos conceitos e construindo teses das mais variadas possíveis.

Todavia, salvo raríssimas exceções, não cuidou de enfrentar as duas questões que são objeto do presente trabalho, talvez até em razão da quase furtividade com que agem os partidos políticos: a possibilidade de responsabilização dos dirigentes dos partidos políticos por atos de improbidade administrativa e a prescrição referente a esses mesmos atos.

Após pesquisa nos principais Tribunais deste país, também não se encontram decisões que tenham enfrentado o tema de frente, destacando-se, a bem da verdade, apenas alguns casos em que a questão foi debatida de forma tangencial.

Em vista disso, resolvemos fazer algumas considerações, ainda que breves e, mais das vezes, perfunctórias, com o objetivo de, pelo menos, acender o debate sobre a matéria.

Carlos Henrique Rodrigues da Silva é Bacharel em Direito, servidor do Ministério Público Federal, pós-graduado em Direito Processual Civil e pós-graduando em Direito e Processo Eleitoral.

2. Responsabilização dos dirigentes dos partidos políticos por atos de improbidade administrativa

A Constituição Federal estabelece, no seu art. 37, § 4º, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Objetivando emprestar concretude ao comando constitucional, a Lei nº 8.429/92 elencou quais sujeitos estariam suscetíveis às penalidades da lei. Destarte, dispõe o art. 1º dessa lei que:

“Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.”

Convém observar, nesse ponto, que o legislador especificou quem efetivamente seriam os sujeitos ativos (qualquer agente público, servidor ou não) e os sujeitos passivos (administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual) do ato de improbidade administrativa.

Quanto a essa denominação “agente público”, necessário lembrar que a lei de improbidade resolveu fixar uma conceituação própria no seu art. 2º, eis que é consi-

derado todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

No afã de ampliar a dimensão subjetiva de submissão à lei de improbidade, o parágrafo único do art. 1º nos trouxe o que a doutrina especializada passou a chamar de agentes públicos equiparados, ou seja, todos aqueles que houverem praticado atos de improbidade contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nesses casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

A diferença, portanto, que reside entre essas duas espécies de sujeitos ativos diz respeito, fundamentalmente, na extensão da sanção patrimonial a eles submetidos.

Com efeito, há de se observar que, enquanto inexistente qualquer limitação sancionatória aos agentes ímprobos definidos no *caput* do art. 1º, àqueles inseridos no parágrafo único, denominados agentes públicos equiparados, a sanção patrimonial ficará limitada à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

Aqui já se põe em relevo o objeto do nosso estudo.

Assim, há de se indagar se os dirigentes de partidos políticos estariam ou não abrangidos em algum desses dispositivos.

Em um primeiro momento, poder-se-ia pensar que não seriam eles atingidos com a referida lei, até mesmo em razão de os partidos políticos, nos termos do que dispõem os arts. 17 da CF e 44 do CC, serem considerados como pessoas jurídicas de direito privado, sendo-lhes assegurada autonomia para definir sua estrutura interna,

organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária.

Entretanto, em um olhar mais atento, especialmente para o § 3º do art. 17 da CF, pode-se verificar que os partidos políticos, em que pese guardarem uma elevada parcela de autonomia – diga-se de passagem, garantida constitucionalmente –, também recebem recursos públicos.

Nesse contexto, frise-se o recebimento, por conta dos partidos políticos, do famoso – e para alguns, famigerado – fundo partidário, assim como é importante registrar que as agremiações partidárias se beneficiam do acesso gratuito ao rádio e televisão, não só em tempos de eleição (período eleitoral), quando se mostra presente a conhecida e sempre lembrada propaganda eleitoral, mas também no período extraeleitoral, quando entra em cena a propaganda partidária.

Dito isso, merece relevo tecer algumas considerações acerca do fundo partidário e do acesso ao horário gratuito no rádio e na televisão para divulgação das propagandas eleitoral e partidária.

O Fundo Partidário, na lição de De Plácido e Silva (1999, p. 375), consiste no:

“Fundo especial de assistência aos partidos políticos, constituído pelas multas e penalidades eleitorais, recursos financeiros legais, doações espontâneas privadas, dotações orçamentárias públicas.”

Aprofundando-se na análise, veja-se a redação conferida ao art. 38 da Lei nº 9.096/95:

“Art. 38. O Fundo Especial de Assistência Financeira aos Partidos Políticos (Fundo Partidário) é constituído por:

I – multas e penalidades pecuniárias aplicadas nos termos do Código Eleitoral e leis conexas;

II – recursos financeiros que lhe forem destinados por lei, em caráter permanente ou eventual;

III – doações de pessoa física ou jurídica, efetuadas por intermédio de depósitos bancários diretamente na conta do Fundo Partidário;

IV – dotações orçamentárias da União em valor nunca inferior, cada ano, ao número de eleitores inscritos em 31 de dezembro do ano anterior ao da proposta orçamentária, multiplicados por trinta e cinco centavos de real, em valores de agosto de 1995.”

O que importa destacar, para efeitos do presente trabalho, são as dotações orçamentárias da União – previstas no mencionado inciso IV –, que, segundo informações divulgadas no jornal “O Estado de São Paulo”, só no ano de 2009, giraram em torno de R\$ 155.440.000,00 (cento e cinquenta e cinco milhões, quatrocentos e quarenta mil reais).

Quanto a sua distribuição entre os partidos, far-se-á nos moldes do art. 41-A, da Lei nº 9.096/95:

“Art. 41-A. 5% (cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão destacados para entrega, em partes iguais, a todos os partidos que tenham seus estatutos registrados no Tribunal Superior Eleitoral e 95% (noventa e cinco por cento) do total do Fundo Partidário serão distribuídos a eles na proporção dos votos obtidos na última eleição geral para a Câmara dos Deputados.”

No que se refere à aplicação dos recursos, dispõe o art. 44 do mesmo diploma legislativo:

“Art. 44. Os recursos oriundos do Fundo Partidário serão aplicados:

I – na manutenção das sedes e serviços do partido, permitido o pagamento de pessoal, a qualquer título, observado neste último caso o limite máximo de 50% (cinquenta por cento) do total recebido; (Redação dada pela Lei nº 12.034, de 2009)

II - na propaganda doutrinária e política;

III - no alistamento e campanhas eleitorais;

IV - na criação e manutenção de instituto ou fundação de pesquisa e de doutrinação e educação política, sendo esta aplicação de, no mínimo, vinte por cento do total recebido.

V - na criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres conforme percentual que será fixado pelo órgão nacional de direção partidária, observado o mínimo de 5% (cinco por cento) do total.”

Por fim, a lei de regência preconiza que a Justiça Eleitoral pode, a qualquer tempo, investigar sobre a aplicação de recursos oriundos do Fundo Partidário, a teor do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.096/95.

Assim, conforme explica Garcia (2008, p. 193): “os partidos políticos têm o dever de prestar contas à Justiça Eleitoral quanto ao destino dado aos recursos que receberam do Fundo Partidário”.

Não é de se admirar que, num país que ocupa a 75ª colocação no último índice de corrupção publicado pela Transparência Internacional (com apenas 3,7 pontos numa escala de 0 a 10), é cada vez mais clara a possibilidade de apropriação ou malversação dos recursos do Fundo Partidário por parte dos dirigentes, além de, como bem lembrado por Garcia (Idem): “não comprovação de sua utilização para os fins descritos no art. 44 da Lei nº 9.096/95, o que ensejará o surgimento de uma presunção *iuris tantum* de desvio de finalidade”.

Nesse passo, convém ilustrar essa mencionada possibilidade com o recente escândalo de repercussão nacional, apurado na CPI dos Correios, em que foi amplamente noticiado o envolvimento de determinado partido político com a utilização indevida dos recursos oriundos do Fundo Partidário, que eram destinados para pagamentos de despesas estranhas àquelas inerentes

aos objetivos propostos pela legislação, configurando-se como “verbas não contabilizadas”. A propósito do tema, apenas para esclarecer esse aspecto, não se pode perder de vista a lição de Castro (2008, p. 444,445):

“(…) O recebimento de doações que não são contabilizadas na conta bancária (daí que não contabilizada e não informada na prestação de contas) e a utilização do respectivo recurso caracterizam o chamado ‘caixa 2’, pois tal movimentação financeira passará ao largo da apreciação da Justiça Eleitoral, ou seja, na clandestinidade.”

Por outro lado, no que tange à propaganda eleitoral gratuita, dispõe a legislação eleitoral que “a propaganda eleitoral no rádio e na televisão restringe-se ao horário gratuito definido nesta Lei, vedada a veiculação de propaganda paga”.

Nesse sentido, deve-se dizer que de gratuito não se pode falar. O que há, na verdade, é uma espécie, digamos, de aquisição coletiva do horário das emissoras por via oblíqua, uma vez que, na dicção do art. 1º do Decreto nº 5.331/05, as empresas poderão deduzir, na apuração do Imposto sobre a Renda da Pessoa Jurídica (IRPJ), oito décimos (ou 80%) do preço do espaço comercializável pelo tempo que seria efetivamente utilizado pela emissora em programação destinada à publicidade comercial, no período de duração da propaganda eleitoral ou partidária gratuita.

Só para se ter uma ideia do impacto que esse benefício fiscal acarreta aos cofres públicos, merece realce a notícia publicada no site Contas Abertas:¹

“A propaganda gratuita dos partidos políticos nas eleições do próximo ano, no rádio e na TV, não vai sair tão em conta para os cofres públicos. A Receita Federal estima que as emissoras de todo o país deixem de pagar R\$ 851,1 milhões em impostos, em 2010.”

¹ Disponível em: www.contasabertas.uol.com.br

Assim, não restando dúvidas quanto ao recebimento de recursos públicos por parte dos partidos políticos, forçoso reconhecer que essas entidades estão efetivamente inseridas entre aquelas cujo custeio o erário haja concorrido ou concorra com algum percentual do seu patrimônio ou da sua receita anual, restando, apenas, definir se, no caso concreto, essa participação representa mais de cinquenta por cento (o que faria incidir no *caput* do art. 1º da Lei nº 8.429/92) ou menos de cinquenta por cento (estando, portanto, inserido no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.429/92).

Dessa forma, resta lógico, portanto, que os seus dirigentes possam ser submetidos às sanções estabelecidas na Lei nº 8.429/92, quer seja como agentes públicos previstos no *caput*, quer seja como agentes públicos equiparados, estes, como dito alhures, previstos no parágrafo único do art. 1º dessa mesma lei.

Nesse sentido, vale transcrever ementas de acórdãos proferidos no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEMBRO DE DIRETÓRIO DE PARTIDO POLÍTICO. RECEBIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. LEI Nº 8.429/92, ART. 17, § 8º. INDÍCIOS SUFICIENTES. IMPOSSIBILIDADE DE EXAUSTÃO QUANTO AO MÉRITO. VERBAS RECEBIDAS POR PARTIDO POLÍTICO DO FUNDO PARTIDÁRIO. VERBAS INTEGRADAS COM RECURSO FEDERAL. MALVERSAÇÃO. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTEGRANTES DO DIRETÓRIO REGIONAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA PARA INTEGRAR A LIDE. INCONSISTÊNCIA DA ALEGAÇÃO. LEI Nº 8.429/92, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO E ART. 3º. CARÊNCIA DA AÇÃO POR AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS E VIOLA-

ÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO.

1. Versando a ação de improbidade administrativa sobre suposta malversação de verbas do Fundo Partidário e a circunstância de que as verbas foram recebidas da União, sob condição e sujeitas à prestação de contas e ao controle da Justiça Eleitoral, bem como a presença da União como assistente na lide, caracterizada está a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito (CF, art. 109, I). 2. A circunstância de os agravantes integrarem o Diretório Regional do Partido e administrarem as verbas do Fundo Partidário supostamente de forma irregular, os legitimam a integrarem o pólo passivo da ação de improbidade. 3. Não se constitui pressuposto para o recebimento da inicial da ação de improbidade o detalhamento pormenorizado da conduta tida como ímproba. 4. Havendo indícios suficientes da prática de atos de improbidade deve a petição inicial ser recebida, a fim de que a ação tenha seu curso normal com a produção de provas. 5. Na condição de gestores de verbas do Fundo Partidário, ainda que não sejam agentes públicos, os agravantes estão sujeitos às sanções da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, art. 3º). 6. Agravo improvido. (BRASIL, 2007, p. 50).

PROCESSO CIVIL. ‘AÇÃO’ DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. VERBA DO FUNDO PARTIDÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. PRINCÍPIO DA ASSERÇÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA EVIDENTE INEXISTÊNCIA DE ATO DE IMPROBIDADE. RECEBIMENTO DA INICIAL. I – O interesse da UNIÃO a justificar a competência da Justiça Federal decorre da circunstância de as verbas do fundo partidário serem

compostas de receitas e distribuídas a partir de esferas federais de poder, assim como estar submetida a controle junto a órgãos de mesma natureza. II – No instante preliminar, a questão da legitimidade deve ser examinada a partir do princípio da asserção, i.d., a partir da conformação da demanda pelos argumentos lançados nas peças da fase postulatória. III – Não há deficiência na formulação da causa de pedir, em especial no que refere à participação dos réus a ponto de impedir o exercício do direito de defesa, desde que as condutas foram suficientemente descritas na inicial. IV – O interesse processual surge do vetor necessidade, posto que somente na presente via pode ser obtida a aplicação das penalidades da Lei n. 8429/92. V – A decisão de recebimento da inicial se encontra suficientemente fundamentada. VI – Agravo desprovido. (BRASIL, 2008, p. 119)“.

Configurada, portanto, a legitimidade passiva dos dirigentes de partidos políticos para responder a ação de improbidade, que, por óbvio, deve seguir seu trâmite de acordo com o disposto na Lei nº 8.429/92, exsurge uma outra questão, não menos importante, que, infelizmente, não mereceu a devida atenção do legislador: a prescrição.

3. Prescrição

Seguindo a precisa conceituação apresentada por Garcia (2008, p. 499), concebida e aperfeiçoada como um imperativo de ordem pública, a prescrição é fator imprescindível à harmonia das relações sociais, atuando como elemento impeditivo do avanço de uma instabilidade generalizada, assegurando-se a necessária segurança jurídica da atuação estatal persecutória.

Aliás, quanto a esse tema, tem-se como inacreditável que o legislador possa ter sim-

plesmente “esquecido” ou “não pensado” na hipótese de fixar um prazo prescricional em relação a outros sujeitos passivos, que não os expressamente consignados no art. 23, incisos I e II, da mencionada lei.

Nesse rol dos “excluídos”, estão incluídos, além dos chamados particulares ou terceiros – aqueles que, mesmo não sendo agentes públicos, induzam ou concorram para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficiem sob qualquer forma direta ou indireta –, os dirigentes de partidos políticos.

Com efeito, dispõe o art. 23 da Lei nº 8.429/92:

“Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I – até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.”

Vê-se, dessa maneira, que o legislador somente se preocupou com os que detêm mandato, cargo em comissão ou função de confiança (inciso I) e com os exercentes de cargo efetivo ou emprego (inciso II), deixando, assim, uma injustificável e perniciosa lacuna legal quanto aos demais agentes públicos (equiparados ou não), bem como em relação aos terceiros/particulares.

A doutrina e a jurisprudência pátria praticamente ignoram o problema e, mais das vezes, apenas fazem uma analogia com as situações previstas nos incisos I e II do art. 23, entendendo-se, em sua quase totalidade, que o prazo prescricional deve seguir a mesma sorte do agente público envolvido.

Entretanto, registre-se que há vozes dissonantes quanto a essa aplicação analógica, tais como a levantada por Mattos (2006, p. 812). Em sua opinião, especificamente no

tocante aos terceiros/particulares, deve-se, à míngua do dispositivo legal específico, aplicar as regras de prescrição geral contidas no Decreto nº 20.910/32. Eis uma breve transcrição de seu entendimento:

“Diante do silêncio da supra referida norma legal, que não focaliza a situação jurídica dos particulares/terceiros, prevalece a regra geral da prescrição, que é de cinco anos, contados do fato tido como irregular ou ilícito.

Este raciocínio decorre da determinação do artigo 2º, do Decreto nº 20.910/32, que impõe o prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o exercício de ‘todo o direito’, sem exceção, contra a Fazenda Pública ou dela para os administrados.”

De fato, não se afigura razoável impor ao dirigente de partido político um prazo prescricional que fique indexado ao final do exercício do mandato, porquanto, diversamente do que ocorre com os chefes do poder executivo, aqueles podem ficar indefinidamente à frente da gestão do partido, o que, em última análise, configuraria caso de imprescritibilidade não previsto em lei.

No nosso sentir, portanto, parece ser mais adequado o entendimento no sentido de se dar um tratamento diferenciado de acordo com o ato ímprobo.

Dito em outras palavras, tratando-se de algum ato comissivo praticado pelo dirigente – como, por exemplo, a apresentação de notas fiscais falsas para encobrir desvios de recursos do Fundo Partidário ou aplicação desses mesmos recursos de forma dissonante com o estatuído no art. 44 da Lei nº 9.096/95 –, que efetivamente reste caracterizado como ato de improbidade, o prazo quinquenal da prescrição deve ser contado a partir da execução desse ato, sendo, portanto, prescindível saber se já se encerrou ou não a gestão do partido político por parte do dirigente ímprobo.

Em outro pórtico, caso se trate de ato omissivo – como, por exemplo: a não pres-

tação de contas do Fundo Partidário no prazo legal –, o lapso prescricional somente terá início após o fim do referido prazo legal para apresentação dessas contas.

Desse modo, deve-se dizer que, até que sobrevenha alteração legislativa dando novos contornos à Lei de Improbidade Administrativa, sempre haverá controvérsia acerca dos temas ora discutidos, restando apenas a sugestão para que o Poder Legislativo, no desempenho do seu mister, lapide e alumie essa importantíssima lei, até mesmo em prestígio ao princípio da segurança jurídica, tão caro ao nosso festejado e desejado Estado Democrático de Direito.

4. Conclusão

Inicialmente, verificou-se que o tema, embora relevante, não mereceu, por parte da doutrina especializada, maiores atenções quanto ao aspecto da responsabilização dos dirigentes de partidos políticos por atos de improbidade e da prescrição quanto a esses mesmos atos.

A partir do estudo realizado, especialmente levando em consideração a análise da Lei nº 8.429/92 e as diversas nuances atinentes aos partidos políticos, mormente quanto aos institutos do Fundo Partidário e do benefício fiscal vinculado ao horário eleitoral gratuito, verificou-se que, em razão de receberem, direta ou indiretamente, recursos públicos, subsiste a responsabilização dos dirigentes dos partidos políticos.

Quanto à prescrição, não obstante o vácuo legislativo referente aos dirigentes de partidos políticos ímprobos, demonstrou-se haver divergências doutrinárias no que se refere ao termo *a quo* para a contagem do prazo quinquenal.

Ao final, sugeriu-se alteração legislativa para que o lapso prescricional tenha o seu início condicionado à espécie do ato reputado como ímprobo, diferenciando-se, portanto, caso esse ato seja comissivo ou omissivo.

Referências

- BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Agravo de Instrumento nº 200701000303873. Relator: Juiz Federal Ney Barros Bello Filho (Conv.). *Diário da Justiça*, 5 out. 2007. p. 50.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Agravo de Instrumento nº 200701000253272. Relator: Juiz Federal Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo (Conv.). *E-DJF1*, 7 mar. 2008. p. 119.
- CASTRO, Edson de Resende. *Teoria e prática do Direito Eleitoral*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.
- DECOMAIN, Pedro Roberto. *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética, 2007.
- FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade administrativa*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FUNDO Partidário. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade administrativa*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *O limite da improbidade administrativa*. 3 ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da improbidade administrativa*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Lei de improbidade administrativa comentada*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SARMENTO, George. *Improbidade administrativa*. Porto Alegre: Síntese, 2002.

**Seção Resenha Legislativa da
Consultoria Legislativa do Senado Federal**

A presença do Senado brasileiro no Mercosul

Um breve histórico

Maria Claudia Drummond

Sumário

1. Introdução. 2. Evolução da dimensão parlamentar da integração. 3. Funções parlamentares na integração à luz do Tratado de Assunção e do Protocolo de Ouro Preto. 4. Criação do Parlamento do Mercosul. 5. O Senado no Mercosul. 6. Considerações finais.

1. Introdução

Tradicionalmente, ao Parlamento cabe limitada participação nas questões da política externa nacional. Alega-se que as relações exteriores são assunto da alçada dos governantes, que em nada deveria interessar ao povo. Ademais, é crença dos parlamentares que “política externa não dá voto” e assim mantiveram-se os parlamentos, ao longo da história, alijados do tema. Da mesma forma, os estudiosos do Direito Constitucional não parecem perceber qualquer necessidade de participação popular na formulação da política externa, deixando, assim, de questionar antigas ideias urdidas no contexto de um mundo muito diverso do atual. Em razão da imensa complexidade a caracterizar as relações entre Estados soberanos e a delicadeza de muitos dos aspectos que as revestem, o debate público acerca do tema tende a ser visto como inadequado e até mesmo inconveniente.

Entretanto, a própria natureza das relações internacionais encontra-se em plena transformação. Novos temas, chamados de

Maria Claudia Drummond é Doutora em História das Relações Internacionais pela UnB, Consultora Legislativa do Senado Federal para Relações Exteriores e Mercosul e Pesquisadora Associada Plena do Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília.

“low politics”, como o comércio, propriedade intelectual, serviços, direitos humanos e meio ambiente, ocupam hoje o topo da agenda internacional, ao lado – e em muitas instâncias vinculados – a grandes questões concernentes à segurança nacional. Ademais, o notável avanço dos meios de comunicação, aliado à redemocratização dos países da América do Sul, a partir da segunda metade dos anos oitenta do século passado, gerou inegável demanda, entre atores sociais e operadores econômicos, por maior participação na formulação de decisões referentes à política externa. Nesse quadro, os parlamentares ressentem-se da falta de protagonismo na formulação de decisões que, tomadas em foros internacionais, são capazes de afetar profundamente a estrutura produtiva no interior dos países e de causar considerável impacto sobre o dia a dia do cidadão¹. Transferida do âmbito nacional para a esfera intergovernamental, conforme adverte Luiz Olavo Baptista (1999, p. 174), “a função legiferante escapará progressivamente dos organismos políticos nacionais para uma rede intergovernamental em expansão (...)”.

A Constituição de 1988 atribui competência privativa ao Poder Executivo para manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes, bem como para celebrar tratados, convenções e atos internacionais.

Ao Congresso Nacional cabe apenas, nos termos do artigo 49, I, “... resolver de-

¹ Ver, por exemplo, discurso do primeiro senador a presidir a Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, Dirceu Carneiro (PSDB-SC), proferido em 22 de dezembro de 1994, pouco após a assinatura do Protocolo de Ouro Preto: “Os tratados, as negociações, que no mundo de hoje são extremamente importantes, intensos e que envolvem o interesse dos cidadãos brasileiros e do País, de um modo mais aprofundado do que no passado, não têm tido nenhuma participação do Congresso Nacional. Os funcionários do Ministério das Relações Exteriores negociam os acordos mais complexos ... definem legislações em nível das legislações locais. Tome como exemplos o acordo do GATT, de Marrakesh e o da Rodada Uruguai” (DIÁRIO..., 1994, p. 9705).

finitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional”. A doutrina diverge quanto à licitude ou não de se introduzir alterações em tratados pelo Congresso Nacional; mas o entendimento que vem prevalecendo é contrário a essa alternativa, argumentando-se que, se todos os países signatários decidissem oferecer emendas a um tratado multilateral, por exemplo, haveria caos e insegurança jurídica na convivência internacional. Mais recentemente, o Congresso tem adotado a prática de inserir cláusulas interpretativas no decreto legislativo que aprova o tratado, caso este permita reservas, no intuito de alertar o Executivo para aspectos do pactuado que mereceriam reparos do Brasil no momento da ratificação².

Nesse contexto, é necessário ressaltar que os processos de integração regional representam casos especialíssimos, uma vez que seus instrumentos jurídicos emergem de acordo-quadro anterior. Caso paradigmático é o Tratado de Assunção, que criou o Mercosul e gerou grande número de normas que, destinadas a proceder à implementação do mercado comum, conformam o chamado “direito da integração”.

Ao Senado Federal, ademais do exame dos atos internacionais celebrados pelo Poder Executivo, cabem as funções previstas no art. 52, incisos IV e V, da Carta Magna, que atribuem à Câmara Alta competência para aprovar previamente, por voto secreto, após arguição em sessão secreta, a escolha dos chefes das missões diplomáticas de caráter permanente e para autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios.

² Cf. por exemplo, o Decreto Legislativo nº 936/2009, que aprova os textos do Acordo-Quadro de Comércio entre o Mercosul e o Estado de Israel e do Acordo de Livre Comércio entre o Mercosul e Israel, assinado em Montevidéu, em 18 de dezembro de 2007. Cf. o texto do decreto legislativo em questão em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaTextIntegral.action?id=239433>. Acesso em 27 jan. 2010.

Diante da exígua possibilidade de incidência do Parlamento na política externa desenvolvida pelo Poder Executivo, não é de admirar que os parlamentares reclamem maior participação do Congresso Nacional nas relações internacionais.

2. *Evolução da dimensão parlamentar da integração*

Recentes desenvolvimentos no cenário externo, entre eles a criação de blocos regionais, como o MERCOSUL – Mercado Comum do Sul –, vêm oferecendo novas formas de inserção do Parlamento nas relações internacionais.

O contexto histórico da criação do Mercosul, caracterizado pela onda de redemocratização que varreu a América Latina nos anos oitenta do século passado, parece explicar a presença de um braço parlamentar em todos os tratados de integração do Cone Sul. O primeiro deles, o Tratado de Cooperação, Integração e Desenvolvimento, foi firmado entre o Brasil e a Argentina em 1988 (ALMEIDA, 1992, p. 29).

Efetivamente, o fim dos regimes militares na Argentina e no Brasil oferece à aliança que tem início entre aqueles dois países irretocável alicerce, consubstanciado no compromisso com a plena restauração e consolidação da democracia e da vigência dos direitos humanos. A Ata de Iguazu, firmada em 1985, era “(...) expressão e resultado de intensa convergência política em torno de objetivos como a consolidação democrática, as estabilidades política e estratégica (...)”.

Não é de admirar, portanto, que o Acordo de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, assinado entre os então Presidentes José Sarney e Raul Alfonsín, apresente um espaço dedicado à legitimação democrática dos instrumentos gerados pela integração³.

³ Cabe lembrar que, em 1987, a diplomacia parlamentar na região recebe importante impulso, com a assinatura, por dezoito países latino-americanos,

O seu Artigo 8 prevê a constituição de uma “Comissão Parlamentar Conjunta de Integração”, de caráter consultivo, que seria composta por doze parlamentares de cada país, designados pelos respectivos Poderes Legislativos, com mandato de dois anos. Dispõe que os projetos de acordos negociados pelos governos dos Estados Partes, ao amparo daquele ato internacional, seriam por ela apreciados, antes mesmo de seu envio aos respectivos Poderes Legislativos. Determina, ademais, que a Comissão Parlamentar transmitiria recomendações à Comissão de Execução do Tratado (Idem).

A redação do Artigo 8 não permite dúvida quanto à intenção dos negociadores de envolver, efetivamente, os parlamentos dos dois países no processo decisório da integração. Ademais, os Artigos 4 e 5 deixam transparecer preocupação, precisamente, em evitar que se abrisse espaço na integração para que acordos concernentes a temas que se revestem de extraordinária importância, como a harmonização das políticas aduaneiras de comércio interno e externo, agrícola, industrial, de transportes e comunicações, científica e tecnológica (Art. 4)⁴; bem como as demais políticas necessárias à implementação do mercado comum, entre elas, as relativas a recursos humanos (Art. 5)⁵, pudessem vir a ser incorporadas aos

do Tratado de Institucionalização do Parlamento Latino-Americano (Parlatino). Cf. *Parlamento Latino-Americano: Tratado de Institucionalização e Estatuto*. São Paulo: Gráfica do Parlatino, 1993.

⁴ Segundo o Artigo 4: “A harmonização das políticas aduaneiras de comércio interno e externo, agrícola, industrial, de transportes e comunicações, científica e tecnológica e outras que os Estados-Parte acordarem, assim como a coordenação das políticas em matérias monetárias, fiscal, cambial e de capitais serão realizadas, gradualmente, através de Acordos específicos, que, nos casos correspondentes, deverão ser aprovados pelo Poder Legislativo da República Federativa do Brasil e pelo Poder Legislativo da República Argentina”. Cf. Almeida, 1992, p. 28.

⁵ O Artigo 5 dispõe: “Concluída a Primeira Etapa, proceder-se-á à harmonização gradual das demais políticas necessárias à formação do mercado comum entre os Estados-Parte, incluindo, entre outras, as

ordenamentos jurídicos internos sem serem submetidas ao exame e à devida aprovação dos respectivos Congressos Nacionais. O *deficit* democrático é, assim, duplamente evitado: em primeiro lugar, ao se prever expressamente o referendo dos Parlamentos aos instrumentos negociados no marco da integração, e, em segundo lugar, ao se atribuir, por meio do Artigo 8, a uma Comissão composta por parlamentares dos quatro Estados Partes, competência para apreciar os projetos de acordos negociados antes mesmo de seu envio aos respectivos Poderes Legislativos.

O tratado é coerente, portanto, com o momento histórico vivido por Argentina e Brasil, de retorno às instituições democráticas e sua valorização, que se traduz no disposto no Artigo 8.

Posteriormente, o Artigo 24 do Tratado de Assunção⁶ (MINISTÉRIO..., 2005, p. 13) determinou o estabelecimento de uma Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul - CPC - "com o objetivo de facilitar a implementação do Mercado Comum", acrescentando que os Poderes Executivos dos Estados Partes manteriam seus respectivos Poderes Legislativos informados sobre a evolução do Mercado Comum.

Finalmente, da conferência diplomática prevista pelo art. 18 do Tratado de Assunção, convocada "(...) com o objetivo de determinar a estrutura institucional definitiva dos órgãos do Mercado Comum (...)", assim como suas atribuições específicas, emergiu o Protocolo de Ouro Preto (1994), cujo artigo 1º veio a incluir a Comissão

relativas a recursos humanos, através da negociação de Acordos específicos, que serão aprovados pelo Poder Legislativo da República Federativa do Brasil e pelo Poder Legislativo da República Argentina". Cf. Almeida, 1992, p. 28.

⁶ Cf. o "Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República do Uruguai" (Tratado de Assunção) de 26 mar. 1991. In: MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES E COMIÇÃO PARLAMENTAR CONJUNTA - Representação Brasileira. *Mercosul: Legislação e Textos Básicos*. Brasília: Senado Federal, 2005.

Parlamentar Conjunta entre as instituições do Mercosul, determinando, ademais, que seus integrantes seriam em igual número por Estado Parte, e designados pelos respectivos parlamentos nacionais conforme seus procedimentos internos (Arts. 23 e 24).

Por conseguinte, ao incluir a Comissão Parlamentar Conjunta na estrutura institucional do Mercosul, o Protocolo de Ouro Preto conferiu-lhe legitimidade jurídica como órgão da integração. E, ao transformar-se em lei interna, o Protocolo permitiu e legitimou a inserção desse "braço parlamentar" da integração no âmbito dos Parlamentos nacionais dos Estados Partes (DECRETO..., 1995, p. 21345).

Integrada por deputados e senadores, a Seção Brasileira da Comissão foi incorporada aos trabalhos do Congresso Nacional inicialmente por meio da Resolução do Congresso Nacional Nº 1 de 1992, depois substituída pela Resolução do Congresso Nacional Nº 1 de 1996, com o nome de "Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul", funcionando, na prática, como comissão mista permanente, a exemplo da Comissão de Orçamento. Pode-se dizer, portanto, que, do ponto de vista de sua dimensão parlamentar, o Mercosul tem as especificidades de, por um lado, incorporar desde o seu primeiro instante de existência um "braço parlamentar". E, de outro lado, por se tratar de um processo de integração em nível intergovernamental, porquanto não conta com órgãos de natureza supranacional, a de permitir uma dupla atuação à Comissão Parlamentar Conjunta, nos âmbitos regional e nacional cobrindo, assim, a distância existente, no caso europeu, entre o Parlamento regional (Parlamento Europeu) e os parlamentos nacionais⁷.

Relembrando a construção da integração no Cone Sul iniciada sob sua presi-

⁷ A proposta de Constituição Europeia e o Tratado de Lisboa procuraram prover mecanismos com vistas à aproximação entre essas duas esferas legislativas.

dência, José Sarney⁸ declara que o projeto vislumbrado àquela época era o de criar um mercado comum tendo como exemplo o modelo europeu, isto é, a integração seria setorial. Prossegue lembrando que o projeto incluía mecanismos bilaterais, como comissões parlamentares que acompanhassem as decisões, grupos do setor civil, um banco de compensações e até uma moeda comum, o gaúcho (SARNEY, 2000).

Com os governos de Fernando Collor e Carlos Menem, desenhou-se na integração nova convergência de interesses, agora direcionados a compromissos assumidos pelos novos mandatários com as reformas econômicas neoliberais. O Tratado de Assunção, firmado também por Paraguai e Uruguai, previa instrumentos de eliminação dos direitos alfandegários e de restrições não tarifárias, como um “Programa de Liberação Comercial”, consistindo “(...) de reduções tarifárias progressivas, lineares e automáticas, acompanhadas da eliminação de restrições não tarifárias ou medidas de efeito equivalente, assim como de outras restrições ao comércio entre os Estados Partes (...)”⁹ (MINISTÉRIO..., 2005, p. 15). Pode-se dizer, portanto, que o Tratado de Assunção foi concebido como parte do conjunto de políticas públicas utilizadas pelos países da sub-região para a abertura de suas economias, visando uma melhor inserção de seus produtos no mercado internacional.

Nesse contexto de brusca mudança da lógica que inicialmente impulsionara a integração, a dimensão parlamentar sofreria violento retrocesso. A Comissão

Parlamentar Conjunta passa, efetivamente, a figurar no último artigo do Tratado de Assunção, como se fora uma lembrança tardia dos negociadores. Tampouco está incluída na estrutura orgânica criada para a integração, que figura no Capítulo II do referido Tratado.

Segundo relata o então Deputado pela República Argentina, Saturnino Dantti Aranda, primeiro Presidente da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, a inserção da Comissão naquele Tratado resultou, principalmente, de pressões de parlamentares presentes à assinatura na Reunião de Cúpula de Assunção, que advertiam os negociadores para o fato de que os Parlamentos não teriam qualquer participação no processo de integração que então se iniciava. Pressionados, os negociadores decidiram incluir no documento um dispositivo pelo qual se criava uma comissão parlamentar, cujo objetivo seria o de servir de canal de comunicação entre os Poderes Executivos e os parlamentos (MOYA, 1998).

Imediatamente após a assinatura do Tratado de Assunção, em 26 de março de 1991, os Presidentes das Comissões de Relações Exteriores dos quatro Congressos Nacionais convocaram a I Reunião de Parlamentares do Mercosul, na mesma cidade de Assunção, em 7 e 8 de maio de 1991, e assumiram o compromisso formal de impulsionar, nos respectivos países, a aprovação do Tratado. Acordaram, também, trabalhar pela harmonização de políticas e legislações nacionais, não apenas no âmbito econômico, mas também no tocante às esferas legal, social e cultural¹⁰.

A II Reunião de Parlamentares do Mercosul realizou-se em Buenos Aires de 19 a 21 de setembro de 1991. Em seu docu-

⁸ José Sarney, Presidente da República entre 1985 e 1990, é membro do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), pelo Amapá (AP).

⁹ Cf. o artigo 5, alínea (a), do “Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Argentina, a República Federativa do Brasil, a República do Paraguai e a República do Uruguai” (Tratado de Assunção) de 26 mar. 1991. In: MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES E COMIÇÃO PARLAMENTAR CONJUNTA – Representação Brasileira. *Mercosul: Legislação e Textos Básicos*. Brasília: Senado Federal, 2005.

¹⁰ A inserção da Comissão Parlamentar Conjunta no Tratado de Assunção no último momento foi confirmada pelo Senador Sérgio Abreu, do Partido Nacional do Uruguai, presente à assinatura, em entrevista concedida à autora em Montevideu, em 29 de março de 2005.

mento final, aparecem referências enfáticas a valores tais como a vigência plena da democracia nos Estados membros como condição fundamental para o processo de integração; o respeito aos direitos humanos; e a importância da participação dos Poderes Legislativos na conformação do Mercosul, como expressão da vontade popular.

O Artigo 24 do Tratado de Assunção representa, como já ressaltado, um retrocesso em relação ao que já se conquistara em termos de participação parlamentar na integração, à luz do anterior Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento. Prevê o estabelecimento de uma Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul “com o objetivo de facilitar a implementação do Mercado Comum”, mas silencia quanto às funções e competências da mesma, e quanto ao número de seus integrantes. O Artigo 24 prossegue estipulando que “os Poderes Executivos dos Estados Partes manterão seus respectivos Poderes Legislativos informados sobre a evolução do Mercado Comum objeto do presente Tratado”.

Diante do tom lacônico do Artigo 24 do Tratado de Assunção, a Comissão Parlamentar Conjunta apressou-se em adotar o seu Regimento Interno, por meio do qual poderia estipular a sua composição, funcionamento e, principalmente, tentar ganhar mais espaço na integração mediante a autoatribuição de funções. O primeiro Regimento Interno foi aprovado em 6 de dezembro de 1991, em Montevideu, por ocasião da III Reunião de Parlamentares do Mercosul (SANGUINETTI; MOYA DOMÍNGUEZ, 1993, p. 47).

No tocante à sua composição, a Comissão Parlamentar Conjunta estabeleceu, pelo Artigo II do Regimento¹¹ (ALMEIDA, 1992, p. 159), que a integrariam até 16 (dezesseis) parlamentares por Estado Parte. A reivindicação de que se limitasse o número máximo de representantes partiu da delegação uru-

guaia, tendo em vista a composição de suas Câmaras: apenas 30 cadeiras no Senado e 99 na Câmara de Representantes, o que a colocaria em desvantagem em relação à representação dos congressos com maior número de parlamentares, particularmente o do Brasil.

Como veremos mais adiante, a forma parcimoniosa com que os parlamentares se atribuíram competências parece ter tido a virtude de desarmar os espíritos dos Poderes Executivos e de conquistar a boa-vontade dos negociadores do Mercosul, acabando por render bons frutos à Comissão Parlamentar Conjunta, que mais tarde se transformaria, por iniciativa dos próprios governos, em Parlamento do Mercosul.

3. Funções parlamentares na integração à luz do Tratado de Assunção e do Protocolo de Ouro Preto

Ao deixar de atribuir funções claras à Comissão Parlamentar Conjunta, exceto um vago mandato no sentido de que aquela deveria manter os Poderes Legislativos informados sobre o processo de integração, o Artigo 24 do Tratado de Assunção levou aquele colegiado a concentrar os seus esforços em servir de “canal de comunicação” entre as instâncias negociadoras da integração e a sociedade civil. A percepção geral era de que, aos vários setores da estrutura produtiva dos países envolvidos na integração, assim como às entidades da sociedade civil, não era dado o acesso à informação concernente às negociações em curso no Mercosul, ainda que fossem, aquelas, passíveis de impactar consideravelmente as suas atividades e interesses. Ademais, entre as modernas funções dos Parlamentos, está a de disseminação da informação acerca de proposições em exame e ao mesmo tempo a de recolher dados técnicos oferecidos pelas diversas organizações interessadas da sociedade civil.

Neste sentido, já em 1992, a Representação Brasileira na Comissão Parlamentar

¹¹ Ver “Regulamento da Comissão Parlamentar Conjunta do MERCOSUL” (ALMEIDA, 1992, p. 159).

Conjunta adotava a prática de realizar audiências públicas com a participação de entidades da sociedade civil e de representantes de órgãos governamentais negociadores do Mercosul, com o objetivo de propiciar um espaço onde se pudesse promover e aprofundar o debate sobre a integração e veicular a informação acerca do processo.

Em abril daquele ano, a Representação Brasileira realizou seminário sobre “O Código de Propriedade Industrial do Mercosul”, e ouviu exposições de autoridades envolvidas no processo negociador; em maio, ouviu os coordenadores dos Subgrupos de Assuntos Aduaneiros, Transportes Terrestres, e Transportes Marítimos e, em novembro do mesmo ano, convocou audiência pública denominada “O Mercosul e os Setores Sensíveis da Economia Brasileira”. Em junho do ano seguinte, realizou audiência pública sobre “Tarifa Externa Comum do Mercosul” e em novembro sobre “O Setor Primário no Mercosul”, com a presença de representantes da Sociedade Rural Argentina e de entidades representativas do setor agropecuário brasileiro; uma semana mais tarde, por força de outra iniciativa da Seção Brasileira, discutia-se a experiência argentina de privatização e a revisão constitucional brasileira. Posteriormente, diante da necessidade de divulgar o processo de integração, particularmente nas regiões Norte e Nordeste do País, deu-se início a uma série de seminários sobre o Mercosul nos diversos estados da Federação, patrocinados pela Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta.

Percebida positivamente pelos parlamentares, porquanto dava-lhes visibilidade em suas bases e servia de resposta a muitas de suas reivindicações, a prática prosseguiu ao longo do desenvolvimento do processo de integração. No Senado caberia mencionar, nessa fase, o trabalho desenvolvido na presidência da Representação Brasileira na Comissão pelos Senadores Dirceu Carneiro (PSDB-SC), Lúdio Coelho (PSDB-MS), Roberto Requião (PMDB-PR) e

Sérgio Zambiasi (PTB-RS). Da Câmara dos Deputados exerceram a presidência, nesse período, os Deputados Nelson Proença (à época exercendo mandato pelo PMDB do Rio Grande do Sul, foi o primeiro presidente da Representação Brasileira), Paulo Bornhausen (PFL, hoje DEM-SC) Júlio Redecker (PPB – e mais tarde do PSDB-RS) e Dr. Rosinha (PT-PR).

É interessante recordar que alguns dos ex-presidentes lograram obter excelentes resultados, em seus estados de origem, nas eleições que se seguiram à sua gestão à frente da Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, o que pareceu contrariar a popular crença segundo a qual a política externa não rende votos¹².

Observe-se, ainda, que a Representação soube tirar partido da moderna infra-estrutura de que dispõe o Parlamento brasileiro e que se traduz em um parque gráfico e serviço de processamento de dados dotados de tecnologia de ponta, para lançar publicações (muitas vezes em parceria com entidades da sociedade civil, ou com órgãos governamentais, como o Ministério das Relações Exteriores) destinadas a veicular a informação sobre o Mercosul¹³. Buscava-se, assim, sanar a deficiência de informação sobre o processo integracionista, precisamente um dos importantes componentes do *deficit* democrático em iniciativas de integração regional.

¹² Por exemplo, o Deputado Júlio Redecker, Presidente da Representação Brasileira na CPC no biênio 1999-2001, recebeu a segunda maior votação para deputado federal em seu Estado, o Rio Grande do Sul, durante as eleições de 2002. Também Roberto Requião foi eleito Governador do Estado do Paraná em 2002, imediatamente após haver exercido a presidência da Representação Brasileira na CPC.

¹³ Como, por exemplo, uma “Cartilha do Mercosul”, destinada a estudantes, no intuito de promover uma mentalidade integracionista entre os jovens da região. Publicaram-se também os anais das audiências públicas realizadas, bem como, em parceria com o Ministério das Relações Exteriores, compilação dos instrumentos do Mercosul, volume de uso corrente entre os próprios negociadores do Mercosul, agora em sua quinta edição.

No nível quadripartite, a Comissão Parlamentar Conjunta desempenhou, em algumas ocasiões, a função de “facilitadora” na articulação de interesses setoriais em conflito. Recorde-se, nesse contexto, o acordo alcançado pelos setores calçadistas da Argentina e do Brasil, em meio à crise desencadeada pela desvalorização do real em 1999, graças à mediação de parlamentares ligados ao setor¹⁴. Embora a mediação não possa ser considerada uma função clássica dos parlamentos, o papel da Comissão Parlamentar Conjunta foi importante como canal de comunicação entre o setor privado e as instâncias governamentais para que se lograsse um desenlace positivo nessa controvérsia.

Novamente, foi a Comissão Parlamentar Conjunta chamada a desempenhar papel similar nas difíceis negociações envolvendo o setor do açúcar do Mercosul, mediante convite do Grupo Mercado Comum aos presidentes das representações nacionais argentina e brasileira, para que participassem das negociações como “observadores”. Contudo, a iniciativa não obteve sucesso, diante de forte *lobby* organizado por produtores das províncias argentinas de Salta e Tucumán, razão pela qual o açúcar permanece até hoje fora da área de livre comércio do Mercosul¹⁵.

Merece ser lembrada, ainda, outra vertente da atuação da Comissão Parlamentar Conjunta sob a vigência do Artigo 24 do Tratado de Assunção: a sua reiterada defesa dos valores democráticos na região.

Como mencionado, antes mesmo da aprovação do Tratado de Assunção pelos parlamentos nacionais, já se reuniam naquela cidade, em 8 de maio de 1991, parlamentares oriundos dos quatro países membros do Mercosul, para a I Reunião de Parlamentares do Mercosul. Dessa reunião

resultou documento pelo qual os parlamentares afirmavam o seu compromisso com a vigência do regime democrático nos países integrantes do Mercosul como pressuposto para a integração. Alusão à salvaguarda da democracia e da vigência dos direitos humanos na sub-região reaparece no Preâmbulo ao primeiro Regimento da Comissão Parlamentar Conjunta, aprovado em Montevideu, em 06 de dezembro de 1991. Quando de sua 1ª Reunião Ordinária, realizada em Córdoba, Argentina, em 21 e 22 de maio de 1992, os parlamentares insistem quanto ao tema da democracia, recomendando aos governos a assinatura de um protocolo adicional ao Tratado de Assunção sujeitando a condição de membro do Mercosul à “vigência das instituições democráticas e ao cumprimento dos acordos de direitos humanos nos seus respectivos territórios”. A questão democrática volta a ser lembrada por ocasião da II reunião da Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, realizada em Brasília, em 05 de março de 1993, quando a Comissão reafirma a sua inquebrantável convicção de que, somente pelo sistema democrático, se atingirão os objetivos do Tratado de Assunção e ratifica que a integração do Mercosul tem como requisito essencial a vigência e a prática da democracia nos Estados Partes.

A importância das repetidas manifestações da Comissão Parlamentar Conjunta em defesa dos marcos da democracia nos Estados Partes do Mercosul vincula-se precisamente ao clima político que prevalecia nos países do Cone Sul à época. Esse caracterizava-se pelos esforços de redemocratização iniciados pelos governos dos países da sub-região, cujas nascentes democracias, fruto de longas e delicadas negociações com os respectivos estamentos militares, evoluíam lenta e, de certa forma, assimetricamente. A fragilidade das recém-criadas instituições da democracia naqueles países, o clima de animosidade e os rancores e mágoas que ainda perme-

¹⁴ O Deputado Júlio Redecker, que presidia a Seção Brasileira à época, representava os interesses do setor.

¹⁵ Sobre o contencioso do açúcar no Mercosul, Cf. Oliveira, 2003.

avam o tecido social, aliados às incertezas das elites dominantes quanto à viabilidade da continuidade do regime democrático, dificultavam sobremaneira qualquer menção, em tratados internacionais, aos marcos jurídicos da democracia.

Ao empunhar a bandeira dos valores democráticos e dos direitos humanos no Mercosul, a Comissão Parlamentar Conjunta cumpriu o papel que lhe cabia de órgão político da integração e de representante dos parlamentos dos Estados Partes.

Não se pode, entretanto, reduzir a atuação da Comissão Parlamentar Conjunta, sob o Artigo 24 do Tratado de Assunção, a mero exercício de diplomacia parlamentar. Afinal, vinculava-se ela, por força de dispositivo de tratado internacional, a um processo de integração acerca do qual deveria manter informados os Poderes Legislativos. A Comissão ganhou competências por meio de seu próprio Regimento, e passou a enviar recomendações ao Conselho. E, ademais, preencheu um grande vazio no Mercosul quando se tratava de abordar pautas políticas, passíveis de ferir suscetibilidades ainda presentes entre os países da sub-região no tocante à questão democrática.

O Protocolo de Ouro Preto, assinado em 17 de dezembro de 1994, viria a outorgar à Comissão Parlamentar Conjunta a função de acelerar os procedimentos internos correspondentes, nos Estados Partes, para a pronta entrada em vigor das normas emanadas dos órgãos decisórios do Mercosul. Traduzia esse dispositivo as dificuldades e vicissitudes enfrentadas pelas normas negociadas no Mercosul ao longo dos procedimentos realizados com vistas à sua incorporação aos ordenamentos jurídicos nacionais.

Deve-se ter em conta que a Comissão Parlamentar Conjunta, ao contrário do que se passa hoje com relação ao Parlamento do Mercosul, não dispunha de instrumentos institucionais que lhe permitissem acelerar a aprovação de normas nos Congressos. No

caso do Brasil, os mecanismos regimentais (a urgência) utilizados para esse fim dependem sempre, em última análise, da vontade política das lideranças partidárias ou do próprio Presidente da respectiva Casa.

Mesmo assim, frequentemente a Representação nacional na Comissão Parlamentar Conjunta utilizou expedientes informais para tentar impulsionar a tramitação das normas do Mercosul no Congresso Nacional.

Cabe mencionar, nesse contexto, a agilidade com que foram aprovadas nos plenários da Câmara e do Senado, em espaço recorde de vinte e quatro horas, duas matérias de extraordinária importância para o processo de integração: o Decreto Legislativo nº 408/06, que aprovou o Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul¹⁶, e o Decreto Legislativo nº 407/06, que aprovou o Fundo para a Convergência Estrutural e Fortalecimento da Estrutura Institucional do Mercosul – FOCEM¹⁷, ambos impulsionados pelos esforços de articulação com os líderes partidários de ambas as Casas e pela vontade política do então Presidente da Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul, Senador Sérgio Zambiasi, e pelo apoio técnico do então Secretário-Geral da Mesa do Senado Federal, Raimundo Carreiro. Nesse episódio, inédito na história do Congresso Nacional, exerceu papel decisivo o então Presidente da Câmara dos Deputados, Deputado Aldo Rebelo, que permitiu a inclusão dos dois instrumentos na pauta do dia 05 de setembro de 2006.¹⁸

¹⁶ No Senado, Projeto de Decreto Legislativo nº 410, de 2006, aprovado em 5/9/2006 com parecer de Plenário proferido pelo Senador Sérgio Zambiasi em substituição à Comissão de Relações Exteriores.

¹⁷ No Senado, Projeto de Decreto Legislativo nº 409, de 2006, também aprovado com parecer de Plenário apresentado pelo Senador Sérgio Zambiasi em substituição à Comissão de Relações Exteriores.

¹⁸ Segundo depoimento do Senador à autora em 9 de mar. de 2010, em Montevideu, por ocasião da XXII sessão ordinária do Parlamento do Mercosul.

4. Criação do Parlamento do Mercosul

Em 14 de dezembro de 2006, era constituído, durante histórica sessão solene realizada em Brasília, no Plenário do Senado Federal, o Parlamento do Mercosul.

Conforme informava a Mensagem Presidencial que o encaminhou à aprovação do Congresso Nacional, seu Protocolo Constitutivo, firmado em Montevidéu, em 9 de dezembro de 2005, fora inteiramente negociado por parlamentares, membros das representações dos Congressos Nacionais dos Estados Partes do Mercosul na Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul.

Em inédita iniciativa, o Conselho do Mercado Comum, órgão máximo do Mercosul, composto por representantes dos governos dos Estados membros, adotara, por ocasião de sua XXVII Reunião, a Decisão Nº 49/04, que investia a Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul da qualidade de comissão preparatória para realizar todas as ações necessárias à instalação do Parlamento do bloco¹⁹. É importante ressaltar o ineditismo dessa Decisão, pela qual, de maneira inovadora, um órgão multilateral, composto por representantes dos Poderes Executivos dos Estados Partes, outorgou mandato a parlamentares para a negociação de acordo internacional.

Alçados à posição de negociadores do Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, o então Presidente da Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta, Senador Sérgio Zambiasi, e o Secretário-Geral, Deputado Dr. Rosinha, participaram, ao longo de dois anos, de longas e, por vezes, difíceis jornadas de negociações com interlocutores dos Parlamntos da Argentina, Paraguai e Uruguai.

Para a Comissão Parlamentar Conjunta, o mandato recebido mediante uma Decisão do Conselho equivalia ao reconhecimento

¹⁹ Cf. MERCOSUR/CMC/DEC. N. 49/04, emanada da XXVII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em 17 de dezembro de 2004. Disponível em <<http://www.mercosur.org.uy/>>. Acesso em 11 de janeiro de 2010.

do trabalho por ela desenvolvido, até então, com vistas à criação do Parlamento do Mercosul. Conferia, ademais, nova importância ao projeto de criação de um parlamento para o bloco, que antes figurava apenas como um dos pontos do “Programa de Trabalho Mercosul 2004-2006”, adotado pelo Conselho, em Montevidéu, em dezembro de 2003 (Decisão Nº 26/2003).

Embora o documento finalmente encaminhado pela Comissão Parlamentar Conjunta se tratasse de um anteprojeto ainda por ser submetido ao exame e aprovação do Conselho, ele representou, fundamentalmente, o resultado do labor de parlamentares e técnicos dos Congressos Nacionais dos países do bloco, tendo sido assinado pelos Chanceleres presentes em Montevidéu sem que nele procedessem quaisquer alterações de vulto²⁰.

A cerimônia solene de constituição do Parlamento do Mercosul, realizada em 14 de dezembro de 2006, no Congresso Nacional do Brasil, país que exercia, à época, a Presidência *Pro Tempore* do bloco, deu, assim, cumprimento ao prazo estabelecido no mandato outorgado aos parlamentares da Comissão Parlamentar Conjunta pela Decisão Nº 49/04 do Conselho do Mercado Comum.

Até aquele momento, os dezoito legisladores por Estado Parte ainda não haviam sido designados pelos respectivos congressos nacionais, o que viria a ocorrer no ano seguinte, com vistas à sessão de instalação do Parlamento e de posse dos parlamentares membros, que se realizou em 7 de maio de 2007, em Montevidéu.

O Parlamento do Mercosul não se sobrepõe aos Parlamntos Nacionais. A

²⁰ Pelo anteprojeto elaborado pelo Grupo Técnico de Alto Nível - GTAN -, o Artigo 13 conferia capacidade processual ao Parlamento ante o Tribunal Permanente de Revisão, para atuar em defesa de suas atribuições e interesses. Em sua versão final, esse dispositivo foi modificado, passando a determinar simplesmente: “O Parlamento poderá solicitar opiniões consultivas ao Tribunal Permanente de Revisão.” (DRUMMOND, 2005).

ele competem funções consultivas e de controle ou supervisão. Por conseguinte, cabe ao Parlamento receber relatórios da Presidência *Pro Tempore* do Mercosul, ouvir representantes dos órgãos da estrutura institucional do bloco sobre o desenvolvimento do processo de integração, organizar reuniões com órgãos da sociedade civil, enviar recomendações e projetos de normas ao Conselho do Mercado Comum, aprovar anteprojetos de leis a serem enviados aos parlamentos nacionais e emitir relatório anual sobre a situação dos direitos humanos na região.

A sua principal função, entretanto, é aquela prevista no Art. 4, inciso 12, do Protocolo Constitutivo, chamada de “consulta parlamentar”, que lhe outorga competência para emitir parecer sobre as normas em negociação nos órgãos decisórios do Mercosul²¹, que requeiram aprovação legislativa em um ou mais Estados Partes. Caso a norma seja finalmente assinada pelo órgão decisório de acordo com as sugestões contidas no parecer do Parlamento, esta, ao ingressar nos Parlamentos Nacionais para o necessário procedimento legislativo, receberá tramitação mais ágil e rápida²².

²¹ São órgãos decisórios do Mercosul, à luz do disposto no Artigo 2 do Protocolo de Ouro Preto: o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio. (MINISTÉRIO..., 2005, p. 34).

²² Determina o inciso 12 do Artigo 4: “Art. 4º (...) 12. Com o objetivo de acelerar os correspondentes procedimentos internos para a entrada em vigor das normas nos Estados Partes, o Parlamento elaborará pareceres sobre todos os projetos de normas do MERCOSUL que requeiram aprovação legislativa em um ou vários Estados Partes, em um prazo de noventa dias a contar da data da consulta. Tais projetos deverão ser encaminhados ao Parlamento pelo órgão decisório do MERCOSUL, antes de sua aprovação. Se o projeto de norma do MERCOSUL for aprovado pelo órgão decisório, de acordo com os termos do parecer do Parlamento, a norma deverá ser enviada pelo Poder Executivo nacional ao seu respectivo Parlamento, dentro do prazo de quarenta e cinco dias, contados a partir da sua aprovação. Nos casos em que a norma aprovada não estiver de acordo com o parecer do Parlamento, ou se este não tiver se manifestado no prazo mencionado no primeiro parágrafo do presente literal a mesma seguirá o trâmite ordinário

O próximo passo era aprovar as normas procedimentais para o Parlamento do Mercosul. Relatado pelo Deputado Dr. Rosinha, que então presidia a Representação Brasileira, o seu Regimento Interno foi aprovado em Montevideu, em 6 de agosto de 2007.

A representação parlamentar brasileira no Mercosul avançou mais do que suas contrapartes dos demais países do bloco no que diz respeito à sua institucionalização e inserção nos trabalhos do Congresso Nacional. A existência e competências da “Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul” foram regulamentadas pelas Resoluções Nº 1/92 e Nº 1/96 do Congresso Nacional, sendo que esta última incorporou as funções a ela outorgadas pelo Protocolo de Ouro Preto.

Posteriormente, à luz do Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, o Congresso Nacional aprovou a Resolução Nº 1, de 2007, que dispõe sobre a “substituição da Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul pela Representação Brasileira no Parlamento do Mercosul”.

Nela figura procedimento específico e mais rápido a ser utilizado no âmbito do Congresso Nacional para aquelas normas do Mercosul que, submetidas à consulta parlamentar prevista no Art. 4, inciso 12, do Protocolo Constitutivo do Parlamento do Mercosul, tenham sido assinadas de acordo com as sugestões contidas no parecer do Parlamento. Segundo determina a Resolução Nº 1, de 2007, no exame das matérias emanadas dos órgãos decisórios

de incorporação. Os Parlamentos nacionais, segundo os procedimentos internos correspondentes, deverão adotar as medidas necessárias para a instrumentalização ou criação de um procedimento preferencial para a consideração das normas do MERCOSUL que tenham sido adotadas de acordo com os termos do parecer do Parlamento mencionado no parágrafo anterior. O prazo máximo de duração do procedimento previsto no parágrafo precedente não excederá *cento e oitenta dias* corridos, contados a partir do ingresso da norma no respectivo Parlamento nacional (...). ”

do Mercosul, a Representação Brasileira apreciará, em caráter preliminar, se a norma do Mercosul foi adotada de acordo com os termos do parecer do Parlamento do Mercosul. Em caso afirmativo, a norma obedecerá a procedimento preferencial, sendo apreciada apenas pela Representação Brasileira e pelos plenários da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Adotada basicamente para permitir acelerar os trâmites de internalização das normas do Mercosul aos ordenamentos jurídicos dos Estados Partes, a consulta parlamentar poderá desempenhar vigoroso papel na publicidade e transparência das matérias em negociação. Para formular o parecer que deverá emitir, ao Parlamento do Mercosul caberá recolher informações com os setores interessados da sociedade civil e movimentos sociais, convidando a sua participação em audiências públicas e seminários, que, por sua vez, deverão contar com ampla divulgação.

É importante que os Parlamentos dos demais Estados Partes do Mercosul venham a adotar, a exemplo do que fez o Congresso Nacional brasileiro, procedimento preferencial para as normas da integração firmadas pelos órgãos decisórios do bloco de acordo com o parecer do Parlamento do Mercosul. Caso contrário, a sua omissão impedirá o funcionamento daquela que é a mais importante competência outorgada àquele Parlamento: a “consulta parlamentar” que, embora de natureza não vinculativa, lhe faculta influir efetivamente no processo decisório da integração.

5. O Senado no Mercosul

De início, a Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul atraiu a atenção de senadores oriundos, em sua maioria, de estados do Sul e do Centro-Oeste do País.

Era assim constituída a primeira Representação do Senado (1991/1993) na Comissão:

Titulares: Senadores Dirceu Carneiro (PSDB-SC), Odacir Soares (PFL-RO), José Fogaça (PMDB-RS), Márcio Lacerda (PMDB-MT), Pedro Simon (PMDB-RS), Esperidião Amin (PPR-SC), Affonso Camargo (PTB-PR), Nelson Wedekin (PDT-SC). Suplentes: Irapuan Costa Júnior (PMDB-GO), Onofre Quinan (PMDB-GO), Wilson Martins (PMDB-MS), Júlio Campos (PFL-MT), João Rocha (PFL-TO), Fernando Henrique Cardoso (PSDB-SP), Levy Dias (PTB-MS), Maurício Corrêa (PDT-DF).

Na Câmara dos Deputados, os representantes titulares eram os seguintes: Dejanir Dalpasquale (PMDB-SC); Nelson Proença (PMDB-RS); Nelson Morro (PFL-SC); Sarney Filho (PFL-MA); Fetter Júnior (PDS-RS); Amaury Müller (PDT-RS)²³. Cabe assinalar que os suplentes dessa primeira representação da Câmara dos Deputados não chegaram a ser designados.

A geografia explica a predominância de senadores provenientes dos estados do Sul (cinco) e do Centro-Oeste (sete) na composição da primeira representação brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta do Mercosul. Trata-se, em sua maioria, de unidades da Federação dotadas de extensas fronteiras com os países do Mercosul, embora à época a Bolívia ainda não figurasse como Estado Associado ao bloco. Mesmo assim, senadores do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Goiás, Tocantins e Distrito Federal pareciam ver com interesse o desenvolvimento do processo de integração. Em contraste, a representação da Câmara dos Deputados apresentava maciço predomínio de parlamentares oriundos de estados da Região Sul – em particular do Rio Grande do Sul – com a exceção de um solitário representante da Região Nordeste, cuja presença pode ser explicada por se tratar, o deputado em questão, do filho de José Sarney, ex-Presidente da República e um dos fundadores da integração no Cone Sul.

²³ Cf. Diário do Congresso Nacional, Seção I, Ano XLVII, Suplemento ao N^o 184, 4 de novembro de 1991, p. 7 e Secretaria da Representação Brasileira no Parlamento do Mercosul.

A distribuição geográfica desigual em nada contribuía para a divulgação do Mercosul nas demais regiões brasileiras, gerando a percepção de que a integração visava apenas os estados do sul do Brasil.

A composição da Representação nos anos seguintes ainda acusa, no tocante à participação da Câmara Alta, conforme se pode observar no Anexo a este artigo, crescente predominância de senadores dos estados da Região Sul, que, de 1994 a 2005, comparecem invariavelmente em número de sete ou oito, seguidos de longe por representantes de estados do Centro-Oeste (entre um e três), com o restante da representação pulverizada entre as demais regiões do País. Porém é interessante registrar o crescimento, a partir de 2001, do número de senadores provenientes da Região Norte (de dois, em 1991, para cinco, em 2001, perdendo em número de representantes apenas para a Região Sul). O período 2003/2005 apresenta a Região Sudeste com número idêntico de representantes à Região Sul (sete para cada). Finalmente, os períodos 2005/2007 e 2007/2009 apresentam maior equilíbrio entre as representações regionais, sendo que em 2005 a Região Centro-Oeste supera a Região Sul (o Centro-Oeste tem quatro senadores, contra três da Região Sul).

As regiões Sudeste e Nordeste, cujos estados não apresentam fronteiras com os países membros do Mercosul, registraram crescimento em suas representações à medida que o processo de integração foi-se desenvolvendo. A Região Nordeste, por exemplo, que não estava representada entre os senadores designados para a primeira composição da Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta, passou a integrá-la regularmente com dois e posteriormente com três membros, enquanto que a Região Sudeste, que comparecera com apenas um senador na primeira composição, chegou a sete representantes no período 2005/2007.

Finalmente, a composição da atual Representação do Senado no Parlamento do

Mercosul (2007/2010) parece apontar para maior equilíbrio e diversificação geográfica entre os seus integrantes, sinalizando que o processo de integração gera interesse, também, nas regiões Centro-Oeste, Norte e Nordeste do País²⁴.

Fatores que podem haver contribuído para suscitar esse interesse são o aumento exponencial do fluxo de comércio intrabloco entre 1991 e 1998, com pausa à época da crise econômica na Argentina (1999-2000) e posteriormente retomado, com ênfase, no caso do Brasil, nas exportações de produtos industrializados; a adesão de todos os países da América do Sul (com exceção das Guianas e do Suriname) como Estados Associados do Mercosul e da Venezuela, como “Estado Parte em processo de adesão”, o que indubitavelmente atraiu a atenção de estados do Norte e Nordeste do território nacional para as possibilidades de negócios com os vizinhos mais próximos.

Nesse contexto, é importante registrar que o primeiro senador a presidir a Representação Brasileira no Parlamento do Mercosul, sucedendo ao Deputado Dr. Rosinha, Senador Geraldo Mesquita Júnior²⁵, representa o Estado do Acre no Senado Federal. Os seguintes senadores compõem a primeira Representação Brasileira no Parlamento do Mercosul: Pedro Simon, que, membro da Comissão Parlamentar Conjunta desde a sua instalação, jamais deixou de participar da Representação Brasileira no órgão parlamentar do Mercosul, Geraldo Mesquita Júnior (PMDB-AC), Efraim Moraes (DEM-PB), Romeu Tuma (PTB-SP), Marisa Serrano (PSDB-MS), Aloízio Mercadante (PT-SP), Sérgio Zambiasi (PTB-RS), Cristovam Buarque (PDT-DF), Inácio Arruda (PCdoB-CE), Neuto de Conto (PMDB-SC), Valdir Raupp (PMDB-RO), Adelmir Santana (DEM-DF),

²⁴ Ver, ao final deste artigo, anexo contendo o histórico da participação dos senadores na Representação Brasileira na Comissão Parlamentar Conjunta e no Parlamento do Mercosul.

²⁵ Membro do Partido do Movimento Democrático Brasileiro - PMDB.

Raimundo Colombo (DEM-SC), Eduardo Azeredo (PSDB-MG), Flavio Arns (PSDB-PR), Fernando Collor (PTB-AL), Osmar Dias (PDT-PR)²⁶ e José Nery (PSOL-PA).

Durante a presidência seguinte, exercida pelo Senador Aloízio Mercadante, a Representação Brasileira contribuiu de forma expressiva para que se lograsse importante avanço com vistas à completa instalação do Parlamento do Mercosul, pendente ainda do cumprimento da Cláusula Transitória Segunda de seu Protocolo Constitutivo (“representação cidadã”) e da realização de eleições diretas de seus membros, em observância ao que dispõe o Artigo 6º do Protocolo.

Por conseguinte, em 28 de abril de 2009, depois de difíceis negociações, o Parlamento aprovava o “Acordo Político para a Consolidação do Mercosul e Proposições Correspondentes”, que estabelece número de cadeiras proporcional às populações dos Estados Partes. Trata-se, no entanto, de proporcionalidade atenuada, a exemplo do que ocorre no Parlamento Europeu. Pelo referido acordo, são atribuídos 43 assentos à Argentina, 75 ao Brasil, 18 ao Paraguai, 18 ao Uruguai e 31 à Venezuela²⁷. Decidiu-se também que, até que ingresse novo Estado Parte como membro pleno do Mercosul, ou até 2014 (o que ocorrer antes), Brasil e Argentina não preencherão todas as vagas que lhes corresponderiam com base na regra acordada, mas apenas 1/3 dos assentos adicionais a que teriam direito. Dessa forma, em um primeiro momento, caberiam à Argentina 26 assentos e ao Brasil, 37.

No âmbito das atividades do Parlamento, cumpre destacar a presença dos seguintes senadores brasileiros em suas comissões: o Senador Geraldo Mesquita Jr. é membro da Comissão de Cidadania e Di-

²⁶ Em substituição a Jefferson Peres (PDT-AM), falecido em 23 de maio de 2008.

²⁷ A Venezuela goza do *status* de “membro pleno do Mercosul em processo de adesão”. No momento da elaboração deste artigo, sua adesão encontrava-se pendente de aprovação pelo Parlamento do Paraguai.

reitos Humanos, tendo sido de sua autoria o primeiro relatório emitido pelo Parlamento sobre a situação dos direitos humanos nos Estados Partes, em cumprimento ao disposto no Art. 4º, inciso 3, do seu Protocolo Constitutivo; os Senadores Pedro Simon e Aloízio Mercadante atuam na Comissão de Assuntos Econômicos, Financeiros, Comerciais, Fiscais e Monetários; o Senador Sérgio Zambiasi, na Comissão de Assuntos Internacionais, Inter-Regionais e de Planejamento Estratégico; os Senadores Marisa Serrano e Cristovam Buarque, na Comissão de Educação, Cultura, Ciência, Tecnologia e Esportes, presidida pela Senadora Marisa Serrano no período entre 2007 e 2009; o Senador Romeu Tuma, na Comissão de Assuntos Interiores, Segurança e Defesa; e os Senadores Efraim Morais e Inácio Arruda, na Comissão de Transportes, Infra-Estrutura, Recursos Energéticos, Agricultura, Pecuária e Pesca.

Da Câmara dos Deputados, integram a primeira Representação Brasileira no Parlamento do Mercosul os seguintes parlamentares:

Titulares: Beto Albuquerque (PSB-RS); Dr. Rosinha (PT-PR); George Hilton (PRB-MG); Geraldo Thadeu (PPS-MG)²⁸; Germano Bonow (DEM-RS); Iris de Araújo (PMDB-GO)²⁹; José Paulo Tóffano (PV-SP); Professor Ruy Pauletti (PSDB-RS)³⁰; Valdir Colatto (PMDB-SC)³¹. Suplentes: Antonio Pannunzio (PSDB-SP)³²; Celso Russomano (PP-SP)³³; Antonio Roberto (PV-MG)³⁴; Leandro Sampaio (PPS-RJ); Lelo Coimbra (PMDB-ES)³⁵; Moacir Micheletto (PMDB-PR)³⁶; Nilson Mourão (PT-AC); Renato Molling (PP-RS); Vieira da Cunha (PDT-RS).

²⁸ Em substituição a Geraldo Rezende (PPS-MS).

²⁹ Em substituição a Max Rosenman (PMDB-PR), falecido em 25 de outubro de 2008.

³⁰ Em substituição a Cláudio Diaz (PSDB-RS).

³¹ Em substituição a Cezar Schirmer (PMDB-RS).

³² Em substituição a Júlio Redecker (PSDB-RS), falecido em 17 de julho de 2007.

³³ Em substituição a Matteo Chiarelli (DEM-RS).

³⁴ Em substituição a Dr. Nechar (PP-SP).

³⁵ Em substituição a Valdir Colatto (PMDB-SC).

³⁶ Em substituição a Iris de Araújo (PMDB-GO).

No momento da elaboração deste artigo, o Deputado José Paulo Tóffano preside a Representação Brasileira, que tem como Vice-Presidentes o Senador Inácio Arruda e o Deputado Germano Bonow.

6. Considerações finais

A presença de representantes do Congresso Nacional brasileiro mensalmente em Montevidéu para as sessões do Parlamento do Mercosul tem a virtude de trazer para o plano concreto da política o processo de integração. Para isso, vem contribuindo também, de maneira decisiva, o apoio prestado aos parlamentares pela Delegação Permanente do Brasil na Associação Latino-Americana de Integração (ALADI) e no Mercosul - BRASALADI, na forma de *briefings* sobre as negociações em curso no bloco, oferecidos pelo Chefe da Delegação, Embaixador Regis Arslanian, durante já tradicional café da manhã de trabalho, que antecede o início da sessão parlamentar.

A cobertura das reuniões, realizada pelos órgãos de comunicação do Senado Federal (Televisão, Rádio e Agência Senado), desempenha papel de extrema importância para o Parlamento do Mercosul. Confere visibilidade a esse espaço de articulação política em dimensão regional e, ao levar a informação ao público em geral, permite ao Parlamento desempenhar o papel de canal de comunicação entre a sociedade civil e as instâncias decisórias da integração.

Finalmente, é útil lembrar que o Senado Federal brasileiro e seus vários órgãos vem tendo presença marcante no que se refere a iniciativas voltadas para a informação dos cidadãos sobre o processo de integração.

Em 1997 foi realizado, por iniciativa do Instituto Legislativo Brasileiro (ILB), o seminário "Mercosul: Introdução e Desenvolvimento" e a partir daí o ILB vem ministrando cursos, presenciais e à distância, sobre o Mercosul e demais processos de integração regional, dos quais participam também estudantes de outros

Estados Partes do bloco. Da mesma forma, o Interlegis, programa desenvolvido pelo Senado Federal em parceria com o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), para a modernização e integração do Poder Legislativo nos seus níveis federal, estadual e municipal, realizou em sua sede, em 25 e 26 de novembro de 2004, o seminário "Integração Regional: Convergências Institucionais e Econômicas". Transmitido por videoconferência às Assembléias Legislativas, o evento promoveu, dessa maneira, a divulgação do processo de integração nos diversos estados da Federação.

Ao levar o debate sobre o Mercosul a um grande número de pessoas e ao prepará-las para atuarem na área, o Senado Federal presta importante contribuição à tão desejada transparência do processo de integração.

Referências

ALMEIDA, Paulo Roberto de (Coord.). *Mercosul: legislação e textos básicos*. Brasília: Senado Federal, 1992.

ARANDA, Saturnino Dantti. Informe sobre la labor cumplida a cargo de la primera presidencia de la comisión parlamentaria conjunta del Mercosur. In: SANGUINETTI, Daniel Roberto; MOYA DOMÍNGUEZ, Maria Teresa. *Informe de la comisión parlamentaria conjunta del Mercosur*. Buenos Aires: Honorable Congreso de la Nación, 1993, t. 1.

BAPTISTA, Luiz Olavo. ALCA - Notas sobre o impacto da ALCA sobre o sistema jurídico brasileiro. In: PINHEIRO GUIMARÃES, Samuel (Org.). *A ALCA e o Mercosul - riscos e oportunidades para o Brasil*. Brasília: IPRI, FUNAG, 1999.

BRASIL. Decreto-lei nº 188, de 15 de dezembro de 1995. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 18 dez. 1995, p. 21345.

BRASIL. Decreto-lei nº 936, de 5 de maio de 2009. *Aprova os textos do Acordo-Quadro de comércio entre o Mercosul e o Estado de Israel e do Acordo de livre comércio entre o Mercosul e Israel*. Montevidéu, 2007. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/listatextointegral.action?id=239433>>. Acesso em: 27 jan. 2010.

DIÁRIO do Congresso Nacional, Seção III. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1994.

DRUMMOND, Maria Claudia. O Mercosul político: a comissão parlamentar conjunta do Mercosul. In: MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES. *Boletim de integração latino-americana*. Brasília: Subsecretaria-geral de Assuntos de Integração, Econômicos e de Comércio Exterior, 1993.

_____. *A democracia desconstruída: o déficit democrático nas relações internacionais e os parlamentos da integração*. Tese (doutorado em História das relações internacionais) - Departamento de História, Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES E COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA - REPRESENTAÇÃO BRASILEIRA. *Mercosul: legislação e textos básicos*. Brasília: Senado Federal, 2005.

MOYA, María Teresa. La comisión parlamentaria conjunta: un órgano del MERCOSUR que contribuye al proceso de integración. In: Seminário "Perspectivas institucionales del MERCOSUR: organización

y funcionamiento de la comisión parlamentaria conjunta", Buenos Aires, 1998, *Perspectivas institucionales...* Buenos Aires: Centro de Formación para la Integración Regional (CEFIR), 1998. Disponível em: <<http://www.cefir.org.uy/docs/dt28/01grandi.htm>>. Acesso em: 23 abr. 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Fernandes de. *Mercosul: atores políticos e grupos de interesses brasileiros*. São Paulo: Editora UNESP, 2003.

PARLAMENTO LATINO-AMERICANO: TRATADO DE INSTITUCIONALIZAÇÃO E ESTATUTO. São Paulo: Gráfica do Parlatino, 1993.

SARNEY, José. Mercosul: a construção de um destino. In: COMISSÃO PARLAMENTAR CONJUNTA DO MERCOSUL, SEÇÃO BRASILEIRA. *Um país chamado Mercosul*. Brasília: Senado Federal, 2000.

VAZ, Alcides Costa. *Cooperação, integração e processo negociador: a construção do Mercosul*. Brasília: Instituto Brasileiro de Relações Internacionais, 2002.

Anexo

Composição da Representação do Senado no Mercosul (1991-2010)

1991/1993		1996/1998	
Dirceu Carneiro	(PSDB-SC)	José Sarney	(PMDB-AP)
José Fogça	(PMDB-RS)	José Fogça	(PMDB-RS)
Nelson Wedekin	(PDT-SC)	Casildo Maldaner	(PMDB-SC)
Esperidião Amin	(PFL-SC)	Vilson Keinübing	(PFL-SC)
Márcio Lacerda	(PMDB-MT)	Waldeck Ornelas	(PFL-BA)
Odacir Soares	(PFL-RO)	Lúdio Coelho	(PSDB-MS)
Afonso Camargo	(PTB-PR)	Benedita da Silva	(PT-RJ)
Irapuan Costa Júnior	(PMDB-GO)	Levy Dias	(PTB-MS)
Onofre Quinan	(PMDB-GO)	José Eduardo	(PTB-MS)
Wilson Martins	(PMDB-MS)	Pedro Simon	(PMDB-RS)
Júlio Campos	(PFL-MT)	Roberto Requião	(PMDB-PR)
João Rocha	(PFL-TO)	Joel de Hollanda	(PFL-PE)
Fernando Henrique Cardoso	(PSDB-SP)	Júlio Campos	(PFL-MT)
Levy Dias	(PTB-MS)	José Ignácio Ferreira	(PSDB-ES)
Maurício Corrêa	(PDT-DF)	Emília Fernandes	(PT-RS)
Pedro Simon	(PMDB-RS)	Esperidião Amin	(PFL-SC)

1994/1996		1999/2001	
José Fogça	(PMDB-RS)	Jorge Bornhausen	(PFL-SC)
Casildo Maldaner	(PMDB-SC)	Casildo Maldaner	(PMDB-SC)
Vilson Kleinübing	(PFL-SC)	Pedro Simon	(PMDB-RS)
Romero Jucá	(PSDB-RR)	José Jorge	(PFL-PE)
Lúdio Coelho	(PSDB-MS)	José Fogça	(PPS-RS)
Esperidião Amin	(PFL-SC)	Roberto Requião	(PMDB-PR)
Emília Fernandes	(PT-RS)	Geraldo Althoff	(PFL-SC)
Osmar Dias	(PDT-PR)	Alvaro Dias	(PSDB-PR)
Pedro Simon	(PMDB-RS)	Pedro Piva	(PSDB-SP)
Roberto Requião	(PMDB-PR)	Emília Fernandes	(PT-RS)
Joel de Hollanda	(PFL-PE)	Marluce Pinto	(PMDB-RR)
Júlio Campos	(PFL-MT)	Amir Lando	(PMDB-RO)
Geraldo Melo	(PSDB-RN)	Djalma Bessa	(PFL-BA)
Benedita da Silva	(PT-RJ)	Antero de Barros	(PSDB-MT)
Eduardo Suplicy	(PT-SP)	Luzia Toledo	(PSDB-ES)
Lauro Campos	(PDT-DF)	Roberto Saturnino	(PT-RJ)

2001/2003		2005/2007	
Antero de Barros	(PSDB-MT)	Cristovam Buarque	(PDT-DF)
Arlindo Porto	(PTB-MG)	Eduardo Suplicy	(PT-SP)
Casildo Maldaner	(PMDB-SC)	Geraldo Mesquita Júnior	(PMDB-AC)
Emília Fernandes	(PT-RS)	Jorge Bornhausen	(PFL-SC)
Geraldo Althoff	(PFL-SC)	Paulo Octávio	(PFL-DF)
Jorge Bornhausen	(PFL-SC)	Pedro Simon	(PMDB-RS)
José Fogaca	(PMDB-RS)	Ramez Tebet	(PMDB-MS)
Lúdio Coelho	(PSDB-MS)	Sérgio Guerra	(PSDB-PE)
Pedro Piva	(PSDB-SP)	Sérgio Zambiasi	(PTB-RS)
Roberto Requião	(PMDB-PR)	Eduardo Azeredo	(PSDB-MG)
Amir Lando	(PMDB-RO)	José Jorge	(PFL-PE)
Jefferson Peres	(PDT-AM)	Leomar Quintanilha	(PMDB-TO)
José Coelho	(PFL-PE)	Romeu Tuma	(PFL-SP)
José Jorge	(PFL-PE)	Sérgio Cabral	(PMDB-RJ)
Leomar Quintanilha	(PPB-TO)	Serys Shlessarenko	(PT-MT)
Luiz Otávio	(PPB-PA)		
Marluce Pinto	(PMDB-RR)		
Pedro Simon	(PMDB-RS)		
Ricardo Santos	(PSDB-ES)		
Waldeck Ornelas	(PFL-BA)		

2003/2005		2007/2010*	
Eduardo Suplicy	(PT-SP)	Pedro Simon	(PMDB-RS)
Eduardo Azeredo	(PSDB-MG)	Geraldo Mesquita Júnior	(PMDB-AC)
Ideli Salvatti	(PT-SC)	Efraim Morais	(DEM-PB)
Jefferson Peres	(PDT-AM)	Romeu Tuma	(PTB-SP)
Jorge Bornhausen	(PFL-SC)	Marisa Serrano	(PSDB-MS)
Mozarildo Cavalcanti	(PTB-RR)	Aloizio Mercadante	(PT-SP)
Osmar Dias	(PDT-PR)	Sérgio Zambiasi	(PTB-RS)
Pedro Simon	(PMDB-RS)	Cristovam Buarque	(PDT-DF)
Rodolpho Tourinho	(PFL-BA)	Inácio Arruda	(PCdoB-CE)
Romero Jucá	(PMDB-RR)	Neuto de Conto	(PMDB-SC)
Sérgio Zambiasi	(PTB-RS)	Valdir Raupp	(PMDB-RO)
Antonio Carlos Valadares	(PSB-SE)	Adelmir Santana	(DEM-DF)
Flávio Arns	(PT-PR)	Raimundo Colombo	(DEM-SC)
João Batista Motta	(PSDB-ES)	Eduardo Azeredo	(PSDB-MG)
José Jorge	(PFL-PE)	Flávio Arns	(PSDB-PR)
Leonel Pavan	(PSDB-SC)	Fernando Collor	(PTB-AL)
Luiz Otávio	(PMDB-PA)	Osmar Dias	(PDT-PR)
Marcelo Crivella	(PRB-RJ)	José Nery	(PSOL-PA)

Fonte: Secretaria da Representação Brasileira no Parlamento do Mercosul e página *web* do Senado Federal: <http://www.senado.gov.br/sf/>. Acesso em: 19 jan. 2010.

* Os membros do Parlamento do Mercosul têm mandato de quatro anos, segundo determina o art. 10 do Protocolo Constitutivo. Entretanto, o primeiro mandato da Representação Brasileira, iniciado em 7 de maio de 2007, encerra-se em 31 de dezembro de 2010 em razão do calendário eleitoral interno, que prevê a realização de eleições legislativas em outubro de 2010.

Orientações Editoriais

A Revista de Informação Legislativa divulga trabalhos elaborados pela Subsecretaria de Edições Técnicas e artigos de colaboração. Os trabalhos devem reportar-se a assuntos da área do direito e áreas afins – de interesse dos temas em debate no Congresso Nacional – e de cunho histórico que se relacionem com o Poder Legislativo. Somente serão publicadas colaborações inéditas, que serão selecionadas por conselho.

As colaborações deverão ser encaminhadas ao Editor por *e-mail* (livros@senado.gov.br) com indicação do endereço do autor para eventual envio de exemplar impresso. Da mensagem eletrônica deverá constar autorização para publicação sem ônus na Revista e posterior visualização na Internet, bem como declaração de ineditismo do artigo. Referida mensagem deverá ainda ser seguida de assinatura digital. Não havendo esse recurso, pedimos o encaminhamento em separado por fax ou pelos Correios da carta de autorização/declaração de ineditismo devidamente assinada.

O texto do artigo a ser publicado deve ser formatado preferencialmente para papel A4, em corpo 12 e espaçamento entre linhas de 1,5 e gravado no formato *Word for Windows*. Dos artigos deverão constar resumo curricular e local de trabalho do colaborador. Após o título e nome do autor, deve ser apresentado um sumário da matéria. Os desenhos, gráficos, ilustrações e tabelas – se estritamente indispensáveis à clareza do texto – deverão ser encaminhados em arquivos separados (um para cada desenho, gráfico ou tabela), com indicação do ponto em que devem ser inseridos no texto.

Ressaltamos que o artigo enviado para publicação ficará disponível para avaliação durante seis meses. Findo esse prazo e ainda havendo interesse das Edições Técnicas em publicá-lo, entraremos em contato para confirmar o ineditismo e a atualidade do conteúdo. Não havendo mais interesse do Editor, o artigo será desconsiderado sem comunicação prévia.

Com o objetivo de melhorar a legibilidade dos artigos e dinamizar o processo de pesquisa dos seus leitores, recomenda-se a adoção de alguns procedimentos básicos no que diz respeito às citações e referências bibliográficas:

- a) Não devem ser incluídas as referências bibliográficas completas em rodapé, exceto em casos de citação de citação, em que somente o autor citado figura em nota de rodapé e o autor que o citou, em lista de referências;
- b) a referência completa deverá constar em lista, no final do artigo, organizada em ordem alfabética e alinhada à esquerda;
- c) as notas de rodapé explicativas ou informativas são chamadas no texto por números altos ou alceados, podendo inclusive ser feita citação bibliográfica relativa ao seu conteúdo;
- d) a fonte da qual foi extraída a citação deverá constar no próprio corpo do texto conforme os exemplos que se seguem:

Exemplos de citação direta:

Segundo Falcão (1984, p. 59), “não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis”.

“Não basta a existência de demanda estudantil para que as faculdades continuem a produzir bacharéis” (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A citação direta incluída em texto e/ou em nota de rodapé aparece entre aspas.

Exemplos de citação indireta:

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados

além da demanda estudantil (Cf. FALCÃO, 1984, p. 59).

Para que a produção de bacharéis continue, vários fatores devem ser observados além da demanda estudantil (FALCÃO, 1984, p. 59).

Observação: A falta de aspas e/ou o termo Cf. (confira, compare) evidenciam que não se trata de uma transcrição e sim da utilização da fonte citada a fim de respaldar a idéia do autor do artigo.

Monografias (livros, folhetos, teses, enciclopédias, etc.) deverão conter: sobrenome do autor, prenome(s), título da obra, subtítulo (se houver), local de publicação, editor(a), data de publicação.

Exemplo de monografia no todo:

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

Exemplo de parte de monografia:

ROMANO, G. Imagens da juventude na era moderna. In: LEVI, G.; SCHMIT, J. (Org.). *História dos jovens: a época contemporânea*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996. p. 7-16.

Para artigos de periódicos, as informações essenciais são: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título da revista, local de publicação, indicação de volume, ano, número, página inicial e final, período e data de publicação.

Exemplo de artigos de periódicos:

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Lopes da Costa e o processo civil brasileiro. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 37, n. 148, p. 97-111, out./dez. 2000.

Para artigos de jornais: sobrenome do autor, prenome(s), título do artigo, subtítulo (se houver), título do jornal, local de publicação, data de publicação, seção ou caderno do jornal e paginação.

Exemplo de artigos de jornais:

MOURA, Ana Lúcia; FEITOZA, Valéria. Escola pública: a tristeza de quem fica. *Correio Braziliense*, Brasília, 6 mar. 2001. Tema do Dia, p. 6-7.

Para referências em meio eletrônico: sobrenome do autor ou entidade, prenome(s), título, subtítulo (se houver), também são essenciais as informações sobre o endereço eletrônico, apresentado entre os sinais <>, precedido da expressão "Disponível em:" e data de acesso ao documento precedido da expressão "Acesso em:".

Exemplo de referências em meio eletrônico:

CORREIO Braziliense. Disponível em: <<http://www.correioweb.com.br>>. Acesso em: 5 jul. 2003.

A cada artigo publicado serão fornecidas 50 separatas e uma assinatura anual da Revista. Artigos não publicados não serão devolvidos, salvo expressa solicitação.