

ISSN 1518-8280

REVISTA JURÍDICA

# UNIJUS

Vol. 5 N° 1  
Agosto/2002





Universidade de Uberaba



Ministério Público do Estado de Minas Gerais

REVISTA JURÍDICA  
**UNIJUS**

ISSN 1518-8280

Rev. Semestral • Uberaba MG • V.5 • N.1 • Ago. 2002



**UNIJUS**

© **Universidade de Uberaba**

Marcelo Palmério

Reitor

**Curso de Direito**

Renato de Pádua Montandon

Diretor

**Ministério Público do Estado de Minas Gerais**

Sandra Maria da Silva

Promotora de Justiça

**Preparação de originais e revisão**

Maria Cremilda Sucupira Montandon

**Projeto gráfico e diagramação**

Alexandre Francisco da Silva Pereira

ale.pe@ig.com.br

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca Central da Universidade de Uberaba

Revista Jurídica UNIJUS / Universidade de Uberaba, Ministério Público do Estado de Minas Gerais; coordenação de Maria Cremilda Sucupira Montandon. — V.5, n. 1 (ago., de 2002) — Uberaba: UNIUBE, 2002.  
194 p.

ISSN 1518-8280

1. Direito – Brasil. I. Universidade de Uberaba. II. Ministério Público do Estado de Minas Gerais. III. Montandon, Maria Cremilda Sucupira, coord.

CDD: 340.0981

REVISTA JURÍDICA  
**UNIJUS**

---

## **Conselho Editorial**

Adroaldo Junqueira Ayres Neto

Alexandre Walmott Borges

Dale Fonseca e Silva Nunes

Edmundo Lima Arruda Júnior

Gil Ferreira de Mesquita

Guido Luiz Mendonça Bilharinho

João Delfino

João Vicente Davina

José Alfredo de Oliveira Baracho

Luís Fernando Coelho

Miralda Dias Dourado

Rosemiro Pereira Leal

Vicente de Paulo Cunha Braga

**Nota:** Os trabalhos apresentados exprimem conceitos da responsabilidade dos seus autores, coincidentes ou não, com os pontos de vista da coordenação da Revista



**Universidade de Uberaba**

Av. Nenê Sabino, 1801

Bairro Universitário

38.055-500 – Uberaba – MG

Tel.: (0xx34) 314-8800 Ramais – 322 e 317

Fax: (0xx34) 314-8910

Internet: <http://www.uniube.br>

e-mail: [maria.montandon@uniube.br](mailto:maria.montandon@uniube.br)

**Forum Mello Viana**

Rua Lauro Borges, 97

4ª Promotoria de Justiça – Núcleo de Estudos Jurídicos de Uberaba

38.010-060 – Uberaba – MG

Tel.: (0xx34) 332-0878

Fax: (0xx34) 666-8996

# SUMÁRIO

<b>EDITORIAL</b> .....	09
<b>ARTIGOS</b>	
<b>EVOLUÇÃO DOS PARTIDOS POLÍTICOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO</b> .....	10
<i>Ubirajara Coelho Neto</i>	
<b>O OBJETO DO DIREITO</b> .....	24
<i>Sacha Calmon Navarro Coelho</i>	
<b>A PROPOSTA PEDAGÓGICA DE LUIS ALBERTO WARAT PARA O ENSINO DO DIREITO:</b>	
<b>AS DENSIDADES COMO ELEMENTOS PARA A LEITURA</b> .....	32
<i>Alexandre Walmott Borges</i>	
<b>AS PALAVRAS E A JUSTIÇA</b> .....	41
<b>CONSIDERAÇÕES SOBRE A POLICEMIA A PARTIR DE UMA NOTÍCIA DE JORNAL</b>	
<i>Ormezinda Maria Ribeiro</i>	
<b>A LEGITIMAÇÃO E OS LIMITES DO PODER PUNITIVO</b> .....	52
<i>Rogério Zeidan</i>	
<b>AS IMPLICAÇÕES JURÍDICOS-SOCIAIS DO SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT</b> .....	62
<i>Edinamar Aparecida da Silva Costa</i>	
<b>A INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO TESES JUSTIFICADORAS</b> .....	67
<i>Gil Ferreira de Mesquita</i>	
<b>MANDADO DE SEGURANÇA</b> .....	75
<b>INDEFERIMENTO LIMAR DA IMPETRAÇÃO (ART. 8º, DA LEI Nº 1.533/51)</b>	
<i>Wagner Guerreiro</i>	
<b>O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA NUM ESTADO CENTRALIZADOR</b> .....	79
<i>Carlos Eduardo do Nascimento</i>	
<b>O PAPEL DO ADVOGADO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO, FRENTE ÀS MUDANÇAS SOCIAIS, ECONÔMICAS E NORMATIVAS</b> .....	85
<i>Verônica Altes Barros</i>	
<b>OS LIMITES DA REGULAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL</b> .....	93
<i>Andréa Queiroz Fabri</i>	
<b>OS REFLEXOS DAS 'REFORMAS DO CPC' NA CONTAGEM DO PRAZO E DEFINIÇÃO DO JUÍZO COMPETENTE PARA OFERECIMENTO E JULGAMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO POR CARTA PRECATÓRIA</b> .....	109
<i>Ricardo Borges Ranzolin</i>	
<b>A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA E A RESPONSABILIDADE CIVIL</b> .....	117
<i>Jurandir Sebastião</i>	
<b>DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS E NACIONAIS</b> .....	129
<i>Aflaton Castanheira Maluf</i>	
<b>O FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988</b> .....	142
<i>Joaquim Euripedes Alves Pinto</i>	
<b>O MINISTÉRIO PÚBLICO CIDADÃO E A TUTELA DO MEIO AMBIENTE</b> .....	154
<i>Bergson Cardoso Guimarães</i>	
<b>UM ESTUDO SOBRE A AUTONOMIA OUTORGADA AOS MUNICÍPIOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988</b> .....	164
<i>Marcos Henrique Silveira</i>	
<b>ASPECTOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DA DEFESA DO MEIO AMBIENTE</b> .....	185
<i>Adriana Sivieri de Araujo Bessa • Micheline Vanderlei Araujo Rêgo Paulo Roberto Vidal Cabral • Ricardo Nascimento</i>	



UNIUS

# EDITORIAL

---

**A**o concluir a edição do quinto volume desta Revista o fazemos cientes de que ela cresceu, vem cumprindo a sua finalidade cultural e ocupando espaço entre as demais publicações acadêmicas de interesse da área do Direito.

O perfil da Revista Jurídica Unijus vem sendo delineado com as ferramentas do esforço, obstinação e crença dos seus colaboradores e de seu corpo editorial na importância da produção intelectual sistemática e baseada no exame circunstanciado de fatos jurídicos e de leis a eles pertinentes. Ela vem revelando a face de uma comunidade de professores e juristas preocupados em produzir informações trabalhando os diversos temas que constituem os saberes relevantes do universo jurídico e que precisam e devem ser desvendados aos estudiosos que pretendem expandir seus conhecimentos e ao cidadão que busca no Direito a explicação e a solução para os fatos que afetam a sua vida diária. Neste número são explorados, entre outros, temas como “Aspectos jurídico-econômicos da defesa do meio ambiente”, “O exercício da democracia num estado centralizador”, “A evolução dos partidos políticos no sistema constitucional brasileiro”, “A legitimação e os limites do poder punitivo”, “Direitos humanos internacionais e nacionais”.

Agradecemos a Marcelo Palmério, reitor da Universidade de Uberaba, a possibilidade de publicar esse quinto volume, cuja produção se revestiu de dificuldades inusitadas. Sem a sua confiança em nosso trabalho e o apoio material indispensável, não teríamos chegado onde chegamos.

**Maria Montandon**  
Editora





# EVOLUÇÃO DOS PARTIDOS NO SISTEMA CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Ubirajara Coelho Neto\*

## sumário

1. Introdução
2. Antecedentes históricos
3. A constituição de 1824
4. A constituição de 1891
- 4.1 A emenda constitucional de 1926
5. A constituição de 1934
6. A constituição de 1937
7. A constituição de 1946
8. A constituição de 1967
- 8.1 A emenda constitucional de 1969
9. A constituição de 1988
10. Crise no sistema representativo
11. Conclusão
12. Referência bibliográficas

## resumo

No Brasil não há tradição partidária, seja pelo exagerado personalismo que domina a vida política brasileira e a dos próprios partidos, levando ao desapareço pelos programas e diretrizes partidárias, seja pelo acentuado regionalismo que tem servido de base e orientado a sua formação.

Para uma melhor compreensão da matéria, dividiremos a evolução histórica partidária no Brasil segundo a égide de cada Constituição vigente na época, visando com isso dar um aspecto lógico e didático.

## 1 INTRODUÇÃO

Considerados hoje como essenciais à democracia representativa, até há pouco tempo, a existência dos Partidos Políticos desenvolveu-se fora da Constituição e mesmo das leis, visto que os textos constitucionais escritos e as leis os ignoravam. São considerados como produto dos costumes e da tradição, fruto da experiência da nação e não resultado da ação formal de qualquer autoridade legalmente constituída.

A legislação brasileira, no que se refere aos Partidos Políticos, sob a perspectiva do Direito Constitucional moderno, apresenta-se como precursora.

Desta forma, analisaremos os Partidos Políticos em virtude da sua evolução no sistema constitucional brasileiro.

## 2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Os partidos políticos no Brasil foram ins-

titucionalizados com a Constituição de 1946, dizendo BONAVIDES:

“que não andaria exagerado quem datasse dessa Constituição ‘a existência verdadeira do partido político em nosso país, existência que começa com o advento dos partidos nacionais. Os cem anos antecedentes viram apenas agremiação que, à luz dos conceitos contemporâneos, relativos à organização e funcionamento dos partidos, dificilmente poderiam receber o nome partidário’.”<sup>1</sup>

Durante o império o partido conservador e o liberal não possuíam outra função a não ser a de chegar ao poder.

Os liberais do Império exprimiam na sociedade os interesses urbanos da burguesia comercial, o idealismo dos bacharéis, o reformismo progressista das classes sem compromissos diretos com a escravidão e o feudo.

Os conservadores eram o partido da ordem, o núcleo das elites satisfeitas e reacionárias.

Porém não havia um liame que diferenciava esses partidos, chegando-se a dizer que “não

\* Ubirajara Coelho Neto, Bacharel em Direito – UFMG; Especialista em Direito Constitucional – UFMG; Mestre em Direito Constitucional – UFMG; Doutor em Direito Constitucional – UFMG; Professor de Direito Constitucional no Curso de Direito da Universidade de Uberaba.

1 BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, São Paulo: Malheiros, 1999 p. 470.

havia nada mais conservador que um liberal no poder; e nada mais liberal que um conservador no poder”.

Em 1870, no meio de uma crise que afetava os partidos conservador e liberal, que vinha desde o fim da guerra do Paraguai, é lançado o programa republicano. Com as crises do final do Império, pôs-se termo à existência dos dois grandes partidos da época: o Conservador e o Republicano.

Após a proclamação da república, houve um retrocesso. Com o federalismo, passou a existir uma maior descentralização. As oligarquias estaduais queriam o antipartidarismo nacional, e dessa maneira governaram o país por quase meio século.

Em 1930 uma revolução pôs fim ao antigo sistema eleitoral. Começava uma nova era para a afirmação dos partidos político no Brasil.

Com a Constituição de 1934, houve um enfraquecimento dos partidos estaduais. Não havia a denominação de partidos políticos pela Constituição, mas entendia-se por vezes.

O progresso conseguido com a Constituição de 34 foi arrebentado com a Constituição do Estado Novo. Extinguiu-se os partidos políticos, nem mesmo o partido único existia. Com a queda do nazi-facismo europeu, veio a redemocratização do país e com esta a Constituição de 1946, que conservou as conquistas de nosso segundo Código Eleitoral, baixado no final da ditadura quando esta guinava-se para a democracia.

As conquistas da Constituição de 1946, que foi a primeira a reconhecer os partidos políticos, foram sufocadas com a revolta de 1964. Instituiu-se com esta Constituição o bipartidarismo, mas o que havia era um partido da situação que absolvía o da oposição, que não era tão oposição assim. Com a redemocratização, é eleito em 1985 um presidente civil. É o fim do regime militar que veio para suprimir uma crise institucional criada com a saída de JÂNIO QUADROS e se transformou numa mancha negra na história política brasileira.

Com a Constituição de 1988, “é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”, diz no seu art. 17.

Não amadurecido o bastante para ter partidos fortes e estáveis, o Brasil vê uma oscilação partidária no cenário nacional. A ideologia partidária não, por vezes, corresponde a ideologia dos integrantes, que usam o partido para galgar o poder. Outras vezes a ideologia do partido guina-se contrária a de seus partidários.

No Brasil não há tradição partidária, seja pelo exagerado personalismo que domina a vida política brasileira e a dos próprios partidos, levando ao despreço pelos programas e diretrizes partidárias, seja pelo acentuado regionalismo que tem servido de base e orientado a sua formação.

Para uma melhor compreensão da matéria, dividiremos a evolução histórica partidária no Brasil segundo a égide de cada Constituição vigente na época, visando com isso dar um aspecto lógico e didático.

### 3

#### A CONSTITUIÇÃO DE 1824<sup>2</sup>

A história constitucional brasileira se inicia sob o símbolo da outorga. A ulterior submissão da Constituição de 1824 à ratificação das províncias, ao contrário da indulgente avaliação de autores ilustres<sup>3</sup>, não se lhe permite aponha o selo da aprovação popular, por mais estreitos que sejam os critérios utilizados para identificá-la.

Nas palavras de BARROSO, “é inegável, contudo, que a Constituição do Império fundava-se em certo compromisso liberal, a despeito de jamais haver sido encarada pelo Imperador como fonte de legitimidade do poder que exercia. O mando pessoal, semi-absoluto, ora guardava mera relação formal com a estrutura normativa da Constituição, ora simplesmente a ignorava”<sup>4</sup>.

Segundo OSIRES TEIXEIRA, ao discorrer a respeito do papel dos partidos políticos no Brasil:

“A Constituição de 1824 desestimulou o aparecimento de partidos com características próprias, face à introdução do quarto poder – Moderador. Só com o episódio da abdicação de D. Pedro em 1831, se consolida o chamado “Estado Nacional”, aglutinando-se os representantes em duas correntes: a dos grandes proprietários rurais e a das classes populares. Não exist-

2 Obra fundamental à compreensão da Constituição de 1824 é *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*, de José Antonio Pimenta Bueno.

3 CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 500.

4 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 07.

tiam partidos na expressão da palavra, existiam duas correntes de opinião: a conservadora e a liberal, na qual se apoiava a Regência.”<sup>5</sup>

Nas palavras de NELSON NOGUEIRA:

“Nossa política monárquica conheceu um sistema partidário que se compararia ao inglês, no sentido de ter havido um conservador e um liberal que se poderiam cotejar respectivamente com o *tory* e o *whig* (inclusive em certos pontos dos seus embasamentos sociais), se não fora a refração que se é forçado a reconhecer que atinge as instituições adotadas num país como era o nosso então. Dois partidos, para praticar jogo semelhante ao britânico: mas nem a constituição que tinhamos era bem uma cópia da inglesa, nem nossos homens tinham como os de lá o pedigree parlamentar e a ambiência cultural.”<sup>6</sup>

Durante o Império, nunca chegamos a ter o que hoje poderíamos chamar de um sistema partidário. Na verdade, a Constituição de 1824, ao se omitir em relação aos partidos políticos, que na forma como hoje são concebidos constituem uma realidade do fim do Séc. XIX terminou implantando o regime da liberdade de organização partidária. Os partidos políticos do Império, pelo menos até 1868, quando os liberais organizam a “Liga Progressista” e o “Centro Liberal”, ou talvez 1870, quando os republicanos lançam o Manifesto de Itu e fundam o Partido Republicano, não eram instituições, não tinham estatutos nem se revestiam de qualquer forma de organização jurídica. Eram, na verdade, vontades concorrentes, uma simples convergência de interesses e afinidades – ou ideológicas e de convicção, ou mesmo de simples interesses, acima das convicções. Não parece justa, portanto, como veremos, a sentença terrível de OLIVEIRA VIANA que em sua obra *A Queda do Império* diz serem eles apenas “simples agregados de clãs organizados para a exploração em comum das vantagens do poder”.<sup>7</sup>

Como lembra OLIVEIRA LIMA, e como confirma AMÉRICO BRASILIENSE em seu *Os programas dos partidos e o Segundo Império*, os partidos brasileiros datam da Regência: o Liberal nascido em torno das idéias reformistas propiciadas pela Revolução de Sete de Abril, e o Conservador surgido da reação a esse sentimen-

to exaltado, com a estrondosa passagem do mais famoso líder do liberalismo do primeiro Império para as fileiras do conservadorismo: BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, com o seu movimento “regressista”. Uma síntese muito expressiva de OLIVEIRA LIMA mostra como e em torno de que interesses se agrupava a elite política daquela época:

“(…) o soberano fazia as vezes de eixo do Estado. O pessoal político ficava em redor dele, atraídos uns pelo seu magnetismo, afastados outros pelo seu caráter desigual, sem se agruparem em bandos disciplinados. A tendência comum era democrática, (...) mas simpatias e antipatias visavam diretamente o monarca e os princípios mais se regulavam pelos sentimentos assim manifestados”.<sup>8</sup>

É claro que o Sete de Abril, a abdicação do monarca e a instalação da Regência modificariam sensivelmente esse panorama. O triunfo das idéias liberais, o fim do absolutismo voluntarioso de D. Pedro I e o recuo amedrontado de seus áulicos fizeram surgir um nítido movimento de idéias em torno de reformas políticas e institucionais que se tornaram inevitáveis. A partir daí, é ainda OLIVEIRA LIMA quem diz:

“Predominaram idéias e paixões: os republicanos uniram-se quase todos aos avançados que foram mais tarde os liberais, certo número permanecendo fiel ao federalismo; os constitucionais fundiram-se com os moderados e rodearam a bandeira conservadora, quando as aspirações dos radicais foram parcialmente satisfeitas pelo Ato Adicional, um momento de transação e conciliação entre as elites, para evitar o que ameaçava se transformar em insurreição permanente. Como disse Evaristo na Câmara, foi preciso ‘fazer parar o carro da revolução’.”<sup>9</sup>

O que então significava o liberalismo? Segundo OLIVEIRA LIMA, de quem nos valem para traçar esse quadro, o sentimento liberal predominante “abrange a Monarquia federativa; a abolição do Poder Moderador; a eleição bienal da Câmara; o Senado eletivo e temporário; a supressão do Conselho de Estado; Assembleias Legislativas provinciais com duas Câmaras; intendentes municipais desempenhando nas comunas o papel dos Presidentes nas Províncias”.

5 TEIXEIRA, Osires. O papel dos partidos políticos no aprimoramento das instituições políticas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v.14, n. 56, p. 45-70, out./dez., 1977. p.55.

6 SALDANHA, Nelson. *Histórias das idéias políticas no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 148.

7 NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. p. 65.

8 LIMA, Oliveira. *O movimento da independência – O império brasileiro (1821-1889)*. 2. ed., São Paulo: Melhoramentos. p. 383.

9 Idem, p. 387.

O Ato Adicional, no entanto, como momento de transação entre dois extremos, um que desejava tudo modificar, e outro que nada admitia mudar, terminou apenas abrandando o rigorismo centralista e instituindo Assembléias Legislativas Provinciais, em lugar dos Conselhos Gerais de Província, que na verdade eram simples órgãos consultivos sem poderes. As demais aspirações liberais terminaram, na verdade, umas adiadas e nunca realizadas; outras colocadas em ação pela força dos costumes, mas sem se mexer na Constituição, e outras momentaneamente apenas realizadas. Enquanto os liberais exaltados achavam que nada tinha conseguido, os conservadores radicais acreditavam que se tinha ido longe demais.

Na verdade, porém, se o Ato Adicional não atendeu às aspirações dos liberais exaltados, e extrapolou em muito o que concediam os conservadores radicais, foi em torno desse confronto que se criou o sistema partidário do Império. Em 1837, com a renúncia de FEIJÓ e a eleição de PEDRO DE ARAÚJO LIMA, funda-se de fato o Partido Conservador, no momento em que BERNARDO PEREIRA DE VASCONCELOS, a maior figura do liberalismo exaltado, ao tempo de D. Pedro I, passa com enorme estrondo e seu antológico discurso para a reação conservadora. Esse predomínio conservador, no entanto, dura pouco, pois sucumbe ao golpe parlamentar da maioria, quando os liberais, à margem da Constituição, conseguem elevar ao trono o seu herdeiro, então com 14 anos de idade, quatro antes dos dezoito previstos na Constituição de 1824. As revoltas liberais de Minas e São Paulo, em 1842, e a Praieira, em Pernambuco, em 1848, determinam um longo ostracismo para o partido que em 1840 fez a maioria. É a fase do longo predomínio conservador que, no poder, recria por lei o Conselho de Estado, banido da Constituição pelo Ato Adicional, faz votar a lei interpretativa do Ato Adicional, travando as conquistas liberais e muda o Código de Processo Penal para reforçar o poder de autoridade.

Os vinte anos que se seguem, entre 1848 e 1868, com o pequeno intervalo da “Conciliação” do Marquês de Paraná, marcam um novo confronto de idéias e posições entre as concepções dos liberais e a dos conservadores. Nesse

jogo de posições, em que coube aos liberais pregar as reformas e aos conservadores efetivá-las, quando no governo, se esgota a política partidária.

Nada dividia essencialmente a sociedade brasileira, tão homogênea, onde o feudalismo não deixava vestígios e se achavam completamente fora de lugar as quimeras políticas e os programas abstratos. Os partidos duravam ou deviam durar o tempo que duravam as idéias que os legitimavam. Os partidos seriam, portanto, todos de ocasião, liberais ou conservadores, de acordo com as circunstâncias e os interesses, não de acordo com princípios de doutrina ou com tradições históricas. A ausência de privilégios condenava os partidos a defenderem somente princípios de atualidade, idéias ondeantes, as quais não podiam sobreviver.

Se isto foi um bem ou mal, só a crítica histórica poderá dizer. Mas, quem olha o panorama partidário da vida política contemporânea do Brasil, fatalmente há de concordar que, deixando a questão partidária ao livre jogo dos arbítrios dos homens, a Constituição de 1824 nada mais fez do que atender a irremovível pressão da realidade brasileira.

Segundo MANOEL RODRIGUES FERREIRA<sup>10</sup>, em 1870, existiam no Brasil, os seguintes partidos políticos:

a) Partido Liberal, que teve suas origens em 1831, sofrendo uma evolução em 1869;

b) Partido Conservador, que foi constituído em 1837, pregando por uma maior unidade do Império, contra a formação de estados dentro do Estado, pelas assembléias provinciais;

c) Partido Progressista, criado em 1862, na Câmara, de uma oposição ao ministério;

d) Partido Liberal-Radical, que se estruturou em 1868, teve suas origens nas lutas políticas de 1862 em diante;

e) Partido Liberal (2), em 1869, há um acordo entre os liberais históricos e os progressistas, para fazerem oposição ao novo ministério. Em consequência, houve a fundação de um clube e de um jornal;

f) Partido Republicano, criado em 3 de dezembro de 1870, na capital do Império, após a publicação no jornal A República, do Manifesto Republicano. Era composto da ala radical do Partido Liberal-Radical.

10 FERREIRA, Manoel Rodrigues. *A evolução do sistema eleitoral brasileiro*. Brasília: Senado Federal, 2001. p. 205-206.

## A CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891<sup>11</sup>

Afigura-se fora de dúvida, constata SEABRA FAGUNDES, que a República no Brasil nasce sem legitimidade, e “nada documenta que a idéia republicana fosse uma aspiração generalizada na opinião pública, embora houvesse grupos diversos, e intelectualmente de grande expressão, que por ela batalhassem. E o episódio, em si, da Proclamação, revestiu todos os aspectos de um mero pronunciamento militar, de um golpe armado. O povo o recebeu atônito e perplexo”.<sup>12</sup>

A Constituição de 24 de fevereiro de 1891 era vazada em 91 artigos e mais oito das Disposições Transitórias e, por isso, caracteriza-se como a mais concisa das seis Constituições da República.

Em 1889 foi instituído o Governo Provisório, pelo Dec. n.º 1/1889, que era chefiado pelo Marechal DEODORO DA FONSECA, alagoano, herói do Paraguai, e teve como sub-chefe, em princípio, RUI BARBOSA, baiano (1849-1923), advogado e jornalista, também Ministro da Fazenda.<sup>13</sup>

O Governo Provisório dissolveu em breve prazo as duas Casas da Assembléia Geral, o Conselho de Estado, as Assembléias Provinciais, conservando, entretanto, o Supremo Tribunal de Justiça e as Relações ou Tribunais existentes nas províncias, pois o Judiciário se mostrou dócil e adesista.

Havia em 1889, três grandes partidos nacionais, o Liberal, o Conservador e o Republicano que, todavia, não tinham organização interna, como os de hoje, nem havia legislação que os regulassem. Desapareceram os dois primeiros e famosos partidos monárquicos sem que houvesse qualquer ato expresso dos vencedores nesse sentido.

Muitos políticos do velho regime aderiram ao novo e outros se recolheram à vida particular, encerrando as respectivas carreiras políticas.

No curso de 1890, a cisão era notória entre os republicanos, como assinala FELISBERTO FREIRE, responsabilizando-se por parte as dificuldades do novo regime aquele tempo.<sup>14</sup>

As facções se multiplicaram. Não mais a dos “adesistas” e a dos “históricos”. Os republicanos anteriores a 15-11-1889 formavam contingentes de origem diversa:

a) os juristas e profissionais de carreiras liberais, que vinham do Manifesto de 1870 e dos Clubes Republicanos;

b) os militares;

c) os positivistas, muitos dos quais também militares;

d) os adesistas de véspera.

E ainda há a contar os saudosistas da Monarquia, que tentaram, ou, pelo menos, desejaram – acredita-se – a restauração, ou hostilizaram a República na imprensa interna e, depois da censura e da repressão, na estrangeira, logo em dezembro de 1889, quando os exilados se manifestaram na Europa e constituíram os “cortesãos da desgraça”. Ainda alimentaram esperanças de reestruturação pelo menos até o fim do Governo do Presidente PRUDENTE DE MORAIS.

A inexistência de novos partidos políticos prolongou-se até 1946. O desaparecimento dos velhos partidos sem que outros se formassem, a despeito de algumas tentativas, não só prejudicou a coordenação e orientação da política, segundo os grandes ideais e interesses da Nação, mas é responsável pelos partidos estaduais indiferentes aos problemas do País e apenas embrenhados na disputa do mando local, quase sempre à sombra do Governo Federal por meio de ação *manu militari*, como o bombardeio da Bahia em 1912.

Sob esse ponto de vista, as práticas constitucionais e políticas desceram de nível a partir da República, se comparadas com as do Império depois de 1840.

### 4.1 A Emenda Constitucional de 1926

O movimento revisionista de RUI BARBOSA e outros, há vários anos, buscava corrigir os defeitos da Constituição de 1891, no sentido de sua melhoria em prol da democracia e do liberalismo.

Por ironia da história, o primeiro Presidente revisionista, ARTHUR BERNARDES, tomou a iniciativa de executar a reforma, exatamente na contra mão do movimento revisionista, empreendendo por traço fundamental o ímpeto centralizador, impondo limitações à autonomia dos Estados, fortalecendo a União e ampliando os casos de intervenção federal.

11 Obra fundamental ao conhecimento da Carta de 1891 é *A Constituição Republicana*, de Agenor de Roure.

12 FAGUNDES, M. Seabra. *A legitimidade do poder político na experiência brasileira*. Recife: OAB, Seção de Pernambuco, 1982. p. 16.

13 BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*: 1891. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. p. 21.

14 FREIRE, Felisberto Firmo de Oliveira. *As constituições dos Estados e a constituição Federal*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

5

A CONSTITUIÇÃO DE 1934<sup>15</sup>

Conforme os ensinamentos de PINTO FERREIRA:

“Vitorioso o movimento, uma Junta Governativa Militar, pelo Decreto nº 19.398, de 11 de novembro de 1930, formalizou a transferência do poder para um Governo Provisório, chefiado por GETÚLIO VARGAS. A nova ordem somente veio a institucionalizar-se, tardiamente, com o advento da Constituição de 16 de julho de 1934, cuja necessidade fora ‘dramaticamente’ acentuada pela Revolução Constitucionalista de São Paulo, em 1932”.<sup>16</sup>

Para BARROSO:

“A Constituição de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar, de 1919, e pelo corporativismo, continha inovações e virtudes. Dedicou um título à Ordem Econômica e Social, iniciando a era da intervenção estatal. Criou a Justiça do Trabalho e o salário-mínimo. Em uma fórmula de compromisso entre capital e trabalho, delineou o arcabouço formal de uma democracia social, que não se consumou”.<sup>17</sup>

Prevaleceu na Constituição a idéia da representação classista. A Câmara dos Deputados compor-se-ia de representantes do povo, eleitos mediante sistema proporcional e sufrágio universal, igual e direto, e de representantes eleitos pelas organizações profissionais (art. 23).<sup>18</sup>

Disponha, ainda, que os deputados das profissões seriam eleitos na forma da lei ordinária por um sufrágio indireto das associações profissionais, reunidas nos seguintes grupos: lavoura e pecuária; indústria; comércio e transportes; profissões liberais e funcionários públicos (art. 23, §3º).

Teve o grande mérito de criar, no seio da Constituição – porquanto já havia sido criada pelo Código Eleitoral (Decreto nº 21.076, de 24.2.32) – a Justiça Eleitoral como órgão do poder Judiciário (art. 63, d).<sup>19</sup>

6

A CONSTITUIÇÃO DE 1937<sup>20</sup>

Ao outorgar a Constituição de 10 de novembro de 1937, VARGAS dizia atender “as legítimas aspirações do povo brasileiro à paz política e social, profundamente perturbada por conhecidos fatores de desordem resultantes da crescente agravação dos dissídios partidários”.<sup>21</sup>

Muitos dos biógrafos do Ditador, no entanto, lhe atribuem a maior parcela de responsabilidade no agravamento daqueles dissídios, com a manipulação, por ele, a partir de 1934, da ameaça “subversiva” para reunir, em suas mãos, os poderes autoritários que a Constituição de 1934 respaldou.

Pela primeira vez, haviam surgido no Brasil partidos de âmbito nacional e de profunda conotação ideológica, a repetir o quadro europeu, na repercussão, aqui, do conflito entre o comunismo e o nazi-facismo.

O desenvolvimento político inglês havia, há tempos, mostrado como os partidos, aceitando as linhas gerais do arcabouço institucional do Estado, apresentavam maior área de consenso que de dissensão. Acostumaram-se os dirigentes e a opinião pública na Grã-Bretanha a ver os oponentes políticos como adversários eventuais, meros defensores de *policies* divergentes, nunca como inimigos irreconciliáveis, a serem destruídos.

Mas a consolidação do comunismo na União Soviética e sua expansão, a partir da década de 30 e o crescimento do nazi-facismo no continente europeu, transmutaram esse quadro. Ambos os movimentos reservaram aos partidos o papel excepcional de propagadores da doutrina, de máquinas ideológicas aguerridas e, no caso do fascismo, exasperou-se a agremiação na função de milícia atuante, de agrupamento militar. E em um caso e outro, desejou-se para o partido, como “único”, a exclusividade da ação na cena política.

A tais agremiações talvez se devesse melhor reservar a expressão de “facções”, que, nos

15 Obra indispensável ao conhecimento da Constituição de 1934 é *Em Torno da Constituição*, de João Mangabeira, editada naquele ano pela Cia. Editora Nacional.

16 FERREIRA, Pinto. *Princípios do direito constitucional*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1. p. 112.

17 BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 07.

18 POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 51.

19 CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 8. ed., Bauru: Edipro, 2000. p. 22.

20 Obras fundamentais ao conhecimento da Constituição de 1937 são *A Constituição de 1937*, de Araújo Castro, e *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*, de Pontes de Miranda.

21 COSTA PORTO, Walter. *Constituições Brasileiras: 1937*. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 1999. p. 29.

tempos iniciais, tanto serviu para injuriar os partidos.<sup>22</sup>

Não surpreende que a Constituição de 1937 não se refira a partidos. Nem a Constituição que a precedeu – a de 1934 – nem a de 1891 (emendada em 1926) – faziam qualquer menção a eles.

Só muito recentemente, em verdade, é que o direito positivo começou a abrigar disposições sobre a organização e o funcionamento dessas organizações, o mais das vezes numa visão restritiva, a aparar-lhe excessos, a vedar o registro de partidos confessionais, a proibir uniformes e militarização.

Se hoje é numeroso e mesmo casuístico esse disciplinamento, os primeiros momentos da vida partidária encontraram, mesmo, a suspeição dos dirigentes e da opinião pública nos Estados. E até a crônica política não lhes reservava atenção, limitando-se os estudiosos ao exame dos ramos formais de governo.

Mas surpreende que em sua ação política, VARGAS não tenha procurado se apoiar, no Estado Novo – como o modelo europeu lhe sugeria – em qualquer base partidária.

Segundo LAMONIER:

“Já se mostrou como a história dos partidos no Brasil – um percurso de descontinuidade – foi marcada pelas intromissões estatais. Nas sete formações partidárias – que o Brasil já teve, mostram Bolívar Lamonier e Rachel Meneguello – com o 2º Reinado, como a 1ª República, com a 2ª República, com a redemocratização, de 1946 até 1964, com a Emenda Constitucional n.º 5/69, com a reforma partidária de 1979 e com a reestruturação trazida pela Emenda n.º 25/85 – “com exceção da última e, parcialmente, da penúltima, as passagens de um sistema a outros sempre foram mediados pela intervenção coercitiva do Poder Central”.<sup>23</sup>

Com o golpe de 37, houve o único hiato nessa trajetória partidária. E transformando, por decreto de 30 de novembro daquele ano, os partidos políticos em sociedades culturais ou beneficentes, VARGAS não cuidou de reanimá-los.

Em entrevista coletiva à imprensa, em 1945, DULLES descreveria o nazi-facismo como sistema “caracterizado por um partido único, oficial e pelo poder absoluto do Estado sobre a vida econômica e espiritual dos indivíduos, com preconceito racial e repúdio da religião”. Segundo VARGAS, “nada disto tinha acontecido no Estado Novo”.<sup>24</sup>

A Primeira República encontrara sua maior mancha na manipulação dos pleitos, que serviam ao jogo fácil das oligarquias. Os processos fraudulentos que, no Império, haviam merecido a declaração patética de FRANCISCO BELISÁRIO SOARES DE SOUZA – “Tudo tornou-se artificial nas eleições”<sup>25</sup> – se prolongaram com o novo regime: tinham início na qualificação, com parcialidade, dos votantes, e no disputar das mesas eleitorais, e seu coroamento na verificação e no reconhecimento, em cada uma das Câmaras, dos poderes de seus membros.

## 7

### A CONSTITUIÇÃO DE 1946<sup>26</sup>

A Constituição promulgada em 18 de setembro de 1946 foi contemporânea de uma fecunda época de construção constitucional em todo mundo. Com o fim da Segunda Guerra, diversos Estados tornaram-se independentes, elaborando seus estatutos fundamentais. Outros tantos, findos os regimes ditatoriais, reordenavam suas instituições. Conforme notícia AFONSO ARINOS, entre 1946 e 1949, vinte e um países editaram novas Constituições, sem contar a América Latina, onde oito Estados inauguraram novas Leis básicas ou reformaram a fundo as existentes.<sup>27</sup>

Uma das grandes inovações da Constituição de 1946 sem dúvida foi a implantação do sistema de representação proporcional, dando mais sensibilidade à representação popular, permitindo ter uma voz, pelo menos, qualquer grupo de opinião pública. Mas favorece a multiplicação dos partidos, o que enfraquece tanto o Governo quanto às oposições.<sup>28</sup>

22 MADINSON, James. *O Federalismo*. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1984.

23 LAMONIER, Bolívar e MENEGUELLO, Rachel. *Partidos políticos e consolidação democrática. O caso brasileiro*. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 21.

24 DULLES, John W. F. *Getúlio Vargas – biografia política*. Rio de Janeiro: Renes, s/d. p. 275.

25 SOARES DE SOUZA, Francisco Belisário. *O Sistema eleitoral no império*. Brasília: Senado Federal, 1979. p. 6.

26 Obras fundamentais ao conhecimento da Constituição de 1946 são *A Constituição Brasileira de 1946*, de José Duarte e os *Comentários à Constituição de 1946*, de Pontes de Miranda.

27 MELO FRANCO, Afonso Arinos de. *As constituições brasileiras. Teoria da constituição. As constituições do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 171.

28 BALEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Constituições brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. p. 21.

Esse fato foi observado na França e na Itália, suscitando em ambos a instabilidade dos gabinetes. Ocorreu, igualmente, no Brasil, onde existiam 14 partidos políticos em 1964. nenhum Presidente, à exceção de DUTRA, foi eleito por maioria absoluta. Os pequenos partidos salvo exceções honrosas do intransigente Partido Libertador (parlamentarista), tendiam à barganha com o partido mais numeroso, do Governo.

Outro defeito dos partidos nacionais criados a partir de 1945 era a tirania das cúpulas sobre todas as seções regionais. Uma oligarquia (quando não um chefe único) de cada Estado decidia ilimitadamente das Seções Municipais e, por esse meio, das representações no Diretório Nacional e nas Convenções. Nunca se achou uma fórmula ou método para que as direções estaduais e a nacional refletissem a vontade das centenas de Seções Municipais de cada Estado. Alguns partidos pequenos tinham “donos” e vendiam até inscrições para candidaturas ao Congresso.

Até 1946, as elites mandavam e as massas ou obedeciam ou permaneciam indiferentes, senão “bestificadas”, segundo a expressão célebre de ARISTIDES LOBO em 1889. Em parte, porque prevalecia a maioria de analfabetos e miseráveis, no sentido econômico; em parte, porque os processos eleitorais anteriores ao Código de 1923 não permitiam a expressão das aspirações e interesses daquelas massas, graças à violência e à fraude.

Pela primeira vez, as eleições de 1945, apesar do voto mercenário nas zonas rurais, revelaram o peso do proletariado e das classes submédias. Isso veio produzir o aparecimento dos líderes populistas, o primeiro dos quais foi VARGAS, que capitalizou os frutos da legislação trabalhista. O segundo, naturalmente, foi PRESTES, aureolado pelas passagens heróicas de 1924 e 1926, pela chefia do PC e pela longa prisão de 10 anos de 1935-1945.

Os dois concorreram na disputa das massas de 1945 e uniram-se em 1947 entre si e com ADEMAR DE BARROS que antes derrotara naquele ano, PSD e UDN, elegendando-se Governador em São Paulo.

Revelou-se um líder eficaz, por isso mesmo violentamente combatido em São Paulo pelo PSD e pela UDN.

O populismo cedo degenerou em demagogia pura e simples. Multiplicaram-se os projetos, leis e decretos executivos para capacitação das categorias profissionais numerosas. Essa demagogia, depois do banimento do PC, coube quase que exclusivamente ao PTB, fortalecido pela posse do Ministério do Trabalho graças às barganhas com o PSD, que teve quase todos os Presidentes da República.

## 8

### A CONSTITUIÇÃO DE 1967<sup>29</sup>

A Constituição de 1967 integrou de maneira precisa os partidos políticos no sistema constitucional, não somente de maneira formal, mas ainda como reformulação do sistema partidário.<sup>30</sup>

Os partidos políticos ganharam espaço próprio no texto constitucional de 1967, qual seja, Título II, Capítulo III, em seu art. 152, determinando este, ser livre a criação de partidos políticos. Sua organização e funcionamento resguardarão a soberania nacional, o regime democrático, o pluralismo partidário e os direitos fundamentais da pessoa humana, observados os seguintes princípios:

I - é assegurado ao cidadão o direito de associar-se livremente a partido político;

II - é vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar;

III - é proibido a subordinação dos partidos políticos a entidade ou Governo estrangeiros;

IV - o partido político adquirirá personalidade jurídica mediante registro dos seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral;

V - a atuação dos partidos políticos deverá ser permanente e de âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas dos órgãos estaduais e municipais.

De acordo com o preceito contido no §1º do acima citado artigo, não terá direito a representação no Senado Federal e na Câmara dos Deputados o partido que não obtiver o apoio, expresso em votos, de 3% (três por cento) do eleitorado, apurados em eleição geral para Câmara dos Deputados e distribuídos em, pelo menos, 5 (cinco) Estados, com o mínimo de 2% (dois por cento) do eleitorado de cada um deles.

De acordo com o texto constitucional de 1967, os eleitos por partido que não obtivessem

29 Obra fundamental à compreensão da Constituição de 1967 são os *Comentários à Constituição Brasileira*, de Manoel Gonçalves Ferreira Filho.  
30 CAVALCANTI, Themístocles Brandão et al. *Constituições brasileiras*: 1967. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos. Estratégicos, 1999, p. 33.

os percentuais exigidos pelo §1º, do art. 152, terão seus mandatos preservados, desde que optem, no prazo de 60 (sessenta) dias, por qualquer dos partidos remanescentes.

Finalmente, seu §3º determinava que, resguardados os princípios previstos no *caput* do art. 152, lei federal estabelecerá normas sobre a criação, fusão, incorporação, extinção e fiscalização dos partidos políticos e poderá dispor sobre regras gerais para a sua organização e funcionamento.

Os partidos políticos submetiam-se a dupla fiscalização financeira, exercida por órgãos estatais. Competia à Justiça Eleitoral exercer fiscalização sobre os atos de gestão financeira e sobre o movimento financeiro dos partidos, aí abrangidos o recebimento, depósito, aplicação de recursos e respectiva escrituração contábil. A ação fiscalizadora da Justiça Eleitoral, contudo, não subtrai as agremiações partidárias do controle sobre elas exercido pelo Tribunal de Contas da União, referente à aplicação dos recursos oriundos do Fundo Partidário.<sup>31</sup>

### 8.1 A Emenda Constitucional de 1969<sup>32</sup>

A Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969, que entrou em vigor em 30 de outubro de 1969, não apresentou alterações substanciais em relação à Constituição de 1946 e a de 1967.

Os partidos políticos permaneceram em espaço próprio no texto constitucional de 1967, emendado em 1969, qual seja, Título II, Capítulo III, em seu art. 152, determinando este, que “a organização, funcionamento e a extinção dos partidos políticos serão reguladas em lei federal, observados os seguintes princípios:

I - regime representativo e democrático baseado na pluralidade de Partidos e na garantia dos direitos fundamentais do homem;

II - personalidade jurídica, mediante registro dos estatutos;

III - atuação permanente, dentro de programa aprovado pelo Tribunal Superior Eleitoral, e sem vinculação, de qualquer natureza, com a ação de Governos, entidades ou Partidos estrangeiros;

IV - fiscalização financeira;

V - disciplina partidária;

VI - âmbito nacional, sem prejuízo das funções deliberativas, dos diretórios locais;

VII - exigência de cinco por cento do eleitorado que haja votado na última eleição geral para a Câmara dos Deputados, distribuídos, pelo menos, em sete Estados, com o mínimo de sete por cento em cada um deles; e

VIII - proibição de coligações partidárias.

O parágrafo único do acima citado artigo prescreveu que “perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembleias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o Partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do Partido, assegurado o direito de ampla defesa.

## 9

### A CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Carta de 1988 mantém e amplia as diretrizes das Constituições anteriores, relativa aos direitos fundamentais, objeto de título próprio, que se desdobra em capítulos dedicados sucessivamente aos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, aos Direitos Sociais, da Nacionalidade, dos Direitos Políticos e dos Partidos Políticos.<sup>33</sup>

É livre a formação de partidos políticos, de caráter nacional, segundo os requisitos que a lei estabelecer.

A Justiça Eleitoral, órgão integrante do Poder Judiciário, supervisiona e coordena o processo eleitoral e a existência e funcionamento dos partidos políticos, que perante ele devem-se registrar.

O princípio da pluralidade partidária, amplamente garantido no processo de restauração democrática, de que a nova Constituição representa o ápice, vem facilitando a dispersão de correntes partidárias.

Permanece a proibição do recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes, ficando os mesmos obrigados a prestarem suas contas à Justiça Eleitoral.

É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização

31 MELO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 318.

32 BRASIL. *Constituições brasileiras*: 1967. Brasília: Senado Federal, 1999. v. 6a. p. 74-75.

33 TÁCTO, Caio. *Constituições brasileiras*: 1988. Brasília: Senado Federal, 1999. p. 28-29.

e funcionamento, devendo seus estatutos estabelecer normas de fidelidade e disciplina partidária.

Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral e terão direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.<sup>34</sup>

A vigente Constituição definiu-os como pessoa jurídica de direito privado, ao teor do art. 17, §2º. Adquirem personalidade na forma da lei civil porque são pessoas jurídicas de direito privado, devendo, pois, registrar-se no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, segundo o disposto na Lei dos Registros Públicos<sup>35</sup>, depois disso é que seus estatutos serão levados a registro no TSE.

Têm os partidos políticos direito a recursos do fundo partidário para a realização de qualquer serviço, trabalho ou empreendimento da agremiação, e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei (art. 17, §3º).<sup>36</sup>

No Brasil, com o fim compulsório do bipartidarismo, em dezembro de 1979, a Arena e o MDB foram extintos por uma lei que deu um prazo de 180 dias para a organização de novos partidos. O resultado foi que o País saltou para uma situação em que, de 1982 a 1994, nada menos que 68 partidos apareceram na cena política. Desses, 23 figuravam, em 1995, como partidos devidamente legalizados e só 18 tinham representantes no Congresso. Apenas 8 alcançaram a marca de 5% dos votos nas eleições de 1994. Hoje, 30 partidos têm registro no TSE.

Na verdade, no Brasil, a democracia competitiva só foi efetivamente exercida no período 1946/64 – época da UDN, do PSD e do PTB – e no período pós-1985. Partidos políticos precisam de tempo para sua maturação. Durante a transição democrática, o País chegou a ter grandes partidos que não participaram de nenhuma eleição, como o caso do extinto PP, que atuou em 1980/81 e depois foi incorporado ao PMDB. Após a redemocratização, poucos foram os partidos que conseguiram alcançar algum grau de inserção social. A maioria das legendas não tem qualquer identidade e só tem vida nas campanhas eleitorais. Há também o caso dos “partidos relâmpagos”, criados para dar sustentação a projetos políticos individuais, como o PRN,

fundado por COLLOR, em 1989, e o PRS de HÉLIO GARCIA, em 1990.

A fragmentação partidária no Brasil só não leva à polarização, que em outros países costuma ser sinônimo de crise e instabilidade, devido à ausência de divisões ideológicas sérias entre os partidos. O que se vê no País são arremedos de partidos com registro provisório, criados sob o argumento da liberdade de expressão e organização.

Na opinião dos estudiosos, é preciso tornar a criação de partidos algo mais sério, dificultando a proliferação de legendas que acabam servindo a outros propósitos que não o de serem agremiações políticas representativas de interesses existentes no seio da sociedade.

A Lei nº 9.096, de 1995, prevê a cláusula de desempenho – para que um partido possa ter representação no Congresso – a partir das eleições de 2010, mas há quem defenda que a vigência desse dispositivo poderia ser antecipada já para o pleito de 2002.

A legislação partidária no Brasil é considerada rigorosa e minuciosa com relação às exigências para que um partido consiga registro definitivo e, ao mesmo tempo, excessivamente liberal no tocante ao acesso dos partidos ao Parlamento e aos recursos políticos, como fundo partidário e programas na TV. Mas, na prática, as exigências estabelecidas pela legislação têm sido, muitas vezes, simplesmente ignoradas. O exemplo das eleições de 1982 é significativo. Naquele ano, a legislação exigia que, para ter representação na Câmara dos Deputados, um partido necessitava obter 5% (cinco por cento) dos votos, distribuídos por nove Estados, com o mínimo de 3% (três por cento) em cada um deles. Se fosse aplicada, a lei deixaria de fora do Congresso partidos como o PDT, o PTB e o PT, e o País voltaria ao bipartidarismo. Mais uma vez, prevaleceu o “jeitinho” brasileiro.

É preciso criar barreiras que impeçam a proliferação de pequenos partidos. Diversas democracias adotam a chamada cláusula de exclusão ou cláusula de barreira, estabelecendo o limite mínimo de votos – que pode ser nacional ou regional – que um partido precisa alcançar para ter direito a representação parlamentar. O exemplo mais conhecido é o da Alemanha, onde, para ter acesso à Câmara dos Deputados (Bundestag), a legenda precisa receber, pelo menos, 5% (cinco por cento) dos votos. Na Grécia, esse

34 MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 259.

35 Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. Lei n.º 6.015. Art. 114.

36 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional didático*. 6. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 260.

patamar é ainda maior: 17% (dezessete por cento) para os partidos e 30% (trinta por cento) para as coligações. Atualmente, no Brasil, o único instrumento que funciona como uma espécie de cláusula de exclusão é o quociente partidário, que impede que um candidato, mesmo que bem votado, seja eleito caso seu partido ou coligação não alcance determinada quantidade de votos.

As eleições de 1998 deixaram uma lição que vem sendo repetida há anos, mas, até hoje, não foi bem assimilada pela elite política do País. É a necessidade de se promover uma ampla reforma política, capaz de fortalecer as instituições democráticas e reforçar a importância do exercício da cidadania e a legitimidade dos mandatos conquistados pelo voto.

Cientistas políticos e sociólogos são unânimes ao enxergar, no atual quadro partidário, marcado pela proliferação de legendas, e na ausência de uma legislação eleitoral duradoura, um risco à estabilização da democracia brasileira.

O primeiro passo para que a reforma política fosse feita democraticamente e contribuiu-se para o fortalecimento das instituições políticas seria fazer com que o debate extrapola-se as paredes do Congresso e das Casas Legislativas, o que infelizmente não foi feito.

Certamente, não passa pela cabeça da imensa maioria dos eleitores que, em outros países democráticos, a escolha dos representantes do povo possa acontecer mediante procedimentos completamente diferentes daqueles adotados no Brasil. Quem sabe, por exemplo, que em Israel e na Holanda os parlamentares, ao invés de representar um estado ou distrito, representam todo o país? Ou que na maioria das democracias o eleitor não escolhe candidatos individuais, mas vota em listas previamente preparadas pelos partidos? Ou que na França os deputados são eleitos em dois turnos e na Alemanha um partido só poderá ter representantes no Parlamento se receber, pelo menos, 5% do total dos votos? Ou, ainda, que na Suíça um eleitor pode votar em vários nomes de diferentes partidos ou dar dois votos no mesmo candidato? Ou que na Itália uma parte dos votos é apurada nos estados e outra nacionalmente? Ou que na Inglaterra apenas o candidato majoritário de cada distrito é eleito?

Como se vê, democracia não é algo que dependa de uma fórmula específica. Há uma grande

variedade de modos de se determinar a preferência eleitoral e a vontade dos cidadãos, transformando-as em poder parlamentar. E cada um deles leva a um resultado diferente. A opção por um ou outro modelo é reflexo da estrutura social, do grau de maturidade do eleitorado, do interesse pelo processo político e, claro, dos conflitos entre as diversas facções da elite política do País. Há seis anos, o Senado constituiu uma comissão para estudar a reforma política, que já tem alguns projetos prontos e privilegia alguns itens da pauta.

## 10

### CRISE NO SISTEMA REPRESENTATIVO

Diferentemente do Estado Liberal, onde o Poder Legislativo enquanto detentor da vontade geral do povo predominava dentre os demais poderes, a partir do Estado Social, o Poder Executivo vem assumindo, cada vez mais, o papel de grande empenhedor das políticas governamentais, relegando a um segundo plano o Parlamento e, conseqüentemente, os partidos políticos, e fazendo surgir, com mais força e vitalidade, por absoluta necessidade, outros fatores da competição política. Assim, a idéia básica do Estado Liberal, onde a crença da soberania popular e da representação política permaneciam intocáveis, como instrumentos infalíveis da participação da sociedade no poder, foi afastada pela chegada do Estado Social, como bem salientado por COMPARATO, demonstrando, claramente, que diante das grandes transformações sócio-econômicas, os representantes do povo muito pouco decidem e os que decidem carecem de grande representatividade política.<sup>37</sup>

O problema central da representação política, portanto, acaba por consistir na impossibilidade de aferir-se à compatibilidade enpopular e a vontade expressa pela maioria parlamentar.

Dentre outras importantes causas, poder-se-ia apontar três primordiais para esse distanciamento entre representantes e representados: o desvirtuamento da proporcionalidade parlamentar, o total desligamento do parlamentar com seu partido político e a ausência de regulamentação na atuação dos grupos de pressão perante o Parlamento.<sup>38</sup>

A crise representativa demonstra uma maior necessidade de reaproximação do povo com o

37 COMPARATO, Fábio Konder et al. *Brasil sociedade democrática*. Rio de Janeiro: Olympio, 1985. p. 398.

38 Maurice Duverger, em relação à representação política, afirma que "o problema fundamental consiste em medir o grau de exatidão da representação, isto é, o grau de coincidência entre a opinião pública e a sua expressão parlamentar" (Os partidos políticos, p. 406).

governo, ou seja, dos representados com os representantes.<sup>39</sup>

A reaproximação do povo com o governo traz novamente à tona o combate entre as idéias de representante-delegado e representante-fiduciário. A primeira idéia consiste no mandato imperativo defendido por ROSSEAU, apontando que a soberania:

“não pode ser representada, pela mesma razão que não pode ser alheada. Consiste essencialmente na vontade geral, e esta vontade não se representa. É a mesma ou é outra, e nisto não há termo médio. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser, seus representantes, são simplesmente seus comissários que não estão aptos a concluir definitivamente. Toda lei que o povo pessoalmente não retificou é nula e não é uma lei. O povo inglês pensa ser livre e engana-se. Não o é senão durante a eleição dos membros do Parlamento. Uma vez estes eleitos, torna-se escravo e nada mais é. Nos curtos momentos de sua liberdade, o uso que dela faz bem merece que a perca”.<sup>40</sup>

A Segunda consiste na idéia de mera representação, com características bem definidas, como ressaltado por BOBBIO para quem:

“as democracias representativas que conhecemos são democracias nas quais por representante entende-se uma pessoa que tem duas características bem estabelecidas: a) na medida em que goza da confiança do corpo eleitoral, uma vez eleito não é mais responsável perante os próprios eleitores e seu mandato, portanto, não é revogável; b) não é responsável diretamente perante os seus eleitores exatamente porque convocado a tutelar os interesses gerais da sociedade civil e não os interesses particulares desta ou daquela categoria”.<sup>41</sup>

Nesse sentido, DALLARI afirma que “é indispensável que se queira, efetivamente, melhorar o sistema representativo. Como é evidente, a manutenção de falhas e dos vícios aumenta o descrédito dos corpos representativos e o conseqüente desinteresse popular pelas eleições”.<sup>42</sup>

A crise no sistema representativo faz com que haja o crescimento das reivindicações pela desburocratização das práticas e das organizações da representação política, para que os processos decisórios tendam a uma maior informalidade e participação da vontade geral. Paralelamente a essa crise das instituições políticas, desenvolve-se uma grave e séria crise das formas de trabalho, da organização econômica, das relações dos vários setores do capital, do sistema empresarial, do sistema sindical, do papel do Estado no sistema produtivo. Essas idéias somadas acabam por desaguar, inexoravelmente, na crise dos partidos, do engrandecimento dos movimentos sociais e no neocorporativismo.

A crise partidária caracteriza-se, basicamente, pela incapacidade dos partidos em filtrar as demandas e reclamos sociais e transtorná-las em decisões políticas. Conforme já ressaltado, a crescente presença do Estado na ordem econômica e o crescimento da burocracia estatal terminaram por fazer dos partidos meros indicadores de burocratas para a ocupação de cargos de relevância e não mais verdadeiros defensores dos ideais populares pelos quais seus representantes foram eleitos.<sup>43</sup>

Desta forma, o partido político deixa de constituir-se no único, e talvez deixe também de constituir-se no mais importante, coletor das aspirações populares e direcionador das decisões políticas do Estado.

Em virtude disso, FRIEDRICH, após analisar inúmeras formas de representação política, aponta seus diversos problemas e conclui pela necessidade de uma reformulação na idéia de fundar a democracia na representação política territorial - representantes/representados - entendendo necessária uma maior participação popular, por meio de grupos de pressão.<sup>44</sup>

A partir do declínio do sistema representativo político, surgem diversos grupos de participação política que, juntamente com os partidos políticos, tornam-se importantes atores da competição, pois, como lembra CAGGIANO

39 Dalmo de Abreu Dallari faz consciente análise da crise do Estado e crise de Governo: O renascer do direito, p. 96 e segs. Conferir, ainda, sobre a crise e deformação do sistema representativo: SILVA, José Afonso da, *Perspectivas do direito público*, p. 145.

40 ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O contrato social*. Tradução Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995. p. 105.

41 BOBBIO, Norberto. *O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989. p. 42.

42 Nesse mesmo sentido salienta Mônica Caggiano, ao analisar a representação política, afirmando haver necessidade de “nova abordagem da mecânica representativa, agora já não mais quanto a ótica do veículo, mas colocando sob mira precisa e direta as técnicas utilizadas no âmbito do processo pelo qual o povo intervém no jogo político, selecionando e indicando seus representantes” (CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais X representação política*, p. 02).

43 José Filomeno aponta algumas causas do desprestígio dos partidos políticos no Brasil (A construção democrática, p. 71).

44 FRIEDRICH, Carls J. *Gobierno constitucional y democracia*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p. 16 e segs.

que “o que se busca hoje, na realidade, é a identificação máxima entre sujeitos e titulares do poder, porquanto nos moldes democráticos deve restar assegurado aos próprios governados o exercício do poder político”.<sup>45</sup>

A ausência de correspondência da Democracia meramente representativa aos anseios populares, portanto, abriu caminho para a democracia participativa, onde os grupos de pressão surgem para exigir seu espaço no cenário do exercício do poder político.

Na democracia participativa é inevitável a idéia de existência de grupos de pressão que passam a dividir com os partidos políticos a participação no processo decisional. Essa maior participação eleva os custos da democracia, por provocar a politização dos diversos segmentos sociais, porém diminui os riscos externos da decisão ser afastada por ausência de legitimidade popular.

Portanto, a partir da crise enfrentada pelo sistema representativo, bem como pela acentuada substituição do Estado Liberal pelo Estado Social, deixa o partido político de ser o único ator nas decisões governamentais, passando a atuar paralelamente com as associações gerais, as associações especificamente com finalidades políticas (lobbies), os grupos institucionais (sindicatos), os grupos anônimos e a própria imprensa. A par desse ingresso da democracia participativa na tomada de decisões governamentais, valorizam-se os instrumentos de participação mais direta do povo nas decisões políticas, revitalizando-se os institutos do plebiscito, referendo e iniciativa popular de lei.

Essa constatação é confirmada por F. BADIA ao lembrar que:

“já há algum tempo, os cientistas da política vêm dispensando atenção cada vez com maior frequência e com um maior conhecimento do assunto, à influência que as forças econômicas, sociais, espirituais organizadas vem exercendo sobre todos os regimes políticos, na sua atividade legislativa e governamental, mas em especial sobre os regimes de democracia pluralista. Em anos recentes, houve uma proliferação de estu-

dos sobre essa questão, em particular nos países anglo-saxônicos e na França”, para concluir que “a cada ambiente histórico, cultural, econômico e social ou institucional, correspondem - segundo SARTORI - grupos de pressão que, em um certo sentido, serão únicos, isto é, corresponderão aos sistemas em que operam”.<sup>46</sup>

Essa evolução coordenada pela necessidade histórica de maior proximidade e participação popular na tomada das decisões políticas torna necessário o estudo dos principais atores políticos na Democracia participativa, quais sejam, os partidos políticos e os diversos grupos de pressão (associações, reuniões, lobbies, sindicatos); além do que, torna-se imprescindível a análise da nova atuação popular por meio dos mecanismos de democracia semi-direta e uma reformulação no mecanismo de atuação partidária.

## 11

### CONCLUSÃO

Os estudos a respeito dos partidos políticos não devem de forma alguma ficar restrito apenas à disciplina jurídica, mas também apontar os seus pontos de contato com as modificações partidárias não podem excluir nem as perspectivas jurídicas, nem as políticas, nem mesmo as sociais.

A institucionalização de qualquer sistema partidário não deve conter-se, apenas, dentro de suas características formais. Representando as bases eleitorais diferenciadas, os quadros partidários tem de acompanhar o dinamismo social, para que possam responder às aspirações da sociedade contemporânea.

Por fim, é preciso que saibamos inserir os partidos políticos dentro dos regimes políticos democráticos, para que eles sejam representativos das forças políticas modernas. Não devem de maneira alguma perder a influência que exercem nas grandes transformações que estão surgindo, nem mesmo deixar que os grupos de pressão e de interesses ocupem os seus lugares, pela omissão e desajuste dos mesmos. ■

45 CAGGIANO, Mônica Herman Salem. *Sistemas eleitorais x representação política*. 1997 - São Paulo: Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 06.

46 BADIA, F. *Partidos - grupos de pressão*. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987. p. 21.

## referências bibliográficas

- BADIA, F. **Partidos - grupos de pressão**. Brasília: Instituto Tancredo Neves, 1987.
- BALEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. **Constituições brasileiras: 1946**. Brasília: Senado Federal, 1999.
- BALEIRO, Aliomar. **Constituições brasileiras: 1891**. Brasília: Senado Federal, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- BOBBIO, Norberto. **O Futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987. v.1
- BRASIL. **Constituições brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal, 1999. v. 6a.
- CAGGIANO, Mônica Herman Salem. **Sistemas eleitorais x representação política**. 1997. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.
- CÂNDIDO, Joel J. **Direito eleitoral brasileiro**. 8. ed., Bauru: Edipro, 2000.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 6. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão et al. **Constituições brasileiras: 1967**. Brasília: Senado Federal, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder et al. **Brasil sociedade democrática**. Rio de Janeiro: Olympio, 1985.
- COSTA PORTO, Walter. **Constituições Brasileiras: 1937**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 1999.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O renascer do direito**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1996.
- DULLES, John W. F. **Getúlio Vargas – biografia política**. Rio de Janeiro: Renes, s/d.
- DUVERGER, Maurice. **Os partidos políticos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.
- FAGUNDES, M. Seabra. **A legitimidade do poder político na experiência brasileira**. Recife: OAB, Seção de Pernambuco, 1982.
- FERREIRA, Manoel Rodrigues. **A evolução do sistema eleitoral brasileiro**. Brasília: Senado Federal, 2001.
- FERREIRA, Pinto. **Princípios do direito constitucional**. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. v. 1.
- FREIRE, Felisberto Firmo de Oliveira. **As constituições dos Estados e a constituição Federal**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.
- FRIEDRICH, Carls J. **Gobierno constitucional y democracia**. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975.
- LAMONIER, Bolivar; MENEGUELLO, Rachel. **Partidos políticos e consolidação democrática. O caso brasileiro**. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- LIMA, Oliveira. **O movimento da independência – O império brasileiro (1821-1889)**. 2. ed., São Paulo: Melhoramentos.
- MADINSON, James. **O Federalismo**. Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1984.
- MELO FILHO, José Celso de. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 1984.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos de. **As constituições brasileiras. Teoria da constituição. As constituições do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2001.
- NOGUEIRA, Octaciano. **Constituições brasileiras: 1824**. Brasília: Senado Federal, 1999.
- POLETTI, Ronaldo. **Constituições brasileiras: 1934**. Brasília: Senado Federal, 1999.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. Tradução Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Ediouro, 1995.
- SALDANHA, Nelson. **Histórias das idéias políticas no Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Perspectivas do direito público**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- SOARES DE SOUZA, Francisco Belisário. **O Sistema eleitoral no império**. Brasília: Senado Federal, 1979.
- TÁCITO, Caio. **Constituições brasileiras: 1988**. Brasília: Senado Federal, 1999.
- TEIXEIRA, Osires. O papel dos partidos políticos no aprimoramento das instituições políticas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v.14, n. 56, p. 45-70, out./dez., 1977.



# O OBJETO DO DIREITO

Sacha Calmon Navarro Coelho\*

## sumário

1. Introdução
2. Direito, sociedade e história
3. Direito e civilização
4. Justiça e o direito progressivo
5. A perenidade do objeto do direito
6. Conclusão
7. Referências bibliográficas

## resumo

A dimensão global e totalizante do fenômeno jurídico passa, muitas vezes, despercebida. Ora, ele é visto como técnica, ora como valor.

Nenhuma dessas visões explica-o em sua totalidade. O Direito é técnica e valor, conjuntamente.

**Palavras – Chave: Direito – Técnica e Valor**

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito é a mais eficaz técnica de organização social e de planificação de comportamentos humanos. Enquanto técnica, o Direito é neutro em relação aos valores. Mas só enquanto técnica. Onde quer que exista uma estrutura de poder, democrática ou autocrática, primitiva ou sofisticada, o Direito é utilizado para organizar a sociedade subjacente e determinar os comportamentos desejáveis. Os valores dos que empolgam o poder político são utilizados para justificar as normas organizatórias e comportamentais do sistema jurídico, com ou sem o consentimento da sociedade. ficar as normas organizatórias e comportamentais do sistema jurídico, com ou sem o consentimento da sociedade.

O Direito, portanto, é datado historicamente e geograficamente situado, posto que universal, seja incipiente, seja complexo. Inexiste Direito antemporal, válido *urbi et orbi*. Braço normativo do poder político, o Direito-Sistema, entretanto, não é impermeável às reivindicações da justiça e da igualdade que se formam à sua volta e deixa-se penetrar, ao longo do devir histórico, por estes ideais. Neste sentido, costuma-se dizer que o Direito é a estrada, não sem barreiras, por onde transitam os anseios e as

determinações da justiça e da igualdade. Sua importância histórica é inelutável.

A axiologia, cada vez mais, do passado evanescente até os nossos dias e rumando para o porvir, amolda o Direito à justiça. É um movimento de baixo para cima e sempre mais rápido, à medida que a história dos homens progride no tempo e no espaço. Tessitura complexa e delicada, envolvida nas dobras do tempo, em constante mutação.

Freqüentemente atordoado pelo tecnicismo do Direito e o particularismo das normas, ou, ao revés, embevecido com os ideais de justiça, o jurista deixa de perceber a dimensão global e totalizante do fenômeno jurídico, vendo-o ora como técnica, ora como valor. Nem uma coisa nem outra, se separadas. As duas conjuntamente. É assim o Direito. É técnica e é valor.

No campo do Direito Tributário este dualismo ou este amálgama sempre esteve presente. Baleeiro, enfático, nos fazia recordar que onde quer que se erguesse um poder político, quase que como a sua sombra, aparecia o poder de tributar.

Há cerca de três séculos apenas – o *jus tributandi* e o *jus puniendi* eram atributos do poder sem peias dos governantes. Muito poder e abuso e pouca justiça. De lá para cá, o poder foi sendo limitado.

\* Sacha Calmon Navarro Coelho, Professor Titular de Direito Tributário da UFMG - Advogado

Os princípios impostos progressivamente pela axiologia do justo foram se incorporando aos sistemas jurídicos: capacidade contributiva, como fundamento para a tributação; igualdade de todos perante a lei; a lei feita por representantes do povo como único veículo para instaurar a tributação (legalidade); a descrição pormenorizada dos fatos tributáveis (tipicidade) para evitar o subjetivismo dos chefes fiscais e para garantir a certeza e a segurança dos contribuintes; a proibição do confisco por meio da tributação; a absoluta irretroatividade das leis fiscais e da jurisprudência tributária e assim por diante.

## 2

### DIREITO, SOCIEDADE E HISTÓRIA

O Direito, portanto, faz parte do estofo da história, é história. É, igualmente, um produto social. Robinson Crusoe na sua ilha, sem sexta-feira, não necessitaria do Direito por falta de intersubjetividade. Não obstante, o Direito é cultura, na medida que é produzido pela psique do homem e para os homens. Os deuses pairam acima das leis. O Direito não tem nada de natural ou divino, não provém da revelação, embora possa proteger valores naturais caros ao homem, como a vida. Procede da consciência humana e realiza os valores que emergem do social, buscando formalização e efetividade. Nesse sentido, é um produto cultural, essencialmente cultural.

Vejamos as coisas com mais vagar, juntando o fenômeno jurídico ao fenômeno humano na aventura da história. A primeira coisa que o homem faz juntamente com os seus semelhantes é produzir para viver. Produzindo, os homens convivem. O modo de conviver vai depender, então, do modo como produzem. Não são, ou foram, as sociedades “caçadoras”, diversas das sociedades “pastoras” no modo como se estruturaram?

Ao produzirem, para viver, os homens usam instrumentos, aplicam conhecimentos, inventam técnicas, agregam experiências e, em última análise, decidem sobre o tipo de relações que haverão de manter entre si. O homem é, antes de tudo, um ser-de-necessidades ou *homo necessitudinis*. Para satisfazer as suas necessidades básicas, sempre presentes, sempre prementes, tem que agir, isto é, trabalhar. Eis o *homo faber*.

Destarte, para satisfazer às suas necessidades, o homem “trabalha” a natureza, humanizando-a. Catando frutos, caçando, pescando, plantando, domesticando animais, minerando ou transformando metais, industrializando as ma-

térias-primas ou comerciando, o *homo faber* arranca da natureza sustento para a sobrevivência com o “suor do rosto”. Ao trabalhar constrói a si próprio, sobrevive.

A história nada mais é do que a história do homem e de seu fazer pelos tempos adentro. Seria impossível entendê-la, e as sociedades que sucessivamente engendrou, sem referi-las fundamentalmente às relações de produção, que o modo de produzir dos homens em cada época e de cada lugar tornou plausíveis.

As relações sociais, econômicas e culturais da sociedade primitiva, da sociedade grega, romana, árabe ou visigótica, da sociedade medieval, da sociedade capitalista, foram condicionadas por diferentes estruturas de produção. Ora, todas essas sociedades, como de resto todas as comunidades humanas, atuais e pretéritas, foram e são articuladas juridicamente. Fenômeno do mundo da cultura, o Direito está inegavelmente enraizado no social. Contudo, embora o discipline, paradoxalmente é um seu reflexo. Isto porque é radicalmente instrumental. Mas o fenômeno jurídico não se reduz ao puro instrumento normativo.

Da vida em sociedade, brota o Direito. *Ex facto oritur jus*. O “ser” e o “outro”, convivendo, realçam o social, e, por certo, do fato social projetam-se interesses, carências e aspirações a suscitar regulação. Daí valores. E são eles que fecundam o Direito. Se o Direito é dever-ser, é dever-ser de algo, já o disse Vilanova, o recifense, como a sublinhar que o axiológico não paira no ar, desvinculado da concretude da vida. Os valores não são antes etéreos ou coleção de imperativos morais, imutáveis e intangíveis, tais quais essências sacrossantas. Não são supra-humanos nem nos chegam *ab extra*. Projetam-se do homem-na-história, do homem concreto, de um estar-aí-no-mundo-com-os-outros. Das necessidades às aspirações e, daí, às normas.

Assim, se o Direito está na norma, por certo brotou do espaço cultural de cada povo com as suas aspirações e os seus valores, epifenômenos da experiência social, nucleada à volta do processo de reprodução da vida humana. Ocorre que os critérios e valores que informam historicamente a construção das “legalidades vigentes” trazem a marca dos interesses concretos, até mesmo conflitantes, que do fundo mais profundo da sociedade emergem à luz colimando “formalização” e “juridicidade”. Trata-se, então, de dar “forma”, “eficácia” e “vigência” a

prescrições que se reputam “certas” e “necessárias” à convivência humana e à “ordem pública”.

Tudo isso é feito através de “instituições” que repassam para a ordem jurídica os conflitos de interesses existentes no meio social. O Estado, assim como o Direito, são instrumentos de compromisso. Por isso mesmo se diz que o Direito é um “fenômeno social”, um fenômeno de “acomodação”. Há sempre uma relação de coerência entre Sociedade e Direito.

A cada sociedade corresponde uma estrutura jurídica. O Direito da velha Atenas não serviria, pois é intuitivo, à moderna sociedade americana. Uma sociedade cuja estrutura de produção estivesse montada no trabalho escravo – o que ocorreu até bem pouco tempo – não poderia, sequer, pensar em capitalismo e, conseqüentemente, em viabilizá-lo através de um Direito do Trabalho baseado no regime de salariado.

Sem dúvida, o homem é quem elabora os sistemas sociais e o próprio Direito, e isto lhe é dado fazer porque é dotado de inteligência, consciência e vontade. No mundo cultural, nada sucede a não ser através do psiquismo do *homo sapiens*. Mas, antes dele, há o *homo faber* e, antes deste, o *homo necessitudinis*. O espírito humano não vive no vazio nem retira do éter juízos, idéias e planos. Ao organizar a sociedade e o Direito, o homem não opera desvinculado da realidade.

Quem pensa, e age, e constrói o mundo cultural, o mundo do Direito, é o homem, não o “homem-em-si”, mas o homem real, o homem concreto. O “eu”, já o disse o jusfilósofo<sup>1</sup>, “é uma relação”, “relação com o mundo exterior, com outros indivíduos. O Eu é como um sino: se houvesse o vácuo social em torno dele, nada se ouviria”. E mais: “Cultural na sociedade é, portanto, sua própria organização. A organização é obra do homem cujo ser, cuja alma, cujo pensamento se expressam no conjunto de relações que dele fazem um primitivo, um bárbaro, um grego, um romano, um medieval, um tipo da Renascença ou da sociedade industrial moderna ou um proprietário, um escravo, um servo ou um proletário”. O pensamento humano e seus pro- produtos culturais são, desde sempre, “produtos sociais”. A capacidade de trabalhar por meio de conceitos não só forneceu ao homem instrumentos eficientes de se resolverem pro-

blemas práticos, como transplantou a vida mental do plano sensorial para o mundo de símbolos, idéias e valores.

A idéia de Direito liga-se à idéia de conduta e de organização. O Direito valoriza, qualifica, atribui conseqüências aos comportamentos em função da utilidade social sugerida pelos valores da sociedade a que serve. Para o Direito – instrumento de organização – a conduta é o momento de uma relação entre pessoas (relação intersubjetiva), e não o momento da relação entre pessoa e divindade ou sua consciência, seu foro íntimo.

Seu problema específico é estabelecer a legalidade fornecedora dos critérios através dos quais é possível às pessoas produzirem, disporem e gozarem dos bens, dirimirem conflitos sociais e interpessoais, inibirem ações indesejáveis e punirem transgressões. “A ordem jurídica é o sistema de legalidade do Estado, expresso no conjunto de normas existentes.”<sup>2</sup> O Direito é uma testemunha dos tempos. A análise das “legalidades vigentes” permite retratar as sociedades humanas em todos os seus planos e aspectos.

Tudo quanto dissemos, bem o sabemos, não é novo. Mas há algo que é preciso realçar. Algo extremamente duro e dramático. A história da humanidade, de um modo geral, tem sido, desde sempre, da barbárie aos nossos dias, uma sucessão incessante de traumas, desigualdades, conflitos, destruição e morte. Por toda parte em todo tempo, apesar de um contínuo progresso no domínio das ciências e das técnicas, dor, sangue e sofrimento, juntamente com um desejo ardente e sempre renovado de superar a precariedade da condição humana, têm sido a sina e a meta da humanidade. Esta luta entranha-se no próprio estofa da história: luta de homens, de raças, de classes, de povos. Não é só a humanidade que é partida. As sociedades e o homem também o são.

O Direito, enquanto ordem positiva, reflete, tem refletido, o que lhe vai pela base. Ele é a prova acabada da nossa imperfeição. Instrumento de disciplina das coletividades, através da planificação prévia dos comportamentos desejáveis, tanto tem servido a Agostinho e a sua *Civitas Dei* quanto a Hitler e o seu Reich de mil anos com igual eficácia. Este seu caráter instrumental – técnica aperfeiçoada que é de obtenção

1 LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*, Rio de Janeiro: Bastos, 1962, p.15, 55.

2 LIMA, Hermes. *op. cit.*, p. 38.

de comportamentos – tem levado os juristas, com desespero, a gritar que o Direito preexiste ao Estado, sua fonte, e que existe à margem e até mesmo contra a lei, seu veículo. E, por isso, “nem tudo que é legal justo é”. Por certo, tiranias e injustiças do pretérito e do presente, a leste e a oeste, sustentam este grito. O Direito jamais foi sinônimo de justiça.

A lei tem sido aqui e alhures, agora como antanho, mais um instrumento de reprimenda do que de libertação. As “ordens positivas” são feitas pelos “donos do poder”, pouco importando a ideologia que professem. Tem sido necessário, pois, gritar a existência de um Direito natural, anterior e acima do Estado. Só que este Direito não é reconhecido pelos tribunais, não regula o dia-a-dia dos homens, nem jamais estancou a opressão e o arbítrio. É e tem sido sempre, literalmente, um grito de revolta destituído de positividade. Quando muito, serve de padrão para dizer como o “Direito-que-é” deveria ser. Temos a convicção de que a justiça é algo que se coloca para lá das “legalidades vigentes”<sup>3</sup>.

A *civitas maxima*, reino da abundância e da liberdade, noticiada pela escatologia cristã e marxista, se algum dia vier a ocorrer sobre a face do planeta, não ocorrerá *ex lege*.

Apostar na *civitas maxima* é apostar naquilo que de melhor a humanidade pode oferecer. Todos aspiramos à justiça. Todos ansiamos pela racionalidade na organização da vida e das sociedades. Todos nos comovemos com a fé dos que crêem no homem e no fim dos tempos.

Seremos uma só humanidade, o lobo pastará com o cordeiro, e o Direito se confundirá com a justiça. Este ideal esteve na boca de todos os profetas e persiste seduzindo nossos espíritos. Contudo, não será crendo ou filosofando que acrescentaremos gramos de justiça ao dia-a-dia das gentes. Esta só virá em função da luta dos próprios interessados.

Em suma, a justiça não vem nunca de quem aplica a lei, mas de quem a sofre. A solução está fora do Direito, por isso que está na história, na *praxis*. Quanto mais se lute para que mais livre, igualitária e digna seja a “base da sociedade” – lá onde os homens produzem para viver – mais justa ela será, e mais justo será o Direito.

Lewis H. Morgan<sup>4</sup>, sociólogo, antropólogo e historiador norte-americano, depois de de-

dicar toda a sua vida ao estudo da sociedade e do progresso humano, tanto que intitulou a sua obra-prima de Investigações Sobre o Progresso Humano Desde o Estado Selvagem Até a Civilização Através da Barbárie, à altura da página 497 do seu monumental livro, dá-nos o seu julgamento da história e da civilização: “Desde o advento da civilização, chegou a ser tão grande o aumento da riqueza, assumindo formas tão variadas, de aplicação tão extensa, e tão habilmente administrada no interesse dos seus possuidores, que ela, a riqueza, transformou-se numa força irreduzível, oposta ao povo. A inteligência humana vê-se impotente e desnorteada diante de sua própria criação.

Contudo, chegará um tempo em que a razão humana será suficientemente forte para dominar a riqueza e fixar as relações do Estado com a propriedade que ele protege e os limites aos direitos dos proprietários. Os interesses da sociedade são absolutamente superiores aos interesses individuais, e entre uns e outros deve estabelecer-se uma relação justa e harmônica. A simples caça à riqueza não é finalidade, o destino da humanidade, a menos que o progresso deixe de ser a lei no futuro, como tem sido no passado.

O tempo que transcorreu desde o início da civilização não passa de uma fração ínfima da existência passada da humanidade, uma fração ínfima das épocas vindouras. A dissolução da sociedade ergue-se, diante de nós, como uma ameaça; é o fim de um período histórico – cuja única meta tem sido a propriedade da riqueza – porque esse período encerra os elementos de sua própria ruína. A democracia na administração, a fraternidade na sociedade, a igualdade de direitos e a instrução geral farão despontar a próxima etapa superior da sociedade, para a qual tendem constantemente a experiência, a ciência e o conhecimento. Será uma revivescência da liberdade, igualdade e fraternidade das antigas gens, mas sob uma forma superior”.

### 3

## DIREITO E CIVILIZAÇÃO

Que esta divagação filosófica sobre as atmosferas jurídicas que envolvem o mundo não obscureçam o objeto do Direito, na área do prag-

3 Não obstante, os valores que se formam no tecido social “penetram” o Direito posto, influenciando na aplicação das normas, conferindo-lhes valências novas.

4 MORGAN, Lewis H. *La sociedad primitiva*, tradução de Alfredo Palacios, México: Pavlov, 1977, p. 32.

mático, como veremos daqui ao final do capítulo. Qual é, ao cabo, o objeto do Direito?

É a organização da sociedade e das condutas humanas. O Direito é a mais aperfeiçoada técnica de controle social, se considerarmos a Moda, a Religião e a Moral, que também são sistemas normativos, indutores e inibidores de comportamentos humanos. Linhas atrás vimos o Direito na história. Agora, cumpre compará-lo com outros sistemas normativos e mostrar como funciona e como se reparte para reger a vida humana. Antes, falemos sobre outros sistemas normativos.

A Moda uniformiza modos de fazer, dizer, vestir, comportar-se, acendrando o sentimento grupal. Atua mediante o juízo de depreciação. Aquele que estiver fora dos padrões da Moda é malvisto, depreciado. Mas a Moda como técnica comportamental é frágil, apenas um ensaio de norma sobre como devemos nos comportar.

A Moral já é mais intensa de conteúdo e efetividade. A Moral, grave, não é fútil como a Moda. É já sistema, possui princípios, incorpora a experiência vivida pelo grupo, convence mais, reprime mais. O típico da Moral é entrar no imo do homem, introjetar-se, atuar sobre a consciência, trabalhar a idéia do bem e do mal, elevar ou atormentar o espírito. É, contudo, subjetivismo puro, relação do homem consigo mesmo, com a sua consciência (que não nasceu com o homem, foi-lhe imposta pelo grupo onde nasceu e foi educado). Varia como a Moda, a Religião e o Direito no tempo e no espaço.

O homem deve comportar-se como a Moral recomenda e sofrer quando transgredir os seus ditames. Dostoiévsky foi, talvez até mais do que Shakespeare – preocupado em expor as grandes paixões: o amor, o ciúme, o poder, a inveja –, o escritor que mais aprofundou os dramas da consciência humana, em obras densas como *Os irmãos Karamazov* e *Crime e castigo*. Mas a sanção moral é interior. Preocupa-se com as intenções e pune com o remorso. Suas cadeias são as da alma. O seu grau de normatividade é extremamente superior ao da Moda.

As religiões trabalham – supondo sempre o livre-arbítrio – para obter comportamentos desejáveis e coibir os indesejáveis, com um sistema de recompensas *post mortem*. Se me comporto bem, ganho o céu; se me comporto mal, destino-me ao inferno, embora exista a possibilidade de redenção no purgatório ou, então, pela repetição de vidas.

Descumprir os preceitos religiosos básicos significa condenar-me a sucessivas reencarnações ou não perceber, ou demorar a perceber a beleza do Todo em seu eterno vir-a-ser. A Religião é normativa, por isso predetermina os comportamentos que deseja ou rejeita. O “de onde venho”, “para onde vou” e “como me situarei depois da morte” – campo de eleição de toda metafísica – é o terreno onde fincam pés as religiões, fortes sistemas normativos, mormente no mundo da tradição judaico-cristã, ou seja, as civilizações do Oriente Médio e ocidentais.

Nas sociedades mais antigas, os sumos-sacerdotes, quase sempre, como ocorreu inclusive com os papas, empolgaram o poder político. Estado e Religião viviam amalgamados. Os preceitos morais estavam embutidos nos mandamentos da Religião, e esta, freqüentemente, continha códigos jurídicos. Os Dez Mandamentos, com o “não matarás”, “não roubarás”, “não desejarás a mulher do próximo”, já não são codificação jurídica? O “honrarás pai e mãe” já denota a indução da moral utilitária. Entre os humanos “prestantes”, é preciso cuidar e venerar os velhos “imprestáveis”. Onde falha o amor solidário reentra o dever moral.

Confúcio fez da veneração aos idosos o pilar da moral chinesa clássica. Os historiadores do Direito ou os arqueólogos jurídicos dizem que em Roma houve um tempo em que não se distinguia a *Lex* (Lei dos homens) da *Fas* (Lei divina). Sófocles, na peça teatral *Antígona*, a seu turno, mostra o conflito entre preceitos religiosos e normas jurídicas antinaturais. A separação entre a Igreja e o Estado (o Estado laico) é recente. É mais recente, ainda, a renúncia das igrejas em exercer o poder temporal. O catolicismo da Inquisição era poder político na real acepção do termo. E, até hoje, os aiatolás islâmicos pensam governar em nome de Deus, aplicando os mandamentos do Corão em lugar dos códigos laicos. De qualquer modo, a Religião atua a partir de sanções prometidas após a morte.

O Direito é mais prático. A sanção dá-se aqui, agora. Tira-se a vida, a liberdade, os direitos, o dinheiro dos infratores que desobedeceram às suas prescrições. O Direito, tampouco, se preocupa com os dramas de consciência. As intenções-em-si são irrelevantes, pois o que lhe interessa, verdadeiramente, são as condutas humanas, as prescritas e as proibidas. O Direito descreve condutas e prescreve os efeitos que delas podem advir. Faz isso o tempo todo, em

todos os tempos. Planifica instituições e comportamentos humanos, regendo o convívio social.

Freud, com a sua notável intuição em compreender o homem como *id* (o homem que busca prazer e satisfação a partir dos impulsos de sua estrutura biopsíquica) e como *ego* (o homem educado que concilia os impulsos com as conveniências comportamentais e que lhe foram introjetadas pela educação familiar, moral e religiosa – superego), penetrou profundamente na alma humana, tão machucada pelos querereres do corpo e pelas proibições sociais, morais e religiosas. Pode até ter desnudado a hipocrisia moral, iniciando a análise do inconsciente humano, e se apiedado do homem, colhido nas malhas das organizações sociais repressoras, mas não alterou em nada o Direito, impassível na sua eterna missão de planejar e punir comportamentos.

De resto, foi um discípulo de Freud, ademais filósofo e sociólogo, quem mais aprofundou este antagonismo entre o homem-natural e o homem-social. Refiro-me a Marcuse e a sua obra intitulada *Eros e Civilização*, onde demonstra que o processo civilizatório se faz às custas do sacrifício do homem, de todos os homens. Opõe o “princípio do prazer” (em si bom) ao “princípio da realidade” (em si necessário ao processo civilizatório). Civilizar é reprimir. Mas não é só reprimir. Pode ser também espiritualizar, como veremos. Ora, o processo educativo, civilizatório do homem, como ser-social, é feito a partir do que? Da Moda, da Moral, da Religião e do Direito, este a mais alta e eficaz técnica de planificação de comportamentos humanos.

#### 4

### JUSTIÇA E O DIREITO PROGRESSIVO

Até aqui, além de aflorar algumas esperanças humanas quanto à justiça, à igualdade, à dignidade, a ênfase mais intensa ficou na caracterização das sociedades humanas como que submetidas a estruturas normativas, dotadas de regras coercitivas destinadas a conformar as nossas ações aos padrões tidos como desejáveis. Ficou a impressão de que a Moda, tão fútil; a Moral, tão importante; a Religião, sem dúvida essencial, e o Direito, absolutamente necessário, são sistemas radicalmente repressivos. De fato, sempre foram e ainda o serão por muito tempo. Pode-se dizer, sem medo de errar, que a civilização é repressora; no dia em que não mais o for teremos atingido a parusia.

É chegada a hora, então, de introduzir o tempo nesta questão. Tirante a Moda, a Ética nos aperfeiçoa, a Religião pode nos elevar a alma e o Direito pode ser libertário antes que liberticida ou garantidor de privilégios. Tudo depende do tempo, do modo e do uso dos sistemas normativos, todos eles inevitavelmente instrumentais. O Humanismo, como o concebeu Mounier, pode perfeitamente colocar todos estes sistemas normativos a serviço dos valores caros e das aspirações legítimas dos seres humanos. E, se houvesse tempo, falaríamos sobre Estética, essa dimensão quase divina do homem. A ambigüidade dos sistemas normativos, por mais paradoxal que pareça, tem sido constante ao longo da história e nem poderia ter sido diferente.

De um lado, explicam o conteúdo prático, organizacional, que encerram. De outro lado, revelam o homem e seu idealismo, sua saga em busca do justo, do bem e do belo (que a beleza também é reprimida ou “usada”).

Por mais desalentador que nos pareça o fim do milênio, estamos melhor do que antes, e tudo aponta para o alto. Seria imprudente não ver que a Moral egoísta e utilitária (“não faça aos outros aquilo que não queres que te façam”) deixa pouco a pouco de se basear no dever para se firmar no amor.

Compte Sponville, autor do mais importante livro sobre a Ética neste fim de século, nos faz ver maravilhados que a Moral, ao invés de constranger, pode nos tornar felizes, até mesmo sem religião. O seu livro se intitula *O Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*, e o cerne da sua pré-dica escora-se em uma máxima, profunda e bela: “o que fazemos por dever não fazemos por amor, e o que fazemos por amor não fazemos por dever”.

O Amor é, então, a maior de todas as virtudes.

Quanto à Religião, foi preciso esperar a teologia do amor e do perdão contra a da culpa e do castigo para se entender o fenômeno religioso mais como alegria pessoal do que como estrutura implacável de poder normativo com base em ameaças. Teilhard de Chardin, que foi cientista e teólogo católico, jamais negou que nós somos o elo final e pensante da evolução das espécies e que nossos corpos e mentes resultam da primeira molécula surgida no planeta no dealbar da vida, depois de longo processo evolutivo.

Nem por isso deixou de ver, na evolução, uma formidável epopéia; viu o mais complexo

surgindo do mais simples e o espírito resultando da carne num plano majestoso, cuja razão humana, imersa em profunda vertigem, não explica, mas a alma pressente: a caminhada da consciência para o ponto ômega, para Ele que, fora do tempo, funda o homem e a história. Haverá um tempo em que igrejas e doutrinas morais e religiosas serão, talvez, desnecessárias, e o homem estará como o centro de todas as coisas sob a proteção do Absoluto. É o que prometem todas as escatologias.

Mas o que estará reservado ao Direito? Qualquer olhar que lancemos ao passado, já vimos, nos deixa lívidos de pavor: penas infamantes, torturas, arbítrio, medo, angústia, as galés. Grandes são as diferenças entre os direitos de antanho e os de hoje. A escravidão e a desigualdade eram comuns. O tributo, castigo e opressão, poder do governante.

O processo, tosco; a justiça, parcial; o sistema de provas, irracional. Até mesmo em Roma, sede primeira da ciência jurídica, houve um tempo em que o credor podia lançar as mãos sobre o devedor, reduzi-lo à escravidão ou jogá-lo do alto da pedra terpéia para que morresse à vista de todos.

É verdade que, hoje em dia, e por toda parte injustiças sociais e leis injustas nos fazem descreir do homem. A condição feminina, para não nos alongarmos noutras injustiças, mormente no Oriente, em que pesem todos os avanços, é, ainda, profundamente discriminatória, para dizer o mínimo. Os direitos das minorias, quando não são objeto de desprezo ou mofa, sequer são reconhecidos. Racismo e misérias humanas parecem indiferentes ao Direito, que muita vez até os estimula. A África do Sul e o Sr. Mandela. E o que dizer dos direitos dos que não conseguem ser heterossexuais? Tudo isto, no entanto, está em mutação. Como linhas longamente convergentes destinadas a se unirem em algum ponto do futuro, Direito, Justiça e Igualdade finalmente serão um plexo pleno e inextrincável.

Por isso os juristas, os operadores do Direito, que é ciência e arte, devem ser pessoas de fé, cientes de sua missão. Devemos servir aos valores humanos: liberdade, pluralismo, humanismo, a pessoa como centro de respeito (todas as pessoas), dignidade, igualdade, verdade e paz, acima de povos, raças, credos, religiões e pátrias. A missão do jurista, a par de conhecer o Direito, é introduzir nos sistemas jurídicos a

axiologia do justo e do igual em escala planetária. Não estaremos fazendo nada sublime, apenas uma tarefa cotidiana. É hora de encerrar esta parte citando dois grandes juristas, à guisa de síntese de tudo quanto foi dito sobre a ambigüidade do Direito, a um só tempo opressão e caminho para a liberdade e a justiça.

“A Ciência do Direito é a ciência do Direito positivo. O conhecimento jurídico dirige-se a estas normas que possuem o caráter de normas jurídicas e conferem a determinados fatos o caráter de autos jurídicos.”<sup>5</sup>

A perspectiva aí é absolutamente positivista. O objeto da Ciência do Direito é a norma jurídica (qualquer norma de qualquer sistema jurídico, legítimo ou não em sua formação, justo ou não em seu conteúdo).

Expressivo, portanto, o título do livro: Teoria Pura do Direito. Mas vimos que o Direito vem de envolta com a história e as suas tormentas, numa busca obstinada de igualdade, segurança e justiça.

“O Direito é, essencialmente, um esforço humano no sentido de realizar o valor justiça. Essa dimensão ideal existe na norma jurídica. Pois, a norma não se reduz a uma mera forma de relacionar atos, com total indiferença para o valor. Se a norma é dever-ser, é dever-ser de algo.”<sup>6</sup>

## 5

### A PERENIDADE DO OBJETO DO DIREITO

É chegada a hora de encarar de frente o objeto do Direito em bases científicas. Carlos Cossio disse que:

“En la conducta en tanto que ética ya hemos dicho que ella se especifica como derecho tomando por principium divisionis la interferencia de las acciones humanas: si consideramos la conducta em su interferencia subjetiva estamos frente a la moral; si consideramos em su interferencia intersubjetiva estamos frente al Derecho. Es claro, pues, que el Derecho es conducta y que, por lo tanto, en el está, porque él es, la libertad metafísica, aunque fenomenalizada desde la particular estructura de la interferencia intersubjetiva de las acciones humanas. El Derecho es así, plenaria vida humana considerada desde este angulo particular.”<sup>7</sup>

5 KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4. ed., Portugal: Coimbra, 1996, v. I, p. 7.

6 VILANOVA, Lourival. *Sobre o conceito de direito*. Recife: Imprensa Oficial, 1958, pp. 85-6.

7 COSSIO, Carlos. *Teoria egológica del derecho. El Concepto de Libertad*. 2. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964, p. 658-659.

## 6

## CONCLUSÃO

Duas observações devem ser feitas:

A) a primeira é a de que Cossio diferencia o objeto do Direito e da Moral a partir da conduta humana (eis que dotado o homem de liberdade). Diferencia-os pelo dado da interferência das condutas ou das ações humanas. Se há intrínco, interação, interferência, intersubjetividade, há Direito. Se a conduta refletir-se ou for valorada só na consciência, temos a Moral;

B) a segunda é a de que Cossio confunde o objeto do Direito com o objeto da Ciência do Direito, ou seja, do Direito já agora como objeto do conhecimento e não mais como técnica de planificação de comportamentos humanos.

Emmanuel Matta<sup>8</sup> com acerto, diz que o Direito é previsão de condutas e não a conduta em si. "... se o Direito fosse realmente conduta humana, bastaria a proibição do homicídio para que não se praticasse nenhum homicídio." Adverte Henkel: "... o direito não é meramente um plano ou proposta de comportamento, mas sim exigência de determinadas condutas"<sup>9</sup>.

De resto, não se pode olvidar que: "... um direito desarmado, desprovido da possibilidade de dirigir e executar atos de força contra aqueles que não cumprem suas prescrições, só poderia ser um direito simplesmente pensado ou projetado, ou melhor, um direito derogado, ou seja, em todos esses casos, um não direito"<sup>10</sup>.

Acrescentamos que é necessário distinguir a existência da norma e o seu atendimento pelo destinatário. O objeto do Direito é organizar as instituições e planificar os comportamentos humanos mediante normas jurídicas. A questão de a norma ser obedecida ou não é outra questão, corriqueira, normal, previsível. Por outro lado, o objeto do jurista não é, em consequência, conhecer ou estudar a conduta humana, mas sim o Direito regrador dessa conduta. O objeto do jurista é o conhecimento das normas jurídicas.

Diversa, ainda, é a questão da valoração das normas e dos comportamentos envolvidos tendo em mira a sua aplicação. Esta é uma função a cargo dos aplicadores do Direito, os juízes<sup>11</sup>, que em nada interfere com a questão ora em análise, ou seja, o objeto do Direito, que é reger os comportamentos humanos. Nem mais, nem menos. Veja-se a história. Alguém já viu sociedade ou governo, certo ou errado, totalitário ou democrático, sem ordem jurídica? O Direito-Sistema serve a todos os senhores e a todos os propósitos.

Por outro lado, não resta dúvida de que a liberdade do homem, a "liberdade metafísica" a que se refere Cossio, impulsiona as condutas, só que o Direito as classifica e lhes atribui as devidas consequências, segundo os padrões de cada época e de cada Estado, de acordo com os valores ou desvalores predominantes. O que não varia é a técnica jurídica e a fundamental diferença entre leis, normas e proposições jurídicas a respeito das normas. ■

## referências bibliográficas

- LIMA, Hermes. **Introdução à ciência do direito**. Rio de Janeiro: Bastos, 1962.
- MORGAN, Levis H. **La sociedad primitiva**, Tradução de Alfredo Palacios. México: Pavlov, 1977.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**, 4. ed., Portugal: Coimbra, 1996, v. I.
- VILANOVA, Lourival. **Sobre o conceito de direito**. Recife: Imprensa Oficial, 1958. p. 85-60.
- CASSIO, Carlos. **Teoria egológica del derecho. El concepto de libertad**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.
- MATTA, Emmanuel. **Realismo da teoria pura do direito (tópicos capitais do pensamento Kelseniano)**. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1964.
- HENKEL. **Introducción a la filosofía del derecho**. Madrid: Taurus, 1968.
- DERECHO, derobediencia y justiça. Valparaíso: Edeval, 1992.

8 MATTA, Emmanuel. *Realismo da teoria pura do direito (tópicos capitais do pensamento kelseniano)*. Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1964, p. 103.

9 HENKEL. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Taurus, 1968, p. 152, 160.

10 DERECHO, *desobediencia y Justicia*. Valparaíso: Edeval, 1992, p. 113.

11 O papel dos intérpretes e aplicadores do Direito, no processo de aplicação das regras de Direito à vida ou às situações concretas – fato e norma – bem como a compreensão que se possa deles ter é assunto fascinante. Muita vez, ou melhor, frequentemente, o Direito segue mudando em razão da sua própria aplicação. Isto, todavia, é Direito Positivo, eis que Direito Positivo não é sinónimo nem de dogma nem de imutabilidade.



# A PROPOSTA PEDAGÓGICA DE LUIS ALBERTO WARAT PARA O ENSINO DO DIREITO

## AS DENSIDADES COMO ELEMENTOS PARA A LEITURA

Alexandre Walmott Borges\*

### sumário

1. Introdução
2. Densidades
3. Densidade Teodoro
4. Densidade Vadinho
5. Densidade Dona Flor
6. Referências bibliográficas

### resumo

O presente artigo traz a ilustração das obras de Luiz Alberto Warat sobre o ensino do Direito, procurando utilizar as suas categorias referenciais sobre os desafios epistemológicos, metodológicos e políticos para a criação de novos parâmetros do ensino do Direito. O texto busca apresentar ao leitor uma terminologia inovadora e informalizada da temática abordada.

### 1 INTRODUÇÃO

Procuramos no presente texto classificar as preocupações de Luis Alberto Warat sobre o ensino jurídico, sua proposta pedagógica para o direito. O texto é uma navegação pelos *mares repletos de surpresas* de um dos autores mais importantes para o moderno ensino do direito. É uma aposta na criatividade, na possibilidade de compor ao mesmo tempo em que se decompõe. Para aqueles que nunca travaram contato com os livros de Luis Alberto Warat o texto parecerá hermético, intrincado. O objetivo principal é realmente despertar a curiosidade. Com algumas categorias utilizadas na obra waratiana, o leitor se lançará, inevitavelmente, ao compulsar de toda a sua obra.

### 2 DENSIDADES

O problema a enfrentar para qualquer classificação é existência de um fio condutor na obra de Luis Alberto Warat - em sua abundante produção, em sua complexa escrita pontilhada por

uma soberba carga de reflexões e insinuações. As insinuações apresentadas em seus textos parecem ter a deliberada intenção de romper com os cânones assentados pelo discurso jurídico dominante. Essas insinuações podem ser descritas como a relação desafetada e íntima com que o leitor é tratado. Não conduzem ao banal ou ao monólogo auto-suficiente e persuasivo. A relação desafetada possibilita o relaxamento na leitura. A intimidade conduz o leitor à situação de cumplicidade com o escriba. As reflexões surgem nas ondas das duas grandes insinuações. Não há o compromisso com a linearidade e sim com temas que explodem em momentos alternados. Um maior distanciamento entre os temas e o autor poderiam torná-los uniformes, dogmaticamente arranjados, fáceis de dispô-los em esquemas compreensivos, objetivos. A ligação um bilical entre o texto e o autor porém não autorizam tais reduções. As insinuações acabam por conduzir o leitor a reflexões que não se prestam a construções modulares, aos arranjos, colocam, isso sim, leitor e autor lado a lado, como co-autores.

Quem trabalha com o *livro de areia* deve aceitar o risco de dominá-lo com os seus olhos e

\* Alexandre Walmott Borges, Mestre em Direito, Doutorando do CPGD - UFSC, Professor da Universidade de Uberaba, do Centro Universitário do Triângulo - UNIT, Advogado, Diretor do Instituto de Estudos Jurídicos Contemporâneos - IJCON.

com a sua construção, participando da obra final<sup>1</sup>. As contribuições das reflexões de Luis Alberto Warat sobre o ensino jurídico são por nós apropriadas para as considerações sobre as margens em que poderão ser perseguidas as utopias do ensino do direito no momento. Tentar esquadrihar um fio condutor homogêneo coloca-nos diante do risco do reducionismo. Melhor entender que captamos certas densidades que sugerem reflexões sobre o ensino jurídico<sup>2</sup>. Aproveitamos as personagens de *A ciência jurídica e seus dois maridos* para reunir as densidades em três grandes pontos: a) a densidade de *Teodoro*, b) a densidade de *Vadinho* e c) a densidade de *Dona Flor*<sup>3</sup>. Cada densidade possibilita a reunião complexa de reflexões sobre o ensino jurídico. As densidades apenas mostram alguns graus de concentração na obra que não comporta divisões reducionistas - não são a bastidão de pontos isolados e sim os temas recorrentes.

### 3 DENSIDADE TEODORO

Há uma matriz comum - tradicional - do ensino jurídico. As escolas de direito brasileiras nasceram sob a égide do jusnaturalismo. Serviram no século XIX à formação da elite da burocracia brasileira, embebidos dos ideais do liberalismo, fornecendo os elementos para a formação do Estado recém-soberano. De 1872 em diante, as rupturas teóricas com o jusnaturalismo comecem a despontar com o juspositivismo, especialmente os trabalhos de Tobias Barreto e a

escola do Recife. Da proclamação da República até a década de setenta, o ensino jurídico brasileiro oscilou entre as duas escolas e seus deslocamentos teóricos<sup>4</sup>. Em síntese apertada, podemos afirmar que as matrizes teóricas dos cursos jurídicos nacionais acabaram produzindo um mesmo resultado: um ensino de baixa qualidade, desgarrado da realidade social.

O jusnaturalismo e o positivismo acabaram por insular o ensino do direito da realidade complexa da sociedade brasileira. O segundo trabalhando com dogmas de um direito estatal onipresente e articulado dentro de parâmetro de uma cultura dominante de consenso - aquela dos grupos dominantes encastelados no poder. Chocado pela impossibilidade de dar respostas às cambiantes transformações do mundo, incapaz de conviver com a pluralidade, o modelo positivista perdeu a prudência de trabalhar com as normas postas historicamente para encenar o discurso fantoche do dominante - ilegítimo, excludente e autoritário em muitos casos. O jusnaturalismo atou-se à dimensão universalista do direito. O universal aí bate de frente com o plural, é o universal de um centro que avoca a si a essência do justo e trabalha as transformações como movimentos subordinados ao plano transcendente - atemporal<sup>5</sup>.

Os modelos de ensino jurídico paridos pelo positivismo legalista e jusnaturalismo cristalizavam-se em transcendências<sup>6</sup>, estereótipos do professor do curso de direito. Um mestre que *habitava o Olimpo* do saber, inacessível aos *mortais alunos*; *Messias* que conduziria seus

- 1 "Lembro ao leitor que esse livro de areia foi imaginado com uma natureza tal que, quando alguém voltava a ler alguma de suas páginas, estas já diziam outras coisas. (...) O livro de areia é o livro da autonomia. Nele consegue-se inserir a história com uma certa margem de participação." WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. 58.
- 2 Essas concentrações servem para o autor discorrer sobre o ensino jurídico utilizando as obras de Warat usando os seguintes momentos da obra de Warat: 1) já foi exposta por Dilsa Mondardo que os dividiu da seguinte maneira: 1) técnico-instrumental e antidogmático, 2) epistemológico, 3) político-afetivo, 4) da carnavalescação do ensino e do discurso jurídicos e 5) psicanalítico. São momentos "porque mostram os cinco deslocamentos mais significativos, em termos de pedagogia e filosofia, no discurso waratiano". MONDARDO, Dilsa. *Vinte anos rebeldes: o Direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat*. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas - especialidade Direito). Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Florianópolis, 1992. p. 5 - 6. A autora aceita que os momentos que utiliza são mais referências temporais que possibilitam a organização do material. Ibid., p. 65-66
- 3 A inspiração colhemos no capítulo 1 de *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Importando as personagens do romance de Jorge Amado (e do filme posterior), Warat estabelece um confronto crítico com os cânones da ciência jurídica, com os fundamentos incontestes da razão moderna ocidental. Luta por um espaço do direito aberto às pulsões emocionais e prazerosas do sujeito, um espaço de Vadinho - folião e bebedor. Valoriza Dona Flor por encontrar uma dialética de corpos, entre a segurança do fleumático botica Teodoro e a ousadia e espiritualidade do festeiro Vadinho. WARAT, Luis Alberto. Loc. cit., p. 18 passim.
- 4 FALCÃO, Joaquim Arruda. O método e a reforma do ensino jurídico. *Contradogmáticas*, Santa Cruz do Sul: FISC, ALMED, v. 1, n. 2/3, 83. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico - saber e poder*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 15-26.
- 5 Sobre os paradigmas do juspositivismo e jusnaturalismo: LYRA F<sup>o</sup>, Roberto. *O direito que se ensina errado (sobre a reforma do ensino jurídico)*. Brasília: Centro Acadêmico de Direito da UnB, [1982]. p. 20-27. Id., *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, Nova Cultural, 1985, p. 33-65. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e realidade social. Sequência*, Florianópolis: UFSC, n. 17, p. 80-82, dez. 88.
- 6 Os modelos carismáticos de ensino jurídico enraizam quatro transcendências: ' ) sacerdotado, ensinar é algo sagrado inacessível; ' ) moral, o professor é esteio da moral; ' ) vocação pedagógica, a docência é um ato de amor; ' ) ideológica, o docente é neutro. CUNHA, Rosa Maria Cardoso da, WARAT, Luis Alberto. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977. p. 66-67.

discípulos pelos labirintos complexos do aprendizado à consagração da colação de grau. Enraizavam o legalismo positivista e as abstrações do jusnaturalismo, crenças na sinonímia entre a lei e o direito e no justo idealizado.

Warat apresentou algumas questões inquietantes para o tradicional ensino do direito. O padrão de língua técnica dos juristas é vasado em que moldes? Como atribuem-se os significados e quais os padrões de codificação utilizados na língua técnica dos juristas? A semiologia fez com que os cursos jurídicos fossem flagrados na reprodução de um padrão de conceitos e significados, o *senso comum teórico dos juristas*<sup>7</sup>. O legalismo cego e a hipertrofia do Estado - especialmente nas ditaduras latino-americanas - encontram sustentação em discursos novecentistas ou vintecentistas que ocultam relações de poder. É um discurso alienante ao sufocar os contradiscursos de autonomia e criatividade, sempre com o título justificador de manter o rigor e os moldes essenciais da ciência jurídica. As práticas de ensino que procuram in-cutir a idéia do curso de direito como um lugar especial, sagrado, isolam-no do contexto em que devia regular a vida. O jurídico ostenta uma assepsia caricata: não é historicamente situado, não é permeado por ideologias e é a voz do consenso. Para romper com esse senso comum, o professor teria que ser transparente. Assumir seus preconceitos e visões de mundo. Respeitar o dissenso e o pluralismo. Em verdade seu objetivo central seria o de formar vozes capazes de articular a crítica e não repetir as suas críticas. É supérfluo afirmar que o parâmetro de neutralidade não faz mais que referendar o senso comum teórico<sup>8</sup>.

O ensino jurídico deve romper com os mitos da dogmática desnudando seus compromissos ideológicos, seus compromissos em *exercer o mundo filtrado por normas*. Descobrir a dogmática e não encobrir o mundo pela dogmática jurídica, eis o desafio crítico do professor e dos

alunos. Em *Ensino e saber jurídico*, as reflexões sobre a dogmática e o modelo tradicional do ensino são enfrentados com as formulações de uma epistemologia que permitisse uma descrição do objeto do direito ( desafio a que dogmática se furtou, tomando a norma como divindade inquestionável, não se submetendo à verificação de seus pressupostos). Como estabelecer a crítica sem inundar de valores o objeto criticado? A aula deve ser subversiva, não se acomodando à transmissão mecânica de conteúdos pretensamente neutros. A dogmática deve ser explorada às claras, à luz de seus valores - políticos e econômicos -, apresentando os seus compromissos atuais e possíveis<sup>9</sup>.

O debate sobre a epistemologia das ciências jurídicas - e seus reflexos sobre a epistemologia e metodologia educacional - é o jogo aberto com os cânones da dogmática. O projeto do jurídico e seu estatuto teórico, seu objeto, a metalinguagem do fenômeno são abordadas na *densidade Teodoro* com as armas que a própria ciência jurídica engendrou. O rigor no tratamento do jurídico foi a preocupação do neopositivismo, que acabou trazendo ao seio do direito o referencial da semiologia. A epistemologia das ciências jurídicas - que seria o pré-requisito para desvendar o objeto do direito - resta como projeto inacabado se não ousar o diálogo aberto, interdisciplinar, que envolve a prática de um ensino mais preocupado em abrir o homem às diferenças e complexidades, a moldar limites de transparência científica. A epistemologia educacional estaria preocupada em responder a algumas perguntas-chave: o que é saber o direito, o que é ensinar o direito e o que é aprender o direito<sup>10</sup>? Teríamos que definir o objeto de nossas atenções para assim desvendar o que será ministrado - quais os conteúdos a serem transmitidos<sup>11</sup>?

A *densidade Teodoro* deve ser entendida como aquela que encontra a conciliação com a dogmática jurídica ao aceitar a condição

7 Designaria as condições de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas da enunciação e escritura do Direito. WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito I. Interpretação da lei: temas para uma reformulação*. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 13.

8. Ver especialmente os capítulos 2 e 3 de WARAT, Luis Alberto, *ibid.* Sobre os dilemas epistemológicos do direito: FARIA, José Eduardo. Cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação. In: NALINI, José Renato (Org.). *Formação jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 9-16.

9 Como exemplo: não há espaço para a aula que se limita ao comentário dos códigos, na estereotipada erudição de uma enganosa revelação de um saber hermético. A relação entre o aluno e o professor buscará as explicações históricas para aqueles conceitos, suas nuances econômicas e suas possibilidades reais e atuais de organização da vida em sociedade. É preciso esclarecer por que foi produzido, como foi produzido e aonde poderá conduzir tal produção.

10 CUNHA, Rosa Maria Cardoso da, WARAT, Luis Alberto. *Ensino e saber jurídico*. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977. p. 66.

11 *Ibid.*, p. 55-56.

dogmática, ou seja, recepcioná-la como um sentido capaz de unificar, encontrar o absoluto no plural. A condição dogmática é o “lugar modelo a imitar o ‘eu do direito’ identificado no estabelecimento do laço social e seus conflitos. Está claro que a aceção do modelo requer uma unidade discursiva, totalizante, capaz de abranger as diversidades de todos os tipos”. O ensino crítico questiona, desconstrói, não aceita o modelo dogmático como único. Ao mesmo tempo valoriza as conquistas da modernidade que transformam o sujeito e são as pré-condições da dignidade da pessoa humana: sua subjetividade, o respeito à vida, à privacidade e intimidade, garantias materiais de existência e exercício da cidadania. O professor nega-se a repetir um discurso hermético mas incita à valorização de postulados conquistados, à herança enriquecedora da dogmática. A sala de aula é o espaço para incitação do discurso mínimo da pluralidade. O mínimo da pluralidade é o “nó no qual se entrelaçam redes de significação que tornam inteligíveis a produção de sentidos normativos”<sup>12</sup>.

A faculdade teria um compromisso pedagógico com a formação de operadores jurídicos conciliados com o Estado de Direito. Não a conciliação com o mero repertório juricista do Estado legal, mas valorizando a sua historicidade, confrontando-o com as formas autoritárias recentes (especialmente na América Latina). Villey lembrou que o homem moderno está bombardeado por direitos, uma plêiade de declarações interpretadas de forma inflacionária por um Estado que os vende como ilusão<sup>13</sup>. É preciso transformar o ilusório em direitos que valorizem a pessoa humana. Valorização que só pode ser alcançada se houver a vivência concreta da dignidade na sala de aula. O modelo tradicional do ensino repete as práticas do Estado juricista ao apoiar-se no discurso ilusório do legalismo, despido de acentos críticos e transmitido de forma autoritária. *Teodoro encarna as luzes, porém apaixonou-se*

*por Flor*: Os cursos jurídicos devem ter condições de assimilar o modelo científico - e a dogmática - sem pudores. Devem também assimilar que estes só encontram sentido na vida, na dimensão humana do ensino.

#### 4

#### DENSIDADE VADINHO

O primeiro desafio do ensino jurídico é enfrentar o mundo das normas, a semiologia, a epistemologia da ciência jurídica e a dogmática. O segundo desafio pedagógico é a transgressão das verdades científicas e das concepções juricistas do direito. A idéia tradicional do ensino jurídico trouxe consigo uma visão de totalidade e a idéia de fundação de uma nova ordem - acabada e universal. Acreditando-se portador de uma mensagem revolucionária de libertação do homem, a concepção juricista acabou agrihendo-o ao determinismo da razão. *Vadinho* é a explosão dos desejos e da imprevisibilidade ínsita às pulsões da subjetividade. Os mal-estares das práticas de ensino tradicionais são escancarados: é o momento de *carnevalizar* o ensino e o conhecimento do direito para discutir a ensino jurídico<sup>14</sup>.

Os modelos tradicionais de ensino jurídico que se jactam de herdeiros das luzes da razão produziram uma zona de sombras. O direito tornou-se uma repetição de conceitos *a priori*, uma ordenação intolerante a significações divergentes. Repetem-se os excessos do jusnaturalismo e do juspositivismo. Os professores acostumaram-se ao instituído como se a sociedade não fosse um processo incessante de instituir e destituir. O saber transmitido esforça-se em captar regularidades que materializam-se, em primeiro plano, na própria aula: o professor é uma regularidade ao repetir as verdades dogmáticas. A univocidade de seu discurso acaba perpetuando a impotência de compreender realidades

12 Não se pode cair no discurso da plenitude, do fastio de uma dogmática auto-suficiente. Af estaríamos frente à normatividade inquestionável de um Estado de tessitura legal, sem preocupações como uma didática valorizadora da subjetividade e das normas como pontos de aproximação entre os homens. WARAT, Luis Alberto. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Teoria do Direito e do Estado*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1994. p. 88.

13 VILLEY, Michel. *Filosofia do direito - definições e fins do direito*. São Paulo: Atlas, 1977. p. 129-130. WARAT, Luis Alberto. O abuso estatal do direito. *Seqüência*, Florianópolis: UFSC, n. 16, p. 11-24, jun. 88.

14 “Com Vadinho tudo pode ser misturado, ambíguo, ele e a rua, a irresponsabilidade, o provedor de desejos e fantasias, a malandragem, o jogo e as incertezas. (...) Vadinho mostra o sentido erótico da vida, transformando-a em algo lúdico. (...) É o gesto debochado às convenções da vida. O deboche e a presença crítica da loucura carnavalesca, da loucura ambigualmente sentida como sabedoria, da loucura realizada como momento de equilíbrio do corpo e do desejo frente à ordem e à razão”. WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos*. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985. p. 58.

desafiantes, complexidades ecológicas ditadas por situações diferenciadas<sup>15</sup>.

O ensino massificado é caracterizado pela impossibilidade de encontrar na *multidão* a diferença de cada aluno. A transmissão massificada de verdades dogmáticas vazia. Vazia por não compreender o singular e por engessar o plural. O crescimento autônomo depende das condições dadas a cada aluno para gestar a sua autonomia - um parto soberano de autonomia. Encontrando o respeito pelo singular constrói-se o espaço coletivo de ação política. Toda a grandiloquência docente ofende a singularidade - por sua erudição autoritária na transmissão de um pesado saber cultural. Não tolera os espaços criativos em sala de aula porque sua língua é legitimadora da cultura oficial, procura preencher todos os espaços de maneira totalitária - é massificadora e não plural<sup>16</sup>.

A densidade *Vadinho* é uma pedagogia do absurdo, é o flerte que valoriza a ousadia docente, é o instituído acessado pelo instituinte. O absurdo não é a inconseqüente jornada de destruição das verdades racionais, é a ousadia da pedagogia que desmascara os absurdos castadores perpetuados em nome da razão. É inconseqüente ao não pretender ocupar o lugar do ensino tradicional, pois estaria repetindo suas

mazelas, da mesma forma autoritária. A proposta carnalizada é completada pela história, por sua construção como produto do desejo<sup>17</sup>. Para Warat, o ensino deve estar impregnado pelo surrealismo, pela ousadia do surrealismo em atravessar o real pelo onírico. É preciso uma *malandragem carnalizada* para romper o dogmatismo totalitário e sua pretensão de unidade. O professor não deve repetir um discurso rigidamente organizado. Deve é permitir um processo de desideologização. A desideologização é conseguida com a aceitação do heterogêneo, da fragmentação do mundo e da aceitação do conflito<sup>18</sup>. O desejo deve ser a mola propulsora do aprendizado.

Talvez a melhor explicação para essa inesgotável tensão esteja na literatura. Debajo de um castanheiro, numa palhoça de sapé, na Macondo de *Cem anos de solidão*, amarraram José Arcadio Buendia. Tomado por louco ficava a falar em idioma incompreensível. Com a chegada de Padre Nicanor ao vilarejo - e descobrindo-se que o incompreensível era o latim - o sacerdote pôs-se a pregar ao agrilhado da árvore. O choque do religioso foi ver que o homem refutava sua evangelização com o fino do fundamento científico. Ressabiado passou a visitá-lo por humanidade. Aí veio sua maior surpresa. Ofere-

15 Como relacionar verdades estabelecidas para as sociedades centrais do ocidente à periferia latino-americana. Sempre em nome da modernidade e do progresso assistimos à brutalidade de formas autoritárias e ditatoriais. É hora de criticar esse modelo e parar de repeti-lo na academia. Precisamos valorizar as experiências autônomas e que respeitem a ecologia da América Latina. Em verdade a discussão presente deve levar em consideração os mal estares da pós-modernidade. Esta leva ao paroxismo os efeitos nefastos da modernidade: a predação do ambiente, a razão instrumental, o WARAT, Luis Alberto. *Por quien cantam las sirenas*: informes sobre eco-ciudadania, ecologia del derecho y de la política. [Florianópolis], [1996]. p. 28-33. "La condición *posmoderna*, vista como era del vacío, se está llenando del sueño perfecto (alienación moderna) para *el sueño* suprimido, la pesadilla de tenernos que enfrentar a un yo convertido en espacio flotante(...). En la *posmodernidad* se puede encontrar indicios del surgimiento de la pos-alienación, un estado que no necesita de la existencia de ninguna utopía idealizada como condición de las identificaciones normalizadoras, sólo la presencia del look como fantasía de un mundo unicamente definido por la exclusiva relación entre signos, no por la relación del yo con los otros". *Ibid.*, p. 31. O progresso insensato, a militarização do cotidiano, o estranhamento entre os homens por identidades intolerantes e a objetivação - vazia - do real. As três densidades - *Teodoro*, *Vadinho* e *Flor* - para uma prática do ensino transformador do direito devem levar em consideração os três tempos do homem e do mundo: a modernidade, a pós-modernidade e a transmodernidade. WARAT, Luis Alberto. *Por quien cantam las sirenas*: informes sobre eco-ciudadania, ecologia del derecho y de la política. [Florianópolis], [1993]. p. 28-33. Há a possibilidade de uma modernidade reeditada em sua dimensão totalitária: "La condición *posmoderna*, vista como era del vacío, se está llenando del sueño perfecto (alienación moderna) para *el sueño* suprimido, la pesadilla de tenernos que enfrentar a un yo convertido en espacio flotante(...). En la *posmodernidad* se puede encontrar indicios del surgimiento de la pos-alienación, un estado que no necesita de la existencia de ninguna utopía idealizada como condición de las identificaciones normalizadoras, sólo la presencia del look como fantasía de un mundo unicamente definido por la exclusiva relación entre signos, no por la relación del yo con los otros". *Ibid.*, p. 31.

16 WARAT, Luis Alberto. *A ciência jurídica e seus dois maridos...* p. 89-91 e 101-104. *Id.*, *Manifesto do surrealismo jurídico*. São Paulo: Acadêmica, 1988. p. 29 e 42-43.

17 A pós-modernidade totalitária pode moldar subjetividades autoritárias que temem que a ordem seja atacada pela desordem do novo. Tudo deve ser dado e nada produzido no vazio do ser pós-moderno. Assim uma proposta pedagógica que apareça como revolucionária pode, na verdade, ser a substituição de um dado por outro dado, uma revolta totalitária contra a ordem totalitária. A pedagogia que resgata o absurdo é uma revolta democrática que não apresenta um dado mas algo a produzir. A subjetividade da densidade *Vadinho* é a da autonomia e não do vazio (de mais um rosto numerado da massa). *Id.*, *A ciência jurídica...* p. 60-61.

18 A ideologia "é um sistema de significados destinados a disciplinar os pensamentos e precisa, portanto, de uma atividade social para processar sua história. A ideologia, qualquer que seja o uso de seu termo, se processa na história, e não na consciência". A pedagogia waratiana, na dimensão *Teodoro*, explora o senso comum teórico dos juristas mostrando o papel central que o saber jurídico exerce sobre a organização da sociedade; a unidade da dogmática é uma leitura ideológica da sociedade. *Id.*, *A ciência jurídica...* p. 84-92. *Id.*, *A pureza do poder*. Florianópolis: UFSC, 1983. p. 19-26.

cendo-se para o jogo de damas ouviu do amarrado a seguinte argumentação: não jogaria tal partida pois não entendia o sentido de uma contenda em que os adversários comungavam dos mesmos princípios. Perguntou-lhe então como continuava atado à árvore um homem com tal lucidez? Ele respondeu: – É simples, porque estou louco. A proposta de Warat é um eterno questionar que não se intimida ante dogmas ou mesmo para flertar com o absurdo. O professor constrói para que muitos outros possam desconstruir. É o mestre do jogo entre o real e o imaginário.

A nova postura exige do professor; exige uma relação de mutualismo com os seus os alunos abrindo a classe ao sonho. O mestre circunspecto e de posturas sacerdotais é substituído

por um líder responsável pelas emergências de identidades criativas. Os tradicionais recursos didáticos devem ser repensados (como a tradicional aula conferência). A aula deve valer-se de novas leituras do mundo e do direito, encontrando a sua dimensão poética e literária. Os critérios de avaliação devem estar preocupados em garantir espaços criativos e não exclusivamente em aferições mecânicas - da possibilidade de repetição de conteúdos dogmáticos. Essa postura pedagógica, em verdade, depende menos de um instrumental metodológico de ensino do que uma revolução na relação aluno  $\times$  professor e saber  $\times$  desejo. Em quadro apertado essa nova postura pedagógica pode ser confrontada da seguinte maneira com as posturas tradicionais:

Ensino tradicional	A proposta pedagógica de Warat
<ul style="list-style-type: none"> <li>repetição mecânica de conteúdos - automatismo</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>amplios espaços para a imaginação e o sonho, resgate do simbólico</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>distanciamento entre o aluno e o professor</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>ligação afetiva entre os alunos e o professor</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>massificação - o aluno perdido no vazio da massa indiferente de receptores passivos</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>fricção criativa - o aluno respeitado em sua subjetividade, em suas emoções e sensibilidade</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>discurso auto-suficiente que apresenta o direito como técnica perfeita</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>carnavalização que desnuda a auto-suficiência do discurso tradicional, subversão pela poesia</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>realidade uniforme e homogênea, a voz reprodutora do poder</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>resgate do surreal, impregnar a vida de arte</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>apego excessivo ao lógico, ao coerente, ao demonstrado</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>descoberta do fantástico, colocar o saber ao lado da afetividade e da emoção</li> </ul>

## 5

### DENSIDADE DONA FLOR

*Teodoro* e *Vadinho* são antípodas em sua construção estereotipada. O primeiro é a totalidade conseqüente da razão; o segundo é a fragmentação em nome do prazer. Dividir a proposta waratiana para o ensino jurídico em densidades é uma tentativa de fugir aos estereótipos, às classificações de um meio equilibrado. É também a fuga de classificações que não toleram a ambigüidade. As densidades concentram temas recorrentes acerca do ensino jurídico sem que apareçam como repelentes ou autônomos. A verdade é que as propostas concentradas nas densidades de *Vadinho* e *Teodoro* tornam-se miscíveis e intrincadas: é como se vivessem em gostosa relação adúltera. *Dona Flor* ganha sua

densidade ao bem lidar com os assuntos da alcova - do prazer -, e do cotidiano - do dever. A proposta de um ensino jurídico renovado não é para Warat um guia de bons modos de uma revolução docente ou de uma metodologia refinada do jurídico. O amálgama entre *Vadinho* e *Teodoro* é uma concentração em favor de uma nova visão do mundo e do homem. Práticas que reconciliem o homem com uma existência digna e que atravessam o ambiente universitário e acadêmico.

O elo entre o prazer e o dever exige o fim de ilusões totalizantes - o espaço é da polifonia e da ambivalência. É hora de catalisar as densidades construtivas e desconstrutivas, aprender para poder desaprender. Estabelecer um espaço democrático dentro da sala de aula - que extravase para uma vivência pluralista -, reclama a determinação de uma condição de sentido para as

ações. Imputa-se à dogmática (e supõe um saber sólido da mesma) a função de condição para o jogo plural. Por outro lado, rompe-se com o senso comum teórico (tão caro às construções dogmáticas) para a crítica de um saber afinado ideologicamente com o poder. Resgata-se a afetividade e sensibilidade para desalienar. Assim toda a proposta waratiana oscila, de maneira inesgotável, entre o racional, o determinado e o lúdico, o imprevisível e pulsante. É um abalo aos modelos alienantes que insistem em marcos essenciais de uma totalidade auto-suficiente<sup>19</sup>.

A última densidade da proposta de Warat direciona o ensino do direito para um mundo capaz de recuperar o espaço ético e de uma nova relação entre os homens. O discurso renovado dos direitos humanos empenha-se na superação de mitos ingênuos do Estado de Direito. Antes de mais nada deve erguer os espaços de autonomia do homem: “Para preparar os juristas na resistência, temos que facilitar as bases de um ensino político do direito, de um ensino que sirva para a compreensão autônoma dos componentes emancipatórios da sociedade, que não são outra coisa senão um produto refinado de nossos próprios desejos”<sup>20</sup>. A nova dimensão cultural dos direitos humanos respeita a subjetividade como célula de expansão da liberdade. A tradição reza por uma tábua consagrada de direitos humanos. O novo deve esquecer pretensões míticas de uma estabilidade. A constante pulsão da subjetividade - sua chama incessante de libertação dos desejos - queima os palimpsestos acabados e perfeitos. A cultura de valorização da subjetividade educa na democracia de homens novos, cheios de desejos, imprevisíveis e gostosos da criatividade. Não há a possibilidade de um discurso democrático renovado onde a afetividade cede lugar à robotização da vida, à massificação e à substituição do desejo pelo vazio do automático.

O ensino jurídico renovado está assentado sobre uma nova cultura, um novo espaço de manifestação da relação do homem com o ambiente e com os desejos - uma nova estética<sup>21</sup>. As recorrentes preocupações na obra waratiana com o surrealismo expressam a tentativa de alcançar o belo na sala de aula. O profes-

sor é o novo mecenas. O patrocínio que oferece aos seus artistas é o da amplitude criativa. É o mecenato do respeito pela subjetividade. É a estética que não contempla falsificações ou o vazio das significações<sup>22</sup>. A sala não é um ambiente; é um mundo de sensações e relações.

A ética que atravessa a nova visão dos direitos humanos está alicerçada no respeito ao outro; não como um outro a ser definido nos seus espaços mas sim respeitado nos seus desejos. Aproximando esta ética da prática do ensino, o professor não deve se preocupar em respeitar o aluno que está conforme o padrão estabelecido. Deve se preocupar em ousadias pedagógicas que insiram o aluno no mundo. É a didática da inserção humanizante<sup>23</sup>.

O discurso renovado dos direitos humanos aliando-se a um novo descortinar da ética e da estética conduz o ensino jurídico ao encontro da ecocidadania. Uma nova participação política e uma nova situação jurídica do homem - respeito a si e ao semelhante, respeito ao ambiente.

É necessário rediscutir a epistemologia. A tradição jurídico-científica esqueceu da vitalidade do homem - o belo de ser homem. A epistemologia da unidade e da homogeneidade é substituída pela multiplicidade, sem dogmas alienantes. É a possibilidade que se lobra para um acerto na relação entre a ciência e a natureza - para esta deixar de ser tratada como um objeto a ser exaurido. A realidade há de ser recortada pela sua diversidade, pelo respeito da ecologia, pela identidade subjetiva. O pensamento ecológico respeita a alteridade, a diferença. O homem expressando seus sentimentos é capaz de amar, conjugar a razão com o afeto.

A conjugação da razão com o afeto descortina uma proposta pedagógica relacionada ao gênero. O espaço do gênero apresenta uma visão do mundo e do direito fragmentados - em oposição à totalidade unitária das ciências da modernidade. O masculino e o feminino são pré-condições de uma vida mais humana por permitirem a igualdade - uma condição absoluta para a pluralidade. A igualdade deve ser entendida como a margem para a diferença, para o desenvolver da subjetividade. O saber das diferenças realiza-se pela explosão de desejos, tomando-se o dese-

19 WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao direito III - o direito não estudado pela teoria jurídica, moderna*. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 64-68. 20 *Ibid.*, p. 177.

21 Não um novo paradigma estético - o que seria mais um mito totalizante -, mas um horizonte criativo, o belo do amor e dos afetos.

22 É o espaço para refletir sobre aulas virtuais e ambientes informatizados de ensino. É urgente a recuperação do ser humano.

23 *Id.*, Ética, direitos humanos e transmodernidade. *Humanidades*, Brasília: Unb, n. 21, ano IV, p. 24-27, 1989.

jo como a arma da criatividade para o conhecimento. A epistemologia ecológica abandona as armas da objetividade e da submissão insensível do mundo - e dos homens - para afirmar o lado feminino - da subjetividade e da vida. A pretensa sobriedade da visão masculina e objetiva - que dão o estatuto das ciências modernas - resultaram numa irresponsável espoliação do ambiente e da vida. A epistemologia ecológica traz consigo uma visão mais responsável de nossa relação com o mundo e com os semelhantes, aliada que está a uma visão feminina, menos preocupada com pretensões objetivantes e mais com a alteridade, com a diferença e com os desejos.

A densidade *Dona Flor* da proposta waratiana constrói o marco de uma eco-pedagogia. Aos olhos das tradicionais propostas - científicas - de renovação do ensino jurídico, parecerá caprichosa, anômala, babélica. E por ser impregnada de vida, de subjetividade é que traz essas inquirições de desconfiança. Obsta que do aparente caos surge uma proposta de educação pensando a solidariedade e o futuro do planeta. É uma proposta emancipatória para a educação em uma nova sociedade:

“A poesia, o desejo e a paixão que o amor converte em sutilezas, em refinamento das significações, precisam ser relevados no ato pedagógico, à margem de seus discursos saudosistas, para tentar instrumentalizá-lo como prática política e terapêutica. Ficam, assim, situados os

dois pontos modais do que poderia ser chamado uma *pedagogia ecológica* para este fim de milênio, lamentavelmente caracterizado pela falta de vínculos afetivos e paixões políticas”<sup>24</sup>.

O ensino jurídico reencontra a responsabilidade com o mundo e com a sociedade ao aceitar o conflito, abandonando mitos da linguagem oficial do direito - de planura e refinamento de univocidade. A transformação da sociedade em um espaço político de solidariedade e da aceitação das diferenças envolve uma prática de ensino que internaliza valores de uma ebulição criativa; a complexidade como estatuto de um saber atravessado pela melifluidade do feminino - aberto às paixões e ao envolvimento inesgotável com o próximo. Esse envolvimento resulta em vínculo profundo entre o aluno e o professor.

Saliente-se que as propostas concentradas na densidade *Dona Flor* são o projeto de uma nova sociedade. A ecopedagogia é o novo, é a utopia de uma sociedade ecologizada, viva - um projeto ecológico da pós-modernidade<sup>25</sup>. A ecopedagogia é ousada ao empenhar-se na construção do novo, em simultâneos flertes e relações com a modernidade e com a ruptura da modernidade<sup>26</sup>. Uma pedagogia serena ao permitir que os prazeres da vida encontrem-se com o racional-instituído e o marginal-desafiador, como *Flor* com *Teodoro* e *Vadinho*. Somente uma sensibilidade criativa permite esse adultério para a construção do novo. ■

## referências bibliográficas

- BASTOS, Aurélio Wander. Ensino jurídico: tópicos para estudo e análise. **Seqüência**, Florianópolis. v. 4, p. 59-72, dez. 1981.
- \_\_\_\_\_. O novo currículo e as tendências do ensino jurídico no Brasil - das delusões críticas às ilusões paradoxais. **Seqüência**, Florianópolis. ano 16, n. 31, p.81-91, dez. 1995.
- CUNHA, Rosa Maria Cardoso da; WARAT, Luis Alberto. **Ensino e saber jurídico**. Rio de Janeiro: Eldorado Tijuca, 1977.
- MONDARDO, Dilsa. **Vinte anos rebeldes**: o direito à luz da proposta filosófico-pedagógica de L. A. Warat. 1992, 124 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas - especialidade Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis.
- WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul, 1985.
- \_\_\_\_\_. A fantasia jurídica da igualdade: democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Seqüência**, Florianópolis. n. 24, p. 36-54, set. 1992.
- \_\_\_\_\_. A la fortune du pot. **Seqüência**, Florianópolis. n. 8, p. 27-40, dez. 1983.
- \_\_\_\_\_. **A pureza do poder**. Florianópolis: UFSC, 1983.
- \_\_\_\_\_. Ética, direitos humanos e transmodernidade. **Humanidades**, Brasília. n. 21, ano IV, p. 24-27, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Introdução geral ao direito I. Interpretação da lei**: temas para uma reformulação. Porto Alegre: Fabris, 1997.

- \_\_\_\_\_. **O direito e sua linguagem**. 2. ed. Porto Alegre, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Introdução geral ao direito III. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre: Fabris, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Manifesto do surrealismo jurídico**. São Paulo: Acadêmica, 1988.
- \_\_\_\_\_. Mal-estares de um final de milênio. **Seqüência**, Florianópolis. ano 13, n. 25, p. 5-14, dez. 1992.
- \_\_\_\_\_. Metáforas para a ciência, a arte e a subjetividade. **Seqüência**, Florianópolis. ano 16, n. 30, jun. 1995.
- \_\_\_\_\_. O abuso estatal do direito. **Seqüência**, Florianópolis. n.16, p.11-24, jun. 1988.
- \_\_\_\_\_. O outro lado da dogmática jurídica. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Teoria do Direito e do Estado**. Porto Alegre: Fabris, 1994. p. 81-96.
- \_\_\_\_\_. **Por quien cantam las sirenas**: informes sobre eco-ciudadania, ecología del derecho y de la política. [Florianópolis], [1993].
- \_\_\_\_\_. Sobre la dogmática jurídica. **Seqüência**, Florianópolis: UFSC, ano 1, n. 2, p. 33-55, 1980.
- TOURAINÉ, Alain. **Crítica da modernidade**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.



# AS PALAVRAS E A JUSTIÇA: CONSIDERAÇÕES SOBRE A POLICEMIA A PARTIR DE UMA NOTÍCIA DE JORNAL

Ormezinda Maria Ribeiro\*

## sumário

1. Preconceito racial, ou preconceito lingüístico?
2. Uma questão lingüística
  - 2.1 Na língua o que existe são valores
  - 2.2 Todo sentido é ideológico
  - 2.3 As múltiplas faces da linguagem
3. Para concluir: uma questão de polícia, ou de linguagem?
4. Referências Bibliográficas

## resumo

Esse artigo faz algumas considerações sobre a polissemia das palavras, a partir de uma notícia de jornal, procurando mostrar que a questão lingüística, nesse exemplo considerado, imbricada à questão dos direitos constitucionais, é muito mais uma questão de embate discursivo do que propriamente uma questão jurídica. Para tal, recorre à ciência Lingüística tomando-lhe as definições de signo.

*A palavra não é luminosa estrela  
Sequer desarticulada ilha de afinidades  
Estopim aceso, sim, águas de inquietação,  
A palavra não é jogo de dados.*

*Jogo de dúvidas, sim, de dádivas.  
Dados envenenados de selvagem silêncio.*

*Por um fio a palavra é prata.  
Por um fio a palavra é pata de cavalo  
por um fio, ato de injustiça.*

(Lindolf Bell)

### 1 PRECONCEITO RACIAL, OU PRECONCEITO LINGÜÍSTICO?

Uma notícia veiculada há algum em um jornal despertou-nos a atenção: um vereador apresentou queixas à polícia alegando preconceito contra a raça negra, motivado por um "out door" que trazia o seguinte texto:

*"Se você não deseja um futuro negro  
para seu negócio (...)"*

O que nos chamou a atenção não foi o zelo do vereador em defender uma nobre causa, mas o fato de, daí, podermos constatar que há muito o que se aprender sobre a tão complexa linguagem dos homens. A língua portuguesa, ou qualquer outra língua não é tão somente um amontoado de palavras, cujos significados jazem em um dicionário que podem ser "vetados" ou "autorizados" por uma lei. A linguagem está impregnada de fatores ideológicos que não se resolvem com um simples boletim de ocorrência. Tira-se a palavra, mas não o preconceito.

Para organizar melhor essas considerações começarei indagando: o que diz o enunciado conotativo sobre a realidade? E na esteira de Paul Ricoeur<sup>1</sup> em seu texto de introdução ao estudo VII faço as mesmas considerações a fim de atravessar o limiar do sentido para a referência do discurso. A questão da referência pode ser posta nos níveis da semântica, quando concerne às entidades do discurso da ordem da frase. E no nível da hermenêutica, quando se dirige a entidades de maior dimensão que a frase. É nesse nível que o problema toma toda sua extensão<sup>2</sup>.

\* Ormezinda Maria Ribeiro, Mestre em Lingüística pela UFU, doutoranda em Lingüística pela UNESP; professora da Universidade de Uberaba.

1 RICOEUR, Paul. *A metáfora viva*. São Paulo: Loyola, 2000. p. 331.

2 *Ibidem*, p. 332

Há que se estabelecer, portanto, essa distinção, para que o simples uso de um termo da língua não seja motivo de representações e desencadeie uma ação judicial, quando o que há de fato é um desconhecimento lingüístico no nível semântico e um jogo de interesses no plano discursivo. E isso vale tanto para os publicitários, quanto para os defensores da “minoridade ofendida”.

O desígnio do discurso é irredutível, ao que se chama em semiótica, ao significado, que é apenas a contrapartida do significante de um signo no interior do código da língua. O desígnio do discurso visa a um real extralingüístico que é seu referente. Assim, considera Ricouer<sup>3</sup>, enquanto o signo somente reenvia a outros signos na imanência de um sistema, o discurso está sujeito às coisas. O discurso se refere ao mundo. Se não nos ocuparmos da relação do signo com as coisas denotadas, nem da relação entre a língua e o mundo, estaremos o tempo todo ferindo a Constituição, entrando com uma representação contra alguém, e acumulando mais ainda o Judiciário com processos dessa natureza.

Esse ensaio intenciona mostrar que a questão lingüística, nesse exemplo considerado, imbricada à questão dos direitos constitucionais, é muito mais uma questão de embate discursivo do que propriamente uma questão jurídica.

## 2

### UMA QUESTÃO LINGÜÍSTICA

Saussure<sup>4</sup> através do “Cours de Linguistique Générale-CLG” sistematizou a concepção do signo lingüístico como uma entidade arbitrária e convencional, o que fundamentou alguns dos princípios da Lingüística moderna. Com ele concordaram vários outros estudiosos, total ou parcialmente, dando continuidade ao seu pensamento ou refutando em parte esta afirmação. Todavia, a idéia da arbitrariedade do signo, não é uma criação de Saussure. A título de exemplo podemos mencionar que filósofos como Locke, na Inglaterra, em Ensaio acerca do Entendimento, procurando refletir sobre o que significa pensar e contemporaneamente na Alemanha, Leibniz em Novos Ensaio sobre o Entendimento Humano, trataram, em meados do séc. XVII, da questão da arbitrariedade do signo, muito embora o termo

técnico “signo” tal como entendido pela Lingüística atual, ainda não fosse usual naquela época<sup>5</sup>.

O filósofo alemão, em capítulo dedicado às palavras, afirma que elas têm sua origem na necessidade humana de viver em sociedade, tendo o homem desenvolvido, portanto, a faculdade de falar, que se constitui no grande instrumento e o laço que une esta sociedade, outorgando-lhe a função de representar, ou até mesmo, explicar as idéias. Segundo este pensador, as pessoas freqüentemente ligam os seus pensamentos mais às palavras do que às coisas e como pretendem assinalar as suas próprias idéias, atribuem às palavras uma relação secreta com as idéias de outrem e com as próprias coisas. No entanto, as palavras em sua maioria, são apreendidas antes das idéias que elas significam.

O pensador Inglês, corroborando as idéias de Leibniz, afirma que as palavras, na sua imediata significação, são sinais das idéias de quem as emprega. Para Locke, as palavras nada significam, senão as idéias na mente de quem as usa, ainda que estas idéias sejam apreendidas das coisas que elas supostamente representam.

O homem, tendo dentro de si uma infinidade de pensamentos que não podem se manifestar por si mesmo, vê, na perspectiva de viverem sociedade, a necessidade de desvendar certos sinais sensíveis externos, por meio dos quais, as idéias invisíveis das quais seus pensamentos são formados, pudessem ser conhecidas dos outros.

Tanto Locke, quando Leibniz consideram que não há qualquer conexão natural entre os sons articulados e certas idéias, pois assim, haveria apenas uma linguagem entre os homens, e afirmam que a palavra é designada arbitrariamente como a marca de uma idéia, em que entra o elemento escolha. O uso comum, por um tácito acordo, atribui certos sons a certas idéias em todas as línguas, supondo que as palavras significam também a realidade das coisas. Isto ocorre pelo fato de que devido ao uso, as palavras motivam as idéias, pois a conexão entre o som e o que eles significam estimula certas idéias como se fossem os próprios objetos ao impressionarem os sentidos.

Poderíamos assim, afirmar que, ao manifestarem seus pensamentos, as pessoas se utilizam um código lingüístico, cujo sistema é formado por signos.

3 Ibidem, p. 32.

4 SANSURE, Ferdinand de. *Curso de lingüística geral*. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1972.

5 LOCKE, John. *Ensaio acerca do entendimento humano*. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

O signo pode ser definido a princípio como sendo aquilo que está no lugar de outra coisa, ou seja, uma coisa que representa outra<sup>6</sup>.

Saussure<sup>7</sup>, chamou de signo a combinação do conceito e da imagem acústica, entendendo conceito como significado e imagem acústica como significante. E estabelece que o elo que une o significante ao significado é arbitrário, assim como a relação do signo com a “coisa” extra-lingüística, também o é. Por arbitrário, o autor entende que o signo é imotivado, ou seja arbitrário em relação ao referente com o qual não tem nenhuma ligação natural na realidade. Para ele, essa entidade lingüística só existe pela associação do significante ao significado. E uma seqüência de sons só é lingüística quando é suporte de uma idéia.

O conteúdo psíquico (pensamento) só recebe forma quando é enunciado, como afirma Benveniste<sup>8</sup> e somente assim. Para tornar-se transmissível esse conteúdo deve ser distribuído entre morfemas de certas classes que por sua vez se organizam em certa ordem, ou seja, deve passar pela língua para conformar-se. De outra maneira não teríamos como apreendê-lo como conteúdo, pois se reduz a nada, ou a algo tão vago, cuja sutileza tornaria-se absolutamente indelével. Portanto, a forma lingüística não só é a condição de transmissibilidade do pensamento, mas a condição de sua realização.

Benveniste<sup>9</sup> admitindo que o pensamento não pode ser captado a não ser formado e atualizado na língua, questiona o fato de não haver meios de reconhecer no pensamento caracteres que lhe sejam próprios e não dependam da expressão lingüística.

Tanto filósofos quanto lingüistas concordam que o pensamento tomado em si mesmo é uma massa amorfa e indistinta como uma nebulosa em que nada é delimitado e não pode ser captado a não ser formado e atualizado na língua.

A língua é para Saussure<sup>10</sup> comparável a uma folha de papel, em que o pensamento é a face e a imagem acústica é o verso. Não há como isolar a imagem acústica do pensamento, nem o pensamento da imagem acústica, da mesma for-

ma que não se pode recortar a face de um papel sem recortar ao mesmo tempo o seu verso.

Assim, ao manifestar seus pensamentos, as pessoas utilizam um código lingüístico, cujo sistema é formado por signos, sem os quais seria impossível distinguir duas idéias de maneira clara e constante.

O papel do signo lingüístico é, pois, o de representar, tomando o lugar de outra coisa, evocando-a como substituto, como afirma Benveniste<sup>11</sup>.

Como a relação recíproca entre língua e pensamento afeta diretamente o conceito de signo lingüístico, é importante concentrar nossas atenções nas definições já propostas por alguns estudiosos.

Eco<sup>12</sup> chamou de signo aquilo que está no lugar de outra coisa. Quando se diz que “algo” está por “outra coisa”, não se quer dizer que o signo equivale a esse “algo.” Uma palavra é um signo porque designa algo que não é ela, mas é representado por ela. Ao emitirmos signos pensamos indicar coisas. Se entendermos o signo como alguma coisa que está em lugar de outra, ou por outra, estamos classificando-o como elemento no processo de significação.

Assim, o signo “boi” cujo significante é [boi] e significado (para os que possuem o código português): animal mamífero, quadrúpede, ruminante etc.; tem o referente ou o terceiro termo o boi presente ou todos os bois que já existiram, existentes e que existirão no mundo; sua referência é a relação entre o significante e o referente, ou seja, entre o signo e a realidade ou o mundo.

Saussure<sup>13</sup> chamou de signo a combinação do conceito e da imagem acústica. A partir do “C L G”, conceito passou a ser denominado significado e imagem acústica significante. O signo lingüístico, portanto, é uma entidade dupla, cujo elo que une seus dois termos, ambos psíquicos, é arbitrário, assim como a relação do signo com a coisa extra-lingüística também o é.

Com Saussure, o signo foi instaurado como unidade de língua e passa a ser a unidade mínima da frase. Para ele, o signo lingüístico une não

6 ECO, U. *O signo*. 5. ed. Lisboa: Presença, 1997.

7 SAUSSURE, op. cit. p. 80.

8 BENVENISTE, op. cit., 1995, p. 69.

9 Idem.

10 SAUSSURE, op. cit. p. 131.

11 BENVENISTE, op. cit. 1989, p. 51.

12 ECO, op. cit.

13 SAUSSURE, op. cit., p. 81

uma coisa a um nome, mas um conceito a uma imagem acústica.

A imagem acústica não é o som material, mas a impressão psíquica deste som. Ela é a representação natural da palavra enquanto fato de língua virtual, fora de toda a realização da fala.

Saussure entende que o signo é arbitrário, ou seja, o significante é imotivado, isto é, arbitrário em relação ao significado com o qual não tem nenhum laço natural na realidade.

Para Benveniste<sup>14</sup> o arbitrário só existe em relação com o fenômeno ou o objeto material e não intervém na constituição própria do signo.

Embora tenha postulado que o signo linguístico é, em sua origem, arbitrário, Saussure<sup>15</sup> reconhece a possibilidade da existência de certos graus de motivação entre o significante e o significado, quando propõe a existência de um “arbitrário absoluto” e de um “arbitrário relativo”. Ele cita como exemplo os números “dez” e “nove”, que tomados individualmente apresentam uma relação totalmente arbitrária entre o significante e o significado, no entanto, a combinação de “dez” com “nove” forma um terceiro signo, a dezena “dezenove”. Para Saussure, a arbitrariedade absoluta original dos dois numerais é atenuada e dá lugar à arbitrariedade relativa, pois pode-se chegar à significação do todo “dezenove” com o conhecimento das partes “dez” e “nove.”

O mesmo acontece com a formação dos grupos de palavras derivadas como “bananeira/amoreira” e “sapateiro/pedreiro”. Enquanto as palavras primitivas: “banana”, “amora”, “sapato”, e “pedra” serviriam como exemplos de arbitrário absoluto (signos imotivados), “bananeira”, “amoreira”, “sapateiro” e “pedreiro”, sendo formas derivadas, seriam casos de arbitrário relativo (signos motivados), devido à relação sintagmática “banana/amora” (morfemas lexicais) mais “eira” (morfema sufixal); “sapato/pedra” (morfemas lexicais) mais “eiro” (morfema sufixal) e à relação paradigmática estabelecida a partir da associação de “bananeira, “amoreira”, “mangueira”, “oliveira”, “parreira” etc.; “sapateiro”, “pedreiro”, “carteiro”, “padeiro”, “leiteiro” etc., dado que é conhecida a significação dos elementos formadores.

Por essa razão Saussure<sup>16</sup> classifica as línguas em lexicológicas e gramaticais. Segundo o mestre genebrino, as línguas lexicológicas são formadas por uma maioria de signos imotivados como é o caso do inglês e do chinês. Aquelas em que predominam os signos mais ou menos motivados, ou seja as palavras são formadas geralmente pelo relacionamento morfo-sintático entre os seus constituintes imediatos, são chamadas por ele de línguas gramaticais, dentre as quais ele cita o sânscrito, o latim e o alemão.

## 2.1 Na língua o que existe são valores

Um outro fenômeno decorrente das convenções estabelecidas pela sociedade é aquele em que o mesmo significante pode exprimir significados ou sentidos diferentes, dependendo do contexto em que foi usado.

Veja por exemplo alguns dos significados da palavra negro: (1) de cor escura; (2) sombrio (3) lúgubre; (4) funesto; (5) maldito; (6) homem de raça negra; (7) escravo, etc...

Há que se considerar aqui a noção de valor. Só a coletividade pode estabelecer os valores, cuja única razão de ser está no uso e no consenso geral. Esses valores são inteiramente relativos, razão pela qual o vínculo entre a idéia e o som é totalmente arbitrário. E é esta arbitrariedade do signo que nos faz compreender que só o fato social pode criar um sistema linguístico.

Um dos aspectos do valor linguístico é a propriedade que tem o signo de representar uma idéia, e tomado em seu aspecto conceitual, constitui um elemento da significação. No entanto, valor não é tão somente significação.

Para demonstrar a noção de valor e estabelecer a diferença entre valor e significação, Saussure<sup>17</sup> apresentou a analogia com o valor da moeda de cinco francos: para determinar quanto vale é necessário saber se pode trocá-la por uma quantidade determinada de algo diferente como pão, por exemplo, que se pode compará-la com um valor semelhante do mesmo sistema como a moeda de um franco, ou de outro sistema como o dólar.

De igual modo é a palavra, que pode ser trocada por algo diferente dela: uma idéia; e pode ser comparada com algo da mesma natureza: uma outra palavra.

14 BENVENISTE, op. cit., 1995, p. 57

15 SAUSSURE, op. cit., p. 152

16 Idem, p. 152

17 Idem, op. cit., p. 137.

O valor de uma palavra só pode ser fixado se pudermos trocá-la por este ou aquele conceito, ou seja, por algo que tem esta ou aquela significação e ainda compará-la com os valores semelhantes, com as palavras que se lhe podem opor. O conteúdo de uma palavra só pode ser determinado pelo concurso do que está fora dela, pois se faz parte de um sistema, está revestida não só de uma significação como de um valor.

O valor, portanto, só pode ser determinado negativamente. Uma palavra só é o que é porque as outras não o são. Não há absoluto e anterior. É o papel, a função, que determinam e estabelecem o valor.

A língua é constituída por um conjunto de diferenças fônicas e conceptuais, que são ora associativas, ora sintagmáticas. É esse conjunto de relações usuais que constitui e preside o seu funcionamento.

Há que se verificar a série de agrupamentos possíveis, quer no plano sintagmático, quer no plano paradigmático para se estabelecer o valor, pois a relação da língua com a linguagem direcionada pela arbitrariedade faz com que nossa mente opere no tempo a capacidade de coordenar e associar no aspecto semântico, fonológico, sintático, morfológico.

Nossa mente executa a operação que consiste em eliminar mentalmente tudo que não leva à diferenciação requerida, no ponto requerido, fazendo os agrupamentos necessários a esse processo de determinar o valor. Observando as seqüências:

1-Ala	7-Bala
2-Cala	8-Dala
3-Fala	9-Gala
4-Mala	10-Pala
5-Rala	11-Sala
6-Tala	12-Vala

Verificamos que a simples troca de um elemento fonológico introduz uma mudança significativa de significado. Nossa memória se encarrega de reservar todos os tipos de sintagmas mais ou menos complexos de qualquer espécie ou extensão que possam ser, e, no momento de empregá-las, fazemos intervir os grupos associativos para fixar nossa escolha<sup>18</sup>.

O verbo “to be” em Inglês, se comparados aos nossos verbos “ser” e “estar” em Português

pode exemplificar a noção de valor dentro da analogia proposta por Saussure<sup>19</sup>.

Se considerarmos o que significa a expressão em Inglês: “The cat is black” e compará-la com o sua equivalente em Português “O gato é preto” ou “O gato está preto” Em Português há uma substancial diferença entre “ser” e “estar”. “Ser” é inerente ao sujeito é estado permanente, enquanto “estar” é condição transitória. Em “O gato é preto,” tem-se uma condição permanente, ao passo que em “O gato está preto”, tem-se uma condição momentânea, transitória, que bem pode mudar de estado de um momento a outro.

Se para nós, falantes da língua portuguesa, o emprego de ser ou estar representa o emprego de valores diferentes, posto que ser não é estar e vice-versa, para os usuários da língua inglesa, esta distinção não é relevante.

A tradução de palavras de uma língua para outra pode certamente, explicar a noção de valor.

A palavra inglesa “cheese”, a palavra francesa “fromage” equivalentes em Português à palavra “queijo”, podem ter a mesma significação, porém, não o mesmo valor.

Quando um inglês usa “cheese”, ele se refere a algo leitoso e cremoso, quase sem gosto, ou a algo duro e forte que se pode comer sem outra coisa. O francês quando diz “fromage” pensa em queijos diferentes, dependendo da região onde mora, da hora do dia em que vai comer e associa sempre a um tipo específico de pão e vinho. Na França, a palavra “fromage” designa de modo geral, centenas de tipos de queijo. Ao passo que para um brasileiro falar em “queijo” é associá-lo com doce de leite, goiabada, pão com manteiga e o café com leite. Coisas absolutamente inassociáveis para os franceses e os ingleses.

Portanto, dizer “queijo” não é dizer “fromage” ou “cheese”; dizer “fromage” não é dizer “queijo” ou “cheese”; dizer “cheese” não é dizer “queijo, nem” “fromage.” Aqui se percebe claramente a noção de valor quando no campo semântico se nota que uma palavra é o que a outra não é. Verifica-se aqui, também que o momento da criação de um signo (queijo, cheese, fromage) é arbitrário e convencional naquela língua (queijo é queijo, não é fromage, nem cheese).

Concorre também esse exemplo, para mostrar que uma língua é algo social e nasce por

<sup>18</sup> Idem, p. 151.

<sup>19</sup> Idem, p. 137.

determinação histórica, ditada por condições específicas de uma sociedade e de uma cultura.

A arbitrariedade do signo é a origem do caráter opositivo das entidades denominadas significantes e significados, que só são o que são, porque são delimitadas por outras entidades que com elas coexistem. Nas oposições se estabelecem e se delimitam os valores.

Outro princípio que rege o signo lingüístico é o da linearidade. Os signos lingüísticos só podem ser codificados em uma sucessão linear de situações em razão de seu significante ser de natureza auditiva, pois assim sendo, seus elementos se apresentam um após outro, dispondo apenas da linha do tempo.

A linearidade pode, então ser definida como a capacidade do signo lingüístico de se desenvolver no tempo. Sendo assim, toma do tempo algumas de suas características: é uma extensão. Apresentando-se obrigatoriamente um após o outro, os signos formam uma cadeia que pode ser mensurável numa só dimensão. A linearidade é a origem do caráter sintagmático das entidades lingüísticas: elas se desenvolvem ao longo de um eixo sucessivo, podendo se decompor em segmentos de menor extensão. Todo o mecanismo da língua depende dessa característica<sup>20</sup>.

A língua provém do cruzamento desses dois princípios. De um lado a arbitrariedade como origem do caráter opositivo das entidades denominadas significantes e significados e de outro a linearidade como origem do caráter sintagmático das entidades. Todo o mecanismo da língua se baseia nesses dois tipos de relações. As relações baseadas no caráter linear da língua, cujos termos se alinham um após outro na cadeia da fala e se apóiam na extensão, são sintagmáticas; aquelas que se baseiam em associações, reportando-se à memória do falante e fazem surgir no espírito deste uma série de outras palavras que, de certa forma guardam um laço de afinidade são paradigmáticas.

De acordo com Saussure<sup>21</sup> o signo lingüístico tem ainda a característica de ser ao mesmo tempo mutável e imutável.

Imutabilidade é a condição do signo de não poder ser substituído por outro e refere-se ao

caráter relativo da arbitrariedade, pois um signo é arbitrário unicamente em razão da relação significante/significado, mas acarreta uma herança comunicacional que resiste a qualquer tentativa de substituição. Se em relação à idéia que representa, o significante, graças à arbitrariedade, pode ser livremente escolhido, em relação à comunidade lingüística que o emprega, ele não é livre, é imposto.

Alguns fatores contribuem para isto: a própria arbitrariedade do signo põe a língua ao abrigo de toda tentativa que vise a modificá-la; o grande número de signos que constitui uma língua representa uma dificuldade na substituição e também o caráter complexo do sistema que é constituído pela língua.

A complexidade de tal sistema só pode ser compreendida pela reflexão e a massa não pode transformá-la sem a intervenção de especialistas. No entanto, até hoje estas intervenções jamais lograram êxito; a resistência da inércia coletiva a toda renovação lingüística é outro fator que condiciona a imutabilidade do signo lingüístico. A língua é produto de forças sociais que atuam em função do tempo, e forma um todo com a vida da massa social e esta, por sua vez, sendo inerte se apresenta como um fator de conservação.<sup>22</sup>

Não se pode desvincular a força da coletividade da ação do tempo que atua na língua, são ambos os fatos que dão a ela o caráter de fixidez. Nossa liberdade de escolha do signo lingüístico está limitada pela solidariedade com o passado. Tal como exemplificou Saussure<sup>23</sup>: dizemos “negro” e “branco”, porque antes de nós se disse “negro” e “branco”.

Assim, a convenção arbitrária faz com que a escolha seja livre e o tempo fixa essa escolha. Nas palavras de Saussure<sup>24</sup>:“(…)porque o signo é arbitrário, não conhece outra lei senão a da tradição e é por basear-se na tradição que pode ser arbitrário.”

Mutabilidade é uma outra característica do signo lingüístico. É a condição que tem o signo de ser alterado. O mesmo tempo que faz com que a língua continue, faz com que ela se altere mais ou menos rapidamente. Esta afirmação pode

20 Idem, p. 158.

21 SAUSSURE, op. cit., p. 85

22 RIBEIRO, Ormezinda, M. **O ensino de gramática na escola**: suas relações com o signo lingüístico e com a articulação do pensamento na língua. 1999, Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia.

23 RIBEIRO, op. cit.

24 BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e filosofia da linguagem*. 2. ed. São Paulo: Hucitex, 1995. Tradução do original russo de 1929. p. 31.

nos parecer contraditória, no entanto, a oposição entre os dois termos marcantes, mutabilidade e imutabilidade atribuídas ao signo lingüístico e à ação do tempo na língua, não constitui um paradoxo. Esta oposição marca uma verdade que não se pode negar: a língua se transforma sem que os indivíduos possam transformá-la.

O princípio da alteração se baseia no princípio da continuidade. O signo só pode ser alterado porque continua. Essa alteração leva sempre a um deslocamento da relação entre o significado e o significante e é a arbitrariedade do signo que faz com que a língua seja incapaz de se defender dos fatores que promovem esse deslocamento<sup>25</sup>.

É importante considerar que se a língua não está limitada por nada na escolha de seus meios e nada nos impede de associar uma idéia qualquer com uma seqüência sonora qualquer, temos, então, que o signo lingüístico não é puramente a tradução de um pensamento já constituído, mas a sua própria condição de realização.

## 2.2 Todo sentido é ideológico

Com uma visão diferente de Saussure, Bakhtin<sup>26</sup> concebeu o signo como uma entidade necessariamente ideológica. Para este autor, há uma transferência em nossas mentes dos elementos significativos isoláveis de uma enunciação. A cada enunciação de outrem que estamos no processo de compreender, fazemos corresponder uma série de palavras nossas. A significação, segundo seu ponto de vista, pertence a uma palavra enquanto traço de união entre os interlocutores, ou seja, ela só se realiza no processo da compreensão em que há ação e interação. Sob este prisma, o signo, ideológico, se realiza, então, na dialogia. Há que se compreender que cada palavra emitida “é determinada tanto pelo fato de que precede de alguém, como pelo fato de que se dirige para alguém”<sup>27</sup>.

A significação é efeito da interação do locutor e do receptor, produzido através do material de um determinado complexo sonoro, conforme ressalta Bakhtin<sup>28</sup>.

“É como uma faísca elétrica que só se produz quando há contato de dois pólos opostos”

Sem signo não existe ideologia. Tudo que é ideológico possui um significado (um valor semiótico) e remete a algo situado fora de si mesmo. A ideologia só existe pelo signo, que por sua vez pode distorcer a realidade, ser-lhe fiel ou apreendê-la de um ponto de vista específico.

A palavra é o signo ideológico por excelência e toda a sua realidade é absorvida por sua função de signo. No entanto, existem outras manifestações do pensamento ideológico que se integram ao discurso e não têm existências próprias se totalmente isoladas dele. Todavia, nenhum signo ideológico específico é inteiramente substituível por palavras<sup>29</sup>.

O signo cruz, por exemplo, reflete e refrata outra realidade que não é a cruz, como valor intrínseco a si mesmo, mas o cristianismo e toda a carga ideológica nele contida.

O signo para Bakhtin é revestido de tema e significação. Tema é o sentido da enunciação completa, é individual e não reiterável: cada enunciação tem um único sentido. O tema de uma enunciação é determinado tanto pelas formas lingüísticas que entram na composição (as palavras, os sons, a entoação etc.) como pelos elementos não-verbais. Só possui um tema, a enunciação tomada em toda a sua amplitude concreta, como fenômeno histórico.

Significação representa para Bakhtin<sup>30</sup> os elementos da enunciação que são reiteráveis e idênticos, cada vez que são repetidos. É um aparato técnico para a realização de um tema. É um potencial, uma possibilidade de significar no interior de um tema concreto. A multiplicidade das significações é o índice que faz de uma palavra uma palavra.

Para entendermos o signo ideológico de Bakhtin é necessário estabelecer que a relação entre o significado (pensamento ou referência) e o símbolo (palavra) não é unívoca; o significado é um campo semântico que se constitui de uma base determinada (significação) e de um espaço de indeterminação. Para Bakhtin investigar uma palavra com base em sua significação somente é o mesmo que considerá-la no sistema da língua, ou seja, investigar uma palavra dicionarizada.

O contexto é outro elemento que entra na constituição do signo ideológico. Embora Ben-

25 RIBEIRO, op. cit.

26 BAKHTIN, Mikhail. *Marxismo e filosofia da linguagem*. 2. ed. São Paulo: Hucitex, 1995. Tradução do original russo de 1929. p. 31.

27 Idem, op. cit., p. 113

28 Idem, p. 132

29 RIBEIRO, op. cit.

30 BAKHTIN, op. cit., p. 36.

veniste não considere o signo como sendo necessariamente ideológico, é em sua tese sobre a significação que vamos buscar respaldo para teorias do tipo da de Bakhtin<sup>31</sup>.

Para esse lingüista é o funcionamento semântico da língua que permite a integração da sociedade e sua adequação ao mundo e, conseqüentemente a normatização do pensamento e o desenvolvimento da consciência. É neste prisma que vamos considerar o contexto, que faz com que o signo signifique de uma maneira determinada. É a noção de semântica, assim como a entende Benveniste<sup>32</sup>, que nos introduz no domínio da língua em emprego e ação. É a atualização lingüística do pensamento.

Um outro elemento indispensável na concepção do signo ideológico por Bakhtin é a dialogia. Para ele é o efeito da interação entre o locutor e o receptor produzida através de material de um determinado complexo sonoro, ou seja, a significação não existe sem a interlocução, pois ela pertence a uma palavra enquanto traço de união entre os interlocutores.

Há ainda que se observar outro item: a apreciação. Apenas os elementos abstratos considerados no sistema da língua se apresentam destituídos de qualquer valor apreciativo. Na estrutura da enunciação há que se considerar um acento de valor apreciativo, a entonação, por exemplo. A apreciação é um fenômeno social e não uma relação individual entre o locutor e o objeto de seu discurso. Deve ser levada em conta para se compreender a evolução histórica do tema e das significações que a compõem.

O deslocamento do significante e significado pode ser explicado pela força da apreciação. A evolução semântica de uma língua é sempre ligada à evolução do horizonte apreciativo de um grupo social.

Assim, a palavra “comunistas”, num dado contexto social no Brasil, deslocou sua relação de significação, graças ao valor apreciativo de um grupo. A palavra que se referia a um grupo de pessoas centralizadoras que detinha o poder de vida ou morte sobre um grupo maior, que impedia o lucro e a religião, cerceava a liberdade individual em nome do coletivo, pela apreciação cria um novo campo de significação, dentro de um contexto histórico, passando a se referir hoje

às pessoas que adotam uma filosofia de vida, cujo fundamento metafísico é o materialismo dialético, diferente do materialismo vulgar. A significação se descobre na antiga e através dela, mas com ela entra em contradição e a reconstrói.

É o que afirma Bakhtin<sup>33</sup>: “A significação, elemento abstrato igual a si mesmo é absorvida pelo tema, e dilacerada por suas contradições vivas, para retornar enfim sob a forma de uma nova significação com uma estabilidade e uma identidade igualmente provisórias.”

### 2.3 As múltiplas faces da linguagem

A língua, em virtude de sua própria estrutura, apresenta-se como um instrumento de comunicação que é e deve ser comum a todos os membros da sociedade, porque está investida de propriedades semânticas e porque funciona como uma máquina de produzir sentido. A língua permite a produção indefinida de mensagens em variedades ilimitadas, cuja propriedade única deve-se à sua estrutura composta de signos, de unidades de sentido, numerosas, mas finitas que entram em combinação ao serem regidas por um código e que permitem um número cada vez maior de mensagens, já que o efetivo dos signos aumenta sempre e as possibilidades de utilização e combinação desses signos aumentam conseqüentemente.

Todavia, há que se considerar que as palavras não têm realidade fora da produção lingüística, pois elas existem nas situações nas quais são usadas, daí a importância do contexto para a construção do sentido.

De acordo com Benveniste<sup>34</sup> a polissemia é a soma institucionalizada de valores contextuais, sempre instantâneos, aptos a se enriquecer e a desaparecer, ou seja, sem valor constante, sem permanência, mas sempre em resposta às necessidades imediatas de comunicação de uma sociedade.

Cabe aqui uma outra consideração: de que cada um fala a partir de si. Para cada falante o falar emana dele e retorna a ele, cada um se determina como sujeito com respeito ao(s) outro(s). A língua fornece ao falante a estrutura formal de base, que permite o exercício da fala. Fornece o instrumento lingüístico que assegura o duplo

31 BENVENISTE, op. cit., 1989, p. 229

32 Idem.

33 BAKHTIN. Idem, p. 136

34 BENVENISTE, Idem p. 232.

funcionamento subjetivo e referencial do discurso: é a distinção indispensável entre o eu e o não-eu apresentada na língua pelos pronomes.

A inclusão do falante em seu discurso, a consideração pragmática que coloca a pessoa na sociedade enquanto participante e que desdobra uma rede complexa de relações espaço-temporais determinam os modos de enunciação.

O conhecimento de mundo é determinado pela expressão que ele recebe e a linguagem, enquanto reprodutora deste mundo, o submete à sua própria organização. É a inteligência que possibilita ao indivíduo colher, recolher e reunir os dados oferecidos pela percepção, imaginação, memória e linguagem, formando redes de significações com as quais organiza e ordena o mundo, recebendo e dando um sentido a ele e fazendo-se conhecer através do recurso dos signos da língua, com os quais o indivíduo promove o agenciamento sintagmático<sup>35</sup>.

O jurista Warat<sup>36</sup> em sua obra “O Direito e sua Linguagem” apresenta a corrente lingüístico-epistemológica conhecida como Positivismo Lógico, mostrando como os positivistas lógicos estabelecem uma estreita relação entre conhecimento e linguagem e destaca que é a linguagem que permite o intercâmbio de informações e de conhecimentos humanos, funcionando também como meio de controle de tais conhecimentos. De acordo com esta corrente, o conhecimento pode ser obscurecido por situações de natureza estritamente lingüística, o que significa dizer que uma linguagem defeituosa pode distorcer nossa compreensão das coisas.

Os chamados mal-entendidos, ou problemas de comunicação, surgem, geralmente, nas interações verbais do dia-a-dia, nas quais a diversidade lingüística atua como um recurso comunicativo de forma a permitir que os interlocutores se baseiem em conhecimentos e paradigmas relativos às diferentes maneiras de articulação da língua para categorizar eventos, inferir intenções e antever situações que poderão ocorrer. Se, de acordo com Gofman<sup>37</sup>, uma elocução pode ser entendida de diferentes modos, as pessoas podem interpretar uma determinada elocução com base em suas definições ou percepções do que está acontecendo

no momento da interação, num dado contexto histórico-social.<sup>38</sup>

### 3

#### PARA CONCLUIR: UMA QUESTÃO DE POLÍCIA, OU DE LINGUAGEM?

Ancorados nesses estudos da linguagem, podemos então considerar que o sentido de uma palavra não existe em si mesmo, mas é determinado pelas condições em que é produzida em um processo social-histórico limitado pelas posições ideológicas.

Há uma relação entre linguagem e exterioridade que é constitutiva, posto que o processo de significação é histórico. Também é significativa a seleção que o sujeito faz entre o que diz e o que não diz.

A sedimentação de processos de significação se faz historicamente, produzindo a institucionalização do sentido dominante, cujo produto é observado na história da língua e cuja história dos sentidos cristalizados é a história do jogo de poder na linguagem.

Neste caso em questão, levantado por um representante do povo em defesa de uma minoria, que se “sentiu” ofendida por uma palavra, o campo discursivo é o da psicologia social. O discurso é o da linguagem “*politicamente correta*.”

Há que se observar que a linguagem não diz exatamente o que diz. O sentido que se manifesta de forma imediata transmite outro significado mais importante que aquele que aparece na superfície. Há muitas outras coisas que falam e não são linguagens.

O politicamente correto parece basear-se na ilusão de que, modificando-se o nome das coisas, as coisas possam em si ser mudadas. O que a linguagem encobre ou descobre é a ideologia. As palavras que substituem as outras não senão uma máscara do que se quer esconder.

O que nos interessa aqui não é o fato propriamente dito, mas a sua interpretação, que é cíclica: uma interpretação de uma interpretação que gera outra interpretação e assim indefinidamente. A linguagem é representativa da ideologia que se quer veicular e aí o signo é usado como eufemismo, mascara a interpretação. A inter-

35 RIBEIRO, Ormezinda M. Direito e Lingüística: uma relação de complementaridade, *Revista Jurídica Unijus*, v. 2, n. 3, p. 81-91, 2000.

36 WARAT, Luis A. *O Direito e sua linguagem*. 2. ed., Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 37.

37 GOTMAN. 1947.

38 RIBEIRO, Ormezinda M. et. al. Construção, destruição e (re) construção do sentido: uma análise do mal-entendido na interpretação de um texto legal, *Revista Jurídica Unijus*, v. 4, n. 1, p. 99-110, 2001.

pretação nasce da interlocução e é construída através das formações discursivas e ideológicas estabelecidas. Se procurarmos nos dicionários iremos encontrar vários sentidos para a palavra negro, que não fazem somente uma alusão à raça. Se raciocinarmos assim teremos que fazer um boletim de ocorrência contra os que dizem, quando se esquecem de algo, “*deu branco*”. Analisando sob a ótica desse vereador, a expressão “*dar branco*” também é pejorativa, pois significa, neste caso, esquecimento. O mesmo pode-se dizer do amarelar, na expressão: “*Fulano amarelou*.” Significando acovardou. Os defensores dessa raça também deveriam entrar com recurso. Também não poderíamos permitir a expressão *judiar*, ou *judiação*, pois estamos nos referindo “às *pe-soas do povo eleito*” (para empregar uma expressão politicamente correta).

Quando alguém disser algo do tipo: “*isto é um golpe baixo*”, ou “*seu compor tamento é baixo*” ou ainda “*o que vem de baixo não me atinge*”, as pessoas de baixa estatura poderão se sentir ultrajadas e vítimas de preconceito e, nesse caso, como os antecedentes, podem entrar com uma representação contra seus autores. Mas vão continuar sendo baixinhos, apesar disto, ainda que as pessoas digam, no exercício de uma linguagem politicamente correta, ao se referirem ao tamanho, “*verticalmente prejudicadas*”.

O que talvez esteja por detrás de qualquer atitude “*politicamente correta*” como a de substituir uma expressão em um cartaz publicitário é a atitude em que se baseia: defendendo os “valores culturais” mais díspares, sendo pelos direitos humanos, mas contra todo universalismo de critérios morais, cria-se uma espécie de ética que se devora a si mesma, um maniqueísmo que critica o maniqueísmo, uma censura feita só de “respeito às liberdades”. Pois como já disse o poeta, Drummond, em Versos Negros (Mas Nem Tanto)<sup>39</sup>:

(...)

Viva, portanto, amigo. Viva, viva, de qualquer jeito, na esperança viva de que o câncer há de morrer de câncer.

Ou morrerá melhor pela coragem de enfrentarmos o horror desta linguagem que faz do câncer dor maior que o câncer.

Pois se souber do trágico brinquedo que é ver câncer em tudo desta vida, o câncer vai morrer- morrer de medo.

O representante do povo poderia gastar suas energias e seu precioso tempo em prol, por exemplo, da própria educação. Tanto brancos quanto negros estão saindo da escola sem saber ler. Sem conhecer de fato as implicações da leitura e o que leva a não saber ler ou compreender os discursos da sociedade, porque a escola se transformou em plataforma de discursos, em arma política, e os alunos, principalmente os pobres, (dentre eles negros e brancos) em números estatísticos. As diversas possibilidades de significação de uma palavra não estão sendo, nesse caso, levadas em conta. Contudo, por força de um discurso político, nem tão correto assim, cria-se um caso de políCIA, fazendo com que tanto o poder judiciário, quanto o legislativo gastem seu tempo com um discurso inócua, enquanto poderiam estar somando esforços para se fazer justiça a negros, brancos, amarelos, judeus ou cristãos, permitindo-lhes uma justa distribuição de rendas, uma educação mais democrática, numa sociedade em que os negros, (a raça) não se sintam discriminados pela simples asserção de uma palavra em um cartaz, pois, conforme cantam os Titãs<sup>40</sup>, “*palavras não são más, palavras não são quentes, palavras são iguais sendo diferentes. (...) Palavras não têm cor, palavras não têm culpa*” ■

39 ANDRADE, Carlos Drummond de. *Seleção em prosa e verso*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

40 FROMMER, Marcelo. *Titãs acústico*. Rio de Janeiro: 1 cd, estéreo, 5 pol.

**referências bibliográficas**

- ANDRADE, Carlos Drummond de. **Seleta em prosa e verso**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.
- BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. 2. ed. São Paulo: Hucitex, 1995. Tradução do original russo de 1929.
- BENVENISTE, Emile. **Problemas de lingüística geral I**, Campinas: Pontes, 1989.
- BENVENISTE, Emile. **Problemas de lingüística geral II**, Campinas: Pontes, 1995.
- ECO, U. **O signo**. 5. ed. Lisboa: Presença, 1997.
- ANDRADE, Carlos Drummond de. **Seleta em prosa e verso**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.
- LOCKE, John. **Ensaio acerca do entendimento humano**. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.
- RIBEIRO, Ormezinda. M. **O ensino de gramática na escola: suas relações com o signo lingüístico e com a articulação do pensamento na língua**. 1999, Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia.
- \_\_\_\_\_. Direito e Lingüística: uma relação de complementaridade, **Revista Jurídica Unijus**. Uberaba, v. 2, n. 3, p. 81-91, 2000.
- \_\_\_\_\_. et. al. Construção, destruição e (re)construção do sentido: uma análise do mal-entendido na interpretação de um texto legal, **Revista Jurídica Unijus**. Uberaba, v. 4, n. 1, p. 99-110, 2001.
- RICOEUR, Paul. **A metáfora viva**. São Paulo: Loyola, 2000.
- SAUSSURE, Ferdinand de. **Curso de lingüística geral**. Tradução de Antônio Chelini, José Paulo Paes e Izidoro Blikstein. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1972.
- WARAT, Luis A. **O Direito e sua linguagem**. 2. ed., Porto Alegre: Fabris, 1995.



# A LEGITIMAÇÃO E OS LIMITES DO PODER PUNITIVO

Rogério Zeidan\*

## sumário

1. Os limites do poder punitivo em face dos direitos fundamentais.
2. Estado detentor do poder.
3. Os limites formais e materiais do poder punitivo.
4. A crise do poder punitivo.
5. Uma visão filosófica e sociológica sobre o poder punitivo.
6. Poder punitivo no Estado democrático de direito.
7. Referências Bibliográficas.

## resumo

O presente artigo propõe-se a analisar o ius puniendi sob a ótica dos direitos fundamentais, esclarecendo sobre suas limitações formais e materiais e, principalmente, afirmando a existência de uma crise a afetar o exercício de tal poder, que deve ser visto modernamente como ultima ratio para a proteção dos direitos e garantias fundamentais, tendo em mente os mais legítimos ideais democrático de direito.

### 1

#### OS LIMITES DO PODER PUNITIVO EM FACE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A natureza dos direitos fundamentais é composta de certa dinâmica: por um lado os valores que se formam historicamente e, de outro, autênticos direitos.<sup>1</sup>

Primeiro houve um processo de reconhecimento de uma série de valores humanos que se reivindicavam frente aos valores tradicionais. Aqueles foram perfilando-se e ampliando-se como ideologia, legitimando aspirações que lograram realizar-se no século XVIII, passando a ser direitos subjetivos fundamentais.<sup>2</sup>

Sob pena de ressonância indesejável no direito, é importante superar as dificuldades existentes na identificação dos direitos fundamentais. Isso implica que não podemos confundir-los com o direito subjetivo público nem com os direitos humanos.

Podemos relacionar os direitos fundamentais aos direitos subjetivos, na proporção de que seja uma faculdade que deriva da lei. Todavia, tem um caráter especialíssimo ao serem direitos inalienáveis e imprescritíveis. Os valores sociais que representam os direitos fundamentais, expressam-se em cada momento histórico e não tem caráter subjetivo, mas sim objetivo, como o da vontade popular.<sup>3</sup>

Como expressa o Professor Guerra Filho, por característica de seu próprio modelo epistemológico os direitos fundamentais possuem uma multidimensionalidade, a saber: *analítica* (conceitual); *empírica* (histórico-concreta) e *normativa* (doutrinária)<sup>4</sup>.

Os direitos fundamentais sob o ponto de vista empírico também são direitos humanos. Entretanto, distingue-se dos direitos humanos enquanto manifestações positivas do direito, aptas à produção de efeitos no plano jurídico.

\* Rogério Zeidan, Advogado. Professor do Centro de Ensino Superior de Catalão – CESUC. Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Federal de Uberlândia – UFU. Mestre em Direito Público pela Universidade de Franca – UNIFRAN.

1 ROVIRA VINAS, Antoni. *El abuso los derechos fundamentales*. Barcelona: Edicione Península, 1983. p. 81.

2 *Ibid.*, p. 83.

3 ROVIRA VINAS, op. cit., p. 81, nota 1.

4 Sobre a dimensão *analítica*, o método de estudo dos direitos fundamentais centra-se na conceitualização dos mesmos, na dimensão *empírica*, trata-se de um ponto de vista histórico em que o objeto de estudo se determina no campo das manifestações concretas do direito, e na dimensão *normativa*, numa manifestação de poder o estudo manifesta-se na doutrina, ver: GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da Constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. p. 97.

Nessa ordem, os direitos fundamentais compõem-se de elementos essenciais para seu reconhecimento: I – que expressem valores que em cada lugar e momento a sociedade os reconheça como seu; II – que se positivem numa norma fundamental como meio da sociedade poder exigir seu cumprimento; III – que seja a única forma de permitir que a vontade social se transforme em vontade política, transformando-se em fins do Estado; IV – que se revelem como forma social e democrática de se eliminar os privilégios, sendo necessários para a realização dos princípios do Estado democrático de direito.<sup>5</sup>

A finalidade dos movimentos político-sociais, externados pelas declarações de direitos, tinha como meta a *limitação do poder* absoluto do rei diminuindo dessa forma sua arbitrariedade. Fazia-se necessária a eclosão de uma revolução para criar instituições adequadas, considerando as novas perspectivas econômicas, sociais e políticas.

Após dois séculos do período humanitário, ainda nos preocupamos com o limite e a legitimidade do poder, em especial do *ius puniendi*.

## 2

### ESTADO DETENTOR DO PODER

Vivendo uma época de revolta, a ideologia dos povos conclamava por formas de concretização social imediata, exigindo-se o sepultamento dos espíritos da Idade Média, do absolutismo do rei e de sua contradição com a liberdade moderna.

O tiro de misericórdia contra a prole fanática do feudalismo aristocrático foi a revolução burguesa de 1830, afastando de vez o poder político e econômico dos feudos. Por fim, o feudalismo e a realeza absoluta depõem as armas e os castelos, as cortes, os altares são como praças evacuadas de um poder vencido.

A eclosão do movimento liberal convergia para o fim de *limitação do poder*. O princípio liberal era o caminho para se chegar ao princípio democrático. A revolução do século XVIII, com as divisas da liberdade, igualdade e fraternidade, foi desencadeada para implantar um constitucionalismo concretizador de direitos fundamentais,

compondo a soma de todos os processos de libertação.

Positivado como princípio e regra de um Estado de Direito reconstruído sobre os valores da Dignidade da Pessoa Humana, o Estado social despontou para conciliar de forma duradoura e estável a Sociedade com o Estado. Sem Estado social não há democracia, e sem democracia não há legitimidade.

Enfocando as questões de legitimidade constitucional ao campo do Direito Penal, insta ressaltar que os valores constitucionais devem influenciar por completo os ordenamentos jurídico-penais. Assim, por exemplo, na Itália e na Espanha, a instância constitucional prevalente é a do tipo *político-garantidor* que se revela, sobretudo, na exigência da legalidade e de um intransponível *limite* ao poder punitivo do Estado, de modo a garantir uma esfera individual de não interferência por parte do Estado, nisso refletindo uma concepção das relações entre Estado e pessoa, em termos prevalentemente de tensão, senão de conflituosidade.<sup>6</sup>

Na República Federal da Alemanha, a instância constitucional prevalente é a do tipo *personalístico-garantidor* que se revela, sobretudo, na exigência de valorizar, no sistema penal, a dignidade e auto-determinação do homem, em consonância com o princípio da culpabilidade. A instância constitucional leva em conta não apenas o limite ao poder punitivo, mas a exigência de um fundamento constitucional do direito penal, assim refletindo uma preocupação com o réu, não somente como sujeito condicionado e limitado pela interferência penal, mas, particularmente, como uma pessoa cuja humanidade condiciona e atribui para formar essa específica fisionomia do direito punitivo.<sup>7</sup>

No Brasil, os valores constitucionais que condicionam e dão diretrizes ao *ius puniendi*, encontram suporte na Carta Magna que em face dos direitos e garantias fundamentais, orientam todas as atividades de exercício do poder punitivo, começando desde as atividades preventivas da criminalidade até a execução das sanções criminais. Todo esse sistema tem como norte o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana.

Revela-se interminável a luta entre as antíteses do poder e da liberdade. O Estado, que por

5 ROVIRA VIÑAS, op. cit., p. 89, nota 1.

6 PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal*: um estudo comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1989. p. 117.

7 *Ibid.*, p. 117.

sua natureza é uma organização de domínio, pode, sob o leme de governantes ambiciosos e destituídos de escrúpulos, converte-se em aparelho de abusos e atentados à liberdade humana, explorando, no interesse de sua força e de seu predomínio, as dependências básicas do indivíduo, transformando-o em mero instrumento dos fins estatais.

### 3

#### OS LIMITES FORMAIS E MATERIAIS DO PODER PUNITIVO

O Direito Penal pode ser contemplado sobre uma perspectiva objetiva, o *ius poenale*, representado pelo ordenamento jurídico-penal, e por uma perspectiva subjetiva, o *ius puniendi*, expressado pelas condições de exercício do poder punitivo.

Estudar a natureza do *ius puniendi*, na verdade é buscar uma fundamentação convincente de seus limites, circunscrevendo a ingerência estatal a um marco adequado à sensibilidade atual e à experiência histórica.<sup>8</sup>

No Direito Penal objetivo, os aspectos de legitimidade concentram-se na esfera normativa do direito constituído e do direito a constituir. Já no Direito Penal subjetivo, o ponto crítico se eclode nas questões de legitimidade e limites do *ius puniendi*. Sobre qualquer perspectiva, crucial é a exigência de harmonia aos Direitos Fundamentais, atividade que impescinde de Política Criminal.<sup>9</sup>

À Ciência do Direito Penal interessa não só a interpretação e sistematização das normas que integram o *ius poenale*, mas também o debate sobre a potestade punitiva, seus pressupostos, caracterização e limites.<sup>10</sup>

Há de se esclarecer que o *ius puniendi*, metodologicamente configurado como Direito Penal Subjetivo, não pode ser confundido como direito subjetivo, uma vez que encerra em seu exercício uma potestade. Vale dizer que o Estado não comparece no processo penal para realizar *seu* direito, como qualquer outro litigante, pois o poder de julgar representa a potestade de aplicar o Direito objetivo.

Politicamente, o poder punitivo aborda o debate sobre as mais diversas posturas ideológicas que no trânsito da evolução do Estado se sucedeu. Seja no modelo liberal, absoluto ou social, os reflexos ao campo da punibilidade são correspondentes aos ideais e interesses de cada modelo de Estado.

A experiência do Estado *totalitário* demonstrou as evidências que o intervencionismo pode representar para as garantias individuais. Após as dolorosas experiências do passado e o sangue derramado, transpareceu-se necessário submeter a limites o *ius puniendi*.<sup>11</sup>

Constitui o princípio da legalidade o *limite formal* do poder punitivo, traçando contornos e fronteiras para a atuação estatal em face dos princípios que da legalidade decorre.

O princípio da legalidade tem registros anteriores à Revolução Francesa. Contudo, é na eclosão do século das luzes que se elevou às exigências de legitimação da lei. Para o futuro haveria de se buscar a justificação do direito positivo e a legitimação do legislador.

Os *limites materiais* aperfeiçoam-se com a observância e realização de *princípios* que em muitos casos estão alheios à disposição expressa da lei, mas que cumprem com a função de certeza, servindo à segurança jurídica no interesse de direitos e liberdades fundamentais.

A exigência de que o Direito Penal intervenha *exclusivamente para proteger bens jurídicos* constitui uma garantia fundamental do Direito Penal moderno, sendo a mais pura manifestação da tensa confluência entre os princípios garantísticos da proporcionalidade, da fragmentariedade e da intervenção mínima.<sup>12</sup>

A exclusiva proteção de bens jurídicos, desde a perspectiva do moderno Estado social e democrático de Direito, representam através deles as condições elementares para o funcionamento dos sistemas sociais e dos pressupostos necessários para a auto-realização e participação dos indivíduos.

A *intervenção mínima* trata-se de um dos objetivos prioritários das Ciências Penais e Criminológicas de nosso tempo: verificar a racionalidade

8 MIR PUIG, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1976. p. 113.

9 "Daí que se define o Direito Penal subjetivo, bem como Direito do Estado de estabelecer normas penais e aplicá-las (...), bem como o conjunto de condições que determinam a legitimidade da ameaça e aplicação de penas por parte do Estado", ver: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Derecho penal: introducción*. Madri: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madri, 2000. p. 302.

10 *Ibid.*, p. 302.

11 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 305, nota 9.

12 SILVA SANCHES, Jesús Maria. *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992. p. 267.

lidade e contexto social de meios que utiliza o Estado para o controle da delinqüência, submetendo a limites rigorosos o emprego do mais devastador das sanções: a pena.<sup>13</sup>

Direito Penal não significa menos delitos, mais leis, penas mais severas, mais polícia, mais cárceres, não significa menos criminalidade. A pena não convence, dissuade, atemoriza. Reflete mais a impotência, o fracasso e a ausência de soluções, que a con-vicção e energia necessárias para abordar os problemas sociais.<sup>14</sup>

É preocupante qualquer forma de ingerência da potestade punitiva, além do mais os efeitos da hipertrofia penal pode culminar no sufocamento da sociedade.

O princípio de intervenção mínima é uma das características mais marcantes da política criminal moderna tendo dupla manifestação: o princípio da subsidiariedade e o da fragmentariedade.

Não obstante o ordenamento estabelecer um vasto sistema de proteção aos bens jurídicos, o Direito Penal apresenta um aspecto fragmentário porque não protege a todos os bens jurídicos que sofram ataques ou ameaças intoleráveis.<sup>15</sup>

Com o surgimento do Estado de Direito, novas exigências também surgiram para impor limites ao poder punitivo, como a imputação da responsabilidade penal somente aos fatos que, por sua danosidade social e reprovabilidade, requerem a sanção penal.

De outro lado, também constitui o princípio da culpabilidade um limite material ao *ius puniendi*, e não simples categoria dogmática da teoria do delito.

Do princípio da culpabilidade depreende-se, em primeiro lugar, que nenhuma pena será aplicada a alguém sem que haja apuração da responsabilidade subjetiva do suposto autor, coincidindo sempre com as exigências de prevenção da pena. Em segundo, que a pena não pode ultrapassar a medida da culpabilidade.

A observância material ao princípio da culpabilidade mostra que não se trata de simples observação teórica, mas que é o único caminho da Política Criminal que deve ser seguido em todos os sistemas políticos, se se quer resolver os problemas práticos da Justiça Penal em concordância com as convicções valorativas da sociedade.<sup>16</sup>

Atualmente, a idéia de proporcionalidade no direito público encerra uma noção de limitação do poder estatal em benefício da garantia de integridade física e moral dos que lhe estão subrogados, confundindo sua origem com o moderno Estado de Direito.<sup>17</sup>

O princípio da proporcionalidade constitui também limite material ao *ius puniendi*. O poder punitivo, ao considerar o fato delituoso, deve ser proporcional na imputação da conduta incriminada e na aplicação da respectiva sanção. Para tanto, deve-se ter parâmetros como a danosidade social e o grau da conduta e, sobretudo, a finalidade de tutela correspondente à pena aplicada.<sup>18</sup>

Nessa ordem, a exigência de proporção se determina mediante um juízo de ponderação entre a *carga coativa* da pena e o fim perseguido pela cominação legal.

O princípio da humanidade e salvaguarda da dignidade humana deve ser contemplado desde uma dupla perspectiva: como marca histórica da evolução do Direito Penal, e como limite político-criminal do *ius puniendi*.<sup>19</sup>

Vincula-se à evolução histórica do Direito Penal, considerando as conseqüências no âmbito das sanções penais, que traduzem a eliminação das penas corporais, a constante tentativa de redução das penas privativas de liberdade e a melhora das condições de sua execução.

Os substitutos penais, o livramento condicional, a suspensão condicional da pena e o próprio sistema progressivo constituem outras tantas conquistas do movimento de humanização dos sistemas penais.

13 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 378, nota 9.

14 *Ibid.*, p. 380.

15 Expressa García-Pablos que “dentro da função geral do Direito, o Direito Penal se caracteriza por proteger através da pena e da medida – que são os recursos mais drásticos com que conta o ordenamento jurídico – os mais fundamentais valores da ordem social, frente aos ataques que, desde o ponto de vista da convivência social, aparecem como mais intoleráveis. O Direito Penal apresenta, por sorte, caráter fragmentário. Não protege todos os bens jurídicos, mas os mais fundamentais, e nem se quer protege-os frente a qualquer classe de atentado, mas tão somente frente aos ataques mais intoleráveis”, ver: GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 386, nota 9.

16 JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*: parte general. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978. p. 30.

17 GUERRA FILHO, op. cit., p. 67, nota 4.

18 SILVA SANCHES, op. cit., p. 260, nota 12.

19 GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, op. cit., p. 406, nota 9.

O Direito Fundamental de humanização e o Princípio Fundamental da dignidade da pessoa humana encontram seu mister muito mais além dos limites materiais ao *ius puniendi*, pois, relevam-se como fundamento e diretriz de todo o sistema penal.

4

A CRISE DO PODER PUNITIVO

O funcionalismo deixa bem claro que a crise não se encontra unicamente no sistema jurídico, mas também no sistema social. Nessa perspectiva, o sistema jurídico não está estanque ou dissociado do social, por conseguinte da harmonia global das ciências que compõem o sistema social.<sup>20</sup>

A crise do Direito Penal contemporâneo também não é contemporânea. Ela vem se arrastando desde os primeiros Estados de Direito. Nesse arrasto de disfuncionalidades e conflitos, ressalta-se a dicotomia entre a liberdade e a segurança.<sup>21</sup>

Os reflexos trazidos pela crise não são de todo negativos, pois através dela houve uma contribuição para o avanço do direito penal humanitário e garantístico.<sup>22</sup>

A crise do *ius puniendi* é marcada, de um modo geral, pela necessidade de proceder a uma *legitimação* do Direito Penal que resulte imanente à sociedade e não transcendente à mesma. Uma vez produzido este primeiro fator de ruptura, é natural que também se sinta a necessidade de orientar a ciência do Direito Penal a essa missão social, trazendo-o próximo à sociedade como um perfeito instrumento legitimador de seus valores éticos, morais, políticos e culturais.

Em face da crise, surgem posturas político-criminais e criminológicas que se insurgem à deslegitimação do discurso jurídico-criminal. São reconhecidas como: abolicionismo; minimalismo ou de ressocialização; neo-realismo de esquerda; neoclassicismo e garantismo.

O abolicionismo tem grande mérito em propor o estabelecimento de um sistema de Direito Penal mais humano. Contudo, as soluções propostas por essa postura não se compatibilizam com a realidade de qualquer núcleo social consi-

derando o grau de complexidade e desenvolvimento alcançado das sociedades modernas.

Se deixarmos nas mãos da sociedade a solução dos conflitos criminais, talvez o Direito Penal se operaria num campo só das etiquetas, num campo de titularidades e vítimas, mas não do conteúdo e extensão do *ius puniendi*.

Crítica o abolicionismo a criminalidade baixa, extratificadora da sociedade, mas isso é apenas a ponta de um *iceberg*. O grande peso da delinquência se esconde nas chamadas cifras douradas da criminalidade, como os crimes de colarinho branco, de tráfico de entorpecentes, de corrupção e, sobretudo, na delinquência originada nas relações do mundo globalizado.

A postura minimalista defende a idéia de um Direito Penal de conteúdo mínimo, destinado à preservação dos Direitos Fundamentais. Isso significa um sistema que evite as reações indesejáveis por parte do Estado, limitando a violência institucional representada pela pena e, sobretudo, pelo sistema penitenciário.

É impossível educar para a liberdade em condições de não liberdade. O sistema ressocializador, fora de seu absolutismo, é grandioso e humanista. Mas, seu fracasso se encontra na ausência de suportes para o que teoricamente se previu para a reinserção do condenado à sociedade em face do aperfeiçoamento do processo de individualização.

O conhecimento insuficiente do fenômeno criminal e de suas causas – principalmente de métodos realistas de tratamento – constituem um obstáculo a mais para a vigência do ideal ressocializador.

A simples ressocialização não pode ser erigida como ponto fundamental de legitimação da intervenção penal. Tanto quanto necessário a ressocialização é a imposição da pena privativa de liberdade por motivos de prevenção geral positiva. Dessa forma, é tarefa inarredável a conciliação das prevenções geral e especial.

Por outro lado se apresenta exigência inafastável o restabelecimento da lei e da ordem para todas as “pessoas decentes”, incapazes de “comportamentos desviados”. O crime é compreendido como o “lado patológico” da sociedade, a criminalidade como uma enfermidade “infecciosa” e o criminoso como um ser “daninho”.

20 A Perspectiva funcional de Jakobs tendo suas bases assentadas na teoria dos sistemas sociais de Luhmann, sendo o sistema de direito apenas um sub-sistema do sistema social global.

21 SILVA SANCHES, op. cit., p. 13, nota 12.

22 Ibid., p. 14.

O *law and order* exerce assim uma influência altamente negativa no meio social, nasceu e move-se pelo influxo da mídia manipulada politicamente.

No plano das modificações, a ideologia de *lei e ordem* se expressa na severidade das penas, na suspensão de benefícios e na criminalização de condutas dentre outras medidas.

Em repúdio aos decepcionantes resultados do sistema de ressocialização, sobre o qual se pretendia a legitimação do *ius puniendi* pela ideologia do tratamento, surge o neoclassicismo com o propósito fundamental de acentuar as *garantias formais*.

Com base nas concepções de prevenção geral e na proporcionalidade com a gravidade dos delitos, manifestava-se em desfavor da sentença indeterminada e dos abusos pelo Estado decorrentes do tratamento do delinqüente, pois ele só poderia ser admitido se fosse aceito voluntariamente.

Uma severa crítica feita ao neoclassicismo é sua limitação às garantias meramente formais e o rechaço às instituições de Política Criminal. Não há flexibilização para a execução da pena privativa de liberdade nem diminuição da intervenção penal ao estritamente necessário.

Apresenta-se o garantismo como limite material da intervenção penal. As garantias devem transpor as instâncias formais e assumir novas exigências de conteúdo. Nesse âmbito, o Direito Penal é legitimado pelas necessidades políticas de tutela aos Direitos Fundamentais.

Para o garantismo, a ideologia do tratamento é irrenunciável no sentido especial da efetivação benéfica de sua aplicação. Entretanto, o cidadão, embora tenha o dever jurídico de não cometer fatos delitivos, tem, no entanto, o direito de ser interiormente malvado e de seguir o que é. Não se trata o delinqüente de um simples objeto de tratamento, mas de uma pessoa de direitos em que deve ser respeitada sua personalidade em decorrência do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, as modernas teorias das penas assumem uma postura do tipo político-garantidor da personalidade humana, como a teoria dialética de Claus Roxin e o garantismo de Luigi Ferrajoli.

## 5

## UMA VISÃO FILOSÓFICA E SOCIOLÓGICA SOBRE O PODER PUNITIVO

Os conceitos de legitimidade e legalidade foram se integrando ao pensamento jurídico, transcendendo aquele à noção de legalidade à medida que se supõe critérios que vão além da normatividade jurídico-positiva. A depuração desse juízo só é possível através do *critério de racionalidade* que está na base de toda a decisão humana que pretenda justificar-se.<sup>23</sup>

A legitimação de um atuar busca a aceitação dos outros, nas relações em que existe algum tipo de subordinação. Por essa razão, a legitimidade se vale de critérios de justiça, razoabilidade, verdade ou utilidade como princípios fundamentadores.<sup>24</sup>

Os critérios de justificação assumem relação inseparável aos direitos fundamentais, pois expressam valores na ordem vigente de uma sociedade que se coadunam ao Estado democrático de direito. Entretanto, a esfera dos critérios de legitimação alcançam também valores sociais não titulados como fundamentais, ou seja, alcança as normas ou regras ainda que não estejam normativadas numa ordem jurídico-fundamental. Mas, de qualquer forma, são critérios inerentes ao Estado democrático de direito.

Para Weber, a legitimidade depende da fé na legalidade do exercício do poder, pois a dominação legal adquire um caráter racional, uma vez que ela tem a ver com a racionalidade que habita na forma do direito que legitima o poder exercido nas formas legais.<sup>25</sup>

Adotar uma perspectiva meramente formal da legalidade é tornar inalcançável a legitimidade. Quando Kelsen afirma que a lei pode ter qualquer conteúdo, deixa claro o perigo que está presente ante uma estrutura meramente formal da legalidade.

Habermas, em sua teoria comunicativa, critica a obtenção de legitimidade através de uma interpretação meramente formal da legalidade. Entende que não é possível fundamentar a atitude justificante da legalidade pela tese weberiana, que centra no procedimento formal de criação e aplicação do direito uma forma *per se* de legitimação. Integrando a questão dentro de seu debate com

23 YACOBUCCI, Guillermo J. *La deslegitimación de la potestad penal*. Buenos Aires: Abaco, 2000. p. 62.

24 *Ibid.*, p. 62.

25 YACOBUCCI, op. cit., p. 79, nota 23.

Luhmann, a crítica encontra fundamento numa idéia que parece fundamental para entender o problema e inclusive aproximar-se adequadamente à legitimação da potestade punitiva.

O agir comunicativo de Habermas é o meio ideal para a obtenção da legitimidade da potestade punitiva e do resgate de sua credibilidade, pois trata-se da proposição de um meio lingüístico em que se concatenam interações e se estruturam formas de vida.

Dentro da estrutura dos sistemas sociais, o caminho do sistema jurídico se abre para que a dogmática jurídica conceba os direitos consoante linhas puramente funcionalistas. A doutrina dos sistemas sociais tem em suas mãos a batuta de um sistema funcional que se livra, através de decisões metodológicas, de todas as considerações normativas, axiológicas.

Obstacularizada a possibilidade de verificação do que seja funcional em face dos fins, valores e interesses sociais, não há nenhum argumento que possa justificar um ato ou uma norma. Não sendo possível essa justificação, impossível é o alcance da legitimidade, pois, o Direito Penal estará mais próximo da sociedade e de seus problemas assumindo uma postura funcional-teleológica.

A teoria dos sistemas sociais de Luhmann, também relaciona o poder com a noção de meio comunicativo. A problemática do poder compreende uma instância comunicativa que só é possível quando a seletividade própria do sistema pode ser interpretada ou entendida pelos outros. Devendo simbolizar algo que seja possível de ser entendido, permitindo desta forma a opção por alternativas de ações previsíveis. O poder é algo distinto da coação, circunstância em que as possibilidades de escolha do coagido são reduzidas a zero.<sup>26</sup>

As idéias de Luhmann se coadunam com a perspectiva de um Direito Penal mínimo, postado em *ultima ratio* para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes dos sistemas sociais. Evitar sanções e o emprego da violência dentro do rol de alternativas é tarefa salutar, pois o uso da violência altera a estrutura da comunicação de modo praticamente irreversível. A violência física só pode ocupar uma posição excepcional para a formação do poder.<sup>27</sup>

A dignidade punitiva não se aperfeiçoa e se legitima com a mera incidência ao tipo penal. É necessário que a conduta tipificada cause dentro de certos limites intolerância social por efetiva infringência ao bem jurídico-penal.

A função do processo se aperfeiçoa com as partes num procedimento de comunicação com uma determinada repartição de papéis. Nesse âmbito, a legitimação de uma resolução jurídica não se assenta na verdade ou na justiça, mas num processo acertado.

Em breves palavras, porém precisas, Guerra Filho, partindo do jusfilósofo frankfurtiano Rudolf Wiethölter, expressa que o direito em seu estágio de desenvolvimento na pós-modernidade ingressa numa fase caracterizada por uma necessidade de procedimentalização em seu modo de se manifestar.<sup>28</sup>

A idéia de procedimentalização situada como teoria crítica da sociedade, trata-se de um “caminho do meio”, como uma fórmula de resolução dos problemas sociais no mundo pós-moderno, através de um processo de comunicação. Isso significa, a adoção de um sistema que não parte de idéias pré-concebidas impostas aos outros.<sup>29</sup>

Nessa esteira ideológica, a operacionalização de um sistema jurídico-penal que parte de idéias pré-concebidas fere a dignidade da pessoa humana, tendo em vista que os conceitos e as idéias se encontram pré-estabelecidos.

Os problemas de legitimação do direito, seja na idéia de justiça ou da racionalidade, vão sempre girar em torno da argumentação jurídica.

A busca do procedimento é a busca de uma fórmula mais democrática e racional possível para dirimir os problemas cada vez mais complexos nas sociedades modernas, já que a fórmula implica no envolvimento das partes interessadas em um debate dialético.<sup>30</sup>

## 6

### PODER PUNITIVO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O sentido formal de Estado enseja ao Direito Penal a importância de todos os elementos do princípio do Estado de Direito, chamados a

26 LUHMANN, Niklas. *Poder*. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: UnB, 1992. p. 9.

27 *Ibid.*, p. 20.

28 GUERRA FILHO, op. cit., p. 67, nota 4.

29 *Ibid.*, p. 70.

30 GUERRA FILHO, op. cit., p. 93, nota 4.

albergar a *segurança jurídica*. Nesse âmbito, o Poder Público no exercício do *ius puniendi* pode realizar as mais graves ingerências na esfera de liberdade do cidadão, sendo necessário a contenção do abuso ou desvio de poder.<sup>31</sup>

O princípio do Estado de Direito no sentido material, determina como o Direito Penal deve se configurar de forma tal que poder punitivo respeite a *dignidade humana*, como princípio fundamental de todo o sistema de valores da Constituição. Isso importa num Direito Penal que se limite à intervenção estritamente necessária para assegurar a convivência humana na comunidade.

No Estado de Direito a Política Criminal tem que estar vinculada à realidade, não se podendo decidir a punibilidade de uma ação critérios baseados em sentimentos nem opiniões pré-concebidas, mas somente em considerações fundamentadas na proteção da sociedade.<sup>32</sup>

O princípio do Estado de Direito obriga a uma configuração social e democrática do Direito Penal, procurando a proteção dos bens mais importantes para a convivência entre as pessoas, respeitando sempre as idéias de proporcionalidade, igualdade e liberdade.

O *ius puniendi* exercido por um juízo de valor pré-estabelecido, sob considerações lógicas ou de validade geral, não corresponde às expectativas democráticas e sociais de um Estado. Significa, pois, que a solução à conflituosidade dos interesses deve ser alcançada mediante um sistema procedimental-dialético.

Os princípios de natureza político-criminal arrimam-se à natureza material do Estado de

Direito, operando a função de equilíbrio *ex parte principie ex parte popule* e tonificando o exercício da potestade punitiva para a harmonia entre o direito e a justiça.

Dentro do âmbito social o direito determina o espaço em que a liberdade pode ser materializada, sendo ela pressuposto da personalidade auto-responsável baseada na ética. Isso significa que o poder punitivo deve ser inspirado no mais profundo respeito possível aos seres humanos e sua liberdade.

O Direito Penal está sempre exposto ao perigo de abandonar sua missão como protetor dos direitos fundamentais quando a coação está sobre as mãos de um detentor arbitrário de força. Nesse caso, a coação se vê degradada como mero instrumento de repressão, passando sua aplicação a ser o pior e mais covarde dos delitos imagináveis.

Por longos séculos, esperamos do Estado o companheiro de armas dos cidadãos disposto a defende-los dos perigos e dos grandes problemas de nossa época, e não um monstro que indignamente ameaçasse as suas liberdades.

São inegáveis transformações dos Estados, nessa tônica a configuração do *ius puniendi* não poderá se distanciar da democracia, do direito e da justiça. A potestade punitiva deverá se instrumentalizar para o efetivo combate da delinqüência, sem importar na abertura de um sistema jurídico-penal de ingerências e arbitrariedades, mas na estruturação em *ultima ratio* para a proteção exclusiva dos direitos e garantias fundamentais. ■

31 JESCHECK, op. cit., p. 33, nota 16.

32 Ibid., p. 34.

## referências bibliográficas

- ALVARENGA, Maria Amália de Figueiredo Pereira; ROSA, Maria Virgínia de Figueiredo Pereira do Couto. **Apontamentos de metodologia para a ciência e técnicas de redação científica**. Porto Alegre: Fabris, 2001.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Júnior, Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado social**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- CABRILLAC, Rémy; FRISON-ROCHE, Marie-Anne; REVET, Thierry. **Droits et libertés fondamentaux**. Paris: Dalloz, 1996.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Imputação objetiva e direito penal brasileiro**. São Paulo: Cultural Paulista, 2001.
- CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- CHOUKE, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Moderna, 1980.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón: teoría del garantismo penal**. Tradução de Andrés Ibáñez. et. al. Madrid: Trotta, 1997.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. **Criminologia uma introdução a seus fundamentos teóricos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Derecho penal: introducción**. Madri: Servicio de Publicacione de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madri, 2000.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Para uma filosofia da filosofia: conceitos de filosofia**. Fortaleza: UFC, 1999.
- \_\_\_\_\_. **Teoria processual da Constituição**. São Paulo: C. Bastos, 2000.
- GÜNTHER, Klaus. A culpabilidade no direito penal atual e no futuro, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 24, p. 79-82, out./dez. 1998.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. 2v.
- \_\_\_\_\_. **Teoría y praxis social**. Buenos Aires: Sur, 1966.
- \_\_\_\_\_. **Teoría de la acción comunicativa**. Madri: Taurus, 1981.
- \_\_\_\_\_. **La lógica de las ciencias sociales**. Madri: Tecnos, 1990.
- HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde, Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- \_\_\_\_\_. **Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoía de la imputación en derecho penal**. Tradução de Francisco Muñoz Conde, Maria del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HASSEMER, Winfried; LARRAURI Elena. **Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal**. Madri: Tecnos, 1997.
- HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma y persona em uma teoria de un derecho penal funcional**. Madri: Civitas, 1996.
- \_\_\_\_\_. **La imputación objetiva en derecho penal**. Madri: Civitas, 1999.
- \_\_\_\_\_. La imputación objetiva en derecho penal de la acción y de la omisión. **Cuadernos de Conferencias y Artículos**. Bogotá, n. 12, 1996.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. Tradução de Santiago Mir Puig, Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1978.
- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: UnB, 1980.

- \_\_\_\_\_. **Poder**. Tradução de Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: UnB, 1992.
- LYRA, Roberto; ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 1991.
- MACHADO, Fábio Guedes de Paula Machado. **Prescrição penal**: prescrição funcionalista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MAURACH, Reinhart. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Ariel, 1962.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Teoria geral do delito**. Tradução de Juarez Tavares, Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**: um estudo comparado. Tradução de Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- QUEIROZ, Paulo. A justificação do direito de punir na obra de Luigi Ferrajoli: algumas observações críticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 27, p. 143-148, jul./set. 1999.
- ROVIRA VIÑAS, Antoni. **El abuso de los derechos fundamentales**. Barcelona: Península, 1983.
- ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- SILVA SANCHES, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Bosch, 1992.
- \_\_\_\_\_. El derecho penal ante la globalización y la integración supranacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 24, p. 65-68, out./dez. 1998.
- WARAT, Luís Alberto; PÊPE, Albano Marcos Bastos. **Filosofia do direito**: uma introdução crítica. São Paulo: Moderna, 1996.
- YACOBUCCI, Guilherme J. **La deslegitimación de la potestad penal**. Buenos Aires: Abaco, 2000.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ZEIDAN, Rogério. Presunção de violência por motivo etário. **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, p. 12, mar. 1998.
- \_\_\_\_\_. Preceitos Básicos para a criminologia crítica. **Revista do Centro de Ensino Superior de Catalão**, Catalão, n. 1, p. 84-88, jul. 1999.



# AS IMPLICAÇÕES JURÍDICOS-SOCIAIS DO SEGURO OBRIGATÓRIO - DPVAT

Edinamar Aparecida da Silva Costa\*

## sumário

1. Visão histórica
2. Conceituação do Seguro Obrigatório
3. Inconstitucionalidade do Valor do Seguro em Salário Mínimo.
4. A prescrição do Direito ao Recebimento do Seguro Obrigatório
5. Aplicação da Lei 6.174 e suas alterações
6. Contraprestação pelo Pagamento do Seguro
7. Complementação de Pagamento do Seguro
8. Conclusão
9. Referências Bibliográficas

## resumo

Este artigo é resultado de uma pesquisa sobre a matéria, principalmente por se tratar de pretensão constante no âmbito do Juizado Especial de Uberaba, em que pessoas que tiveram parentes acidentados por veículos automotores nos últimos vinte anos pretendem ser reembolsados do seguro obrigatório pelo valor máximo de 40 salários mínimos ou apenas de complementação desse valor, uma vez que as seguradoras não quitam sua obrigação pelo valor estipulado pela Lei 6.194/74.

### 1

#### VISÃO HISTÓRICA

A história do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de via Terrestre - DPVAT foi contada por Luiz Mendonça<sup>1</sup>, explicando que a culpa, fundamento da responsabilidade civil clássica, não era difícil de apurar em acidentes de trânsito, nos velhos tempos dos roneiros veículos de tração animal. Quem a tornou difícil foi o automóvel, com sua circulação cada vez mais complicada e mais perigosa. Fonte do “banho de sangue que tinge as estradas do mundo”, o automóvel conquistou a posição de recordista de vítimas, com estatística superior à das guerras do século passado.

Resultado da babel instalada no trânsito: com frequência, os culpados tinham meios de escapular de suas obrigações, deixando de mãos vazias os prejudicados. Para corrigir essa anomalia e garantir a reparação do dano, a Suécia teve iniciativa pioneira: criou, nos primórdios do século passado, o seguro obrigatório, que se difundiu por todos os continentes, hoje só não existindo em raros países com frota demasiado modesta.

O Brasil teve um atraso de quase 50 anos, em relação à Suécia. Mas em compensação tirou proveito da longa experiência acumulada no resto do mundo. Por isso pôde, com o DPVAT, implantar sistema de corte moderno e de maior alcance social. Moderno foi, por exemplo, abolir a teoria da culpa, essa grande inimiga das classes de baixa renda, carentes de recursos para se impor e exigir o pagamento das indenizações devidas, dos responsáveis pelos acidentes. Afirma ainda que moderno foi incluir o DPVAT no Documento Único de Trânsito - DUT, o certificado de licença anual do veículo, que possibilitou exigir de todos os motoristas e/ou proprietários de veículo o pagamento do seguro obrigatório. Esclarece que a emissão conjunta de DUT e DPVAT passou a ser privativa dos DETRANs, desfalcando o seguro de condições para uma contratação direta e individual pelas seguradoras. Assim, virou o DPVAT operação coletiva, mas não estatizada, sendo aquelas empresas levadas a se agruparem em Convênio, com marcante feição de um serviço social. Em consequência, foi possível adotar o ano civil como período de vigência do DPVAT, desvinculando a cobertura do rece-

\* Edinamar Aparecida da Silva Costa, Bacharel em Direito – Universidade Federal de Uberlândia; mestre em Educação, Magistério Superior – Centro Universitário do Triângulo – Unit; Juíza de Direito do Juizado Especial de Uberaba e professora de Teoria Geral do Direito da Universidade de Uberaba – Uniuube.

<sup>1</sup> MENDONÇA, Luiz. *O DPVAT, de verdade*. Disponível em: [www.seguro moderno.com.br](http://www.seguro moderno.com.br).

bimento do prêmio do seguro, ou seja, o DPVAT responde, desde o primeiro dia de janeiro por todos os sinistros ocorridos, ainda que seja posterior a sua arrecadação de prêmios.

## 2 CONCEITUAÇÃO DO SEGURO OBRIGATÓRIO

Segundo Maria Helena Diniz, Seguro constitui em figura do Direito Civil constituído por um contrato pelo qual uma das partes (segurador) se obriga para com outra (segurada), mediante o pagamento de um prêmio previsto contratualmente, a indenizá-la de dano decorrente de riscos futuros, conceituando as diversas formas de seguros existentes em nosso país.

Explica que o seguro contra acidentes pessoais é o que tem por fim cobrir riscos de morte ou lesão oriundos de acidente ocorrido com o segurado, compreendendo o pagamento de determinada quantia aos beneficiários, se o segurado falecer, ou ao próprio acidentado, se sobreviver, garantindo-se-lhe assistência médica e hospitalar e o pagamento de uma diária durante o tratamento. Abrange o seguro obrigatório para proprietários de veículos automotores, para cobrir riscos decorrentes de acidentes terrestres, fluviais, lacustres, marítimos e aéreos.<sup>2</sup>

O Dec-lei nº 73, de 1966, criou o Sistema Nacional de seguros Privados (art. 8º), constituído do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), da Superintendência de Seguros Privados (Susep), do Instituto de Resseguros do Brasil (IRB), das sociedades autorizadas a operar em seguros privados e das corretoras habilitadas. Explica Fran Martins que:

*Ao Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) compete fixar as diretrizes e normas da política de seguros privados e fixar as características gerais dos contratos de seguros, além de muitas outras atribuições (Dec-le nº 73, art. 32). A Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), entidade autárquica, dotada de personalidade jurídica de Direito Público, da jurisdição do Ministério da Indústria e Comércio, mas com autonomia administrativa e financeira, é o órgão executor da política traçada pelo CNSP e fiscalizador da constituição, do funcionamento e das operações das sociedades seguradoras (Dec-*

*lei nº 73, de 1966, arts. 35 e 36). O Instituto de Resseguros do Brasil (IRB) é uma sociedade de economia mista, dotada de personalidade jurídica própria de direito privado, gozando de autonomia administrativa e financeira, tendo por finalidade regular o cosseguro, o resseguro e a retrocessão, bem como promover o desenvolvimento das operações de seguros segundo as diretrizes do CNSP (Dec.-lei nº 73, arts. 31 e 42).<sup>3</sup>*

Dentro desse contexto, necessário se faz, no entanto, entender, além das características gerais, a natureza e a finalidade do Seguro obrigatório, denominado DPVAT. Contrato significa trato com, ou seja, uma pessoa vai tratar com outra determinados direitos e obrigações, estabelecendo um vínculo obrigacional entre elas, o que não ocorre no Seguro Obrigatório, pois este está ligado a coisa, ou seja, ao veículo, independente de algum acerto prévio pelas partes interessadas.

Afirma Sérgio Cavalieri Filho que *os riscos acarretados pela circulação de veículos são tão grandes e tão extensos que o legislador, em boa hora, estabeleceu esse tipo de seguro para garantir uma indenização mínima às vítimas de acidentes de veículos, mesmo que não haja culpa do motorista atropelado.<sup>4</sup>*

O Seguro Obrigatório, como o próprio nome sugere, na verdade tem sua amplitude muito maior que simplesmente um seguro, pois além da responsabilidade objetiva, se transformou num seguro social, como afirma Cavalieri Filho, em que o segurado é indeterminado, podendo ser qualquer pessoa, inclusive o próprio motorista causador do dano, só se tornando conhecido quando da ocorrência do sinistro, pois somente nesse momento assumirá a posição de vítima de acidente automobilístico.

## 3 INCONSTITUCIONALIDADE DO VALOR EM SALÁRIO MÍNIMO

A Lei 6.194/94 em seu art. 3º estabelece que:

Os danos pessoais cobertos pelo estabelecido no art. 2º compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementos, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada:

2 DINIZ – Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: s.n., 1998. v. 4, p. 281-282.

3 MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 9. ed. Rio de Janeiro, 1988. p. 421.

4 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. Malheiros, p.150.

a) 40 (quarenta) vezes o valor do maior salário mínimo vigente no país – no caso de morte”.

A Constituição Federal de 1988, no seu art. 7º, inciso IV, afirma que:

...salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhes preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Entendendo alguns doutrinadores que o art. 3º da Lei 6.194/74 não foi recepcionado pela Carta Magna, invocando ainda o princípio da isonomia, pois a repartição dos recursos provenientes do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres, não utiliza o salário mínimo como parâmetro na distribuição de suas receitas, sendo efetuados da seguinte forma:

*I – quarenta e cinco por cento do valor bruto recolhido do segurado a crédito direito ao Fundo Nacional de Saúde, para custeio da assistência médico-hospitalar dos segurados vitimados em acidentes de trânsito, nos termos do parágrafo único do art. 27 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991;*

*II – cinco por cento do valor bruto recolhido do segurado ao Departamento Nacional de Trânsito, por meio de crédito direto à sua conta única do Tesouro Nacional, para aplicação exclusiva em programas destinados à prevenção de acidentes de trânsito, nos termos do parágrafo único do art. 78 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997;*

*III – cinqüenta por cento do valor bruto recolhido do segurado à companhia seguradora, na forma da regulamentação vigente.*

Assim já se manifestou o r. Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, por sua negação, nos seguintes termos:

Ação de cobrança – seguro obrigatório – diferença – indenização – salário mínimo – fixação – art. 5º, parágrafo 1º, da Lei 6194/74 – O art. 5º, parágrafo 1º, da lei 6194/74 dispõe que a indenização decorrente do seguro obrigatório, DPVAT, deve ser pago tomando-se por base o valor da época da liquidação do sinistro, ou seja,

da data do efetivo pagamento e não da data de ocorrência do evento. – verificado nos autos que, no cálculo da indenização, tomou-se por base o valor do salário mínimo da data do sinistro, a diferença é devida, devendo ser calculada com base naquele da época da liquidação. E que, não se constitui o salário mínimo fator de indexação ou atualização monetária, revelando-se, tão-somente, como parâmetro quantificador da indenização, quando do desembolso, para não incentivar o retardamento no cumprimento da obrigação. (Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais – apelação nº 0250127-5 – 3/07/98 Primeira Câmara Cível).

Neste sentido, também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

As Leis 6.205 e 6.243 não revogaram o critério de fixação da indenização com base no valor do salário mínimo, tal como previsto no art.3º, da Lei 6.194/74, e isso quer pelo marcante interesse social e previdenciário desta modalidade de seguro, como porque a Lei 6.194/74 estabelece um simples critério de cálculo de valor indenizatório, não se constituindo no fator de correção monetária que as leis supervenientes buscam afastar. (STJ – 4ª T. – Resp. Rel. Athos Carneiro – j. 28.6.93 – RSTJ 51/222).

#### 4 PRESCRIÇÃO DO DIREITO AO RECEBIMENTO DO SEGURO OBRIGATÓRIO

O art. 178, parágrafo 6º, inciso II, do Código Civil estabelece que prescreve em um ano a ação do segurado contra o segurador e vice-versa, contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do fato. E ainda, a súmula 101 do STJ afirma: *a ação de indenização do segurado em grupo contra a seguradora prescreve em um ano.*

No entanto, as determinações, judicial e jurisprudencial, não se aplicam ao caso em concreto, visto que o Seguro Obrigatório não se dirige especificamente à relação entre segurado e seguradora, pois nem sempre o vitimado foi quem contratou o seguro e nem se adequa ao seguro em grupo, já que cada hipótese será sempre tratada de forma independente, de qualquer que seja o segurado ou a seguradora.

Não deve prosperar a dita prescrição, pois o prazo prescricional, sendo a ação de ressarcimento

mento oriunda de relação pessoal e não do contrato de seguro, não se configurando as partes como seguradora e segurado, é vintenária, nos termos do artigo do art. 177, do Código Civil, como afirma a jurisprudência:

A prescrição anual não se aplica à ação de terceiro contra seguradora. – Inaplicável na espécie as disposições do art. 178, § 6º, inciso II, do Código Civil Brasileiro. – Recurso provido para condenar a seguradora ao pagamento do complemento do seguro obrigatório, DPVAT, corrigido monetariamente com incidência dos juros da mora a partir de quando deveria a seguradora efetuar o pagamento na forma do art. 3º, “a”, da Lei 6194/74. (Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais – Apelação nº 0313403-2 – Sexta Câmara Cível em 21/09/2000.

## 5

### APLICAÇÃO DA LEI 6.174 E SUAS ALTERAÇÕES

Anteriormente à Resolução CNSP-06, de 25.03.86, o interessado contratava o seguro por meio de bilhete com seguradora de sua livre escolha, sendo necessário comprovar o pagamento do prêmio mediante a apresentação do bilhete devidamente quitado. E, após a sua vigência, o seguro passou a ser contratado simultaneamente com o licenciamento do veículo, com o bilhete emitido junto ao DUT, prevalecendo o sistema via bilhete tradicional para as categorias de microônibus e ônibus.

A Lei 8.441/92, alterou a lei 6.174/74, ampliando substancialmente a cobertura, deixando de exigir a apresentação do DUT pago, pois o art. 12 do decreto-lei 73/66 exigia que qualquer indenização decorrente do contrato de seguros dependeria de prova de pagamento do prêmio devido, antes da ocorrência do sinistro. Os acidentes ocorridos entre a criação do Convênio DPVT/1986 e a entrada em vigor da Lei 8.441 de 12/07/1992 estavam cobertos em todas as garantias, mediante a apresentação do DUT, referente ao exercício no qual se deu o acidente, devidamente quitado.

A Lei ordinária 6.194, passou a vigorar a partir de 19 de dezembro de 1964, que estabelecia em seu art. 5º que o pagamento da indenização seria efetuado mediante *simples prova do acidente e do dano decorrente*, (grifo nosso), e a

exigência da apresentação do DUT, como mencionado acima, foi determinada pelo decreto-lei 73/66, e apesar, da impossibilidade de um Decreto-lei revogar o estabelecido na Lei ordinária, como não existia o Convênio mencionado pela Lei, caso houvesse sua aplicação sem a devida regulamentação, fatalmente ocorreria a ilegitimidade de partes, pois se uma seguradora recebeu o valor do prêmio a ela caberia o pagamento da indenização, caso contrário estaria ferindo o disposto no art. 3º do Código de Processo Civil e art. 76 do Código Civil.

Os acidentes ocorridos após 13/07/1992, data da Lei 8.441, estão cobertos em todas as garantias independente da apresentação do DUT. Afirma Rui Stocco que:

O art. 7º da Lei 6.194, de 1974, com redação do art. 1º da Lei 8.441, de 1992, ampliou as hipóteses de responsabilidade civil objetiva, em tema de acidentes de trânsito nas vias terrestres, causados por veículo automotor, contemplando três hipóteses de responsabilidade civil objetiva, impondo às seguradoras, que operam no chamado ‘Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres – DPVAT’ obrigação solidária, mediante regime de consórcio de empresas seguradoras, de indenizar as vítimas ainda quando: a) *o veículo e/ou a seguradora não forem identificados*; b) *o veículo não estiver coberto pelo seguro*; e c) *o seguro estiver vencido*.<sup>5</sup>

Ocorre que, ao tempo da Lei 6.194/94, os acidentes ocorridos por veículos não identificados, estavam cobertos apenas no caso de morte e a indenização correspondente estava limitada a 50% do valor vigente na data do evento. E, após a edição da Lei 8.441 de 13/07/1992, estão cobertos em todas as garantias indenizações serão de até 100% do valor vigente na data de seu pagamento, como estabelece em seu art. 7º:

A indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um Consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as Sociedades Seguradoras que operem no seguro objeto desta Lei.

5 STOCCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 525.

## 6

**CONTRAPRESTAÇÃO  
PELO PAGAMENTO DO SEGURO**

A Lei 6.194, de 19.12.1974, em seus arts. 5º e 7º, alterada pela Lei 8.441, de 13.07.1992, constituiu de fundamento para a edição de súmula pelo STJ, de nº 257 que assim determinou:

A falta de pagamento do prêmio do seguro obrigatório por Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT) não é motivo para a recusa do pagamento da indenização.

O Seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores, foi instituído com a finalidade de amparar as vítimas de acidentes de trânsito em todo o território nacional, não importando de quem seja a culpa do evento danoso. São beneficiárias todas as pessoas que forem vítimas de acidentes de trânsito causado por Veículos Automotores de Vias Terrestres, transportadas ou não.

## 7

**COMPLEMENTAÇÃO DE PAGAMENTO  
DO SEGURO**

Existem vários pedidos judiciais de cobrança do complemento do valor do DPVAT, fundamentado na Lei 6.194/74, que instituiu o Seguro Obrigatório, para que as seguradoras sejam compelidas ao pagamento da diferença verificada entre o valor recebido na época do sinistro e o estabelecido pela lei no valor de 40 salários mínimos, no caso de morte.

Os tribunais entendem que houve o descumprimento da lei, acatando os pedidos, principalmente o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, apesar das alegações das seguradoras de que o Conselho Nacional de Seguros Privados, por suas resoluções, estabelece uma tabela com

valores máximos a serem desembolsados pelas seguradoras ao tempo da ocorrência do sinistro, além de normatizar diretrizes para a liquidação de sinistros, em atenção à desindexação do salário mínimo por considerá-la inconstitucional.

## 8

**CONCLUSÃO**

A Lei 6.174/74, que instituiu o Seguro Obrigatório – DPVAT, garantindo que, em caso de sinistro, qual seja, lesões corporais ou até a morte, seriam ressarcidos aos herdeiros do falecido com indenização equivalente a 40 salários mínimos e, em caso de lesões corporais, o ressarcimento deveria ser na mesma proporção.

No entanto, em virtude de uma legislação normatizadora dos próprios órgãos administrativos, foi estabelecida uma tabela diferenciada, que apresenta os valores máximos e mínimos da indenização a ser paga, deixando de aplicar a própria lei ordinária federal, que, em tese, possui uma hierarquia superior a qualquer norma administrativa regulamentadora, principalmente em relação ao valor estipulado pela lei mencionada, que somente poderia ser revogada por outra lei ordinária posterior, ou por complemento, ou emenda à Constituição Federal.

O Seguro Obrigatório, ou a sua complementação, deverá ser pago independente de comprovação de pagamento do prêmio, no prazo prescricional de 20 anos, por ser oriunda de relação pessoal, e não do contrato de seguro, não se configurando as partes como seguradora e segurado. E ainda, como já decidiu o Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais, não se constituiu o salário mínimo fator de indexação ou atualização monetária, revelando-se, tão-somente, como parâmetro quantificador da indenização, quando do desembolso, para não incentivar o retardamento no cumprimento da obrigação. ■

**referências bibliográficas**

- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros. São Paulo, 2000.
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v.4.
- KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **O contrato de seguro no direito brasileiro**. São Paulo: Labor Juris, 2000.
- MENDONÇA, Luiz. **O DPVAT, de verdade**. Disponível em: [www.seguromoderno.com.br](http://www.seguromoderno.com.br)
- MARTINS, Fran. **Contratos e obrigações comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- STOCCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- VALLER, Wladimir. **Responsabilidade civil e criminal nos acidentes automobilísticos**. 7. ed. Campinas: Julex, 1996. T. 1.
- PROJECT SERVIÇOS. Apresenta informações sobre DPVAT. Disponível em: <[www.sosdpvat.com.br/atendimento.htm](http://www.sosdpvat.com.br/atendimento.htm)>.



# A INCIDÊNCIA DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

## TESES JUSTIFICADORAS

Gil Ferreira de Mesquita\*

### sumário

1. Introdução
2. Negativa à incidência da garantia: contraditório diferido aos embargos
3. Incidência absoluta do contraditório no processo de execução
  - 3.1 Alcance do mandato constitucional
  - 3.2 Reconhecimento de questões de ordem publica
  - 3.3 Cuidados com o devedor - art. 620 do CPC
  - 3.4 Os atos de comunicação processual
4. Conclusão
5. Referências Bibliográficas

### resumo

Constitui objeto do presente trabalho a análise das teses que justificam a presença absoluta do princípio do contraditório também no processo de execução, bem como o estudo daqueles posicionamentos que não se apresentam favoráveis à moderna necessidade de empreender à garantia uma nova conceituação, buscando sempre alcançar o que a doutrina consignou chamar de *acesso à ordem jurídica justa*.

*“(...) a atividade jurisdicional na execução é inteiramente diversa daquela que o juiz exerce no processo de conhecimento: pouco tem de intelectual; é atividade preponderantemente prática, que atua e modifica o mundo exterior, lidando com pessoas e bens do mundo real, no qual os valores e interesses se apresentam em constante mutação.”<sup>1</sup>*

### 1 INTRODUÇÃO

Sinteticamente podemos entender que o respeito ao princípio do contraditório manifesta-se quando é dada a todas as partes a possibilidade de defender-se, fazendo-o efetivamente através do comparecimento em juízo e oferecimento de suas razões ou até mesmo permanecendo inertes ou contumazes, a seu critério subjetivo. Em outras palavras, o processo deve desenvolver-se dialeticamente, através de ataques e contra-ataques, ou pelo menos, através de ataques e possibilidades de contra-ataques, estas proporcionadas pelo conhecimento amplo que se deve ter de todos os atos praticados no decorrer da atividade processual: é a bilateralidade de audiência, como alguns preferem

nominar o princípio; é a materialização do binômio *informação-reação*.

No processo de conhecimento a incidência do princípio é indiscutível, até mesmo porque a estrutura procedimental construída no processo civil brasileiro prevê a prática de atos processuais, em momentos facilmente identificáveis, que bem caracterizam o respeito a tal garantia. No processo de execução, contudo, a facilidade em vislumbrar-se o contraditório não se apresenta nos mesmos moldes, não sendo recentes os esforços das doutrinas brasileira e alienígena no sentido de determinar a presença (ou não) do princípio do contraditório no processo de execução, que em face de suas características próprias sempre foi colocado em posição comparativa com o processo de conhecimento, até mesmo para a determinação da incidência ou não da

\* **Gil Ferreira de Mesquita**, Advogado. Professor de Teoria Geral do Processo no Centro Universitário do Triângulo – UNIT e na Universidade de Uberaba – UNIUBE. Professor Convidado dos Cursos de Pós Graduação da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce – FADIVALE, em Governador Valadares (MG). Mestrando em Direito Público pela Universidade de Franca – UNIFRAN. Diretor do Instituto de Estudos Jurídicos Contemporâneos – IJCon, com sede em Uberlândia (MG).

1 GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 213.

garantia em análise. Por isso mesmo, neste breve estudo – é importante salientar – algumas propostas doutrinárias apresentadas têm como fundamento certas características do processo cognitivo, até porque o nível de evolução alcançado hoje pelo princípio do contraditório só foi conseguido através da observação, principalmente, daquilo que se constata na cognição, como por exemplo a moderna concepção de que a garantia do contraditório tem como destinatários tanto os litigantes (sujeitos parciais) como o próprio juiz (sujeito imparcial), que deve participar ativamente dos atos preparatórios do julgamento a ser proferido, porque é objetivo da jurisdição a pacificação social justa.<sup>2</sup>

Em sede de proposições doutrinárias, conforme indica Ângelo Bounsignore<sup>3</sup>, temos três posições indicando a divergência: a) exclusão absoluta do contraditório diretamente no processo de execução; b) admissão da incidência, com limitação; c) vigência absoluta do princípio no processo em exame. Os defensores da primeira entendem que, por suas características próprias, estaria o processo de execução alheio à incidência do princípio do contraditório, admissível sua presença apenas quando propostos os embargos do devedor, ação incidental e cujo objetivo – discutir o mérito do direito pretendido pelo exequente e/ou suscitar defeitos na constituição e desenvolvimento da execução – exige a observância daquele princípio. A terceira posição, à qual nos filiamos, é justamente aquela que vislumbra no próprio processo de execução a necessidade de obediência ao contraditório, mesmo que suas características o diferenciem tanto do processo de conhecimento. A tais proposições nos referiremos adiante, apresentando os argumentos colhidos na melhor doutrina e justificando nosso ponto de vista favorável a esta última.

O segundo posicionamento não será alvo de pormenorização, até porque entendemos que o contraditório é princípio que não pode ser atingido por limitações de qualquer ordem. Em outras palavras: ou acolhe-se a garantia em toda sua extensão ou a imposição de limites significará o seu não acolhimento.

## 2

**NEGATIVA À INCIDÊNCIA DA GARANTIA:  
CONTRADITÓRIO DIFERIDO  
AOS EMBARGOS**

Encontramos no campo doutrinário os mais gabaritados autores posicionando-se contrários à incidência do contraditório no processo executivo.<sup>4</sup> Destes, Enrico Tullio Liebman merece destaque especial, até porque indiscutível sua influência na construção do novo processo civil brasileiro, principalmente a partir do CPC de 1973. Para o professor italiano, há uma distinção basilar entre os processos de execução e de conhecimento, a ponto de justificar a ausência do princípio do contraditório naquele; enquanto na execução a atividade do órgão jurisdicional é prática e material, na cognição é investigatória e interpretativa, visando a reproduzir e a avaliar os fatos para obter um resultado final de caráter ideal. A posição das partes também faz diferentes as duas espécies de processo, porque na cognição “estão em posição de igualdade e de equilíbrio, pois não se sabe qual delas está com a razão, e nada pode ser feito sem que todas elas sejam ouvidas ou possam fazer-se ouvir, de acordo com o princípio do contraditório. (...) na execução não há equilíbrio entre as partes, não há contraditório; uma delas foi condenada e sobre este ponto não pode mais, em regra, haver discussão. (...) É certo que a controvérsia e o contraditório podem reaparecer, mas isto somente em novo processo de cognição de caráter incidente (embargos).”<sup>4</sup> Ademais, continua o autor, a presença do título executivo permite ao juiz conduzir a execução independentemente da demonstração de existência do direito do autor. Tal eficácia não quer significar a ausência total de controvérsias, que poderão surgir no próprio processo de execução (desrespeito às formas e limites procedimentais estabelecidos em lei) ou referentes à própria situação jurídica material existente entre as partes (pagamento, prescrição ou qualquer fato extintivo da obrigação). Contudo, Liebman não concebe a idéia de que tais questões possam ser discutidas di-

2 LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 91-131.

3 Apud MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 10-11.

4 Enrico Redenti, crisanito Madrioli e Marco Tulio Zanzucchi também reprovam a idéia de contraditório no processo de execução.

4 LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 33-34.

retamente na execução, porque há meio próprio à disposição do executado: os embargos.<sup>5</sup>

Outro professor que merece destaque é Salvatore Satta que, seguindo a mesma linha de pensamento de Liebman, posiciona-se contrário à presença do contraditório no processo de execução, motivando sua tese na estrutura e objetivos de ambas espécies de processo. Enquanto na cognição busca-se estabelecer uma norma para o caso concreto, com a incidência da lei, na execução busca-se a adequar a vontade da lei, substituindo a vontade do devedor através da transferência de parcela de seu patrimônio ao credor. Há, para o autor, uma exigência insuprível do contraditório, mas que no processo de execução é satisfeita a posteriori, por ocasião dos embargos – até porque o princípio do contraditório é resultante da combinação entre ação e exceção, pressupondo esta a absoluta liberdade de impugnar a postulação do autor. Na execução, por definição, isso não ocorre.<sup>6</sup>

Entre os autores brasileiros Athos Gusmão Carneiro e Alfredo Buzaid também postaram-se contrários à incidência do contraditório no processo de execução. Para o primeiro o princípio não incide sobre o processo de execução porque este pressupõe uma lide incontroversa, uma pretensão resistida estampada no título executivo, impugnável apenas mediante uma incidental de embargos, assumindo o executado a qualidade de autor. No processo de execução, afirma Carneiro, o exequente não argüi fatos sujeitos a controvérsias e, por isso, os embargos são a via única para o surgimento do contraditório.<sup>7</sup> Para o segundo, ainda que a execução seja considerada novo processo, nela nada pode ser questionado, eis que o devedor encontra-se em situação de desigualdade em relação ao credor, tendo este proeminência jurídica sobre aquele, restando ao executado os embargos, “não para se defender, mas para atacá-la, procurando inutilizar a eficácia executiva do título.”<sup>8</sup>

O magistério de Moacyr Amaral Santos<sup>9</sup> – defensor da presença de um contraditório *diferido aos embargos* – vale um menção especial: “Também no processo de execução se contém uma relação processual (...). Entretanto, enquanto na relação processual de conhecimento domina o princí-

pio do contraditório, a relação processual de execução, que se inicia com a petição de execução e se completa com a citação do executado, não se informa, senão de modo bastante atenuado, por aquele princípio. Na execução, formada a relação processual, as atividades coativas se desenvolvem contra o executado, que não pode impedi-las, não lhe cabendo senão o poder de exigir que se realizem na conformidade e nos limites da lei.”

Nossos tribunais também já apresentaram tese de que no processo de execução propriamente não se deve respeito ao contraditório, o que ocorrerá apenas em sede de embargos do devedor. O TJRS já decidiu que a origem do bem penhorado, e a consequente nulidade da penhora, deve ser discutida nos embargos do devedor e não nos próprios autos da execução, onde não cabe o contraditório: “Não é o processo de execução, que tem cunho satisfativo, sede para discussão acerca da origem do bem que se pretende ver penhorado. A alegação de que o imóvel indicado e de propriedade do agravado/executado e não do terceiro, por ser este ‘testa de ferro’ do recorrido, deve ser discutida em ação própria, onde ampla a produção de provas e assegurado o contraditório. Agravo improvido” (AI 598220622 – 9ª Câmara Cível – Rel. Des. Tupinambá Pinto De Azevedo – j. 30.03.1999).

O TARJ, em linha semelhante de pensamento, decidiu que a desconstituição da penhora incidente em bem de família só pode ocorrer via embargos do devedor: “Penhora efetivada em imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar. Desconstituição somente através do procedimento próprio, observado o contraditório entre as partes interessadas” (AI 490/95 – 7ª Câmara – Rel. juiz Maurício Gonçalves de Oliveira – j. 20.09.1995). Para não nos tornarmos cansativos, um derradeiro posicionamento, agora do 1º TACSP: “Despacho do magistrado que, homologando-a, determina a intimação dos réus remanescentes para fins de fluência do prazo para pagamento ou oferecimento de bens por aplicação analógica do art. 298, § único do CPC. Inadmissibilidade. Processo em que não há contraditório. Defesa somente possível através dos embargos, cujo prazo começa a fluir da intimação da penhora para cada devedor.

5 Ibid., p. 145-146, passim.

6 Apud KUHN, João Lacê. *O princípio do contraditório no processo de execução*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 47.

7 CARNEIRO, Athos Gusmão. Da execução no novo CPC. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 10, p. 97-99, abr./jun. 1978. p. 98.

8 Apud KUHN, op. cit., p. 51.

9 SANTOS, Amaral Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v.3. p. 218.

Aplicação do art. 569 e inteligência do art. 598 do referido código” (AI 426.920-5 – 2ª Câm. – Rel. juiz Rodrigues de Carvalho – j. 25.10.1989).

3

**INCIDÊNCIA ABSOLUTA  
DO CONTRADITÓRIO  
NO PROCESSO DE EXECUÇÃO**

Conforme afirmação anterior, filiamo-nos àquela corrente que entende ser imprescindível o respeito ao contraditório no processo de execução, independentemente da interposição de embargos do devedor, porque estes são ação de conhecimento e, como tal, respeitam sem limitação os princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia. Além do mais, com os embargos nasce uma nova relação jurídica processual<sup>10</sup>, envolvendo de um lado o embargante e de outro o embargado – executado e exequente no processo de execução, respectivamente – que devem ter à sua disposição liberdade total para demonstrar ao magistrado suas razões na tentativa de formação de seu convencimento. Por isso mesmo a doutrina define os embargos como “ação de conhecimento, geradora de processo incidental e autônomo, mediante a qual, com a suspensão da execução, o executado impugna a pretensão creditícia do exequente e a validade da relação processual executiva.”<sup>11</sup>

Para justificar nossa preferência por esta corrente, apresentamos a seguir alguns argumentos, singelos em sua essência porque o estágio atual do direito processual não impõe outra linha de pensamento.<sup>12</sup>

**3.1. Alcance do mandamento constitucional (art. 5º, LV)**

A ordem contida no art. 5º, LV, da Constituição Federal prevê que o princípio do contraditório, assim como o da ampla defesa, deve ser respeitado em relação aos litigantes em qualquer processo judicial, bem como aos interessados em processo administrativo. Ora, o processo de execução, embora tenha características próprias

que o diferem do cognitivo, também deve ser enquadrado no gênero “processo judicial”, o que logicamente o faz alvo de incidência do princípio do contraditório.

Ademais, a essência do contraditório pode ser encontrada no trinômio *pedir-allegar-provar*<sup>13</sup>, que também encontra-se presente no processo de execução, porque não só o processo cognitivo produz resultados com características próprias para atingir o patrimônio do particular, porque o de execução sempre o atinge, por vezes resultando mesmo a expropriação dos bens penhorados. Além do mais, os resultados advindos do exercício do poder estatal somente serão impostos legítimamente após a indispensável participação dos interessados, de modo que privar de participação no processo o executado é medida que torna aquele exercício ilegítimo, principalmente porque só lhe restará, na hipóteses, sujeitar-se aos atos do juiz e permanecer inerte diante do exercício do poder estatal sobre seus bens.<sup>14</sup>

**3.2. Reconhecimento de questões de ordem pública**

O processo de execução também exige a presença das condições da ação e dos pressupostos processuais, questões de ordem pública que podem ser conhecidos de ofício pelo juiz (art. 267, § 3º, 1ª parte; art. 301, § 4º, do CPC), sendo obrigatório o exame até mesmo pelo tribunal, conforme já decidiu o STJ: “I – O Tribunal da apelação, ainda que decidido o mérito na sentença, poderá conhecer de ofício da matéria concernente aos pressupostos processuais e às condições da ação. II – Nas instâncias ordinárias não há preclusão para o órgão julgador enquanto não acabar o seu ofício jurisdicional na causa pela prolação da decisão final. III – No processo de execução as partes exercitam direito de ação contra o Estado e tal ação deve ser apreciada pelos mesmos critérios que norteiam a ação de cognição, sob pena de quebra da unidade do sistema. (...)” (Ag. Reg. REsp 192.199 – RS – 4ª Turma – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 20.09.1999, p. 66).

10 Há autores que não admitem que os embargos do executado formem outra relação processual, como Alberto Camiña Moreira, por exemplo (op. cit., p. 13-17). Daí, não admitem que o contraditório na execução seja *diferido aos embargos* (contrariando o pensamento de Amaral Santos), posto que estes asseguram também a garantia no processo de execução porque passam a fazer parte dele, vivem no interior desse processo, e não noutro.

11 WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Coord.). *Curso avançado de processo civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v.2. p. 286.

12 Ver também os argumentos resumidos de Wambier (op. cit., p. 123) e Camiña Moreira (op. cit., p. 11), bem como os detalhados por Kuhn (op. cit., p. 52-66).

13 A construção deste trinômio tem por base a segunda parte do binômio *informação-reação*, a que nos referimos na introdução deste artigo.

14 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1. p. 218.

Assim, tanto no processo de conhecimento quanto no de execução este exame poderá ser feito desde o despacho da inicial, primeiro momento em que se enseja o controle ao juiz. Porém, não há na execução um momento próprio para o juiz sanear a relação processual<sup>15</sup>, como aquele existente na cognição (art. 331, do CPC). Então, nada mais lógico do que admitir-se que exequente e executado trabalhem em conjunto com o magistrado, fornecendo-lhe elementos informativos para que conheça daquelas questões de ordem pública. Como defende Wambier, “seria ilógico dizer que o juiz pode conhecer dessas matérias na execução, mas a parte não tem o direito de suscitar-las: todo poder conferido ao agente público traz consigo o dever de seu exercício (função) – e as partes têm o direito de provocar o cumprimento desse dever.”<sup>16</sup> Até porque “demonstrada a inadmissibilidade da execução por ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento do processo e das condições da ação, não é possível o desencadeamento de atos de agressão patrimonial, para somente depois de seguro o juízo pela penhora ou pelo depósito permitir a defesa do executado pela via incidental dos embargos.”<sup>17</sup>

A respeito de tais questões de ordem pública, tem sido admitida no processo de execução a chamada *exceção de pré-executividade*, modalidade de oposição do executado via petição avulsa (sem necessidade de embargos) e independente da segurança do juízo pela penhora, como explica Vicente Greco Filho: “Como os defeitos do art. 618 estão expressamente cominados como nulidades, o juiz pode reconhecê-los de ofício, independentemente de embargos do devedor. A matéria é de ordem pública, podendo ser argüida a qualquer tempo e por qualquer meio. Os embargos são a sede própria para a alegação de nulidades (art. 741), mas nas matérias do art. 618 qualquer oportunidade é válida.”<sup>18</sup>

Tal oposição deve ser considerada, pois, manifestação típica do contraditório, mas que se revela diferente dos embargos nos seguintes termos: i) os embargos têm natureza de ação incidente, enquanto a exceção é um incidente processual; ii) os embargos devem atender aos

requisitos do art. 282, do CPC, já a exceção não tem forma a ser seguida, resumindo-se em simples petição; iii) os embargos têm prazo preclusivo para propositura, a exceção pode ser oposta em qualquer prazo, já que questões de ordem pública também o são, como a prescrição, a decadência, o pagamento e a compensação; iv) a exceção não enseja a produção de prova testemunhal ou pericial, admitindo-se apenas a documental, enquanto nos embargos a produção de provas é ampla; e v) os embargos prestam-se à defesa e ao contra-ataque, enquanto a exceção é instrumento apenas para defesa.<sup>19</sup>

Ainda para justificar a presença do contraditório em tal incidente, é interessante a questão da resposta à exceção de pré-executividade, porque já pairou dúvida na doutrina sobre necessidade ou não de o juiz abrir prazo para o credor manifestar-se sobre o incidente promovido pelo executado. A ausência de norma processual específica a regular a exceção proporciona à doutrina utilizar a analogia para obtenção de resposta ao ser aplicadas as regras dos artigos 326 e 327, do CPC, ou seja, para os casos em que o executado argüir fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do exequente ou qualquer das matérias enumeradas no art. 301, deverá o juiz ordenar a intimação do exequente para, querendo, manifestar-se sobre os termos da exceção. O autor sugere ainda a designação de audiência para tentativa de conciliação, atitude já tomada por alguns juízes mais cuidadosos.<sup>20</sup>

Em síntese, cabe exceção de pré-executividade para combater: a ausência de pressupostos de constituição e de validade da relação processual; a presença de pressupostos processuais negativos, como a coisa julgada, litispendência, perempção e compromisso arbitral; a ausência de condições da ação; a nulidade da execução; os vícios do título executivo; o excesso de execução, prescrição, decadência, pagamento, compensação e novação.

### 3.3. Cuidados com o devedor – art. 620, do CPC

O legislador foi cauteloso ao determinar que “quando por vários meios o credor puder pro-

15 ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 168.

16 Op. cit., p. 124.

17 LUCON, op. cit., p. 117.

18 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.3. p. 52.

19 MOREIRA, op. cit., p. 40.

20 MOREIRA, op. cit., p. 54-55.

mover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor” (art. 620, do CPC). Esclarece Cândido Dinamarco que “nem sempre o executado encarna a figura do devedor desidioso e mal-intencionado, interessado em procrastinar, preocupado em tirar proveito das imperfeições da justiça e delongas do processo, empenhado em privar o credor daquilo que lhe é devido. Isso acontece e com muita frequência até.”<sup>21</sup> Trata-se, pois, de uma garantia que tem o devedor de que seu patrimônio não será dilapidado pelo Estado no exercício legítimo de sua função jurisdicional, tanto é que permite-se ao executado por quantia certa, ao ser citado, cumprir a obrigação ou nomear bens à penhora, seguindo a gradação legal estabelecida no art. 655, do CPC<sup>22</sup>. É importante salientar que o princípio do *favor debitoris*, consagrado na norma, não concede ao credor a oportunidade de escolher o “meio de promover a execução”, como quer parecer o texto legal. Em verdade, quis o dispositivo informar que dentre dois ou mais atos executivos a serem praticados contra o executado num mesmo procedimento, o juiz deve optar por aquele que lhe trouxer menor prejuízo.<sup>23</sup>

Tal ordem apresenta-se como um temperamento entre duas finalidades estabelecidas pelo legislador: a utilidade da execução (por isso os bens mais fáceis de serem alienados vêm primeiro) e o princípio da execução menos onerosa (por isso ao executado cabe a nomeação e a doutrina admite que por vezes a gradação legal seja invertida em benefício do devedor).<sup>24</sup> Nesse passo já decidiu o TJRS: “Considerando o vultuoso valor do crédito, torna-se inadmissível a penhora em dinheiro, tendo como devedor instituição financeira, visto que tal constrição judicial poderá trazer prejuízo ao devedor, que deverá ser executado de forma menos gravosa (art. 620, CPC). Agravo improvido” (AI 598124899 – 15ª Câm. Cív. – Rel. Des. Manuel Martinez Lucas – j. 09.09.1998).

Ora, se não se admitisse o contraditório no processo de execução não poderia o executado exigir o cumprimento do disposto no art. 620 do diploma processual civil. É certo que a regra é destinada ao exequente e ao juiz, num primeiro momento, devendo de início o próprio credor

escolher a forma menos gravosa de proceder à execução e, no decorrer da atividade processual, cabe ao juiz do feito examinar se os atos processuais efetivamente estão sendo praticados segundo a vontade do legislador. Contudo, o maior interessado no cumprimento da ordem é o próprio devedor, a quem devem ser dadas oportunidades para apresentar manifestação contra os atos atentatórios à sua prerrogativa.

O posicionamento de nossos tribunais vêm garantindo o respeito à regra do art. 620, do CPC, e conseqüentemente a observância ao princípio do contraditório. Vejamos três exemplos:

a) o TJRS também entendeu que, “realizada a avaliação pericial, as partes têm direito, em respeito ao princípio do contraditório, de se manifestar sobre o laudo, para o que devem ser corretamente intimadas. Destarte, a equivocada intimação das executadas caracteriza cerceamento de defesa e importa em nulidade do ato”, referindo-se à publicação oficial que não continha o nome dos advogados das partes, na forma dos artigos 236, § 1º, e 247, ambos do CPC (AI 198098295 – 14ª Câm. Cível – Rel. Des. Aymore Roque Pottes de Mello – j. 25.06.1998);

b) o TARJ concede ao “co-executado, na iminência de ter o prédio em que reside com os seus familiares penhorado, por indicação do credor exequente, fazendo a prova regular de que refere-se a um bem de família, como definido na Lei nº 8.009/1990, pelo princípio do contraditório, por economia processual, e pelo dizer claro do art. 3º, ‘caput’, da lei mencionada” autorização para “postular, nos próprios autos, a não concretização do ato de constrição judicial fadado a ser ineficaz” (AI 833/94 – 6ª Câm. – Rel. juiz Ronald Valladares – j. 27.09.1994).

c) o TRF, da 3ª Região, apreciou agravo de instrumento interposto contra decisão tomada pelo juiz nos próprios autos da execução em que determinava o desligamento de duas linhas telefônicas, “a fim de garantir que a penhora incidente sobre direitos a ela relativos não viesse a ser frustrada, em razão de eventual e abusiva utilização dos aparelhos” n(cf. relatório). O Tribunal acolheu o recurso por entender que não havia nos autos qualquer indício de que a garantia seria defraudada, devendo a execução correr

21 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 308.

22 Dentre outros exemplos de aplicação do *favor debitoris*: arts. 659, § 2º; 668; 685, I; 962, 702; 759 c/c 748; 570; 581; 582, § único; 588, I; 589; 594; 618; 716; 741 e 745 c/c 623 (MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Código de processo civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 681).

23 MACHADO, op. cit., p. 680-681.

24 WAMBIER, op. cit., p. 158.

da forma menos gravosa ao executado (AI nº 92.03.21964-1 – 2ª Turma – Rel. juiz Souza Pires – j. 15.10.92).

Antônio Carlos Marcato aponta para a manifestação do princípio do contraditório em cada passo do processo de execução, “quer pela exigência da citação do devedor, quer pela imposição da intimação da penhora, quer ainda pela possibilidade que se abre àquele para impugnar a avaliação, pedir a redução da penhora ou opor-se ao pedido de reforço da mesma.”<sup>25</sup> Tal comportamento combativo do executado só é proporcionado porque toma conhecimento de todos os atos do processo. Enfim, afirmar que o executado deve participar do controle da regularidade da execução é admitir a presença do contraditório.

### 3.4. Os atos de comunicação processual

No processo de execução também falamos em relação jurídica processual – com a presença de seus sujeitos principais: partes e juiz – que se inicia com a petição de execução e se completa com a citação do executado. Ora, se é necessária a citação do devedor para ser formada a relação processual, além das intimações que ocorrem durante o decorrer de toda atividade processual, nada mais lógico que concluir-se pela presença do contraditório no processo de execução. Dar ciência às partes de tudo que ocorre no processo, principalmente informar ao executado de que em seu desfavor corre uma ação, é admitir-se o respeito ao princípio. Marcelo Lima Guerra aponta que o contraditório é concebido pela doutrina como a necessária ciência que deve ser dada a ambas as partes daqueles atos praticados no processo, possibilitando-lhes cooperar e contrariar. E arremata: “Tendo como premissa tal concepção de *contraditório* não há de deixar de reconhecer sua incidência no processo de execução. Desde logo, observa-se que é assegurada a necessária informação do que ocorre nesse processo, onde também é indispensável citação inicial, bem como a intimação dos demais atos processuais. (...) Dessa forma, conclui-se que o contraditório incide claramente no

processo de execução, tanto por ser aí garantida a necessária informação (especialmente a citação inicial do devedor) sobre os atos processuais, como também por assegurada a participação do devedor no controle da regularidade da execução.”<sup>26</sup>

Ainda temos que analisar a hipótese do executado presumidamente citado, porque nesses casos deverá o juiz nomear-lhe curador especial, nos termos do art. 9º, II, do Código de Processo Civil e Súmula 196, do STJ, que orienta: “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos.”

Certo é que o tema gera polêmica<sup>27</sup>, até porque a doutrina discute o cabimento da citação por hora certa no processo de execução<sup>28</sup> e há, no âmbito das decisões judiciais, posicionamentos contrários a esta modalidade de citação. O TJMS, por exemplo, já decidiu: que “(...) Na execução forçada, não cabe a citação por hora certa, em face do que estatui o art. 653 do CPC, que disciplina o procedimento a ser adotado em caso de não se encontrar o devedor para a citação. Em processo de execução, não se comporta citação por hora certa. O ato pode ser realizado com a aplicação do parágrafo 2º do art. 172 do CPC, que permite a dilatação do horário normal a fim de obter o cumprimento da diligência. (...)” (Ap. Cível – Classe B – XVII – nº 58.332-4 – 2ª Turma Cível – Rel. Des. José Augusto de Souza – j. 20.04.1999).

Porém, a tendência no Brasil é aceitar a orientação sumulada. Porém, sem ingressarmos na discussão acerca da legitimidade ativa do curador especial para propositura dos embargos, resta evidente que o conteúdo da Súmula revela a preocupação corrente de que o executado deve tomar ciência da ação de que lhe é proposta (citação) e acompanhá-la em todos seus termos (intimações). Se não responde à citação ficta, não há melhor alternativa para atendimento ao princípio do contraditório do que nomear-lhe curador para defesa de seus interesses, tomando ciência de todos os atos processuais praticados.

25 Apud KUHN, op. cit., p. 57.

26 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada*: controle de admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 26-30, passim.

27 Athos Gusmão Carneiro diz que o executado nunca é revel, sendo mero ausente (op. cit., p. 98).

28 Araken de Assis defende que não há nenhuma objeção a esta modalidade de citação no processo de execução (op. cit., p. 298). Contudo, Marcelo Lima Guerra aponta que este posicionamento é isolado, indicando o magistério de Francisco Fernandes de Araújo, publicado na RT 584/284 (op. cit., p. 27, nota 30).

#### 4 CONCLUSÃO

São estes, em síntese, os quatro argumentos que entendemos necessários à justificativa de nosso posicionamento aceitando a presença do princípio do contraditório no processo de execução, independentemente dos embargos, que são ação incidental de conhecimento, onde o princípio reina absoluto. Em conclusão temos que a simples possibilidade que deve ser dada ao executado para manifestar-se sobre a avaliação do bem penhorado, por exemplo, é respeito ao contraditório; bem como acompanhar a prática de todos os atos processuais para evitar lesão à prerrogativa de menor lesão (art. 620, do CPC) e todas as hipóteses possíveis para propositura da exceção de pré-executividade configuram manifestação inequívoca de que o processo de execução também desenvolve-se dialético, guardadas as características próprias que o diferenciam do processo cognitivo.

Posicionar-se nesse sentido é, na verdade, aceitar a concretização daquilo que Dinamarco vem defendendo de longa data em seus escritos: "(...) falar em *due process of law*, em contraditório e em

ampla defesa significa superar os meros conceitos estáticos que costumam envolver os sujeitos da relação processual e concentrar o interesse na dinâmica da atuação de cada um, em vista do objetivo final que é sempre o de oferecer o real acesso à ordem jurídica justa através do processo.<sup>29</sup>

É importante salientar ao leitor, por derradeiro, que o contraditório é garantia que atinge não só o executado, mas também deve ser observado em face do exequente. No desenvolvimento de nosso trabalho preferimos cuidar tão somente de questões pertinentes ao devedor – que naturalmente está em posição desfavorável e deve receber cuidados especiais em nome do princípio da isonomia – mesmo porque as teses justificadoras em comento têm como referência a incidência do princípio somente em benefício do devedor. Todavia, alguns atos são praticados no decorrer do processo de execução e que caracterizam respeito ao contraditório em benefício do credor, dentre eles: i) requerimento para reforço de penhora (art. 685, II); ii) pedido de adjudicação do bem penhorado (art. 671); iii) pedido de nova avaliação do bem construído (art. 683); e iv) pedido de alienação antecipada do bem (art. 670). ■

#### referências bibliográficas

- ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CARNEIRO, Athos Gusmão. Da execução no novo CPC. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 10, p. 97-99, abr./jun. 1978.
- DINAMARCO<sup>29</sup>, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1.
- GRECO FILHO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v.3.
- GRECO, Leonardo. A crise do processo de execução. In: FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; DIAS, Ronaldo Brêtas C. **Temas atuais de direito processual civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 211-286.
- GUERRA, Marcelo Lima. **Execução forçada**: controle de admissibilidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- KUHN, João Lacê. **O princípio do contraditório no processo de execução**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1963.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do tratamento paritário das partes. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). **Garantias constitucionais do processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. **Código de processo civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MOREIRA, Alberto Camiã. **Defesa sem embargos do executado**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SANTOS, Amaral Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v.3.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues. (Coord.). **Curso avançado de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. v.2.

29 Dinamarco, op. cit., p. 165, nota 21.



# MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO (ART. 8º, DA LEI Nº 1.533/51)

Wagner Guerreiro\*

## sumário

1. Mandado de segurança - requisitos
2. Fumus Boni Iuris - direito líquido e certo
3. Periculum in Mora - avaliação
4. Liminar - exigências
5. Indeferimento liminar da impetração
6. Ainda quanto ao indeferimento liminar
7. Conclusão
8. Referências bibliográficas

## resumo

O tema proposto tem sido alvo de alentado debate junto à doutrina e jurisprudência. Com efeito, existem situações onde o indeferimento liminar configura verdadeira improcedência *prima facie* da impetração; noutros, a rejeição de plano não atinge o mérito da impetração. A questão é de importância ímpar pois, como sabido, sendo a decisão de mérito (coisa julgada material), não será tolerada a renovação do pedido. O presente trabalho, sem pretender esgotar o tema, visa fomentar o debate a respeito deste intrincado tema.

## I MANDADO DE SEGURANÇA – REQUISITOS

Conforme doutrina, a impetração não pode prescindir de prévia demonstração dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Todavia, referida demonstração, que deve acompanhar a peça de ingresso, é de ordem diversa, em nada se amoldando aos princípios que orientam as tutelas cautelares.

Em sede cautelar, demonstrado o direito do requerente a uma futura ação principal, já estará provado o primeiro requisito. Neste sentido, dentre outras, a moderna visão do *fumus boni iuris* do saudoso Ronaldo Cunha Campos, citado por Theodoro Júnior em sua obra clássica.<sup>1</sup> Por outro lado, basta a possibilidade de lesão grave para a confirmação da segunda exigência (*periculum in mora*).

A tutela cautelar, porém, é de natureza meramente processual. Como medida acessória e dependente, nunca se presta ao acerto da questão litigiosa travada entre as partes, salvo raríssima hipótese de caducidade do direito. Ao contrário, em se tratando de mandado de

segurança, a tutela do interesse é sempre de natureza material, sem qualquer acessoriedade ou dependência com outra medida.

Diversos os interesses tutelados, também distintas as exigências. Embora assemelhado o rótulo (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*), sem sombra de dúvida, diferentes os conteúdos e, por conseguinte, divergentes os critérios avaliatórios. É que, no MS - Mandado de Segurança, a antecipação dos efeitos ou liminar, refere-se ao próprio mérito da causa. Vale dizer que “a liminar é a entrega provisória e antecipada do pedido; já é decisão satisfativa do direito, embora precária”.<sup>2</sup>

A liminar no MS, pois, é muito mais que simples prevenção a utilidade e eficácia de outro processo, revelando-se autêntica “medida de garantia inserida na ação para que a segurança buscada e que, a final, venha a ser prestada, possa cumprir a sua específica utilidade em benefício daquele que foi atingido por ameaça ou lesão a direito seu”.<sup>3</sup> Bem por isto, inegável tratar-se de verdadeira tutela antecipada e que visa “atribuir a alguém um bem da vida de essência valorada e assegurada pela Constituição”.<sup>4</sup>

\* Wagner Guerreiro. Professor da Universidade de Uberaba, juiz em Uberaba.

1 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 6. ed. São Paulo: Leud, p. 74/76.

2 BARROS, Hamilton de Moraes e. Breves observações sobre o processo cautelar e sua disciplina no CPC de 1973. Rio de Janeiro: Revista Forense, v. 246, p. 202.

3 ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. *Mandado de segurança e de injunção, estudos em memória de Ronaldo Cunha Campos*. (Coord.) Teixeira, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 202

4 ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. Op. cit., p. 202

Tutela, contudo, de natureza específica. Como tal, desvinculada das exigências genéricas do art. 273, do CPC, mas, atrelada a suas exigências próprias, exclusivas e específicas (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*).

2

**FUMUS BONI IURIS –  
DIREITO LÍQUIDO E CERTO**

A expressão “direito líquido e certo”, de criação nacional e objeto de acirrada crítica na doutrina, confunde-se com o próprio requisito do *fumus boni iuris*. Não basta ao impetrante, como tolerado ao requerente do pedido cautelar, simples demonstração de um direito bom e aparente. O direito em disputa, versando sobre o próprio mérito da causa, deve encontrar sustentação em lei ou prova documental, conquanto inadmissível instrução probatório em sede de MS.

Competente ao impetrante, pois, provar seu direito com a inicial. Além disto, ainda com a inicial, revelar a ilegalidade ou abuso de poder assacado contra o impetrado. Resumindo em expressão única, o direito do impetrante deve ser líquido.

Além de líquido, o direito afirmado deve ser certo, ou seja, direito de difícil e improvável questionamento, nunca sujeito a condição ou termo.

A exigência do *fumus boni iuris* no MS, em síntese, resume-se à demonstração do direito líquido e certo afirmado, com plausível comprovação de sua violação ou ameaça (MS preventivo) por ilegalidade ou arbítrio.

3

**PERICULUM IN MORA - AVALIAÇÃO**

Na tela cautelar, sendo o interesse meramente processual, basta a demonstração da possibilidade de lesão futura, no caso de ser negada a liminar.

Sendo o caso de MS, a avaliação do receio de dano deve ser mais rigorosa. Destarte, não pode o julgador contentar-se com mera possibilidade, sendo correto exigir-se do impetrante que demonstre a plausibilidade de dano futuro. O juízo do plausível, vale frisar, é aquele que busca máxima aproximação com a certeza, coisa bem diversa do juízo de mera possibilidade.

O dano futuro e plausível ainda não basta. Direta ou indiretamente, a Administração Pública será afetada pelos efeitos da antecipação (liminar). O interesse público *in casu* é evidente e irresponsável pelo que, a liminar só pode ser

conferida quando plausível o dano e, ainda (cumulativamente), revelar-se de reparação futura difícil ou impossível. A *contrario sensu*, mesmo presente a violação a direito líquido e certo, revelando-se fácil eventual reparação futura do dano causado, não será o caso de antecipação.

Em resumo, provada a primeira exigência (*fumus boni iuris*) mas, não demonstrado o *periculum in mora*, será o caso de indeferimento da liminar, prosseguindo-se a lide com notificação, informações (resposta), intervenção do *parquet* e sentença.

4

**LIMINAR – EXIGÊNCIAS**

Como visto, sendo o caso de mandado de segurança, a liminar só encontra apoio se, cumulativamente, restar provado com a inicial a violação ou ameaça a direito líquido e certo (*fumus boni iuris*) e o receio de dano plausível e de reparação difícil ou impossível no futuro (*periculum in mora*).

A falta do segundo requisito conduz ao indeferimento da liminar. Mas, e sendo o caso de inexata demonstração da primeira exigência? Ausente o *fumus boni iuris*, também será o caso de indeferimento da liminar, prosseguindo-se a lide com normal tramitação? Ou, indeferida a liminar, será o caso de pronto indeferimento da própria impetração? E sendo o caso de indeferimento de plano da impetração, a decisão será de mérito?

A questão proposta é por demais palpitante, não encontrando pacificação na doutrina. O debate quanto a pressupostos processuais, condições da ação e mérito é por demais acirrado, principalmente no mandado de segurança. Em razão da citada polêmica, adverte Silva Pacheco que “houvéssemos seguido mais os autores alemães que os latinos, principalmente italianos, não estaríamos envoltos no problema relativo aos pressupostos processuais, condições da ação e mérito, que, diga-se de passagem, não é de tão fácil solução como a muitos tem parecido, **em se tratando de mandado de segurança**” (grifamos).<sup>5</sup>

5

**INDEFERIMENTO LIMINAR DA IMPETRAÇÃO**

Como já afirmado alhures, o MS não comporta instrução probatória. Até mesmo a justificção prévia, dilação sumária e provisória típica das cautelares, não se amolda à celeridade contida no rito especial traçado pela Lei n. 1.533/51. Igual-

5 PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 161

mente, sendo nebulosa a existência do direito líquido e certo afirmado, intolerável condicionar-se a liminar à prestação de caução, depósito judicial do tributo questionado ou contracautela similar, como sói acontecer com frequência, mormente nos caso afetos à competência da Justiça Federal.

Em razão disto, a prova do *fumus boni iuris* deve estar contida na prefacial. Forte nas premissas anteriores, vale dizer que, a prova do direito líquido e certo violado ou ameaçado (MS preventivo), deve acompanhar a inicial.

Ausente referida prova, imprópria a via processual do mandado de segurança, não sendo possível a justificação prévia e muito menos a imposição de qualquer forma de contracautela. É que, como visto, “O que não se admite no mandado de segurança é a alta indagação de fatos intrincados, complexos ou duvidosos”, conforme lúcida advertência de Castro Nunes.<sup>6</sup> Bem por isto, a determinação legal para imediato indeferimento da impetração, conforme art. 8º, da Lei n. 1.533/51. Note-se que, conforme dispositivo citado, não é o caso de simples rejeição da liminar. O caso em comento é de indeferimento *in limine* da própria impetração.

Referida orientação legal é por demais coerente. Ora, se o MS só se presta à defesa de direitos ditos líquidos e certos violados ou ameaçados, carecendo a inicial de sua demonstração, deve o impetrante buscar socorro por outras vias processuais. A trilha do MS, frisamos mais uma vez, não se coaduna com a dilação probatória e com inteira razão. Fosse tolerada a prova, inegavelmente, a maioria das liminares só seriam conferidas após justificação prévia, mesmo quando evidente, cristalina e incontestada a prova da impetração. Mais que o rito, referida tolerância acabaria “ordinarizando” o próprio direito do cidadão brasileiro; contra a Administração Pública, sabido e ressabido, é sempre redobrada a cautela do Judiciário.

## 6

### AINDA QUANTO AO INDEFERIMENTO LIMINAR

De conformidade com a premissa acima, o *fumus boni iuris* no MS refere-se ao próprio direito material do impetrante, alvo de ameaça ou violação. O interesse em disputa, já ressaltado, é de natureza material, em nada se asseme-

lhando ao *fumus boni iuris* do processo cautelar.

Na seara cautelar, sendo meramente processual o interesse em disputa, inexistente acertamento quanto ao mérito da causa, ainda que de forma provisória. Em razão disto, conforme art. 810, do CPC, o insucesso da cautelar não impede e nem mesmo interfere no resultado da lide principal, salvo as hipóteses de decadência e prescrição (autonomia da ação cautelar). Mas, apesar disto<sup>7</sup>, existe sim um “mérito” próprio, específico e exclusivo do processo cautelar. Mérito este atrelado à demonstração do direito do requerente à prevenção reclamada ou, mais sinteticamente, vinculado à própria exigência do *fumus boni iuris*.

Igualmente, também inegável a existência de um “mérito” próprio do MS. *Prima facie*, o direito em disputa no MS é de ordem material; outrossim, direito material vinculado às exigências da liquidez e certeza.

Diante disto, possível afirmar-se a existência de um “mérito” próprio, específico e exclusivo do MS. O direito violado ou ameaçado poderá encontrar solução por outros caminhos processuais mas, somente o direito líquido e certo, vilipendiado por ilegalidade ou abuso de autoridade, encontrará solução pela via expedita do mandado de segurança.

Ora, se a falta de demonstração do direito líquido e certo, sua ameaça ou violação, conduz ao indeferimento de plano da impetração, referido acertamento só pode referir-se ao próprio mérito específico do MS. Se assim é, no caso de incidência do disposto no art. 8º, da Lei n. 1.533/51, por indemonstração do direito líquido e certo afirmado, não será mais possível ao impetrante socorrer-se por meio de outro MS. O mérito da impetração foi julgado pelo que, agora, só resta ao impetrante buscar amparo por outros meios processuais, a tutela cautelar, por exemplo.

Oportuno lembrar que, conforme parte considerável da doutrina, havendo exame do mérito, o que a maioria só admite ocorra por ocasião da sentença final, até mesmo a renovação por outra via processual encontraria obstáculo. Segue-se que, examinado o mérito, “não pode haver renovação do pedido na mesma via ou em qualquer outra, devendo o autor usar da ação rescisória, se ocorrerem os pressupostos desta”<sup>8</sup> Porém, forte na existência de um mérito próprio, exclusivo e específico do mandado de segurança, con-

6 NUNES, Castro. *Do mandado de segurança*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 377.

7 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Comentários ao código de processo civil*. 2. ed. Porto Alegre: Lejur, 1986, v. 11 p. 203/204.

8 BARBI, Celso Agrícola. *Do mandado de segurança*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 258.

forme sustentação anterior, quer nos parecer equivocada a doutrina do saudoso mestre mineiro.

A questão enfocada, de qualquer forma, é de extrema relevância. Não raro, nas comarcas maiores e com vários juízes, indeferida a impetração por um, segue-se a renovação do mandado de segurança para distribuição a outro julgador. Quando não, inúmeros e iguais pedidos são protocolizados ao mesmo tempo para, preenchidas todas as casas possíveis, seguir-se a desistência, salvo com relação ao *writ* que foi distribuído ao julgador eleito pela parte. Eleito porque, previamente, já havia firmado posição favorável noutra impetração similar ou igual.

Na primeira hipótese acima, indevida a renovação, porquanto de mérito o julgamento anterior. Na segunda, pior ainda, quebrado o princípio do juiz natural pelo que, descoberto o embuste, a inicial deve ser repelida de plano.

## 7

### CONCLUSÃO

Por todo o exposto, indubitável que o indeferimento liminar da impetração encerra verdadeiro julgamento de mérito. Mérito, como visto, próprio, exclusivo e específico do MS, delimitado pela presença de um direito líquido e certo,

alvo de ameaça ou violação por ilegalidade ou abuso de poder.

Como o caso envolve decisão de mérito, embora julgamento proferido *in limine*, operando-se o trânsito em julgado, interdito novo acesso pela via expedita do MS. Assim sendo, deverá a parte prejudicada buscar re-paração por outras formas processuais.

Nem se diga, por fim, que seria inconcebível a improcedência *prima facie* da impetração. Analogicamente, a narrativa inicial sem conclusão lógica, conduz ao indeferimento liminar do pedido de ingresso, conforme, dentre outros, Calmon de Passos<sup>9</sup> e Ernane Fidélis dos Santos. Para este último, sendo relativa a impossibilidade jurídica prevista no inciso II, do parágrafo único, do art. 295, do CPC, “a decisão é de improcedência *prima facie*, porque se trata de real sentença de mérito”.<sup>10</sup>

Até mesmo a impossibilidade jurídica do pedido, a rigor, configura autêntica forma “de improcedência *prima facie*”<sup>11</sup>. Se a ordem jurídica abstrata, por exemplo, proíbe a cobrança de dívida de jogo, a impossibilidade *in casu* nega a existência do próprio direito material de crédito reclamado pelo autor, não sendo o caso de simples inexistência do direito da parte ao processo (carência de ação). ■

### referências bibliográficas

- ALVIM, Arruda. **Mandado de segurança e direito público**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1995.
- BARBI, Celso Agrícola. **Do mandado de segurança**. 4. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1984.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Do mandado de segurança**. Saraiva: São Paulo, 1948.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à lei do mandado de segurança**. 3. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1989.
- FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Mandado de segurança**. São Paulo: Malheiros, 1996.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Mandado de segurança**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- NUNES, Castro. **Do mandado de segurança**. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1980.
- PACHECO, José da Silva. **O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979. v. 3.
- ROCHA, José de Moura. **Mandado de segurança**. Rio de Janeiro: Aide, 1982.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 4. ed. São Paulo, Saraiva, 1996. v. 1
- SIDOU, J. M. Othon. “**Hábeas data**”, **mandado de injunção**, “**hábeas corpus**”, **mandado de segurança**, **ação popular – As garantias ativas dos direitos coletivos, segundo a nova constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- SILVA, Ovídio Baptista da. **Comentários ao código de processo civil**, 2. ed. Porto Alegre: Lejur, 1986. v. 11.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **Mandados de segurança e de injunção, estudos em memória de Ronaldo Cunha Campos**. São Paulo: Saraiva, 1990.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal**. São Paulo: Saraiva, 1978.

9 PASSOS, J. J. Calmon. *Comentários ao código de processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975. v. 3. p. 291

10 SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva. v. 1 p. 340

11 PASSOS, J. J. Calmon. *op. cit.*, p. 291



# O EXERCÍCIO DA DEMOCRACIA NUM ESTADO CENTRALIZADOR

Carlos Eduardo do Nascimento\*

## sumário

1. Introdução
2. Esboçando o conceito de Federalismo
  - 2.1 Noção de Federalismo
  - 2.2 A federação americana
  - 2.3 Federalismo alemão
  - 2.4 A federação no Brasil
  - 2.5 A organização interna dos poderes
3. A distribuição de competências na Constituição de 1988
4. A efetividade dos direitos fundamentais elencados na Constituição Federal frente à repartição de competências no país
5. Conclusão
6. Referências bibliográficas.

## resumo

Nesse artigo o autor busca a partir da descrição do federalismo nos Estados Unidos e na Alemanha, delinear como esta forma de organização estatal se estabeleceu no Brasil e adquiriu feições próprias. Analisa ainda a influência que a Constituição de 1988 tem na organização interna dos poderes e o caráter centralizador que conferiu ao Estado e as conseqüências dessa concentração de poder na democracia exercida nos dias de hoje no Brasil.

## 1 INTRODUÇÃO

Vive-se numa época em que se assiste cada vez mais à degradação dos direitos humanos, tanto pelo Estado como pela Sociedade, em resposta à omissão do primeiro.

No Brasil, o controle das atividades estatais torna-se letra morta, uma vez que o próprio texto da Constituição delimita as competências de cada nível da federação, concedendo prerrogativas, senão privilégios, à União.

Numa estrutura como a atual fica inviável a eficácia da administração, principalmente num país tão extenso e mal dividido.

Acentua ainda o problema a ignorância do requisito da separação interna das funções do Estado, de legando à Carta de 1988 intensos poderes ao executivo, que, por sua vez, promove, abusadamente, o desequilíbrio federativo.

Diante disso, pretende-se colocar algumas sugestões possíveis, no sentido de contribuir para abrandar estas situações absurdas que, há muito, vêm comprometendo o exercício da democracia num país que, às custas da vida digna de seus

cidadãos, abre espaço para o desenvolvimento estrangeiro e um crescimento só perceptível nas estatísticas dos órgãos governamentais.

## 2 ESBOÇANDO O CONCEITO DE FEDERALISMO

### 2.1 - Noção de federalismo

O federalismo constitui-se em uma das formas em que o Estado pode se organizar, figurando ao seu lado o Estado autônomo, o unitário e o regional.<sup>1</sup> Diferenciam-se entre si pelo grau de descentralização das funções dirigidas ao público, sendo que, na forma unitária, um poder central abraça todas as tarefas que poderiam ser compartilhadas com outros entes.

Na forma federal apresentam-se vários níveis de descentralização, vez que esta é sua característica precípua, iniciando pela separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário, contribuindo ainda para esta diversificação os aspectos históricos de cada local em que o federalismo é adotado.

\* Carlos Eduardo do Nascimento, Advogado e Professor universitário, Mestrando em Educação do Ensino Superior pela UNIT-MG.

<sup>1</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Poder municipal: paradigmas para o Estado constitucional brasileiro*. p.45-51.

Destá maneira, seguir-se-á tecendo algumas considerações sobre esta forma de Estado onde ela tem sido coerentemente administrada, para depois chegar ao modelo nacional.

## 2.2 - A federação americana

Constituem os Estados Unidos da América uma federação desde 1776, quando as treze colônias britânicas com a mesma língua, religião, os mesmos costumes e quase as mesmas leis<sup>2</sup> uniram-se no sentido de formar um centro de poder que fosse mais forte do que cada uma delas separadamente, o que foi feito através da outorga de parcela de suas autonomias em prol da soberania da união de todos.

Se funda portanto, o federalismo americano na concessão de poder pelos hoje Estados-Membros, à época colônias, à União, a qual se encarrega de zelar pelos interesses máximos da nação, não restringindo, contudo, o poder destes Estados de legislar sobre questões diversas que lhes são pertinentes, inclusive em matéria criminal.

Dispõem também os Estados Unidos de uma eficiente separação de poderes, onde o judiciário faz cumprir o texto da Constituição, de acordo com a leitura em cada momento histórico, o legislativo é soberano porque representa o povo – também com o bicameralismo, e ao executivo é proibido legislar, sendo constantemente supervisionado e controlado por aquele, para que se efetive o bem-estar dos cidadãos americanos. Caso o Presidente da República aja à margem das leis que lhe impõem limites, pode ser responsabilizado, ensejando, em determinadas situações, a perda do cargo.

Lembre-se ainda que aos municípios, por serem a unidade mais próxima dos indivíduos, é concedida autonomia suficiente para a adoção de medidas inerentes às suas esferas, o que possibilita afirmar que a federação americana seguiu, pela sua própria história, um modelo crescente, no qual os entes menores foram cedendo parte de seu poder a um ente maior e soberano.

## 2.3 - O federalismo alemão

A Lei Fundamental de Bonn define o federalismo tanto através da separação horizontal

de poderes, como pela alocação dos mesmos em vários níveis, quais sejam a Federação, os Länder e as Comunas.

Esta forma de Estado, segundo o professor Baracho,<sup>3</sup> se justifica pela racionalidade, uma vez que o federalismo preserva a individualidade e a diversidade histórica, é meio eficaz de proteção das minorias e da liberdade, encoraja e reforça a democracia participativa, o que pressupõe uma estrutura eficiente. Além disso, adota-se o princípio da subsidiariedade naquele país, através do qual os entes maiores só agem sobre os menores quando estes mostram-se ineficientes para determinada atitude, o que vem ao encontro do princípio fundamental Católico de que o homem é o criador e o objeto das instituições sociais.<sup>4</sup>

Tendo em vista a subsidiariedade, é possível entender a efetividade das atividades de cada grupo, separadamente, a começar pelo indivíduo, passando pela igreja, os clubes e instituições de caridade, num mesmo patamar, logo as Comunas, depois os Länder e, em última instância, o Estado.

Fácil portanto, vislumbrar a eficiência do sistema germânico, posto estar dividido em pequenos grupos que, por suas características peculiares, são capazes de se auto-administrar, contando ainda com um judiciário forte e uma corte constitucional - o *Bundesverfassungsgericht*.

Fator que também determina a eficiência do Estado Alemão é a República Parlamentarista, onde, apesar de se possuir um presidente como chefe de Estado - *Bunderspräsident*, há o governo federal - *Bundesregierung*, que é formado pelo gabinete, escolhido e presidido pelo chanceler - *Bundestakangler*, que tem seu poder fundamentado no *Bundestag* - Parlamento Federal, representante do povo, perante o qual aquele responde por seus atos políticos. Ao lado do Parlamento Federal está o Conselho - *Bundesrat*, que corresponderia ao Senado brasileiro. Toda esta estrutura, indubitavelmente, contribui para um governo transparente, que almeja e realiza o bem-estar do povo alemão.

## 2.4 - A federação no Brasil

Colônia portuguesa de 1500 a 1824, quando conseguiu independência, o Brasil teve sua

2 TOCQUEVILLE, Alexis de. *Democracy in America*. p.51.

3 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. In: Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao professor Washington Peluso Albino de Souza. p.134.

4 KÜHNHARDT, Ludger. *apud* BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *op. cit.* p.135.

primeira Constituição no mesmo ano, em que o título VII rezava sobre a nomeação e remoção dos presidentes pelo imperador.

Pelo artigo 2º do Decreto n.1 de 15 de novembro de 1889 fixou-se que as províncias do Brasil passariam a constituir os Estados Unidos do Brasil, reunidas pelos laços da federação. Foi esta pois, a primeira vez que se teve notícia desta forma de Estado no país.

Com o advento da Constituição de 1891 o conteúdo do artigo 2º do Decreto mencionado ganhar em seu artigo 1º dispondo ainda sobre a indissolubilidade da União.

Já a Carta de 1934, refletindo a Revolução de 30, embora dispusesse sobre a forma federativa, o regime representativo e a República, centralizava mais o poder da União do que a anterior, vez que naquela os casos de intervenção eram excepcionais, enquanto nesta a regra geral era a intervenção, como colocado em seus artigos 5º e 12.

Os mesmos passos seguiu a Constituição do Estado Novo, de 1937, promovendo censura prévia, nomeação de interventor pelo Presidente da República, desmistificando a idéia democrática do artigo 1º, onde se proclamava o poder popular.

Pela Constituição de 1946 voltou à cena a federação, porém, com uma participação restrita do povo.

A Carta de 1967, historicamente, representou um retrocesso, fruto que foi do golpe de 1964. Não se progrediu quanto à matéria tributária, sistema de governo, direito de greve, poder legislativo ou, especialmente, declaração de direitos.

Seu artigo 41 dispunha sobre a proporcionalidade de membros na Câmara dos Deputados, o que, na verdade, traduz a desproporção que tanto prestigia o coronelismo, nordestino, em detrimento de Estados como São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro.

Dentro deste mesmo contexto, a interse contradizer quando, em seu artigo 101, pavencção federal nos Estados e Municípios e a suspensão de direitos políticos e cassação de mandatos eletivos, fizeram parte do Ato Institucional n. 5, que em meio a outras tantas iniciativas excepcionais, centralizava todo o poder não na União, mas na pessoa do Presidente.

A Emenda da 1969 também aderiu à forma federativa, mas propiciou certa abertura ao dispor sobre cidadania, dignidade da pessoa, valores sociais do trabalho e livre iniciativa, pluralismo político e soberania, fundamentos que, na

Carta de 1988 são os da ordem econômica, elencados no artigo 170.

A Constituição vigente, proclamada por um Poder Constituinte não escolhido pelo povo, também adota a separação de poderes, ainda que débil, e sua estrutura divide competências entre a União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, valendo notar o pioneirismo de incluir estes últimos na federação, mesmo que formalmente.

Isto posto, todo o desempenho das atividades governamentais, administrativas, judiciais e legislativas se prende à organização constitucional, o que, examinaremos em seguida, às vezes, inviabiliza a realização dos direitos pelo mesmo texto outorgados.

### 3

## A ORGANIZAÇÃO INTERNA DOS PODERES

As funções no Brasil dividem-se em administrativa/governamental, legislativa e judiciária. Sabe-se que, pela lógica, o poder é uno e individual e que tais funções se distinguem, não como compartimentos estanques, mas pela concentração das mesmas em legislativas, executivas e judiciais, sendo que, para a harmonização e um certo controle, às vezes, elas exercem funções umas das outras, como, por exemplo, o julgamento do Presidente da República, por crime de responsabilidade, perante o legislativo.

Embora pregue a independência e autonomia dos “poderes”, a Constituição parece rágrafo único coloca a escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal pelo Presidente da República, valendo mencionar o mesmo para todos os integrantes dos tribunais superiores, observando-se que o mesmo ocorre na esfera dos Estados-Membros, pelo respectivo chefe do executivo, na ocupação dos tribunais estaduais.

Isto restringe a autonomia e liberdade de julgar que tanto tem sido incontinada no Brasil. Ademais o judiciário é dependente do Poder Público, uma vez que, a partir de um orçamento aprovado, receberá o necessário para custear suas expensas por um determinado período de tempo. Ficam assim os órgãos da justiça atrelados às vontades do governo, que, ao invés de respeitar a Constituição, promove emendas que se adequem à voraz economia global.

O legislativo, criado para representar o povo, tem funcionado à mercê do executivo, aprovando leis inócuas e medidas provisórias

nunca urgentes, sob troca de agrados nada constitucionais. Esta questão em muito deita raízes no modo proporcional de eleição adotado pela Carta de 1988, o que favorece partidos mais fortes e concede mais valor ao voto de cidadãos de Estados-Membros e Municípios menos significativos do que daqueles maiores, significando que a parcela analfabeta do país é a grande responsável pelos legisladores que possui, os quais, para se verem eleitos, prometem acabar com problemas que não serão solucionados, vez que fazem parte de programas eleitoreiros – cito a seca do Nordeste e a reforma agrária, como exemplos.

Por tudo isto considera-se que o poder supremo do executivo que, no Brasil, tem mais força que nos Estados Unidos, porquanto lá o Presidente da República, como já colocado, está impossibilitado de legislar. Contrariamente, aqui se fugiu dos decretos-leis e se adotou as medidas provisórias, no artigo 62 da Constituição Federal, para casos de relevância e urgência. Ocorre que entre os governos Collor e Cardoso mais de três mil medidas provisórias foram editadas, sem qualquer contestação do legislativo, o que mostra que, no Brasil, a normalidade tornou-se a excepcionalidade, a relevância e a urgência, em detrimento da segurança jurídica do indivíduo.

Outro problema que entrava o bom andamento de todos os setores no país se encontra na concentração das funções administrativa, governamental e de Chefe de Estado na pessoa do chefe do executivo. Segundo Comparato,<sup>5</sup> em monumental ensaio, o exíguo tempo do chefe do executivo no cargo<sup>6</sup> impede a efetivação de políticas públicas a longo prazo, uma vez que, na maioria das vezes, o sucessor da função executiva não dá continuidade ao trabalho do antecessor. Isto ocorre pelo fato de não haver planejamento e, em especial, um órgão independente do governo que seja encarregado de realizar até o esgotamento os programas adotados, o que permitiria maior eficácia às atividades voltadas para o público.

Destá maneira, o executivo perderia um pouco da supremacia, respeitando a independência dos “poderes”, requisito básico para um Estado Federal, desde que as edições das medidas-provisórias fossem controladas pelo legislativo, cujo caráter é permanente.

#### 4

### A DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

As competências na Constituição de 1988 podem ser privativas, concorrentes e comuns, entre a União, os Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

Logo no artigo 22, já se dispõe sobre as competências privativas da União em vinte e nove incisos, passando ao artigo 23, que reza sobre a competência comum de todas as esferas da federação, enquanto que o artigo 24 fala das competências concorrentes a todos os níveis, exceto os Municípios. Somente no artigo 30 se confere alguma autonomia a estes entes do Estado Federal, deixando também os Estados-Membros amarrados às competências comuns e concorrentes com a União.

Já por esta má distribuição se percebe o centralismo do poder na União que, através da Constituição Federal, limita o poder dos entes menores.

Outro fator que pressupõe a submissão de todas as esferas ao centro corresponde ao repasse de parcelas da arrecadação da União aos estados e municípios, vez que estes são responsáveis por grande parte dos tributos pagos no país. Tal fato tem gerado celeuma, vez que Estados-Membros vêm sendo excluídos desta participação quando não compactuam com as ilegalidades cometidas pelo governo federal que, por sua vez, responde com ilegalidade maior. Minas Gerais é exemplo disto, como se descreve:

“Administração Pública – pode custar caro ao tecnocrata Armínio Fraga a sua tragicômica investida sobre o domínio político. Como se sabe, o Estado de Minas Gerais conseguiu junto ao Judiciário a suspensão do processo de transferência de ações das Centrais Elétricas de Minas Gerais (CEMIG) para empresas privadas (mormente estrangeiras), face a vícios jurídicos que teriam ocorrido no processo de alienação. Questionado sobre o episódio, Fraga **recomendou que não se investisse em Minas Gerais...**” (grifo nosso).<sup>7</sup>

Para agravar mais a situação das disparidades regionais no país, dispôs a Carta de 1988 a criação de mais três Estados-Membros – Tocan-

5 COMPARATO, Fábio Konder. A Organização constitucional da função planejadora. In: Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional: estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Sousa. p.86-90.

6 A época não havia a possibilidade de reeleição, o que, pelo contexto, não tira a razão do autor citado.

7 Boletim informativo Pandectas 96 < [mamede@bhnet.com.br](mailto:mamede@bhnet.com.br) > 23 de outubro de 1999.

tins, Roraima e Amapá – que não têm como manter-se, ao lado de outros, dependendo, portanto, das benesses da União, acarretando perda a outros Estados. Assim dispõe Comparato<sup>8</sup>: no Amapá, 11 e 89; e no Estado do Acre, 10 e 90. Faz algum sentido sustentar-se a autonomia política dessas unidades federativas, incapazes de atender, com recursos próprios, às suas despesas correntes?”

Por tudo isto Comparato e outros autores são a favor de uma federação onde se respeite as diferenças regionais, através de uma Constituição que não somente pregue a autonomia, mas faça viável o exercício de competências inerentes aos problemas locais de cada ente federado.

## 5

### A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS ELENCADOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL FRENTE À REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS NO PAÍS

Poucas são as Constituições onde se preservem tantos direitos individuais, coletivos e sociais como a do Brasil de 1988. Seguidos à risca os artigos 5º a 9º seria este país um exemplo global.

Tendo em vista, conqũanto, a distribuição de competências já examinada, percebe-se a inviabilidade do exercício daqueles direitos pelos cidadãos, em virtude da dependência dos Estados, Distrito Federal e Municípios da União.

Fica, conseqüentemente, comprometida a democracia, num país que se proclama democrático pois, sem educação, moradia, saúde, lazer ou trabalho não se pode bem escolher os representantes do povo. Sobre esta questão sabiamente dispõe Vieira<sup>9</sup>, ao comentar que a noção de democracia em Rousseau pressupõe igualdade de participação (o que não ocorre quando há excluídos numa sociedade), que deve ser direta, fazendo deste último um adepto dos pequenos Estados, onde se é possível votar decisões e não em representantes.

Esta idéia de Rousseau faz lembrar o princípio da subsidiariedade, que está incito na idéia de federação, conferindo às unidades menores, divididas de acordo com suas peculiaridades,

poderes para que se auto-organizem e se auto-fiscalizem.

Portanto, urgente uma Constituição não centralista<sup>10</sup>, que deixe a cargo de cada nível da federação autonomia suficiente para que possa efetivar a realização dos direitos fundamentais, confiando-se mais no trabalho dos Municípios (através de Conselhos, *ombudsmen*, e diretórios, que sejam intermediários do povo nas decisões, com a participação de pessoas especializadas nas áreas de saúde, educação e todas as outras necessárias numa sociedade, para que as políticas formalmente planejadas possam ser concretizadas), esferas mais próximas da comunidade, como já ressaltava Tocqueville<sup>11</sup> sobre a América, não se esquecendo, contudo, dos grupos não estatais e, em especial, do indivíduo, no seu papel de impulsionador das mudanças sociais no controle, na fiscalização e na ação.

## 6

### CONCLUSÃO

Tornando como referência este breve exame da estrutura federativa no Brasil, nota-se claramente os motivos da situação vivida pelo país atualmente.

Não bastasse legislativo e judiciário sob as rédeas de um executivo que “planeja”, administra, governa e legisla por medidas nunca provisórias, a própria idéia de federação no Brasil é falha. Historicamente, assentou suas bases numa Monarquia que o tempo mostrou somente mudar de nome. A República permaneceu por muito tempo sob o poder do Presidente e isto sempre foi permitido pelas Constituições.

Atualmente, o problema se agrava, visto a densidade demográfica, o desemprego e as próprias dimensões do país que, quase da extensão da Europa Continental, é dividido em pouco mais que vinte Estados-Membros, sem qualquer critério regional. Ainda, o poder está todo centralizado na União, relegando aos outros entes da federação uma autonomia formal, que se torna impraticável, diante de tantos obstáculos.

Diante de uma Constituição que tudo regulamentava, torna-se inviável ao indivíduo e aos grupos organizarem-se, implicando aí um sério entrave à própria noção federativa, como dis-

8 COMPARATO, Fábio Konder. *op. cit.* p.84.

9 VIEIRA, Luiz Vicente. *A democracia em Rousseau*. p.95-6.

10 MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Op. cit.* p.113-144.

11 TOCQUEVILLE, Alexis de. *op. cit.* p.35-9.

põe Baracho<sup>12</sup>, uma vez que esta seria uma forma de subsidiariedade no Estado, com a cooperação social.

Resta aos cidadãos a ignorância e a revolta com a pseudo-democracia que se pratica no Brasil, e que gera miséria e violência aos oprimidos por um Estado que não cumpre nem mesmo o possível e não abre oportunidades aos que poderiam auxiliar na edificação de um futuro menos injusto. Concluímos com as palavras de Franco Sobrinho<sup>13</sup> para fechar o exposto:

“Afirmando, que a organização do Estado, desde sua formação, traduz passagem natural de uma situação de fato para uma situação de direito, estamos afirmando que antes do Estado coloca-se a nação geográfica, etnográfica, social e comunitária, pedindo regime político que afiancye realidades cogentes e não venha complexar funções pela racionalização dos processos.

Aqui, como lá fora, em outras nações, as pesquisas demonstram, que no tocante a regimes políticos, o Estado não é uma formação primária, mas uma formação derivada de sociedades naturais nacionais. Quando, porém, os fundamentos não se respeitam, aí temos o vo-

luntarismo político gerando nas conseqüências regimes autoritários, ditatoriais ou de exceção.

A repercussão nos direitos, atingindo a legitimidade das representações, soluções sociais, materiais e econômicas, longe de evitar atuação progressiva da força hipertrofiada, em face da anormalidade ou do *pathos* constitucional, provoca na extensão efeitos negativos, condições que contrariando princípios naturais, desaguam pela atrofia das instituições em ditaduras formais.

Na verdade, o Estado sendo um meio para a nação organizar-se torna-se um fim apenas quando realiza a ordem interna, dando substância jurídica às relações que deva promover ou proteger.

Nada mais exato: o Estado organizado contra a nação alimenta revoluções justificáveis objetivando quase sempre restaurar valores por motivo de erros locados na convivência social.

Nada há, nem leis políticas, nem sociais ou jurídicas, contra a lei natural. Nem também regimes políticos que possam manter estabilidade temporal. Já que a nação é fenômeno natural, o Estado deve ser entendido em nome da nação e os regimes políticos em razão do Estado que, racionalmente representa a nação. Do contrário jamais haveria direito contra o Estado...” ■

### referências bibliográficas

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução.** In: CAMARGO, Ricardo. Antonio Lucas Camargo (Org.). **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional:** estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. A organização constitucional da função planejadora. In: \_\_\_\_\_ **Desenvolvimento econômico e intervenção do Estado na ordem constitucional:** estudos jurídicos em homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **A Alemanha e o estado de direito.** In: CD Rom – Pretor Base de Dados CD 02B.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Regimes políticos.** Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GOULART, Clovis de Souto. **Formas e sistemas de governo:** uma alternativa para a democracia brasileira. Porto Alegre: Fabris, 1995.
- SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. **As funções do poder judiciário trabalhista em um Estado federal.** In: Síntese Tributária n. 111, set., 1998. p.14.
- MIGUEL, Jorge. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Atlas, 1989.
- PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Federalismo:** realidade histórica nos EUA e no Brasil.
- BOLETIM PAULISTA DE DIREITO. Disponível em: <http://www.bpdiret.adv.br/tge.htm>.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. **Democracy in America.** Catham: Wordsworth Classics. 1998.
- VIEIRA, Luiz Vicente. **A democracia em Rousseau:** a recusa dos pressupostos liberais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.
- ADMINISTRAÇÃO pública. **Pandectas.** Disponível em: <mamede@bhnet.com.br>. Acesso em 23 de outubro de 1999.

12 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *op. cit.* p.136-138.

13 FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Regimes políticos.* p.99.



UNIJUS

# O PAPEL DO ADVOGADO E AS RELAÇÕES DE TRABALHO, FRENTE ÀS MUDANÇAS SOCIAIS, ECONÔMICAS E NORMATIVAS.

Verônica Altef Barros\*

## sumário

1. Introdução
  - 1.1 O papel do advogado
    - 1.1.1 Frente à Constituição Federal de 1988
    - 1.1.2 Frente ao Código de Ética e da OAB
  2. O advogado e a empresa
    3. O advogado, a empresa e as relações de trabalho
    4. As soluções extrajudiciais de conflitos e as relações de trabalho
    5. Conclusão
    6. Referências bibliográficas.

## resumo

O papel do advogado como profissional atuante no Poder Judiciário deve ser repensado em virtude de mudanças econômicas, sociais e normativas, que reivindicam uma orientação preventiva e, principalmente, soluções mais céleres, contribuindo, por conseguinte, para o “desafogar” esse Poder, bem como para a pacificação das relações jurídicas, como, por exemplo, as relações de trabalho.

Papel do Advogado - Direito Empresarial - Relação De Trabalho - Flexibilização - Soluções Extrajudiciais - Comissões De Conciliação Prévia.

## 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho, não apresenta uma discussão científica. Tem como objetivo estimular a reflexão sobre o papel do advogado frente às mudanças econômicas, sociais e normativas, principalmente, no que diz respeito às relações de trabalho, tendo em vista seu caráter conflituoso e delicado, bem como alguns aspectos inadequados da legislação trabalhista frente às peculiaridades das categorias profissionais e a realidade empresarial.

Assim, considerando este trabalho como iniciação ao debate foram levantados alguns questionamentos para que o objetivo seja atingido e não haja a cristalização do pensamento.

### 1.1 O papel do Advogado

#### 1.1.1 Frente à Constituição Federal brasileira de 1988.

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por

seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. (grifo nosso).

No comentário ao artigo, Alexandre Moraes coloca: “O princípio constitucional da indispensabilidade da intervenção do advogado, previsto no art. 133 da Carta Maior, não é absoluto. **Assim, apesar de constituir-se fator importantíssimo a presença do advogado no processo, para garantia dos direitos e liberdades públicas previstas na Constituição Federal e em todo o ordenamento jurídico**, continua existindo a possibilidade excepcional de a lei outorgar o *ius postulandi* a qualquer pessoa, ...”. (grifo nosso)<sup>1</sup>.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, a indispensabilidade do advogado à administração da justiça quer dizer que, “**em todos os processos que se desenvolvem perante a Justiça, deve existir a participação de advogado**, ou esta possibilidade, ao menos, para a defesa de interesses em causa, sob pena de descumprimento do mandamento constitucional, o que significa sob pena de nulidade”.<sup>2</sup> (grifo nosso)

\* Verônica Altef Barros, Professora de Direito do Trabalho do curso de Direito e Administração de Empresas do UNIT- Centro Universitário do Triângulo, mestranda em Direito Privado pela Universidade de Franca, especialista em direito processual civil e direito comercial pela Universidade Federal de Uberlândia.

1 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 435

2 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1994, v.3, p. 53.

Como pode ser observado, ambos os autores referem-se ao advogado como aquele profissional que atua na defesa dos conflitos de interesses, ou seja, que tem participação somente perante o Judiciário. Mas o quê vem a ser administração da justiça? Seria a atuação do advogado na prevenção dos conflitos de interesse, evitando os processos, e, de uma certa forma, a contribuição para a lentidão do Poder Judiciário?

Fayol, citado por Chiavenato, define o ato de administrar como sendo: prever, organizar, comandar, coordenar e controlar. E acrescenta:

“As funções administrativas englobam os elementos da Administração, isto é, as funções do administrador, a saber:

- 1- Prever: visualizar o futuro e traçar o programa de ação.
- 2- Organizar: competir o duplo organismo material e social da empresa.
- 3- Comandar: dirigir e orientar o pessoal.
- 4- Coordenar: ligar, unir, harmonizar todos os atos e todos os esforços coletivos.

Controlar: verificar que tudo ocorra de acordo com as regras estabelecidas e as ordens dadas.

Estes são os elementos da Administração que (...) são localizáveis em qualquer trabalho do administrador, em qualquer nível ou área de atividade da empresa ...”<sup>3</sup>

Neste aspecto, transportando tais elementos para a função do advogado diante do disposto na norma constitucional, tem-se que o profissional do Direito não deve estar somente na posição de defesa dos conflitos de interesse para alcançar a Justiça, mas também, de prevenção, organização, coordenação.

Assim, o advogado realmente estará contribuindo para a administração da Justiça, posicionado-se também na prevenção às lides. E, talvez, promoverá muito mais Justiça desta forma, do que na defesa, uma vez que muitos conflitos de interesses poderão já se encontrar num difícil estágio para uma solução realmente justa. Ressalta-se também que, neste sentido, várias causas deixarão de ser comuns no cotidiano do magistrado, abrindo espaço para o exame mais apurado de outras, as quais foram impossibilitadas de prevenção anterior.

### 1.1.2 Frente ao Código de Ética e Disciplina da OAB

São alguns princípios que norteiam a consciência profissional do advogado: “os de lutar sem receio pelo primado da Justiça; pugnar pelo cumprimento da Constituição e pelo respeito à Lei, fazendo com que esta seja interpretada com retidão, em perfeita sintonia com os fins sociais a que se dirige e as exigências do bem comum; ...” (Código de Ética e Disciplina da OAB).

O que seriam tais fins sociais? A legislação trabalhista, por exemplo, vem sofrendo importantes modificações tendentes às soluções extrajudiciais dos conflitos, nessa perspectiva não deve também o advogado atender aos fins sociais da lei e incentivar cada vez mais tais formas de solução?

O Código de Ética e disciplina da OAB, nos incisos do art. 2º, apresenta de forma mais detalhada os deveres do advogado para contribuir com a administração da Justiça.

Art. 2º. O advogado, indispensável à administração da Justiça, é defensor do estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, da Justiça, e da paz social, subordinando a atividade do seu Ministério Privado à elevada função pública que exerce.

Parágrafo único. São deveres do advogado: (...)

V - contribuir para o aprimoramento das instituições, do Direito e das leis;

VI - estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios;

VII - aconselhar o cliente a não ingressar em aventura judicial;

(...). (grifo nosso)

Nota-se, portanto, que o advogado antes de ser um defensor, deve “prevenir, sempre que possível, a instauração de litígios”. Logo, não seria neste sentido que se deveria repensar o papel do advogado, principalmente, diante das mudanças nas relações sociais, econômicas e, conseqüentemente, legislativas?

## 2

### O ADVOGADO E A EMPRESA

Diante das mudanças econômicas e tecnológicas, começam a surgir novos ramos de atua-

3 CHIAVENATO, Idalberto. *Administração: teoria, processo e prática*. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994, p. 16.

ção para o advogado, mas numa perspectiva diferenciada, pois em virtude da concorrência, dos negócios via Internet, das privatizações, por exemplo, as empresas estão necessitando de profissionais especializados nas respectivas legislações, ou seja, aquelas buscam advogados para compor o quadro de negociadores, a fim de prevenir problemas futuros que poderiam envolver prejuízos volumosos.

Além destes fatores econômicos está-se diante também do aspecto social que as empresas vêm abraçando, uma vez que o investimento na melhoria das relações de trabalho, de consumo, do meio ambiente, e outras, trará retorno às próprias empresas dentro desta abertura da economia que se instala, e consequente estímulo à concorrência, maior satisfação no trabalho, maior produtividade, maior qualidade dos produtos, aumento de seu consumo, e, por fim, destaque frente ao concorrente.

Destarte, as empresas necessitarão de profissionais que conheçam o direito do trabalho, do consumidor, do meio ambiente; no entanto, não para defesa daquelas num conflito judicial, mas para evitar que este ocorra, somente desta forma, poder-se-á melhorar tais relações, evitando-se as infrações à legislação.

Assim, para que realmente haja este deslocamento da posição do advogado, e a valorização do profissional no âmbito empresarial, é preciso também que este se convença de sua nova atuação, como administrador da Justiça.

### 3

#### ADVOGADO, A EMPRESA E AS RELAÇÕES DE TRABALHO

Um dos maiores problemas enfrentados pelas empresas frente às mudanças econômicas diz respeito às relações de trabalho, pois como aquelas necessitam se adaptar à nova realidade do mercado mundial, esbarram na rigidez da legislação trabalhista e, em alguns pontos, na incompatibilidade com tais mudanças, agravando problemas sócio-econômicos como o desemprego e o emprego informal.

Nesta perspectiva, fala-se em flexibilização do direito do trabalho através das negociações coletivas, o que significa estruturar-se com instrumentos jurídicos que aproximem a realidade atual das empresas e a situação de seus trabalhadores.

Arnaldo Sussekind apresenta de forma mais detalhada as finalidades da flexibilização: “a) amplia o espaço para a complementação ou suplementação do ordenamento legal; b) permite a adaptação de normas correntes às peculiaridades regionais, empresariais ou profissionais; c) admite derrogações de condições anteriormente ajustadas, para adaptá-las a situações conjunturais, métodos de trabalho ou implementação de nova tecnologia.”<sup>4</sup>

Tal fenômeno já pode ser constatado, mesmo que timidamente, na Constituição Federal de 1988, nos incisos VI, XIII, XIV, XXVI, do art. 7º :

“VI - irredutibilidade do salário, **salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;**

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, **mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;**

XVI - jornada de seis horas para o trabalhador realizado em turnos ininterruptos de revezamento, **salvo negociação coletiva;**

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho.” (grifo nosso)

O juiz Neri Frederico Cano Martins apresenta alguns instrumentos de flexibilização já presentes no Direito do trabalho brasileiro:

a) Lei n. 6.019, de 3.1.74, que instituiu o trabalho temporário, o qual terá uma empresa intermediária, chamada de empresa de trabalho temporário, que contrata trabalhadores para prestar serviços em outras empresas, as tomadoras de serviço, visando atender a necessidade de substituição transitória de mão-de-obra permanente ou nos casos de acréscimo extraordinário do serviço.

b) Enunciado n. 331, do TST, que permite a contratação de trabalhadores através de empresa interposta, como no caso do trabalho temporário, serviço de vigilância, de conservação e limpeza, e especializados desde que ligados à atividade meio do tomador de serviço. Nos três últimos casos, nota-se uma abertura à terceirização.

c) Lei n.º 9.601, de 21.1.98, trata-se do contrato por prazo determinado e do banco de horas que dependem de prévia negociação coletiva, possibilitando tal legislação à redução de alguns encargos sociais e, por conseguinte, o desemprego.

d) Medida provisória n.º 1.779-11, de 2.6.99, que institui o trabalho em tempo parcial, já pre-

4 SÜSSEKIND, Arnaldo, et. al. *Instituições de direito do trabalho*. 18. ed. São Paulo: LTr. 1999. v.1, p. 213.

visto na Constituição Federal, reduzindo a jornada semanal de 44 horas para 25 horas, mediante acordo ou convenção coletiva, o que possibilita a empresa adequar-se nos períodos de instabilidade econômica, sem que haja demissões de trabalhadores.

e) Medida provisória acima referida também prevê a suspensão do contrato de trabalho por dois a cinco anos com aquiescência da entidade sindical, a fim de verificar se não existem outros meios de os empregadores enfrentarem eventual crise sem o sacrifício dos empregados.<sup>5</sup>

Observa-se, portanto, que imprescindível será a presença do advogado para que as empresas possam aplicar tais medidas de flexibilização da legislação trabalhista, sem, contudo, burlar os direitos básicos do trabalhador. E desta forma, novamente, tem-se o advogado não como defensor, mas na posição de coordenador, organizador de uma nova política de relações de trabalho nas empresas, a qual poderá ser estimulada pelo mesmo, como figura indispensável à administração da justiça.

#### 4

### AS SOLUÇÕES EXTRAJUDICIAIS DE CONFLITOS E AS RELAÇÕES DE TRABALHO.

Conforme o Código de Ética, o advogado deve “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. Desta forma, além de atuar de forma preventiva, caso venham a ocorrer conflitos de interesses, deve o advogado tentar, utilizando todas as formas possíveis, a solução extrajudicial.

As soluções dos conflitos trabalhistas podem ser classificadas em:

§ autocomposição, que são a negociação direta, a conciliação e a mediação, e

§ heterocomposição, representados pela arbitragem e pela solução judicial.

Como observa-se, salvo o último, todos os demais são meios que não dependem da atuação do Estado-Juiz, mas sim da manifestação de vontade das próprias partes ou de terceiros que intervêm na relação conflituosa, apontando soluções. Apresenta-se a seguir, em síntese, tais soluções extrajudiciais:

#### a- Mediação

A mediação é um meio alternativo de solução de controvérsias, em que um terceiro, figura externa aos interesses envolvidos, intervém no conflito, incentivando as partes a encontrarem uma solução para as suas pendências.

Assim, observa-se que o mediador não tem poder decisório, podendo ser uma pessoa física eleita pelas partes ou indicada por instituições como o Ministério do Trabalho ou o Ministério Público do Trabalho e aceita pelos interessados.

Chegando as partes num denominador comum, segue-se à celebração do correspondente acordo ou convenção coletiva.

#### b- Conciliação

A conciliação é normalmente exercida por força de lei e a escolha do conciliador independe da vontade das partes. No caso de dissídios individuais ou coletivos, estes serão sempre sujeitos à conciliação, pois o juízo conciliatório é uma etapa obrigatória do processo trabalhista.

#### c- Arbitragem

“A arbitragem é uma técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.”<sup>6</sup>

Segundo a legislação, as partes têm liberdade de escolher o direito processual aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes.

A arbitragem pode ser institucional ou ad hoc. A primeira ocorre quando as partes se reportam a uma entidade arbitral ou a um órgão técnico especializado, os quais geralmente possuem regras e normas próprias. A arbitragem ad hoc é criada para caso específico com indicação de árbitro escolhido pelas partes, independentemente, de estar vinculado a qualquer entidade, e o compromisso registra todas as regras procedimentais.

Franco Filho apresenta algumas vantagens e desvantagens deste meio de solução extrajudicial: “... a arbitragem é instrumento de grande valia para a busca da paz social, sobretudo como meio

5 MARTINS, Neri Frederico Cano. Os atuais instrumentos de flexibilização do direito do trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, v. 63, n. 9, set., 1999, p. 1178-1182.

6 CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros Ed., 1998, p. 27.

para desafogar o judiciário trabalhista, e, apesar de ainda pouco usado no Brasil, continua a ser mecanismo eficaz que não deve ser esquecido e, tanto quanto possível, pode ser utilizado.

.....  
A grande desvantagem está, no entanto, no custo do procedimento arbitral. É um procedimento altamente oneroso, o que, quando se trata de matéria trabalhista, pode encontrar profunda barreira nas condições do sindicato da categoria profissional de arcar com essas despesas. Aqui repousa sério aspecto, que dificulta sua implementação em matéria trabalhista e a preferência pela busca da solução jurisdicional. É que o processo na Justiça do Trabalho é gratuito e praticamente nenhum esforço é feito pelas partes...<sup>77</sup>.

#### d - Comissões de Conciliação Prévia

Em 12 de janeiro de 2000, foi sancionada a Lei nº 9.958, que altera e acrescenta artigos à CLT, dispoendo sobre as Comissões de Conciliação Prévia e permitindo a execução de título extrajudicial na Justiça do Trabalho, a qual entrou em vigor em abril de 2000.

Passa-se a seguir um comentário sucinto de alguns artigos da referida lei:

Art. 625- A – As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho. (grifo nosso)

Parágrafo único. As Comissões referidas no *caput* deste artigo poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical.

Observa-se que o objetivo da criação das Comissões de Conciliação Prévia é dirigido aos conflitos individuais de trabalho, tendo-se em vista as dificuldades em aplicar-se outras formas de solução extrajudicial, devido ao desequilíbrio de forças entre as partes, característico das relações de trabalho.

No entanto, nota-se também no dispositivo, que sua constituição tem caráter facultativo, sendo que na “idéia original era a de que as referidas comissões fossem obrigatoriamente instituídas nas empresas com mais de 50 empregados,

como forma de se obter impositivamente, a adoção do modelo de composição autônoma dos conflitos individuais de trabalho.”<sup>78</sup> (grifo nosso).

E comenta sobre este aspecto Martins Filho, “o modelo facultativo tem, contra si, a fragilidade que traz ao sistema, pois se não houver uma generalização na instituição espontânea das comissões de conciliação prévia, o desafogamento do judiciário laboral não poderá ocorrer, o que comprometerá a eficácia do recém-aprovado rito sumaríssimo para as pequenas causas trabalhistas.”<sup>79</sup>, pois com base no art. 625-D, instituindo-se as comissões, tornar-se-ão condição da ação trabalhista, as tentativas de conciliação diante daquelas, aspecto que é enfatizado nos parágrafos do mencionado artigo, que se reproduz abaixo na íntegra:

Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

§ 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados.

§ 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.

§ 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no *caput* deste artigo, será a circunstância declarada na petição inicial da ação intentada perante a Justiça do Trabalho. (grifo nosso)

§ 4º Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas para submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido.

No que diz respeito ao parágrafo único do art.625-A, Franco Filho entende que as Comissões de Conciliação Prévia podem ser classificadas em quatro tipos:

1- “*comissão de empresa* – a criada em qualquer empresa, que assim decida, fruto de entendimento com o sindicato de trabalhadores correspondente;

7 FRANCO FILHO, Geogenor de Sousa. *A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 1997, p.9 e 19.

8 MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A justiça do trabalho no ano 2000. *Revista Ltr*, São Paulo, v. 64, n.2, p. 166, fev. 2000.

9 *ob. cit.*, p. 166.

2- *comissão sindical* – a criada no âmbito sindical de uma dada categoria, da qual devem participar representantes patronais, podendo também ser criada por sindicato patronal, com a participação de sindicato de trabalhadores correspondente;

3- *comissão de grupo de empresa* – a criada por mais de uma empresa, com a participação de sindicatos de trabalhadores correspondentes;

4- *comissão intersindical* – a criada por mais de um sindicato, independentemente de categoria, podendo ser patronal ou de trabalhadores, com a participação de sindicatos de ambas as espécies para manter a paridade.”<sup>10</sup>

Art. 625-B. A Comissão instituída no âmbito da empresa será composta de, no mínimo, dois e, no máximo, dez membros, e observará as seguintes normas:

I - a metade de seus membros será indicada pelo empregador e a outra metade eleita pelos empregados, em escrutínio secreto, fiscalizado pelo sindicato da categoria profissional;

II - haverá na Comissão tantos suplentes quantos forem os representantes titulares;

III - mandato dos seus membros, titulares e suplentes, é de um ano, permitida uma recondução.

§ 1º É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei.

§ 2º O representante dos empregados desenvolverá seu trabalho normal na empresa, afastando-se de suas atividades apenas quando convocado para atuar como conciliador, sendo computado como tempo de trabalho efetivo o despendido nessa atividade.

O art. 625-B trata somente da constituição das comissões instituídas pelas empresas, sendo aquelas instituídas no âmbito do sindicatos, regulamentadas em convenção ou acordo coletivo, conforme o art.625- C.

As comissões de conciliação prévia constituída pelas empresas serão, portanto, compostas de no mínimo 2 e no máximo 10 membros, sendo metade indicada pelo empregador e metade eleita por empregados, em escrutínio secreto com participação do sindicato. E o mandato será de 1 ano, permitida a recondução, o qual, de

acordo com o projeto original, foi reduzido, pois era de dois anos.

Seguindo a sistemática do mandato sindical, o empregado eleito para representante nas comissões terá estabilidade provisória desde o registro da candidatura até 1 ano do final do mandato, em contrapartida, tal representação configurará interrupção do contrato de trabalho, ou seja, o empregado será afastado de suas atividades somente para atuar como conciliador, havendo a percepção do salário normalmente, bem como o cômputo do período como tempo de serviço.

Martins Filho, em comentário à referida lei, apresenta as vantagens da instituição das comissões para os empregadores e empregados: “A grande vantagem para os empregadores com a adoção das comissões de conciliação prévia nas empresas é a de não serem surpreendidos na Justiça, com a propositura de reclamação trabalhista, cuja citação postal, às vezes deficiente, pode gerar revelia em matéria fática de difícil reparação. Além disso, a nova lei prevê que pelo acordo, o empregado dará quitação geral sobre a demanda que tiver (podendo, no entanto, fazer ressalvas específicas sobre títulos não conciliados...), o que evitará futuras ações sobre questões já discutidas no momento da dispensa ou da solução da pendência na vigência do contrato.

A vantagem para os empregados é a solução mais rápida e satisfatória de suas pendências trabalhistas, com recebimento imediato das parcelas que lhe são devidas. A lei estabelece que o termo de conciliação firmado perante as comissões de conciliação prévia valem como título executivo extrajudicial, podendo o empregado, caso não receba a parcela que lhe foi reconhecida como devida no prazo fixado no termo, promover a imediata execução do termo. O dispositivo inclui também, de forma expressa, os termos de ajuste de conduta firmados pelo Ministério Público do Trabalho como títulos executivos extrajudiciais a serem executados perante a Justiça do Trabalho, findando, assim, com a controvérsia sobre a competência para a execução de tais termos de compromisso.(...)

Serão bancários compondo conflitos de bancários e portuários resolvendo questões portuárias, com soluções mais satisfatórias do que aquelas passíveis de imposição pela Justiça do Trabalho”.<sup>11</sup>

10 FRANCO FILHO, Geogenor de Sousa. A lei das comissões de conciliação prévia. *Revista Ltr.* São Paulo, v. 64, n. 2, p. 176, fev. 2000.

11 ob. cit., p.166-7

e - Núcleo Intersindical de Conciliação Trabalhista

Os núcleos intersindicais de conciliação prévia são outra forma de solução extrajudicial de conflitos trabalhistas, os quais são constituídos pelos sindicatos dos trabalhadores e o respectivo sindicato dos empregadores, tendo como objetivo promover a melhoria das relações de trabalho, através do favorecimento das negociações coletivas, bem como da conciliação, mediação e arbitragem nos dissídios individuais e coletivos de trabalho.<sup>12</sup>

E comenta, Antônio Gomes de Vasconcelos, sobre a experiência do núcleo: “A experiência privilegia a autocomposição e a negociação coletiva ante a peculiaridade das características de tais relações de trabalho na região e da absoluta inadequação e obsolescência da legislação trabalhista em vigor. Esta mesma experiência proporcionará à JCJ um papel a mais, além daquele de conciliar e julgar, qual seja o de, também, prevenir litígios atuando como catalisador, estimulador, coordenador e orientador de ações extrajudiciais desencadeadas pelos sindicatos.”<sup>13</sup>

Demonstrou-se, assim, as formas de solução extrajudicial existentes para os conflitos de trabalho, indicando as tendências atuais para se resolver as questões trabalhistas de forma mais célere e, principalmente, adequando a norma às peculiaridades das diversas categorias profissionais e à realidade das empresas nas conjunturas econômicas.

Mas, para que aquelas se tornem corriqueiras, e sejam cada vez mais a opção para empregados e empregadores, cabe também ao advogado, seja por parte dos primeiros ou dos segundos, instigar e promover sua aplicação, buscando, desta forma, não só a melhor solução para seu cliente, mas para os problemas sociais e econômicos que advêm das relações de trabalho resolvidas em desacordo com a realidade momentânea, e por conseguinte, o advogado proporcionará uma pacificação do confronto empregado e empregadores, bem como o “desafogar” do judiciário trabalhista.

## 5 CONCLUSÃO

Hoje observam-se mudanças consideráveis nas atividades empresarias, em virtude das

transformações tecnológicas e econômicas, como, por exemplo, a informática, as telecomunicações, a abertura dos mercados, o estímulo à concorrência. Estes são alguns poucos fatores que, conseqüentemente, vem alterando as legislações, a fim de que a sociedade se adapte e sobreviva, pois produzem efeitos sociais relevantes, principalmente, no que diz respeito às relações de trabalho.

Frente a esta tendência mundial, o advogado deverá também resgatar ou repensar seu papel como profissional, ou seja, sair da posição de defensor de direitos após o surgimento dos conflitos de interesses e transportar-se para a defesa da inexistência daqueles. Mais, especificamente, no que diz respeito às relações de trabalho, o advogado deve estimular as empresas a planejarem suas formas de contratação de pessoal de acordo com sua capacidade financeira, e também utilizar dos mecanismos flexíveis permitidos pela legislação, em situações de crises econômicas, concretizando de forma espontânea o princípio da continuidade do contrato de trabalho, bem como, evitando um grande problema social, o desemprego.

E não sendo suficiente a prevenção, buscar solucionar os conflitos de forma mais pacífica e adequada à realidade e as peculiaridades de cada categoria profissional e econômica, por meio de soluções extrajudiciais existentes, como, por exemplo, instigar sindicatos e empresas a constituírem as Comissões de Conciliação Prévia, uma vez que estas possuem caráter facultativo, e poderão trazer grandes benefícios à problemática relação empresa - empregado, e à própria Justiça do Trabalho, que poderá se dedicar mais aos litígios que demandam uma análise mais apurada.

Assim, com o resgate e o incentivo à advocacia preventiva, os profissionais poderão prestar toda a assistência de que as empresas necessitam para se estruturarem dentro de uma visão mais social, estimulando uma maior satisfação no ambiente de trabalho, bem como uma transformação cultural do presente modelo das relações de trabalho, e, conseqüentemente, uma diminuição das demandas trabalhistas, as quais, além de significarem despesas, provocam o desgaste emocional do trabalhador e do nome da empresa.

12 VASCONCELOS, Antônio Gomes. *Sindicatos na administração da Justiça*: núcleo intersindical de conciliação trabalhista rural. Belo Horizonte: Del Rey, 1995. *passim*.

13 *ob. cit.*, p. 21.

Esta posição, num primeiro momento poderá ser vista como ideal e até mesmo utópica, mas as mudanças são necessárias e estas somente são possíveis por meio de reflexões e debates.

Desta forma, ratificando o que se disse anteriormente, não se propõe com este artigo um pensamento fechado ou discussão científica, mas o início de um debate, objetivando incentivar o advogado a acompanhar as mudanças que, como pôde ser observado, necessitam de acompanha-

mento de um profissional com conhecimento amplo do Direito e, principalmente, com uma visão empreendedora, preventiva e social.

Apesar de se ter abordado apenas a aplicação da advocacia preventiva nas relações de trabalho, vale mencionar que o ideal seria utilizá-la em todos os ramos do Direito possíveis, pois, deste modo, ter-se-ia a concretização do papel do advogado como indispensável à administração da Justiça. ■

## referências bibliográficas

- SILVEIRA, Mauro. A volta por cima dos advogados. **Revista Você S.A.**, São Paulo, ano 3, n. 20, fev/ 2000.
- AGATIELLO, Osvaldo R. et. al. **La etica del abogado**. Buenos Aires: Libreria.
- ALMEIDA, Renato Rua de. O moderno direito do trabalho e a empresa: negociação coletiva, representação dos empregados, direito à informação, participação nos lucros e regulamento interno. **Revista LTr**. São Paulo, v. 62, n. 1, p. 37-41, jan. 1998.
- ANDRADE, Everaldo Gaspar Lopes de. **Direito do trabalho: itinerários de dominação**. São Paulo: Ltr, 1994.
- BITTENCOURT, Rubens. **Instituições de direito econômico**. Curitiba: Juruá, 1996.
- CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.
- CHIAVENATO, Idalberto. **Administração: teoria, processo e prática**. 2. ed. São Paulo: Makron Books, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Introdução à teoria geral da administração**. 5. ed. São Paulo: Makron Books, 1997.
- COSTA, Sérgio Amad. **A prática das novas relações trabalhistas: por uma empresa Moderna**. São Paulo: Atlas, 1997.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1994. v.3.
- FIGUEIRÓA Junior, Narciso. As recentes alterações na legislação trabalhista - leis ns. 9.957 e 9.958 de 12 de janeiro de 2000. **Revista Ltr**. São Paulo, v. 62, n. 2, p. 197-200, fev. 2000.
- FRANCO FILHO, Geogenor de Sousa. A lei das comissões de conciliação prévia. **Revista Ltr**. São Paulo, v. 64, n. 2, p. 174-177, fev. 2000.
- \_\_\_\_\_. **A nova lei de arbitragem e as relações de trabalho**. São Paulo: Ltr, 1997.
- HADDAD, José Eduardo. As comissões de conciliação, o procedimento sumaríssimo e a crise do judiciário trabalhista. **Revista Ltr**. São Paulo, v. 64, n. 2 p. 187-193, fev. 2000.
- MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A justiça do trabalho no ano 2000: as leis ns. 9.756/1998, 9.957 e 9958/2000, a emenda constitucional n. 24/1999 e a reforma do judiciário. **Revista Ltr**. São Paulo, v. 64, n. 2, p. 161-171, fev. 2000.
- MARTINS, Neri Frederico Cano. Os atuais instrumentos da flexibilização do direito do trabalho. **Revista LTr**. São Paulo, v. 63, n. 10, p.1177-1182, set., 1999.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- SOARES, Orlando. **Comentários à constituição da República Federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. et. al. **Instituições de direito do trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr. 1999. v.1.
- VASCONCELOS, Antônio Gomes de. Os núcleos intersindicais de conciliação trabalhista na Lei n. 9.958/2000. **Revista LTr**. São Paulo v. 64, n. 2, p. 201-205, fev. 2000.
- \_\_\_\_\_. **Sindicatos na administração da Justiça: núcleo intersindical de conciliação trabalhista rural**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.



# OS LIMITES DA REGULAMENTAÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL

Andréa Queiroz Fabri\*

## sumário

1. Introdução
2. Regulamentação
  - 2.1 Histórico
  - 2.2 Conceito
  - 2.3 A regulação no Brasil
3. A regulação do Sistema Financeiro
  - 3.1 Os bancos centrais no direito comparado: a independência
    - 3.1.1 Argumentos pela Independência
    - 3.1.2 Argumentos contra a independência
    - 3.1.3 Equilíbrio na autonomia
  - 3.2 O Banco Central do Brasil: primeira agência reguladora nacional.
    - 3.2.1 Composição
    - 3.2.2 Competências
4. Limitações à regulação
  - 4.1 O Estado de Direito
  - 4.2 Causas que ensejam a declaração de inconstitucionalidade
    - 4.2.1 Formais
    - 4.2.2 Essenciais - as teorias da constituição
  - 4.3 Inconstitucionalidade de atos e decisões do Banco Central.
5. Conclusão
6. Referências Bibliográficas

## resumo

Os bancos centrais, como entes responsáveis pela estabilidade das economias nacionais, a partir das relações que mantêm com o sistema econômico-financeiro mundial, devem possuir poder normativo para debelar conjunturas. No entanto, a independência total dos bancos centrais leva ao questionamento dos fins de sua existência, uma vez que o Estado poderá tornar-se mero coadjuvante das decisões de organismos que, para conterem a fúria dos agentes do mercado mundial, ferem dispositivos constitucionais que deveriam ser concretizados pela implementação de políticas que dependem das variáveis por eles manipuladas.

## 1 INTRODUÇÃO

A regulação consiste num dos temas mais atuais, tendo em vista as inúmeras agências criadas no País, destinadas, cada uma, a direcionar, com certa autonomia, determinado ramo econômico, em especial, aquelas atividades que lidam com a prestação de serviço de utilidade pública.

Este meio de intervenção na atividade econômica deu-se para afastar o Estado de sua atuação direta em determinados setores. Iniciou com a privatização de estatais bem como a concessão de serviços públicos até então privados do Estado, à iniciativa privada, justificadas pelo atual governo na ineficiência de um Estado gigante.

A regulação, assim, é forma de direcionamento e controle de alguns setores da economia indispensáveis à coletividade.

Embora não pertencente ao setor econômico, o sistema financeiro também é regulado, já que as variáveis econômicas manipuladas pelo seu ente máximo – o Banco Central – influenciam toda a economia de um país.

Regulador do sistema financeiro desde 1964 o Banco Central do Brasil deve dispor da autonomia necessária para expedir normas relativas à atividade financeira, autonomia esta conferida pela Lei do mesmo ano, a de número 4.595.

Dentro daquelas atribuições tal ente pode e deve regular a atividade financeira. Isto ocorre na maioria dos sistemas ao redor do globo, o que será visto no decorrer do presente trabalho. O

\* **Andréa Queiroz Fabri**, Advogada, Professora de Direito do Consumidor e de Direito Econômico da Universidade de Uberaba – UNIUBE. Consultora do Escritório Silva Martins & Figueiredo Teixeira. Mestranda em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

oposto, no entanto, também é verdadeiro, ou seja, as constituições dos Estados merecem respeito acima de qualquer direção econômico-financeira, o que impõe uma barreira intransponível à atividade dos bancos centrais.

Sob este enfoque estudaremos o assunto, considerando as necessidades e imposições do mercado, não relegando, porém, as teorias da constituição, imprescindíveis a qualquer estudo jurídico no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

## 2 REGULAÇÃO

O Estado ausenteista contraposto ao *ancien régime* mostrou-se inoperante a partir das crises ocorridas no início do século XX, sobretudo após o colapso de 1929, fazendo crer necessária a presença do Estado na organização da economia<sup>1</sup>.

Não se desejava, contudo, a intromissão total do Estado em seara econômica, como o caso do Estado empresário e determinante. O que se esperava era uma atuação de maior controle sobre determinados setores, em especial, os de utilização pelo público, bem como a colocação de regras que assegurassem a competição praticável entre os participantes de um mesmo ramo. Assim dispõem autores norte-americanos:

*“regulation is designed to prevent the development of monopoly and the concentration of economic power which accompanies monopoly.”*<sup>2</sup>

A implantação de agências reguladoras parecia satisfazer aos anseios acima descritos, em sua ação mais direcionadora e menos regulamentadora, garantindo a concorrência praticável.

### 2.1 Histórico

Inobstante os acontecimentos do século XX terem sido decisivos para a disseminação de agências como forma de regulação estatal da atividade econômica, os fatos históricos levaram à criação da primeira agência federal, nos moldes que conhecemos hoje, nos Estados Unidos da América, ainda no século XIX:

*“Regulation of business in the United States did not begin with the New Deal, although*

*regulation was expanded greatly during Franklin D. Roosevelt’s administration.”*<sup>3</sup>

*“After the Civil War the economy became increasingly industrialized, and the work of legislatures increased by leaps and bounds. Legislatures soon found themselves unable to cope with the burden of regulatory activity. Led by Massachusetts in 1869, the states began to establish commissions to administer the regulatory statutes enacted by the legislatures. At first the powers granted such commissions were few, tentative, and largely advisory in character. But it was only a question of time before these powers were increased and became regulatory in character. In particular, the Granger movement, which took shape in 1870, led to the granting of power to administrative commissions to fix and control the rates charged by such utility enterprises as railroads and grain warehouses for the services rendered by them to the public.*

*“The first federal regulatory agency, the Interstate Commerce Commission, was established by Congress in 1887. This step symbolized the beginning of a new era in government regulation of business – an era marked by increasing federal participation in the program of control and by increasing use of administrative bodies as the agencies of control.”*<sup>4</sup>

Com base em Gentot, o Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca lembra que as agências norte-americanas surgiram como extensão do Poder Executivo, dele dependentes. Após a criação da Comissão Interestatal do Comércio, outras vieram, como o Conselho dos Governadores do *Federal Reserve System*, de 1913, a *Federal Trade Commission*, do ano seguinte, a *Securities and Exchange Commission*, de 1934, a *Federal Communication Commission*, do mesmo ano, e a *National Labor Relations Board*, de 1935.<sup>5</sup>

A preocupação, portanto, da regulação por agências administrativas, é com sua adequação às necessidades da época, frente as quais o Legislativo e o Judiciário não podem responder, em virtude do aumento do empreendimento privado, da acumulação de capital e possível concentração de mercado.<sup>6</sup>

1 FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 253.

2 CARR, Robert K. et al. *American democracy in theory and practice*. 3. ed. New York: Rinehart & Company, INCL, 1955. p. 729.

3 *Ibid.*, p. 741.

4 *Ibid.*, p. 679.

5 FONSECA, op. cit., p. 257.

6 CARR, Robert K. et al., op. cit., p. 741.

Embora a obra de Carr e demais componentes reflita a realidade dos anos cinqüenta do século que se findou, o fato é que, mesmo hoje, não se pode pensar em retornar ao Estado diretamente atuante na economia. De outro lado, seu afastamento total tornaria impraticável o consumo de bens essenciais pela coletividade, uma vez que a concorrência estaria comprometida.

## 2.2 Conceito

Como já assinalado, a regulação consiste em forma de intervenção do Estado na economia de forma outra que não a imposição, que engessa a livre iniciativa, nem sua atuação como empresário.

Não é considerada fácil, entretanto, a definição do termo regulação pelos autores, qualquer que seja sua nacionalidade, até mesmo porque se passa hodiernamente por uma crise no sistema regulatório clássico.

Segundo Jérôme Gallot, a regulação consiste numa modalidade de ação pública, essencial à auto-regulação formulada pelos próprios agentes do mercado:

*“La régulation est d’abord une modalité de l’action publique. Ce point est essentiel. Si on parle quelque fois d’‘auto-régulation’, on voit bien que la régulation nécessite l’intervention d’un tiers, au-dessus de la mêlée, revêtu de la toque de l’impartialité et de l’indépendance. C’est ici qu’il ne faut pas confondre ‘action publique’, ‘État’ et ‘administrations’.”*<sup>7</sup>

A dificuldade em se conceituar regulação se dá justamente em virtude de seu crescimento, decorrente de vários aspectos, os quais não podem ser reduzidos a uma única definição. Desta maneira, a regulação pode ser estudada sob diversos ângulos, entre os quais destacam Baldwin, Scott e Hood: a regulação como regras-objetivo, como intervenção direta do Estado na economia e como abrangência de todos os mecanismos de controle social, por quem quer que os exerça. Sobre cada um dos três aspectos colocam os autores:

*“At its simplest, regulation refers to the promulgation of an authoritative set of rules, accompanied by some mechanism, typically a public agency, for monitoring and promoting compliance with these rules. Rule-making and*

*monitoring/enforcement mechanisms need not be located in a single institution.*

(...)

*“A second, broader, conception of regulation, commonly found in the political economy literature, takes in all the efforts of state agencies to steer the economy. Thus, while rule-making and application through enforcement systems would come within such a definition, a wide range of other government instruments based on government authority such as taxation and disclosure requirements might also be included. Even those government tools which rely on government expenditure or direct ownership such as contracting and public ownership might be considered as alternative tools of regulation. Such an approach has the merit that a variety of tools are considered as possible alternatives to traditional command and control type regulation” (...)* *“so that where rule-making seems to be inappropriate as a means for achieving policy objectives, other tools may be used.” (...)* *“Nor should regulation be seen as devoted only to restriction: an important aspect of regulation may be enablement – the creation not merely of incentives but of those conditions that allow activities to take place.*

(...)

*“A third definition, broader still, considers all mechanisms of social control – including unintentional and non-state processes – to be forms of regulation.” (...)* *“Furthermore a wide range of activities which may involve legal or quasi-legal norms, but without mechanisms for monitoring and enforcement, might come within the definition.”*

(...)

*“Taking into account the third definition we see the importance of the activities of business and their professional advisers in shaping regulation fields, both in terms of policy-making and implementation.”*<sup>8</sup>

Portanto, a regulação inclui as regras a serem cumpridas no sentido de atingir as metas prefixadas, as instituições e instrumentos através dos quais tais regras operacionalizar-se-ão, os incentivos e, em especial, material humano capaz de lidar com as especificidades de cada setor a ser regulado.

7 GALLOT, Jérôme. Qu’est-ce que la régulation? Contribution pour une définition. *Revue de la Concurrence et de la Consommation*, Paris, n. 119, jan./fev. 2001, p. 5.

8 BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. *A reader on regulation*. New Jersey: Oxford University Press, 1994, p. 3-4.

### 2.3 A regulação no Brasil

A ordem econômica brasileira possui como um de seus fundamentos a livre iniciativa. Por isto, o modelo de Estado empresário não poderia permanecer como dantes.

Segundo o Professor João Bosco, o artigo 175 do Texto Constitucional contribuiu para as modificações ocorridas na prestação dos serviços públicos no País. Assim dispõe o referido dispositivo:

“Art. 175. 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:

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter serviço adequado.”

As Leis de número 8.987/95 e 9.074, do mesmo ano, modificaram a contratação, prorrogação e outorga das concessões, permissões e autorizações de exploração de serviços e instalações de energia elétrica e aproveitamento energético dos cursos de água, uma vez que a privatização legou ao particular a condição de explorador de certos serviços até então prestados pelo Estado.<sup>9</sup>

Ainda, seguindo os ensinamentos do caro Professor, da privatização, concessão, permissão ou autorização daqueles serviços decorre a necessidade de o Estado atuar, agora, como um terceiro meramente direcionador, planejador e controlador de eventuais problemas surgidos na prestação do serviço, coadunando-se com o artigo 174 da Constituição vigente.<sup>10</sup>

A criação de entes públicos que receberam a denominação de agências reguladoras encontrou justificativa neste novo papel do Estado de indicador da atividade privada, de forma a não inibir o mercado e a liberdade de empreendimento.

Dentre as várias agências criadas, encontram-se as referentes ao setor de energia elétrica

– ANEEL, ao sistema de telecomunicações – ANATEL, ao setor petrolífero – ANP, ao sistema de saúde – ANS.

Para regular tais setores da economia as agências são dotadas de autonomia para expedir normas respectivas a sua especialidade. Como extensão disto, seus membros devem gozar de independência para aplicar as normas sem influência externa à legalidade.

Tal independência é, contudo, questionável, tendo em vista a seleção do Diretor-Geral pelo Presidente da República, com posterior aprovação do Senado, um meio bastante estranho aos ditames de democratização de um país.

Dos atos e decisões das agências não cabe recurso administrativo, podendo ser discutidos no Judiciário, como assegura o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição de 1988.

De outro lado, embora autônomas, estas agências não possuem poder judicante, caso típico e único, no Brasil, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, pois que esta função deve-lhe ser inerente pela necessidade de ter que decidir acerca de questões relativas à concorrência.

### 3

#### A REGULÇÃO DO SISTEMA FINANCEIRO

O sistema financeiro esteve na maior parte do tempo protegido pela regulação estatal, tendo em vista a função exclusiva do Estado de emissão da moeda.

Nos Estados Unidos da América, além do *Federal Reserve Board*, a *Federal Deposit Insurance Corporation* foi instituída em 1933 para promover a estabilidade do sistema bancário e, conseqüentemente, da economia como um todo.<sup>11</sup>

Em território francês, a regulação da moeda é tarefa do Banco da França, que teve algumas de suas responsabilidades transferidas ao Banco Central Europeu, a despeito de objeções:

“*On pourra objecter que la monnaie, quintessence de l'élément de souveraineté, a vu sa gestion déléguée à une institution indépendante, la Banque de France (ce virage étant finalement encore plus essentiel par rapport au sujet Qui nous occupe, que le transfert de l'essentiel des responsabilités à la Banque Centrale Européenne).*”<sup>12</sup>

9 FONSECA, op. cit., p. 259.

10 Ibid., p. 259.

11 CARR, Robert K. et al., op. cit., p. 739.

12 GALLOT, op. cit., p. 5.

Estes dois pequenos exemplos servem para elucidar a regulação no sistema financeiro, imprescindível tanto no âmbito nacional como regional – União Europeia.

### 3.1 Os bancos centrais no direito comparado: a independência

De acordo com Nusdeo,<sup>13</sup> liberais e intervencionistas se afinam acerca da ação oficial sobre a moeda, na figura das autoridades monetárias. A principal delas é o Banco Central, às vezes, diversamente denominado, como é o caso do Banco de Portugal,<sup>14</sup> porém, com as mesmas funções. Confirmando esta posição, Moncada<sup>15</sup> ensina que a intervenção dos Poderes Públicos deve-se à necessidade de subordinação do setor monetário às prioridades do interesse geral e dos objetivos de desenvolvimento econômico a serem alcançados pelo Estado:

“A intervenção estatal visará pois evitar aumentos explosivos da quantidade da moeda em circulação, assim pondo termo a uma inflação incontrolável e orientar a distribuição do crédito entre os particulares, as empresas e os Poderes Públicos no sentido de que as quantidades a distribuir, o juro e os prazos sejam os mais conformes ao interesse geral.”<sup>16</sup>

Ainda, sobre a regulação do Banco ao Estado, o mesmo autor:

“O carácter público das entidades bancárias portuguesas origina um forte laço de dependência da Banca face ao Estado o que facilita obviamente a intervenção tutelar dos Poderes Públicos na atividade bancária.”<sup>17</sup>

Ressalte-se que o autor denomina tal intervenção como indireta, citando que, em sua maioria, os bancos centrais na Europa continuam a ter a forma de sociedade comercial, a despeito da França, onde o Estado é o único acionista do Banco Central.

O estabelecimento das taxas de juros, o controle e a fiscalização das instituições de crédito,

a política cambial, dentre outras atribuições normativas cabem aos bancos centrais.<sup>18</sup>

Para que sejam adotadas medidas vinculantes para as demais instituições financeiras e para o bem-estar econômico, no que diz respeito ao valor do câmbio, valorização e estabilidade da moeda, crédito e taxas de juros, necessitam os bancos centrais de certa autonomia, conjugada à política econômica e financeira e a outras instituições como, no Brasil, o Conselho Monetário Nacional. Sobre a autonomia supervisionada no sistema português, assim dispõe Moncada:

“O Banco de Portugal é um serviço autónomo do Ministério das Finanças, dotado contudo de vastas atribuições e competências próprias para o exercício das suas funções. Está colocado sob a tutela e superintendência do Ministério das Finanças, que lhe define obrigatoriamente através de directivas os objectivos a cumprir no quadro da política económica que o Governo quer ver executada, muito embora lhe deixe apreciável margem livre de decisão na escolha dos meios a usar para alcançar tais objectivos.”<sup>19</sup>

(...)

“No domínio das suas funções de tutela e controlo das entidades bancárias o B.P. dispõe de uma vasta gama de atribuições e competências quer delegadas pelo Ministério das finanças quer próprias, que fazem dele a entidade verdadeiramente responsável pela orientação da política monetária e creditícia, estabelecendo a ligação entre a atividade bancária geral e as directivas governamentais.”<sup>20</sup>

Se, de um lado, existe esta autonomia, de outro, Rosa María Lastra<sup>21</sup> distingue entre “dependência”, “independência” e “autonomia”, embora ressalte que os dois últimos vocábulos sejam frequentemente utilizados sem qualquer distinção.

Enquanto a “dependência” implica na subordinação ao Executivo, a “autonomia”, em seu significado etimológico, trata da habilidade de

13 NUSDEO, Fábio. *Curso de economia*: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 356.

14 “O Banco de Portugal vem hoje definido na Constituição da República Portuguesa, como *banco central nacional*, colaborando na definição e execução das políticas monetária e financeira e emitindo moeda nos termos da lei (art. 105)” (Destaque no original). Cf. VEIGA, Vasco Soares da. *Direito bancário*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 65. Sobre o assunto, o autor cita Canotilho e Vital Moreira.

15 MONCADA, Luís S. Cabral de. *Direito econômico*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1988. p. 232.

16 O vocábulo *subordinação* é utilizado pelo autor Moncada.

17 MONCADA, op. cit., p. 233.

18 *Ibid.*, p. 256 e VEIGA, op. cit., p. 65-68, *passim*.

19 MONCADA, op. cit., p. 237 e SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Direito econômico*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 503-508.

20 MONCADA, op. cit., p. 237.

21 LASTRA, Rosa María. *Banco central e regulamentação bancária*. Tradução de Dan M. Kraft. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. p. 22.

criar as próprias regras, e a “independência indica a ausência de interferência política, trazendo amplo campo de manobra na conduta das políticas ao Banco Central delegadas.

Segundo a mesma autora, o Banco Central Independente – BCI – não pode desvirtuar de objetivos rígidos como, por exemplo, a estabilidade de preços, mesmo que relegue outras funções, tais como a regulamentação e fiscalização bancárias, a supervisão do sistema de pagamentos, a de doador de último recurso, a administração de reservas externas e o monopólio da emissão da moeda. Nesse sentido, a ele ficaria incumbida a condução da política monetária, formando uma solução intermediária entre a despolitização total e o controle absoluto da política econômica pelo governo.

Dentro desta ótica, a autora mostra-se adepta à autonomia do Banco Central, inobstante o denomine “Independente”, pelo que se depreende abaixo:

“O BCI não é algo absoluto, mas relativo. A transparência<sup>22</sup>, ..., é essencial a uma comunidade democrática. O BCI, em oposição à independência na administração da Justiça, não é parte constitutiva do Estado de Direito. Assim sendo, está sempre sujeito a mecanismos que limitam o âmbito de suas decisões.”<sup>23</sup>

A independência posta pela autora pode ser classificada em orgânica, funcional ou operacional e profissional.

A primeira - orgânica<sup>24</sup> - diz respeito à organização dos bancos centrais e sua relação com o governo. Devem fazer parte de sua estrutura, além de membros do governo e diretores, representantes de setores regulamentados da economia, como bancos e instituições financeiras e grupos de interesse – consumidores, ruralistas, empregados de diversos setores econômicos. Isto ocorre nos Estados Unidos,<sup>25</sup> onde “o presidente deve observar apropriadamente uma equilibrada representação dos interesses financeiros, rurais, industriais e comerciais e as divisões

geográficas do país” para a indicação dos sete membros do Conselho de Administradores. Outro exemplo é a França, pela Lei de 1933, modelo máximo de concertação econômica para a tomada de decisões.<sup>26</sup>

Ainda quanto à independência orgânica, Lastra aborda a importância de um mandato mais longo dos diretores dos bancos centrais que aquele dos legisladores, evitando assim sua vulnerabilidade a pressões políticas e ciclos eleitorais. A autora também volta-se contra a demissão dos diretores pelas autoridades políticas, defendendo a fundamentação da dispensa por instâncias jurisdicionais independentes do governo. Dentre estas fundamentações estão a conduta criminal ou condenável, incapacidade permanente e grave negligência no cumprimento de suas obrigações. Assim ocorre na Alemanha, na Nova Zelândia e no Sistema Europeu de Bancos Centrais – SEBC.<sup>27</sup>

Ademais, cuidados devem ser tomados quanto à capacidade profissional dos candidatos a serem selecionados para a diretoria dos bancos centrais, não olvidando um salário incentivador, o que a autora reputa como garantia não somente orgânica, mas também funcional.<sup>28</sup>

Funções incompatíveis com a qualidade de diretor ou presidente dos bancos centrais devem ser proibidas, tais como a consultoria financeira a empresas privadas, o emprego ou a participação acionária em um banco, ou a função legislativa, destacando-se os exemplos norte-americano, europeu (União Européia) e alemão.<sup>29</sup> Como extensão dessa garantia, os administradores dos bancos centrais devem ser privados de ocupar cargos em instituições financeiras e de crédito, bem como tornar-se inelegíveis por prazo razoável após o término do mandato, o que, certamente, envolve o sigilo profissional.<sup>30</sup> Sobre a necessidade de cooperação na condução da política econômica, aborda os modelos alemão, americano e comunitário, no que diz respeito ao seu vínculo com o Tesouro e o Ministério da Fazenda.<sup>31</sup>

22 Nesta passagem Lastra cita vários termos de outros estudiosos, como “independência operacional”, “independência dentro do Governo”, “independência instrumental” e “independência transparente”, sendo este utilizado pela própria autora.

23 *Ibid.*, p. 23.

24 *Ibid.*, p. 34.

25 *Ibid.*, p. 35.

26 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999. p. 386.

27 LASTRA, op. cit., p. 36-37.

28 *Ibid.*, p. 37.

29 *Ibid.*, p. 39.

30 A Espanha outorga aos ex-administradores do Banco Central oitenta por cento dos seus salários por dois anos após o término do mandato. Nos Estados Unidos da América os diretores tornam-se inelegíveis e no Sistema Europeu de Bancos Centrais ficam sujeitos ao sigilo profissional bancário (*Ibid.*, p. 39).

31 *Ibid.*, p. 40.

De outro lado, a autora classifica como salvaguardas funcionais da independência<sup>32</sup> as limitações de empréstimo ao setor público, a condução da política monetária,<sup>33</sup> a autonomia financeira e decisória e os poderes regulatórios. No que concerne a estas duas últimas salvaguardas, a autora equilibra a independência e os objetivos governamentais, confirmando sua posição de “independência transparente”, como se pode notar:

“A legitimidade dos documentos legais e regulamentos emitidos pelo Banco Central, em oposição àqueles emitidos pelo governo, é especialmente contenciosa em países com leis codificadas. Ainda assim, se propomos ter um Banco Central Independente com poderes e responsabilidades, parece lógico dar-lhe papel normativo. Em particular, o Banco Central deveria ser permitido a emitir regulamentos como parte de suas funções relacionadas a fiscalização e política econômica.”<sup>34</sup>

(...)

“Em tese, o Banco Central independente deveria ser capaz de perseguir objetivos potencialmente conflitantes com aqueles do governo. Isto é particularmente verdadeiro se o banco é a única autoridade responsável pela política monetária. No entanto, de modo a evitar a emergência debilitante de um ‘es-tado dentro do estado’, as leis deveriam definir claramente as circunstâncias e condições de conflito e desacordo permitidas.”<sup>35</sup>

Acerca da independência profissional nada destaca a autora, apontando-a unicamente como independência “de fato”, a qual se determina pelas personalidades do presidente do Banco Central e do Ministro da Fazenda (em alguns países representado por autoridade diversa), pelas circunstâncias econômicas e políticas, pela história e prioridades nacionais, pela profundidade e qualidade da análise monetária, pela taxa de rotatividade dos diretores dos bancos centrais e “outros fatores”, os quais não menciona.<sup>36</sup>

### 3.1.1. Argumentos a favor da independência

Lastra<sup>37</sup> entende ser o controle inflacionário a maior vantagem de um banco central independente. Tal fato justifica-se pelos riscos de governos e legislativos serem tentados a expansões monetárias com o intuito de prover suas necessidades financeiras.<sup>38</sup>

Devido a estas expansões de moeda o desenvolvimento poderia ver-se comprometido, como enfatiza a autora:

“A inflação é considerada uma doença grave para o bem-estar econômico de um país; ela aumenta a incerteza, desencoraja investimentos e cria conflitos nas relações industriais. Ela também possui perniciosos efeitos sociais, incluindo: a redistribuição da renda e riqueza, a erosão e desincentivo à poupança”.<sup>39</sup>

Há discordância, todavia, quanto à procedência da inflação, pois, de qualquer maneira, a estabilidade de preços depende da estrutura institucional, da disciplina do mercado de trabalho e da estabilidade política,<sup>40</sup> além das próprias medidas tomadas pelos bancos centrais. Por este motivo, o argumento de que existe a separação entre Executivo e Legislativo, no que concerne ao controle do orçamento do governo por este último, não descarta a hipótese do risco inflacionário. Exemplo típico desta separação formal é lembrado pela autora:

“Apesar de legislativos terem exercido controle efetivo sobre orçamentos do governo, hoje o controle legislativo e a aprovação do orçamento podem ser mais uma ‘formalidade’ que uma real análise, pelo menos em alguns países europeus (certamente de forma diversa que nos Estados Unidos). Com relação a isso, a independência do Banco Central operaria como uma análise do governo, particularmente sobre suas políticas fiscais, e a proibição do financiamento de déficits públicos.”<sup>41</sup>

Embora a independência dos bancos centrais esteja evitada destas limitações estruturais, argumentos políticos existem a favor daquela.

32 Ibid., p. 40-48.

33 Nos Estados Unidos da América, o Banco Central determina e implementa a política monetária para atingir objetivos de preços estáveis, crescimento e emprego (Ibid., p. 43).

34 Ibid., p. 45.

35 Ibid., p. 47.

36 Ibid., p. 23-24.

37 Ibid., p. 24-27.

38 Ibid., p. 24.

39 Ibid., p. 25.

40 Ibid., p. 27.

41 Ibid., p. 24.

Um deles é evitar a manipulação da política monetária para fins de curto prazo. Para dificultar aquela prática, ocorrida durante a República de Weimar e na Argentina na década de 1980,<sup>42</sup> Lastra defende a importância da estabilidade monetária como um ponto comum a ser endossado por diferentes partidos políticos, o que, mesmo restritamente, se coaduna com a multilateralidade das decisões, imprescindível nas democracias.

Outro dos argumentos políticos é a morosidade da máquina governamental. Segundo seus adeptos, os diretores dos bancos centrais estariam mais qualificados para perseguir os objetivos de estabilidade dos preços que os políticos, devido a especialização técnica daqueles e relativo isolamento das pressões políticas.<sup>43</sup>

Quanto à lentidão do governo para tomar decisões sobre circunstâncias rapidamente modificáveis, não se pode concordar com seus adeptos, sob pena de resumir o direito a elemento jurisdicador de práticas muitas vezes contrárias à manutenção e ao aperfeiçoamento do Estado de Direito Democrático, no que respeita as possibilidades do pleno exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos.

Quanto ao relativo isolamento dos diretores dos bancos centrais às pressões políticas, também há discordância, posto que na maioria dos países seu presidente e diretores são escolhidos pelo Chefe do Executivo Federal, mesmo que com o aval do legislativo, e, ainda, aqueles trabalham em sintonia com os Ministérios da Fazenda, Planejamento e Orçamento, ou equivalentes e estes, os quais, por sua vez, trabalham diretamente com o Presidente da República e as políticas governamentais, obedecendo, não raras vezes, a pressões econômicas externas.

### 3.1.2. Argumentos contra a independência

Se os diretores dos bancos centrais não são escolhidos nos moldes dos representantes dos legislativos, há um déficit de legitimidade democrática. Não obstante seja este o argumento dominante contra a independência dos

bancos centrais, a Doutora Lastra adverte que a independência legal não é absoluta:

“Uma lei pode ser revogada por outra, o legislativo tem poderes para modificar a legislação vigente e alterar o conteúdo das regras de administração do banco central. Isto posto, um déficit democrático potencial pode ser evitado através da existência de fontes adequadas de transparência.”<sup>44</sup>

Neste ponto a autora remete a nota onde explica:

“Apesar de o BCI em termos de instrumentos (independência ‘instrumental’) não conflitar necessariamente com a noção de legitimidade democrática, em termos de objetivos do BCI (independência de ‘objetivos’) pode conflitar com tal noção (...) Bancos Centrais Independentes raramente podem escolher seus próprios objetivos, posto que eles geralmente são definidos em lei.”

Outra objeção é quanto à manutenção de políticas consistentes, pois os bancos centrais, muitas vezes, limitam-se ao controle da moeda como meio de atingir a estabilidade dos preços, desprezando o combate à recessão e ao desemprego. Nesta passagem a autora abre espaço para uma citação de Parkin e Bade:

“Um banco central totalmente independente persegue políticas antiinflacionárias com exclusão do tratamento de uma de uma estabilidade macro econômica mais amplamente definida, enquanto aqueles que perseguem políticas monetárias ditadas por seus governos estão mais preocupados com a formulação de tais políticas com objetivos macroeconômicos mais amplos e, em particular, com real flutuação de oferta e emprego.”<sup>45</sup>

Esclarecendo esta independência dos bancos centrais, mostra que ela pode estar inserida nas constituições dos Estados, como no Chile e nas Filipinas<sup>46</sup> ou, como na maioria dos países, onde a independência é estabelecida em lei.<sup>47</sup>

Ainda, a autora afirma a importância da descentralização de funções, tal como ocorre no federalismo americano, através do qual o Congresso delega poderes em relação a relevantes

42 Ibid., p. 27.

43 Ibid., p. 28.

44 Ibid., p. 29.

45 PARKIN, M; BADE, R. Central bank laws and monetary policies: a preliminary investigation. Typescript (unpublished). *Research Report*, n. 7804, University of Western Ontario, Canada, Nov. 1977. p. 29. Apud, LASTRA, op. cit., p. 30.

46 LASTRA, op. cit., p. 32.

47 No Brasil as atribuições do Banco Central estão estabelecidas na Lei 4.595/64, que é considerada lei complementar após o artigo 192 inciso IV da Constituição de 1988. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 790.

setores da atividade econômica a comissões reguladoras independentes (para dinheiro, valores mobiliários, telecomunicações, energia e outros). Contudo, não descarta a independência dos bancos centrais em Estados unitários desconcentrados como o Francês.<sup>48</sup>

Isto posto, vislumbra-se a proximidade entre a autonomia dos bancos centrais e a estrutura estatal, fator primordial para a efetivação de políticas econômicas que atendam aos objetivos de crescimento qualitativo.

### 3.1.3. Equilíbrio na autonomia

Percebe-se que a total independência dos bancos centrais preocupa o bem-estar coletivo. Num equilíbrio entre a total independência e a vinculação extrema ao governo, como já mencionado, Rosa Lastra manifesta-se pela autonomia, ou, em suas palavras, a “independência transparente”:

“Apesar da importância da independência *de fato*, o BCI demanda a proteção de uma estrutura vinculante legal e institucional como fonte de sua legitimidade e credibilidade política.”<sup>49</sup>

Como ficou demonstrado, embora haja uma diferença entre os termos independência e autonomia, ambos são indistintamente utilizados pela autora citada para sua exposição sobre as vantagens e desvantagens de um “Banco Central Independente”. Embora tenha optado pelo termo “independente”, em sua defesa da “independência transparente” é fácil notar que é adepta da “autonomia” a qual, em suas palavras corresponde à “habilidade de criar regras para si mesmo”,<sup>50</sup> conformando-se com os objetivos a serem seguidos pelos bancos centrais, objetivos estes que são previamente definidos pela política econômica. Isto justifica a adoção do termo “transparente”, em todas as formas – profissional, orgânica e funcional – de se conquistar aquela independência, atrelada que deve ser às políticas governamentais. Citando um parágrafo de Fair, a autora mostra sua opção pela “autonomia”, ainda, através da expressão “independência transparente”:

“Em uma democracia não há um caso real para um banco central que seja totalmente inde-

pendente do governo. As crescentes complexidades da administração monetária e financeira envolvem uma expansão dos meios de consulta e cooperação entre o banco central e o governo. Permanecem, entretanto, fortes razões para a manutenção de um banco central independente dentro do governo como uma notória e especializada fonte de aconselhamento e informações que pode contribuir para implementação das políticas monetária e bancária”.<sup>51</sup>

A regulação do sistema financeiro, então, inspira-se na autonomia, que encontra limitações em seu campo específico e, especialmente, no texto constitucional, assunto que será tratado mais adiante.

### 3.2. Banco Central do Brasil: primeira agência reguladora do País

Estruturado na Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964, o sistema financeiro nacional foi recepcionado pela Constituição de 1988, em seu artigo 192.

Segundo Nelson Abrão,<sup>52</sup> a fiscalização sobre os bancos no Brasil vem desde 1917, com disposições legais esparsas para, em 1921, ser implantado o Decreto n. 14.728, tendo sido seguido do Decreto-lei n. 7.923, de 1945, que instituiu a Superintendência da Moeda e do Crédito – SUMOC, alterado pelo Decreto-lei n. 9.140, de 1946.

A estrutura hodierna do sistema financeiro nacional funda-se na Lei n. 4.595, que tornou a antiga SUMOC no Banco Central do Brasil. Este sistema compreende basicamente o Conselho Monetário Nacional, o Banco Central, o Banco do Brasil S.A., o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e demais instituições financeiras, públicas e privadas.

Pelo fato de sua instituição não ter sido via Constituição, esta somente recepcionou alguns princípios do sistema e, segundo José Afonso da Silva,<sup>53</sup> a Lei n. 4.595/64 adquiriu caráter de lei complementar com o *caput* do artigo 192 da Carta vigente. De acordo com este autor, embora o sistema financeiro não necessitasse de capítulo constitucional, sua menção no Texto

48 LASTRA, Op. cit., p. 33.

49 Ibid., p. 32.

50 Ibid., p. 22.

51 FAIR, D. The independence of the Central Bank. *The Banker*, v. 129, n. 644, Oct. 1979. Apud, LASTRA, op. cit., p. 23.

52 ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 30-31.

53 SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 790.

Maior justifica-se pelos objetivos de “desenvolvimento equilibrado do País” e “interesse da coletividade”.

Além das instituições financeiras, ficam sujeitas à disciplina do sistema financeiro as bolsas de valores, as companhias de seguros, de previdência e capitalização, as sociedades que atuam na distribuição de prêmios em imóveis, mercadorias ou dinheiro, mediante sorteio de títulos de sua emissão ou por qualquer outra forma, e as pessoas físicas ou jurídicas que exerçam, por conta própria ou de terceiros, atividade relacionada com a compra e venda de ações e outros títulos, realizando operações ou serviços de natureza daqueles efetivados pelas instituições financeiras nos mercados financeiros e de capitais.<sup>54</sup>

Conforme o disposto no artigo 192 da Constituição vigente, lei complementar, representada pela Lei n. 4.595/64, deve dispor sobre a autorização para o funcionamento das instituições financeiras, as condições para a participação do capital estrangeiro nos estabelecimentos nacionais, a organização e atribuições do Banco Central, dentre outros assuntos.

Na estruturação do sistema financeiro coube ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil a coordenação e fiscalização das instituições financeiras, possuindo este último poder normativo.

Segundo José Afonso da Silva, o Banco Central, como instituição financeira, consiste num elo entre a ordem financeira pública e a privada, considerando o autor que há dois sistemas financeiros estabelecidos na Constituição:

“o *público*, que envolve os problemas das finanças públicas e os orçamentos públicos, constantes dos arts. 163 a 169; o *parapúblico*, que ela denomina *sistema financeiro nacional*, que cuida das instituições financeiras creditícias, públicas ou privadas, de seguro, previdência (privada) e capitalização, todas sob estrito controle do Poder Público (art. 192)”.<sup>55</sup>

Existem dois posicionamentos sobre a natureza jurídica do Banco Central. Um, mais an-

tigo, puramente administrativo, e outro, a partir de um estudo econômico do Direito, que o tem como agência reguladora.

O Banco Central consiste numa autarquia federal especial, em virtude das finalidades específicas que lhe são conferidas pela Lei n. 4.595/64, de acordo com Meirelles.<sup>56</sup>

As autarquias integram a Administração Pública descentralizada. Segundo De Plácido e Silva,<sup>57</sup> a palavra autarquia deriva do grego *autos - arkhé*, significando autonomia, independência. Aqui, mais uma vez, os dois vocábulos são, a princípio, indistintamente utilizados. No entanto, no desenrolar de sua explanação, seguida da expressão autarquia administrativa, Silva escreve:

“... toda espécie de organização econômica, a que se atribui determinada soma de atividades, mesmo de ordem privada, consistindo uma *personalidade autônoma*, sob o ponto de vista patrimonial, com uma subordinação administrativa aos poderes públicos”.<sup>58</sup>

Sobre seus limites:

“Tem, assim, dentro dos limites do próprio ato soberano que a estabeleceu, plena capacidade de auto-administração, não se desliga completamente da organização total do Estado, a que, em verdade, pertence, figurando como um de seus órgãos, pois que realiza, realmente, fins que o próprio Estado tem interesse em promover.”<sup>59</sup>

Sendo a autarquia forma de descentralização da atividade administrativa, possui autonomia que, diferentemente do cunho político,<sup>60</sup> pressupõe a auto-organização, o que não exclui sua fiscalização pela Administração.

Diante destes breves apontamentos, chega-se ao conceito de Meirelles:

“*Autarquias* são entes administrativos autônomos, criados por lei, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e atribuições inconfundíveis.”<sup>61</sup>

Dentro das atribuições que o Estado confere às entidades autárquicas, cabe-lhes desempenhar o estrito papel para o qual foram criadas, sempre, em observância aos princípios e normas legais.<sup>62</sup>

54 Ibid., p. 791

55 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 1. p. 247-248.

56 SILVA, De Plácido e, op. cit., p. 247-248.

57 Ibid., p. 247-248.

58 MEIRELLES, op. cit., p. 283 e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998. p. 318.

59 MEIRELLES, op. cit., p. 283.

60 DI PIETRO, op. cit., p. 319.

61 MEIRELLES, op. cit., p. 284.

62 DI PIETRO, op. cit., p. 319.

Não agindo por delegação, mas sim, “por *direito próprio* e com autoridade pública, na medida do *jus imperii* que lhe foi *outorgado* pela lei que a criou”,<sup>63</sup> deve dispor de vida e patrimônio próprios, sem subordinação hierárquica ao ente federativo a que pertence.

Conforme mais moderna perspectiva, que enxerga o Estado como meio de se alcançar o fim constitucional de melhoria da condição humana, não pode aquele ente sufocar o indivíduo e a coletividade com um excesso de regulamentos. De outro lado, a economia de mercado, por si só, mostrou seus efeitos perversos entre os fins do século XVIII e meados do século XX, ao imperar sobre as poucas e esparsas tentativas de coibir o poderio econômico. Em sábias palavras, sobre o assunto dispõe o Professor João Bosco:

“Não se pode querer afastar completamente o Estado do compromisso segundo o qual o progresso material decorre da lógica da evolução do mundo, pois que ele passa a atuar como o garantidor da coerência e da segurança dessa nova forma de regulação dos comportamentos humanos.”<sup>64</sup>

Dentro desta nova perspectiva de intervenção estatal, as agências, até então conhecidas como autarquias especiais,<sup>65</sup> passam a figurar no campo público, levando à conclusão de que a primeira delas a ser implantada no Brasil foi o Banco Central, tomando como base a formulação mais célere de normas devido a urgência do fenômeno econômico.<sup>66</sup>

### 3.2.1 Composição

O Banco Central do Brasil é administrado por um presidente e quatro diretores, escolhidos pelos membros do Conselho Monetário Nacional, todos nomeados pelo Presidente da República, após a aprovação do Senado Federal, conforme o artigo 84, inciso XIV da Constituição, sendo demissíveis *ad nutum*.

### 3.2.2. Competências

Ao Banco Central cabe cumprir as nor mas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional em relação à política financeira.<sup>67</sup>

Várias são as competências do Banco Central, destacando-se a emissão de moeda e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional; a determinação do recolhimento de até 100% (cem por cento) do total dos títulos contábeis das instituições financeiras, na forma de Letras ou Obrigações do Tesouro Nacional ou compra de títulos da dívida pública federal, através do recolhimento em espécie, entregues ao Banco Central, a forma e condições por ele determinadas, com a possibilidade de adoção de diferentes percentagens tendo em vista as regiões geoeconômicas, das prioridades que atribuir às aplicações ou da natureza das instituições financeiras e determinar percentuais que não serão recolhidos, desde que sua reaplicação se tenha dado em financiamentos à agricultura, sob juros favorecidos e outras condições por ele fixadas;<sup>68</sup> a realização de operações de redesconto e empréstimo a instituições financeiras bancárias; o exercício do controle de crédito sob todas as formas; a fiscalização das instituições financeiras e a aplicação das penalidades previstas em lei; a concessão de autorização para funcionamento de instituições financeiras no País e suas filiais no exterior; o estabelecimento das condições para posse e exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, como para qualquer órgão consultivo, fiscal ou similar, segundo as normas do Conselho Monetário Nacional; efetuar operações de compra e venda de títulos federais; determinar que as matrizes das instituições financeiras registrem os cadastros das firmas que operem em suas agências há mais de um ano.

Em concorrência com outras instituições públicas, ao Banco Central são atribuídas competências descritas no artigo 11 da Lei n. 4.595/64, mas, de acordo com Nusdeo, das funções básicas daquele ente, destacam-se as que seguem:

- “a) emissor da moeda;
- b) banqueiro do governo;
- c) prestador de última instância do setor privado;
- d) regulador da liquidez do sistema financeiro;

63 MEIRELLES, op. cit., p. 284

64 FONSECA, op. cit., p. 257.

65 *Ibid.*, p. 261.

66 *Ibid.*, p. 263, notas 16 e 286.

67 Por esta razão Valdir Jesus Lameira, em sua obra *Mercado de capitais*, entende o Banco Central como órgão executor das políticas traçadas pelo Conselho Monetário Nacional (LAMEIRA, Valdir de Jesus. *Mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000. p. 11).

68 Esta atribuição privativa do Banco Central, estabelecida na Lei n. 4.595/64, denota seu papel de agente participativo responsável pelo desenvolvimento econômico do País e das regiões menos favorecidas, indo ao encontro do disposto nos artigos 3º, II e III e 170, VII da Constituição vigente.

- e) detentor das reservas bancárias do mesmo sistema;
- f) detentor das reservas cambiais;
- g) regulador das atividades financeiras e cambiais<sup>69</sup>

Ainda, segundo o mesmo autor, os bancos centrais possuem intensa atividade normativa, no concernente aos “mínimos detalhes” das instituições sob sua disciplina, voltando-se principalmente para a oferta da moeda, a taxa básica de juros e a liquidez geral do sistema. A atividade normativa do Banco Central do Brasil realiza-se através de resoluções, circulares e cartas circulares, consolidando-se em quatro conjuntos normativos: Manual de Normas e Instruções, Consolidação das Normas Cambiais, Plano de Contas do Sistema Financeiro e Catálogo de Documentos<sup>70</sup>.

Esta competência para emitir diretrizes a um sistema integrado à política econômica tendo em vista o desenvolvimento, indubitavelmente, confere a autonomia essencial a qualquer agência reguladora.

#### 4

### LIMITAÇÕES À REGULAÇÃO

Quando da exposição acerca da independência dos bancos centrais, ficou clara a preferência pela autonomia, a qual, inobstante imprescindível, esbarra nas limitações legais.

Este é um ponto importante de nosso estudo, pois, como forma de adaptação às necessidades da época, a regulação pode ser confundida com desgoverno e exceção ao princípio da legalidade.

Se a regulação é menos dura que a lei, numa forma de *soft law*,<sup>71</sup> isto não traduz inobservância aos princípios e regras maiores, norteadores de todo um sistema jurídico.

#### 4.1. Estado de Direito

A supremacia da constituição é regra num Estado que se diz de Direito. Ao texto constitucional devem, necessariamente, estar vinculadas todas as outras normas e atos, entre os quais os administrativos, contidos pelo princípio da legalidade.<sup>72</sup>

A exposição de Lastra é visivelmente inspirada na teoria do Estado de Direito Constitucional. Dentro desta concepção enquadram-se as limitações ao próprio Estado, ou seja, a lei passa a ser o único instrumento de segurança e imparcialidade numa coletividade. Alguns conceitos podem elucidar esta limitação, como o de José Afonso da Silva:

“A constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: *um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma de Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e o exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.*”<sup>73</sup>

Assim, no sentido de evitar a subordinação do Estado à ideologia liberal, Rosemiro Pereira Leal defende o intervencionismo pela lei, ao contrário de liberais e intervencionistas:

“Impõe-se, portanto, a pré-intervenção do Direito nos diversos domínios da atividade estatal e não o intervencionismo ou absentismo do Estado em seus próprios e auto-instituídos domínios”.<sup>74</sup>

O artigo 192 da Constituição vigente reza que o sistema financeiro nacional está estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e para servir aos interesses da coletividade. Mesmo que a Constituição houvesse omitido estes objetivos no citado dispositivo, não estariam eles descartados, posto que se afinam com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, nos artigos 1º e 3º, que devem ser estrita e indistintamente observados por todos os agentes públicos, de qualquer das funções correspondentes aos poderes do Estado.

#### 4.2 Causas que ensejam a declaração de inconstitucionalidade

Todo Estado Constitucional, para garantir a observância da constituição, exige a criação e o funcionamento de um tribunal constitucional, encarregado de declarar a invalidade de determi-

69 NUSDEO, op. cit., p. 357.

70 Ibid., p. 358.

71 FONSECA, op. cit., p. 263.

72 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 243-244 e 255-256.

73 SILVA, José Afonso da, op. cit., p. 39-40.

74 LEAL, Rosemiro Pereira. *Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais*. 2. ed. Leme: LED, 1999. p. 238.

nadas leis ou casos em virtude da inobservância do texto paradigma do Estado de Direito.

Segundo Canotilho, embora o tribunal constitucional não possa deixar-se influenciar por valorações políticas, suas decisões acabam por ter força política:

“O Tribunal Constitucional, mesmo primariamente limitado ao controlo jurídico-constitucional das normas jurídicas, excluindo dos seus juízos valorações políticas ou apreciações de mérito político (a doutrina fala aqui do *princípio da autolimitação judicial ou judicial self restraint*), não se pode furtar à tarefa de guardião da Constituição, *apreciando a constitucionalidade da política normativamente incorporada em actos dos órgãos de soberania.*”<sup>75</sup>

Como em Portugal e outros países, a Alemanha também possui seu tribunal constitucional – o *Bundesverfassungsgericht*. No Brasil, dispõe-se do Supremo Tribunal Federal, cujas atribuições estão contidas no artigo 102 da Constituição vigente.

Em nosso País o controle de constitucionalidade pode ser difuso ou concentrado, ou seja, os juízes que se depararem com um caso cuja fundamentação legal seja estranha às normas constitucionais, pode declarar a inconstitucionalidade para aquele caso. Já no âmbito do tribunal supremo tal declaração tem força geral em todo o território nacional.

Portanto, basta que um caso ou uma lei, em sentido amplo ou estrito, confronte, formal ou materialmente, com o Texto Maior para que tenha sua validade perdida.

#### 4.2.1. Formais

Diz-se formalmente inconstitucional qualquer ato ou norma que afronte diretamente a letra da Constituição.

Tomando-se como exemplo o parágrafo 3º do artigo 192 do Texto de 1988, que limita os juros reais a doze por cento ao ano, entende-se que qualquer ato ou regra que faça ultrapassar tal barreira é eivado de inconstitucionalidade.

Não se questiona aqui a exatidão da técnica legislativa ao se tratar de tal assunto no Texto Constitucional. Desde que disposto daquela ma-

neira, merece ser respeitado. Esta, a inconstitucionalidade formal, bem menos complexa do que a material ou essencial.

#### 4.2.2. Essenciais: as teorias da constituição

Se, por um lado, existe facilidade em declarar a inconstitucionalidade por afronta ou inobservância ao sentido literal do Texto Constitucional, por outro, há extrema necessidade de se detectar a inconstitucionalidade pela afronta à finalidade da constituição.

Viu-se que o Estado de Direito impescinde da constituição, forma de limitar as atitudes daquele que, num primeiro estágio histórico, refletiu o anseio de liberdade dos cidadãos do século XVIII. Isto reflete numa das várias teorias da constituição, sendo ela a dos direitos fundamentais.<sup>76</sup> Longe de ser a melhor ou a mais desejada pelo fato de exacerbar o individualismo predominante no ideal liberal, serve para impor limites ao Estado opressor, espelho da época de seu surgimento.

De outro lado, há a teoria democrático-funcional, que envolve a concessão de direitos aos cidadãos para serem exercidos em prol do interesse público<sup>77</sup>. Embora esta teoria possa levar à perda ou suspensão dos direitos fundamentais, como cita Canotilho, a partir do artigo 18º da Constituição de Bonn, entende-se que o controle sobre o que vem a ser interesse público deve ser constante.

O ponto que aqui se tenta esclarecer é justamente a constituição, em sua origem, como limitadora do poder estatal pela universalização dos direitos fundamentais, não necessariamente individuais, mas, em sua evolução, também coletivos, na busca de uma convivência mais harmônica.

Esta reflexão leva ao julgamento de que qualquer ato que, mesmo não afrontando literalmente o texto constitucional, viole os objetivos da constituição, na busca do Estado de Direito Democrático pela dignidade do cidadão, é essencialmente inconstitucional.

Se tomarmos o exemplo do *caput* do artigo 192 da Constituição de 1988, que trata especificamente do sistema financeiro, encontraremos seu objetivo, qual seja o desenvolvimento equilibrado do País, de acordo com os interesses da

<sup>75</sup> CANOTILHO, op. cit., p. 662.

<sup>76</sup> Ibid., p. 1344-1345.

<sup>77</sup> Ibid., p. 1348.

coletividade, entendemos que qualquer ato de ente regulador da atividade financeira que não tenha por meta alcançar estes fins toma o caráter de vicioso.

Tais objetivos, como já observado, nem precisariam ser objeto de exposição no referido artigo, uma vez que se encontram entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, que, por nenhum governante ou ideologia partidária podem ser desrespeitados.

### 4.3. Inconstitucionalidade de atos e decisões do Banco Central

Não só a estrutura do sistema financeiro deve ser observada, como prescrito no *caput* do artigo 192 da Carta vigente, mas também os princípios constitucionais que devem nortear as políticas pelo Banco Central planejadas e executadas. Nada mais lógico, pois se as políticas monetária e financeira relacionam-se com a política econômica e as conseqüentes ações do governo, devem primar por atender aos pressupostos da dignidade humana, representados pela igualdade de oportunidades no mundo do trabalho e na distribuição da riqueza.

Assim sendo, a atividade normativa do Banco Central, citada por Nusdeo, constitui autonomia e esta é vinculada à lei e à Constituição – paradigma do Estado de Direito, o que exclui a ultrapassada noção de discricionariedade por conveniência e oportunidade. Se a conveniência visa o interesse público, nada que possa ferir direitos fundamentais será conveniente. Portanto, não pode a Administração, justificando-se no “interesse público”, cometer arbitrariedades contra a dignidade do cidadão com políticas econômicas que contrariem os verdadeiros interesses coletivos. No momento em que o Estado coloca-se como ente superior aos cidadãos ele passa a ser um fim em si mesmo e não um meio para se atingir os objetivos de bem-estar e dignidade coletivos.

Por esta razão, o Direito Econômico contrapõe-se à antiquada visão administrativista do poder-dever da Administração, já que os prejuízos coletivos provenientes de ações irresponsáveis por parte do Estado podem ser irreversíveis.

Sobre este risco, assim dispõe Washington Peluso:

“Nos planejamentos econômicos e na administração da política econômica em geral, este é um ponto fundamental,”(a irreversibilidade) “pois os efeitos dos erros seguidos acabam por desviar dos seus reais objetivos o conjunto de medidas postas em prática. De modo geral, os prejuízos decorrentes ultrapassam de muito o próprio patrimônio pessoal da autoridade que as pratica, ou do governo que as despreza, impossibilitando o ressarcimento dos seus prejuízos.”<sup>78</sup>

A atividade reguladora do Banco Central encontra limites na Constituição, como visto tópicos atrás. A alegação de interesse público merece maior cautela para que as atitudes tomadas em nome deste não firam o mesmo, como bem dispõe o Professor Carvalho Neto:

“(…) pode ser precisamente em nome do interesse público, objeto de proteção desses benefícios legais, que, na prática, venha a ser ferido, precisamente, o próprio interesse público, que, no paradigma do Estado Democrático de Direito, não mais pode ser confundido” (...) “com o interesse puramente estatal passível de privatização inconstitucional e ilegal que, é claro, no mais das vezes, busca se camuflar em interesse público, mediante o expediente de a Administração se valer da letra da lei contra a própria lei.”<sup>79</sup>

Como o Banco Central do Brasil e o Conselho Monetário Nacional trabalham diretamente com o governo (ressalte-se a participação dos Ministros da Fazenda, do Planejamento e Orçamento no Conselho Monetário), clara é sua independência relativa, funcionando como autonomia para expedir resoluções e circulares sobre a política financeira e monetária. De outro lado, se suas políticas integram-se à política econômica governamental, imperiosa a observância pelo Poder Público das limitações legais e constitucionais, sob pena de responsabilidade estatal por prejuízos advindos de condutas que violem os pressupostos do Estado de Direito Democrático.

Neste caminho, é imperioso afirmar a inconstitucionalidade de quaisquer atos e resoluções emanadas por aquele ente regulador que

78 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico e economia política*. Belo Horizonte: Prisma, 1975. p. 140.

79 CARVALHO NETO, Menelick. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados como contraprestação por obras realizadas – ilícito do estado – igualdade de todos diante dos encargos públicos – princípio da continuidade da empresa – estado democrático de direito. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Rio de Janeiro, ano 26, v. 63, p. 137. jul./dez. 1996.

minimizam sua atividade a aspectos puramente econômicos, capazes de influenciar negativamente no exercício dos direitos essenciais ao alcance de uma vida digna e à participação popular exigível num Estado de Direito Democrático.

## 5 CONCLUSÃO

No afã de copiar o modelo dos Estados Unidos da América, já em questionamento naquele país, o Brasil vem indiscriminadamente criando agências, sem, no entanto, adequá-las à realidade nacional, ou mesmo preocupar-se com a formação dos agentes que delas farão parte, resumindo seus quadros a técnicos mal-orientados no setor específico.

Conquanto a criação de agências pareça algo novo no cenário nacional, o Banco Central do Brasil é tido como o primeiro ente no País a desempenhar funções reguladoras.

Inerente àquela atividade estão a expedição de normas para o setor específico, sua aplicação e controle.

Fazendo parte de um Estado, a entidade reguladora ou autarquia especial não possui poderes além daqueles para os quais foi criada, sob

pena de invalidade e inconstitucionalidade de seus atos.

A questão do Banco Central é um pouco mais delicada em virtude de sua influência em todo o sistema econômico via instituições financeiras, já que o primeiro depende das políticas adotadas neste âmbito para controlar a produção pela taxa de juros, crédito, importação, exportação, e, por conseguinte, o emprego da coletividade que depende do grande capital.

Tendo em vista as nefastas conseqüências que podem advir das atitudes dos bancos centrais, os Estados limitam sua independência através da constituição, elemento máximo no Estado de Direito Democrático. O oposto não poderia ser válido para o Brasil.

Assim, tem-se que os atos normativos emanados pelo Banco Central, como agência reguladora que é, devem limitar-se ao Texto Constitucional e, principalmente, buscar a viabilização dos objetivos de desenvolvimento e dignidade humana, sob pena de imprestabilidade de sua existência.

Admitir que o Banco Central é constantemente pressionado por órgãos externos ao País para justificar-lhe a independência exacerbada seria correr o risco da criação de um estado dentro do Estado Não de Direito, Nem Democrático. ■

### referências bibliográficas

- ABRÃO, Nelson. **Direito bancário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BALDWIN, Robert; SCOTT, Colin; HOOD, Christopher. **A reader on regulation**. New Jersey: Oxford University Press, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARR, Robert K.; et. al. **American democracy in theory and practice**. 3. ed. New York: Rinehart & Company, 1955.
- CARVALHO NETO, Menelick. Da responsabilidade da administração pela situação falimentar de empresa privada economicamente viável por inadimplência ou retardo indevido da satisfação dos valores contratados como contraprestação por obras realizadas – ilícito do estado – igualdade de todos diante dos encargos públicos – princípio da continuidade da empresa – estado democrático de direito. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**. Rio de Janeiro, ano 26, v. 63, jul./dez. 1996.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- DUTRA, Pedro. O novo Estado regulador brasileiro. **Monitor Público**, Rio de Janeiro, ano 4, n. 12, jan./mar. 1997.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. **Direito econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GALLOT, Jérôme. Qu'est que la régulation? Contribution pour une définition. **Revue de la Concurrence et de la Consommation**, Paris, n. 119, jan./fev. 2001.
- LAMEIRA, Valdir de Jesus. **Mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- LASTRA, Rosa María. **Banco central e regulamentação bancária**. Tradução de Dan M. Kraft. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Soberania e mercado mundial: a crise jurídica das economias nacionais**. 2. ed. Leme: LED, 1999.
- LIST, Georg Friedrich. **Sistema nacional de economia política**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril, 1996.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- MONCADA, Luís S. Cabral de. **Direito económico**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed. 1988.
- NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SANTOS, António Carlos; GONÇALVES, Maria Eduarda; MARQUES, Maria Manuel Leitão. **Direito económico**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v.1.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito económico e economia política**. Belo Horizonte: Prisma, 1975.
- \_\_\_\_\_. **Primeiras linhas de direito económico**. 4. ed. São Paulo: LTr, 1999.
- VAZ, Manuel Afonso. **Direito económico**: a ordem económica portuguesa. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed. 1998.
- VEIGA, Vasco Soares da. **Direito bancário**. Coimbra: Almedina, 1999.



# OS REFLEXOS DAS 'REFORMAS DO CPC' NA CONTAGEM DO PRAZO E DEFINIÇÃO DO JUÍZO COMPETENTE PARA OFERECIMENTO E JULGAMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO POR CARTA PRECATÓRIA

Ricardo Borges Ranzolin\*

## sumário

1. Peculiaridades do direito anterior.
  - 1.1 Quanto ao prazo para oferecimento dos embargos.
    - 1.1.2 Na execução por carta precatória.
  - 1.2 Quanto ao juízo competente para o oferecimento e julgamento dos embargos na execução por carta precatória.
2. As alterações legislativas e seus efeitos.
  - 2.1 A interpretação das alterações.
  - 2.2 O prazo para interposição dos embargos.
    - 2.2.1 Na execução por carta precatória.
  - 2.3 A competência para o ajuizamento e para o julgamento dos embargos.
    - 2.3.1 Na execução por carta precatória.
3. Referências bibliográficas.

## resumo

As atuais redações dos artigos 738, I e 747 do CPC, introduzidas pela Lei 8.953 de 13.12.94, alteraram significativamente (a) o marco inicial do prazo para oferecimento dos embargos à execução e (b) a definição do Juízo competente para seu *oferecimento e julgamento* na execução por carta precatória. Analisaremos a seguir alguns importantes alcances destas modificações.

## 1 PECULIARIDADES DO DIREITO ANTERIOR

### 1.1 Quanto ao prazo para oferecimento dos embargos

Esta era a redação do artigo 738, I, antes da reforma: “*O devedor oferecerá os embargos no prazo de dez (10) dias contados: I – da intimação da penhora (art. 669);*”

Eminentes doutrinadores e considerável número de julgados entenderam que o inciso I do artigo 738 do CPC era condicionado pelo artigo 241 do mesmo diploma, não iniciando, assim, a contagem do prazo, desde o ato da

intimação<sup>1</sup>. Isto porque o artigo 241, ao tratar de forma específica das intimações, determinava (e ainda determina) que os prazos somente iniciam com a juntada do mandado cumprido aos autos ou do aviso de recebimento (na intimação postal).

Não obstante, a tese vitoriosa sufragada pela maioria dos julgados e dos doutrinadores<sup>2</sup> foi no sentido de que a regra do inciso I do artigo 738 efetivamente constituía exceção dentro do sistema do CPC, excepcionando a regra geral do artigo 241. Embora tratando-se de intimação pessoal da parte o início do prazo se dava com o ato da intimação da penhora e não com a juntada aos autos do mandado respectivo ou do aviso de recebimento postal.

\* Ricardo Borges Ranzolin, Advogado. Mestrando em Direito pela PUC-RS. Associado ao Instituto Liberal – RS. Articulista do Instituto de Estudos Jurídicos Contemporâneos – IJCon.

1 Houve até julgamento do STF nesse sentido: Revista Trimestral de Jurisprudência nº 53/366. No plano da doutrina sustentaram essa posição: José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, v. IV, n. 916; Athos Gusmão Carneiro, *Revista da Ajuris* 7/52; Humberto Theodoro Júnior, *Processo de Execução*, pág. 356 e Alcides de Mendonça Lima, *RT* 474/14.

2 José Carlos Barbosa Moreira (In: O novo processo civil, v.2, p. 154); Celso Neves (In: Comentários ao CPC, p. 201); Amílcar de Castro (In: Comentários..., p. 397); Ernani Vieira de Souza, (In: Revista da Ajuris 7/41); Pontes de Miranda (In: Comentários ao CPC, v. 11, p. 69) e José da Silva Pacheco (In: Tratado das execuções, p. 295).

### 1.1.2 Na execução por carta precatória

Também no caso de execução por carta a questão restou pacificada com as decisões do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, ou seja, de que o prazo para embargos se iniciava do ato da intimação da penhora<sup>3</sup> e não da juntada de mandado de intimação aos autos da carta precatória ou desta aos autos da execução.

### 1.2 Quanto ao juízo competente para o oferecimento e julgamento dos embargos na execução por carta precatória

No que se refere a definição do Juízo competente para apresentação e julgamento dos embargos<sup>4</sup> na execução por carta a redação anterior do art. 747 determinava, de forma peculiar, que: “*Na execução por carta, os embargos do devedor serão oferecidos, impugnados e decididos no juízo requerido (art. 658).*”

Tal confusa redação<sup>5</sup> tornava difícil a identificação de qual seria, em cada caso, o “juízo requerido”. E, da mesma forma, rendeu ampla polêmica doutrinária<sup>6</sup> e divergência jurisprudencial.

A posição “vencedora” foi consagrada em súmula do Superior Tribunal de Justiça (nº 46)<sup>7</sup>, no seguinte sentido: “*Na execução por carta, os embargos do devedor serão decididos no juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens*”.

Destarte, somente se os embargos tratassem exclusivamente de pontos relativos à penho-

ra ou outros atos havidos no juízo deprecado é que o *julgamento* destes teria lugar no juízo deprecado. Se os embargos não tratassem de questões relativas a atos do juízo deprecado ou tratassem destas e de outras questões aí o juízo competente para *julgamento* dos embargos seria o deprecante. Restava assim fixada a *competência*<sup>8</sup> em *função da matéria* tratada nos embargos.

## 2

### AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS E SEUS EFEITOS

#### 2.1 A interpretação das alterações

Antes de se comentar as alterações legislativas e seus efeitos propriamente, há que se declinar que não se fará uma tentativa de entendimento da intenção do legislador através do exame isolado das regras alteradas. O que se buscará adiante é uma verificação da inserção das alterações em um sistema vivo, que também sofreu consideráveis alterações em outros aspectos. Assim, se quer é a análise da interação das normas alteradas com o sistema existente, ou seja, a interpretação sistemática do *direito* resultante da alteração legislativa, sempre lendo a norma sob os princípios regedores do processo civil. Busca-se o sentido da norma dentro do sistema.

É a interpretação teleológica que nos fala Sidnei Agostinho Beneti<sup>9</sup>:

“A interpretação das Leis de Simplificação Processual não pode deixar de levar em conta que essas leis vieram para a simplificação e agilização do procedimento, (...) sempre que

3 STJ, 4ª Turma, Resp. 1720-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 11.12.89, DJU 05.02.92. O STF também já havia se posicionado nesse mesmo sentido: *Revista Trimestral de Jurisprudência* nº 89/936.

4 Antes disso, o Regulamento 737 determinava que: “A decisão dos embargos opostos no foro de situação dos bens compete ao juiz da causa a quem serão remetidos sem suspensão”. O Código de 1939 também não deixava dúvida, porquanto, na conformidade do estatuído no art. 899, § 2º, a competência para decidir os embargos do devedor era do juiz deprecante.

5 Segundo expõe o mestre Araken de Assis se apoiando em José de Moura Rocha o significado de juízo *requerido* é o juiz perante o qual deverá se processar a execução, ou seja, o deprecante (In: Manual do processo de execução, p. 954). A questão rendeu histórica polêmica entre Restiffe Neto e Frederico Marques.

6 Nelson Nery Júnior e Rosa Maria A Nery (In: Código de processo civil comentado, p. 894), desenvolvem abrangente análise da evolução histórica da jurisprudência e da doutrina quanto a questão em foco, verificando terem existido três grupos de teses. A primeira, defendida por Paulo Restiffe Netto, Galeno Lacerda (em um primeiro momento), Edson Ribas Malachini, José da Silva Pacheco e Celso Neves, que sustentava ser o juízo deprecante competente para receber e julgar os embargos seja qual fosse a matéria. A segunda, cujos defensores eram Barbosa Moreira, Amílcar de Castro, Jarbas Fernandes da Cunha e Humberto Theodoro Júnior, nos moldes da orientação eclética que acabou sendo sumulada pelo STJ. E a terceira, sustentada por José Frederico Marques, José Afonso da Silva, Willar de Castro Villar, Antonio Carlos Costa e Silva e Rosa Maria A. Nery, no sentido de que o juízo competente para os embargos é o deprecado.

7 Dita súmula foi proposta pelo Ministro Dias Trindade, sendo quase uma reprodução da Súmula 32 do Tribunal Federal de Recursos.

8 Na verdade tal entendimento deriva das posições doutrinárias que sustentavam que a competência no caso de carta precatória não era *perdida* pelo juízo deprecante ao deprecado, sendo que este último apenas praticaria ato que lhe era requisitado. Nesse sentido foram as conclusões da maioria dos renomados participantes do Simpósio de Processo Civil promovido em 1975 pela de Universidade do Paraná, que muita influência trouxe ao trato da questão. Não obstante a paternidade de tal entendimento – que não conferia uma interpretação rígida e sim sistemática da significação da expressão juízo *requerido* constante no art. 747 – é tributada por quase todos os doutrinadores a Amílcar de Castro.

9 In: Reforma do código de processo civil, p. 877-878.

necessária a interpretação de ponto aparentemente duvidoso nessas leis, é preciso não esquecer que vieram elas, repete-se, para simplificar e agilizar, não para complicar e procrastinar.

A hermenêutica deve observar a finalidade da lei, ou, no dizer de Hamilton Elliot Akel, buscar, “dentre as muitas significações das palavras em que a norma vem expressa, aquela que lhe dá maior operacionalidade(...) A cegueira para o sistema no qual a lei se insere, para os princípios, que a norteiam, para os institutos, que ela regula, é a mais ferrenha adversária do seu êxito”.

## 2.2 Prazo para interposição dos embargos

O artigo 738, I conta, agora, com a seguinte redação: “O devedor oferecerá os embargos no prazo de dez dias contados: I – da juntada aos autos da prova da intimação da penhora.” (grifamos).

Com efeito, restou suprimida aquela excepcionalidade do prazo iniciar no advento da intimação e não da juntada aos autos de sua comprovação. Com o cômputo do prazo pós-juntada preservou-se mais a segurança e transparência, evitando-se situações paradoxais, como ocorria anteriormente, quando o prazo para embargos podia escoar antes do auto de penhora estar juntado e disponível nos autos do processo, dificultado ao embargante enfrentar alguma eventual irregularidade daquele. Por vezes, o próprio julgador ficava sem meios de saber se o juízo estava garantido ou não e se os embargos eram tempestivos.

Mas a substancial inovação introduzida pela novel redação do inciso I do artigo 738,

ainda não suficientemente debatida, é que esta não se limitou a determinar o início do cômputo do prazo tão-somente da juntada do mandado de intimação ou do aviso de recebimento postal ou da carta precatória cumprida. De forma genérica e ampliativa se referiu à juntada de prova da intimação da penhora.

Em primeiro plano já se constata que a novel redação do inciso I do artigo 738 se adapta a toda e qualquer forma de intimação, pois a denominação genérica ‘prova da intimação da penhora’ é apropriada para abranger tanto a juntada de um aviso de recebimento postal ou um mandado de intimação cumprido<sup>10 11</sup>. É de relevar também que se a penhora e a respectiva intimação se derem por termo<sup>12</sup>, igualmente a lavratura deste nos autos servirá como prova da intimação, sendo o marco inicial para o prazo dos embargos.

A propriedade da alteração legislativa também pode ser observada em razão desta se harmonizar com outras inovações introduzidas pela novel reforma do CPC, a fim de que não haja retardamento no desenvolvimento do processo. Uma destas inovações é a introdução da diligência da ‘inscrição’ (sic) da penhora no registro imobiliário. Assim, iniciando o prazo para embargos com a juntada de *prova* da intimação, o oficial de justiça pode juntar aos autos certidão desta ou cópia autêntica do mandado com a respectiva certificação da intimação, seguindo com o original do mandado ao registro imobiliário competente<sup>13</sup>, sem que esta última diligência viesse a retardar ainda mais o início do prazo para embargos, e, em consequência, todo o seguimento do feito<sup>14 15</sup>.

10 Não pode haver dúvida que a *citação* no processo de execução deve ser feita sempre por mandado e nunca via postal, por força da letra ‘d’ do artigo 222 do CPC. Contudo, tal vedação não ocorre no caso de *intimação* da penhora. Nesse caso, ao contrário, a intimação postal é possível, por força do artigo 238.

11 Há até quem diga que a intimação da penhora pela forma postal seria obrigatória, independentemente da vontade discricionária do credor ou do julgador, somente passando a ser possível a intimação por oficial de justiça quando restasse frustrada a intimação por via postal, consoante determinaria o artigo 239 (Carlos Alberto Carmona (In: Reforma do código de processo civil, p. 535). Contudo, essa interpretação literal dos artigos 238 e 239 não se coaduna com a teleologia do sistema, porquanto é ressabido que grande parte dos atos de penhora se dão por diligência dos meirinhos que quase sempre nomeiam os próprios executados como depositários e na mesma diligência os intimam da penhora. Seria um descabido esperar vir aos autos o auto de penhora e após ser expedida intimação via postal ao devedor. Assim, por força da própria sistemática dos atos de penhora não pode haver dúvida que a intimação poderá ser feita diretamente via oficial de justiça, atingindo o mesmo efeito, talvez até com mais segurança. Se a intimação por carta visa a agilização, quando esta em determinados casos específicos vier a ter efeito oposto não é de impor sua realização sobre outras formas que se apresentem mais céleres.

12 A diferença entre *termo* e *auto* é observável na medida em que o primeiro indica uma certificação feita em cartório e o auto uma certificação feita em diligência externa, fora de cartório.

Frente a redação antiga o professor Araken de Assis já ensinava que no caso de penhora por termo, o prazo fluía da assinatura do termo pelo executado (op. cit., p. 965).

13 Nesse mesmo sentido o entendimento de Donald Armelin (In: Reforma do código de processo civil, p. 710).

14 Abre-se um parêntesis para deixar claro que o início do prazo dos embargos não está condicionado ao prévio registro da penhora. É equivocado entender que a penhora de bens imóveis só se efetivaria com a inscrição no registro imobiliário, consoante poderia dar a entender o parágrafo 4º do artigo 659: “A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto ou termo de penhora, e inscrição no respectivo registro.” O artigo 664, a seguir, esclarece que: “Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia.”

15 Em sentido similar, Donald Armelin (op. cit., p. 710), Fátima Nancy Andriighi (In: Reforma do código de processo civil, p. 811), Cândido Rangel Dinamarco (In: A reforma do código de processo civil, p. 247) e Sidnei Agostinho Beneti (In: Reforma do código de processo civil, p. 816).

### 2.2.1 Na execução por carta precatória

A utilização da expressão *prova* da intimação terá repercussões ainda mais importantes e permitirá maior agilidade na execução por carta, eis que não será necessário que a precatória seja juntada aos autos da execução no juízo deprecante para que inicie o prazo para interposição de embargos. Basta que após o mandado de intimação da penhora (ou aviso de recebimento postal ou termo) ser juntado aos autos da carta precatória no juízo deprecado, o próprio exequente interessado no seguimento do feito postule certidão de tal diligência ou cópia autêntica da mesma junto ao juízo deprecado e providência a juntada desta nos autos da execução que tramita perante o juízo deprecante.

Técnica apropriada a ser seguida na rotina forense, seria o próprio juízo deprecado, tão logo ocorra a intimação, enviar ao deprecante certidão informando do advento da intimação da penhora ou cópia autêntica mandado com certificação da intimação ou do documento que em cada caso comprove o advento da intimação.

Seja cópia autenticada do mandado cumprido ou do aviso de recebimento da intimação postal ou ainda do termo onde estiver consignada a intimação, ou ainda certidão destes atos, tudo isso, evidentemente, constitui *prova* inequívoca de que a intimação ocorreu e assim que for junta aos autos da execução terá o condão de determinar o início do prazo para os embargos.

A grande vantagem para efeitos de economia processual é que a precatória não precisará retornar ao juízo deprecante e ser juntada aos autos da execução. Ademais, em caso de não serem interpostos embargos ou estes serem julgados improcedentes, não será necessário o envio de nova precatória. A simples comunicação pelo juízo deprecante ao deprecado de que o prazo fluiu in albis ou de que não está mais suspensa a execução permite o seguimento dos atos expropriatórios naquela mesma carta precatória, sem a necessidade de distribuição de uma nova carta. São consideráveis os efeitos em termos de economia processual e em agilização do procedimento, porquanto o deprecamento é diligência que acaba por envolver vários segmentos da máquina judiciária, reduzindo a velocidade do

procedimento, fato ressabido entre os que convivem com o dia a dia forense.

Exige-se, assim, atenção dos executados eis que, com a reforma, seu prazo para embargos na execução por carta poderá iniciar sem o retorno da precatória.

A nosso ver não prosperam as considerações de que a sistemática geral do CPC exigiria que o início do prazo se desse sempre com a juntada da precatória, como ocorreria com o prazo para contestação no rito ordinário, por exemplo.

Em primeiro lugar, observa-se que a expressão *prova* é utilizada de forma singular e específica na regulação do processo de execução, revelando efetivamente uma exceção. Lembre-se, também, consoante já examinado anteriormente, que a orientação anterior da jurisprudência com relação à redação antiga do mesmo artigo era no sentido de que a regra geral do CPC não interferiria na regra especial do processo executivo.

Por outro lado, a nosso ver as modificações não tiveram o alcance de alterar os prevalecentes entendimentos anteriores no sentido de que o prazo para oferecimento dos embargos nunca é contado dobrado, ainda que os executados tenham diversos procuradores, permanecendo não se aplicando o art. 191 do CPC no caso de embargos<sup>16</sup>.

Tampouco haveria razões para ser alterada a majoritária orientação pretoriana no sentido de que o prazo para oferecimento dos embargos é *singular*<sup>17</sup>, inciando-se para cada executado da data em que houve a juntada da prova de sua respectiva intimação aos autos, independentemente da existência ou não de outros executados. Neste caso poder-se-ia suscitar alguma dúvida, entendendo-se que a orientação anterior da independência dos prazos seria exceção que se justificaria ante a dificuldade dos demais executados acompanharem a data do ato da última intimação pessoal e assim do início do prazo comum, já que o prazo não se iniciava da juntada do mandado de intimação. Contudo, a nosso ver não era essa a razão de ser daquele entendimento. Tal orientação se justificava sobretudo pela peculiaridade da garantia do Juízo, que necessariamente precede os embargos, sendo esta a *ratio* em que se estriba o sistema de independência dos prazos no caso dos embargos à execução. O parágrafo

16 Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 5/498; Revista Trimestral de Jurisprudência n. 103/1294.

17 STJ, Resp. 39685, rel. Min. Nilson Naves, j. 13.12.93, DJU 07.03.94, p. 3663. Nesse mesmo sentido o entendimento de Araken de Assis (op. cit., p. 966).

3º do artigo 738 é esclarecedor no sentido da inexistência de interdependência entre as posições processuais dos executados. Mas não se olvide que no caso da penhora recair sobre imóvel de casal, o prazo para embargar só tem início após a juntada da prova de intimação de ambos os cônjuges, ou seja, computando-se o prazo a partir da juntada da prova da última das intimações, repetindo-se o sentido das interpretações dominantes anteriores à reforma<sup>18</sup>.

Da mesma forma, sobrevive às alterações legislativas em foco e mantém-se aplicável o entendimento de que a realização de segunda penhora em substituição ou reforço à primeira, não tem o condão de reabrir o prazo ou conferir oportunidade para novos embargos<sup>19</sup>.

### 2.3 A competência para o ajuizamento e para o julgamento dos embargos

No caso da execução que se processa sem a necessidade de carta precatória, não há inovação nas novas regras do CPC no que tange à definição do juízo competente para os embargos à execução. Persiste o artigo 736 determinando que os embargos serão atuados em apenso aos autos do processo principal. Araken de Assis também lembra que tal regra é complementada pelo artigo 108, que estabelece que o processo acessório segue o principal<sup>20</sup>.

Embora os autos até possam ser desapenados se as circunstâncias fáticas justificarem<sup>21</sup>, resta aí fixada a competência para o ajuizamento dos embargos à execução, que seguirá a mesma regra que preside a definição da competência para ação de execução.

Desde que a execução tenha sido ajuizada perante juízo apenas relativamente incompetente e não haja interposição tempestiva da exceção própria, a omissão importará em prorrogação da competência também para os embargos, nos termos da Súmula 33 do STJ<sup>22</sup>.

Destarte, a competência para os embargos tem natureza funcional e é absoluta, segundo lembra Araken de Assis<sup>23</sup>.

#### 2.3.1 Na execução por carta precatória

Na fixação da competência para os embargos à execução por carta precatória é que a *reforma do CPC* trouxe efetivas inovações.

Antes de se verificar os contornos de tais inovações cabe definir que *execução por carta* é aquela que se dá quando o executado não tem bens no foro em que se processa a ação executiva, tendo de se penhorar, avaliar e alienar os bens no foro da situação daqueles (art. 658). Não há, portanto, que se falar em execução por carta quando houver a simples peculiaridade do executado ter residência em outra comarca, por exemplo, tendo de se enviar cartas precatórias para citá-lo da execução e intimá-lo da penhora. O que interessa para determinar a execução por carta é se os bens a serem expropriados estão em foro diverso.

Delimitado o que seja *execução por carta* passemos a verificar a novel redação do artigo 747 do CPC: “*Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens.*” (grifamos).

Com efeito, no que tange à definição da competência para o *julgamento* dos embargos a alteração legislativa encampou o entendimento doutrinário e jurisprudencial anterior, já visto acima, objeto inclusive de súmula do Superior Tribunal de Justiça. Tal foi explicitado pela nova regra. Resta, portanto, descartada a hipótese de competência cindida<sup>24</sup>. A possibilidade de haver dois embargos pelo mesmo executado só ocorrerá se houver duas precatórias para penhora de bens deste em comarcas distintas e em ambos for argüido exclusivamente acerca de vícios da penhora, da avaliação, alienação ou de outra etapa da expropriação processada exclusivamente nessas comarcas<sup>25</sup>.

Cumprido salientar, outrossim, que não se pode tomar como *numerus clausus* as hipóte-

18 Revista do Superior Tribunal de Justiça n. 6/419.

19 STJ, Ag. 41910, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 21.10.93, DJU 05.11.93.

20 Op. cit., p. 953. No mesmo sentido José Alonso Beltrame (In: Dos embargos do devedor, p. 35). Sobre esta questão, contudo, também houve controvérsia entre Frederico Marques e Restifre Neto, cada qual com argumentos relevantes.

21 STJ, 4ª Turma, Resp. 38201-PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 26.09.94, DJU 31.10.94, p. 29503.

22 ASSIS, op. cit. p. 946.

23 Op. cit., p. 953.

24 Frente a redação anterior Pontes de Miranda sustentava que havendo mais de uma penhora em juízos diferentes, os embargos do devedor teriam de ser em duas ações distintas uma perante cada juízo em que houve penhora (In: Comentários ao código de processo civil, tomo 11, p. 197).

25 No caso de ser necessário a constrição de vários bens em diversas comarcas, o mestre Araken não admitia a interposição de vários embargos, sendo nesse caso competente o juízo deprecante (op. cit., p. 957). No mesmo sentido, Carlos A. Carmona (op. cit., p. 763).

ses referidas na redação do artigo em questão: *vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens*. Além destas hipóteses qualquer questionamento exclusivo relativo a outro ato de expropriação ou outra eventual decisão típica do juízo deprecado tem o condão de conduzir a competência de julgamento para este.

Merece exame a dicotomia e independência de tratamento conferida pela atual redação do artigo 747 quanto à designação do juízo em que serão *oferecidos* os embargos e à designação do juízo em que serão *julgados* os embargos. Parecendo que a alteração do artigo 747 conferiu “competência” para *oferecimento* dos embargos distinta e autônoma da “competência” para *julgamento*.

A leitura atenta da atual redação do aludido artigo leva a crer que efetivamente se está estabelecendo uma faculdade de opção de foro de *ajuizamento* dos embargos, à critério do executado, atendendo uma maior comodidade deste, o que pressupõe uma remessa dos embargos ofertados pelo juízo em que são distribuídos ao juízo que vai processá-los e julgá-los.

Veja-se também que o artigo 20 da Lei das Execuções Fiscais já previa essa remessa de um juízo ao outro: *“Na execução por carta, os embargos do executado serão oferecidos no juízo deprecado, que os remeterá ao juízo deprecante, para instrução e julgamento”*. E nos Estados que operam sistemas de protocolo “estadual”, as partes têm a faculdade de protocolar em comarcas distintas petições a serem enviadas e juntadas em feitos que tramitam em outras comarcas do mesmo Estado.

Mas afinal de contas, quais são os limites de tal faculdade, se é que ela efetivamente existe.

Poder-se-ia entender que a expressão “ou” utilizada no aludido artigo para efeitos de *oferecimento* dos embargos não seja uma faculdade do embargante e esteja condicionada à definição do juízo “competente” para *julgamento*. Ou seja, o embargante não se encontraria diante de uma opção de, a seu talante, ajuizar em um ou em outro juízo os embargos, mas sim a definição do juízo apto ao oferecimento se daria de acordo com a competência para julgamento destes. Em última análise, ficaria o embargante condicionado e vinculado à competência pela matéria tanto para o julgamento como para o oferecimento dos embargos.

Em conforto a esse entendimento haveria a constatação de que se enquadraria melhor à sistemática processual nacional a não desvinculação entre uma “competência” para “recebimento” e outra para “julgamento”, pois a definição da competência para julgamento, a princípio, de acordo com nosso sistema está a definir automaticamente a “competência” para o ajuizamento<sup>26</sup>.

Outro aspecto que poderia prestigiar esse entendimento é que se a expressão “ou” conferisse faculdade de escolha ao puro talante do executado, poderia haver duplicidade na distribuição. Sim porque se o executado escolhesse apresentar embargos no juízo deprecado, teria de ali promover a distribuição da ação de embargos, com pagamento de custas, etc e se a competência para julgá-la fosse do juízo deprecante, então teria de haver remessa dos embargos apresentados pelo juízo deprecado ao deprecante, com nova distribuição dos embargos no Juízo deprecante? Ou se não houvesse nova distribuição uma unidade da federação perceberia custas e a outra é que arcaria com a prestação jurisdicional em equivocada forma de custeio? Se o Juízo para oferecimento dos embargos seguisse sempre o “competente” para julgá-los tal problemática jamais ocorreria.

Outro argumento em favor de tal hermenêutica que também impressiona é que na hipótese dos embargos tratarem apenas de vícios e defeitos da penhora, estes poderiam ser oferecidos no juízo deprecante e após teriam de ser remetidos por este juízo ao deprecado, em procedimento inverso do previsto na Lei de Execuções Fiscais e de certa forma paradoxal.

Mas mesmo considerando os argumentos acima, salvo melhor juízo, não nos parece correta a exegese antes esposada. A novel redação do artigo 747 do CPC revela que a lei está efetivamente a estabelecer uma exceção em que há opção à critério do executado de ajuizar os embargos em um ou outro juízo, seja qual for a matéria que tratem. É tão clara a redação que nesse caso uma interpretação adaptativa que negasse o conteúdo do texto seria temerária, rompendo com a própria segurança jurídica da vinculação do sistema às suas fontes. Identifica-se aqui uma exceção, que realmente destoa. Mas tentar evitá-la ou tentar interpretá-la como se não existisse seria franco equívoco.

26 Ao adotar a tese de Amílcar de Castro frente à regra anterior, o STF exigia que os embargos fossem oferecidos sempre no mesmo juízo em que seriam julgados (2ª Turma, RE nº 87.227, julgado em 19.08.77), vide citação de Roberto Rosas, *Ajuris* 12/113.

A nosso ver também não há que se falar haver uma desvinculação entre “competência” para *oferecimento* e outra para *julgamento*. A competência efetivamente é uma e está com o juízo que profere o julgamento. Entre o juízo deprecente e deprecado não há prorrogação de competência, apenas pedido de colaboração para prática de determinados atos, entre os quais se inclui o envio para ulterior processamento e julgamento dos embargos interpostos. O mesmo, aliás, que já ocorre em nosso sistema processual nas execuções fiscais.

Quanto a dificuldade de se entender como se processa na prática forense a *distribuição* dos embargos, esta, a nosso ver, não pode ser desvinculada do *oferecimento* dos embargos e ocorrerá simultaneamente a este. Do contrário, não haveria oferecimento regular da ação de embargos, que relembre-se é uma *ação* a ser ajuizada. A política de custas judiciárias é que terá de se adequar ao fenômeno da distribuição ocorrer em um juízo e o processamento e julgamento em outro. Deverão se desenvolver políticas administrativas de compensações entre as unidades das federações.

Não se poderia também entender que ao serem enviados os embargos do juízo em que foram oferecidos ao juízo competente para julgá-los deveria o embargante pagar novas custas de distribuição, lançando-se este ônus ao embargante. Tal só pode ocorrer quando fosse julgado incompetente o juízo, quando aí sim, face ao equívoco imputado à própria parte, deve ser feita nova distribuição. Mas isto não é o que ocorre na situação ora em foco quando há uma faculdade legal para apresentação dos embargos em um ou outro juízo. Não há dúvidas que a teleologia da regra em foco foi facilitar a vida do embargante.

De outro lado, o envio dos embargos do juízo deprecente ao deprecado embora possa gerar certa estranheza também não conflita irremediavelmente com qualquer princípio ou regra de cunho superior.

Esse é o entendimento de Dinamarco<sup>27</sup>, para quem a alteração legislativa teria visado agilizar e facilitar a defesa do executado, permitindo-lhe que deduza os embargos perante o juízo que lhe seja mais conveniente. Se a competência dos embargos não for do Juiz perante o qual os embargos foram apresentados, este simplesmente os remeterá para o juízo competente, sendo que o juízo competente para julgar é o competente para processar.

No mesmo sentido se posiciona Araken de Assis, para quem a expressão “ou” contida na novel redação do art. 747 é no sentido de permitir mesmo que possa ser em um ou outro juízo a opção do executado: “*Quer dizer, se o embargante oferecer os embargos no juízo deprecado, e a competência para julgá-los for do deprecente, aquele remeterá os autos a este, e vice-versa, competindo ao juízo competente admiti-los e processá-los.*”<sup>28</sup>

Por fim, seria até desnecessário dizer que só a prática e a vivência forense destes novos dispositivos frente todas as impensáveis variedades de situações fáticas é que virão por determinar a melhor hermenêutica com a adaptação sistemática das normas em foco (ainda assim, sempre provisória e aberta pela própria natureza de nosso sistema jurídico). O presente estudo, feito antes de serem *testadas* as novas alterações, representa um esforço especulativo, um primeiro passo no levantamento de questões e na busca da melhor doutrina. ■

## referências bibliográficas

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. O registro da penhora e a reforma do CPC. In: \_\_\_\_\_ **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ARMELIN, Donaldo. O processo de execução e a reforma do código de processo civil. In: BERNUDES, Sergio. **Reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BELTRAME, José Alonso. **Dos embargos do devedor**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
- BENETI, Sidnei Agostinho. A reforma processual alemã de 1976 e a interpretação da reforma do código de processo civil brasileiro. In: BERNUDES, Sergio. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BERNUDES, Sérgio. **A reforma do código de processo civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

27 Op. cit., p. 260.

28 Op. cit., p. 957.

- CARNEIRO, Athos Gusmão. Questões controvertidas no novo código de processo civil, **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, n. 7, [19—].
- CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974. v.7.
- CARMONA, Carlos Alberto. O processo de execução depois da reforma. In: BERMUDES, Sergio. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- COSTA, Moacir Lobo da. Registro da penhora de imóvel. In: BERMUDES, Sergio. **Reforma do código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CUNHA, Jarbas Fernandes da. Competência para julgamento dos embargos do devedor na execução por carta. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 3, [19—].
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **A reforma do código de processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- LIMA, Jesus Costa. **Comentários às súmulas do STJ**. 2. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 1992.
- MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. t.11.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v.2.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- NEVES, Celso. **Comentários ao código de processo civil**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- PACHECO, José da Silva. **Tratado das execuções, processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1975.
- ROSAS, Roberto. Execução por carta. Embargos. Juízo Competente. **Revista de Processo**, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, [19—].
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de execução**. 3. ed. São Paulo: LEUD, 1976.
- TUCCI, José Rogério Cruz e. **Processo civil, realidade e justiça**. São Paulo: Saraiva, 1994.



# A PROTEÇÃO DA PESSOA HUMANA E A RESPONSABILIDADE CIVIL

Jurandir Sebastião\*

## sumário

1. Conceitos gerais
2. Critérios e normas do Direito Positivo
3. Legislações pertinentes
4. Conclusão
5. Referências bibliográficas.

## RESUMO

Destina-se este artigo a dar ao leitor uma visão holística do Homem e o seu relacionamento, na vida social, investigando-o à reflexão ética, com vistas à singularidades individuais e, pela ótica do Estado, à análise do racismo e do preconceito social acentuando a indispensabilidade da preservação da biodiversidade e do equilíbrio ecológico e, por fim, as novas leis de proteção do ser humano como principal alvo do Estado no presente e no futuro. A proteção da pessoa humana e a Responsabilidade Civil.

## 1 CONCEITOS GERAIS

Ao estabelecer regras de convívio social por meio de leis (natureza abstrata) e seqüente assentamento judicial dos conflitos (natureza concreta), a Ciência do Direito tem por finalidade assegurar o prosseguimento da raça humana, como um todo, aprovando valores, impondo condutas ou limitando a liberdade. As normas pré-estabelecidas tanto se destinam à proteção do ser humano individualmente considerado, como à defesa dos interesses coletivos e difusos, com imediata repercussão no presente e, também, para preservação dos mesmos valores no futuro.

Assim, o que se vê, de um lado, são as regras e princípios de proteção da pessoa humana, de pronta atuação e reflexo no presente momento histórico, destinados a manter a inteireza corpórea, com vitalidade física plena e a integridade do universo psíquico individual, assim como

seus interesses materiais e, de outro lado, são as regras e princípios destinados a assegurar as condições materiais de continuidade da humanidade em nosso planeta, com vistas à mesma proteção integral da pessoa humana, no futuro.

Uma coisa está interligada à outra, necessariamente, a exigir ampla reflexão, envolvendo uma visão holística humana e também uma visão ecológica.<sup>1</sup> Ambas as preocupações, têm por objetivo a preservação da biodiversidade, tanto da vida animal como da vegetal, porque delas o homem é dependente para sobreviver. Por isso, as intervenções técnico-científico-genéticas, animal ou vegetal, antes de serem praticadas devem passar por rigorosos processos de pesquisa técnica e de prévia aprovação ética, para que a vida, tal como a entendemos, não corra perigo de extinção.

Em relação à vida social e do ponto de vista filosófico, tanto é necessário prevenir-se contra o racismo como contra o preconceito, para assegurar a igualdade de oportunidades, quanto, em

\* **Jurandir Sebastião**, Advogado, Juiz de Direito, Professor da Universidade de Uberaba

1 No artigo intitulado "*Reflexões Ecológico-Jurídicas Sobre o Biodireito*", escreve Reinaldo Pereira e Silva: "...A reflexão representa para o homem um "avanço radical" em relação a toda forma de vida antecedente. É bem verdade que o animal sabe, mas, com certeza, "não sabe que sabe". O homem não é apenas diferente dos outros animais, mas outro. Não se trata de simples mudança de grau, mas mudança de natureza. (...) O relevo na consistência *ecológico-jurídica* da consciência humana e em seu intrínseco valor, como recorte temático, não pretende repetir o freqüente erro dos reducionismos positivistas, de modo que a natureza da reflexão a se desenvolver em seguida seja essencialmente hologramática, isto é, que não apenas a parte esteja no todo, mas que também o todo esteja em cada parte reflexiva". Nesse ponto, em nota de rodapé, transcreve lição candente de Fritjof Capra (*A teia da vida*, Ed. Cultrix, SP, 1999, p. 25), onde a visão ecológica é mais abrangente que a visão holística, *in verbis*: "... uma visão *holística*, por exemplo, de uma bicicleta significa ver a bicicleta como um todo funcional e compreender, em conformidade com isso, as interdependências das suas partes. Uma visão *ecológica* da bicicleta inclui isso, mas acrescenta-lhe a percepção de como a bicicleta está encaixada no seu ambiente – de onde vêm as matérias-primas que entram nela, como foi fabricada, como seu uso afeta o meio ambiente natural e a comunidade pela qual ela é usada, e assim por diante. Essa distinção entre "holístico" e "ecológico" é ainda mais importante quando se fala sobre sistemas vivos, para os quais as conexões com o meio ambiente são muito mais vitais". *In*, Revista dos Tribunais, 791, págs. 91/106.

contrário e concomitantemente, devemos respeitar as individualidades e respectivas raças, com suas singularidades, com vistas à criatividade e às artes de forma geral, ao senso de estética e de humor, às expressões de alegria e às atividades de lazer. Daí, para que isso ocorra, não somente devemos afastar o racismo e o preconceito, como devemos assegurar, o máximo possível, as liberdades individuais.

Racismo é a falsa hierarquia de um grupo racial em relação a outro. Preconceito é o juízo de valor (sentimento) favorável ou desfavorável sem o prévio exame crítico, dentro do mesmo grupo racial ou fora dele. Pelo ângulo de convívio humano, o preconceito é mais amplo e mais prejudicial que o racismo. Não podemos esquecer que o racismo e o preconceito (falsos valores sociais) se constituem em condutas de mão dupla, ou seja, dependem de quem seja maioria ou detenha maior poder – fatores mutáveis que podem se inverter no tempo e no lugar. Assim, hoje ou amanhã, aqui ou ali, qualquer um de nós pode estar sujeito a ser injustamente discriminado pelo racismo ou pelo preconceito. Por isso, cumpre a todos nós exercitar o banimento dessas condutas, para prevalência apenas dos legítimos valores sociais (de utilidade material, afetiva ou artística para o grupo) quando se examina, identifica, valora ou classifica o próximo.

Bem examinada, cada pessoa humana se constitui numa singularidade. Ninguém é absolutamente igual ao próximo, mesmo se tratando de gêmeos univitelinos e criados na mesma família. Cada ser humano é diferente um do outro em capacidade e em necessidade. Daí a imperiosa compreensão de que o princípio da igualdade é jurídico (perante a lei), destinado às oportunidades sociais (sobrevivência digna), tal como consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948) e em nossa Constituição Federal de 1946 (para não retroagir às anteriores), de 1967/69 e de 1988.

A singularidade não é um valor social. É apenas a diferença entre uma pessoa e as demais que compõem o mesmo grupo. Ou seja, é uma característica individual. É exatamente nisso que reside a beleza da raça humana e os mistérios da própria vida. Em termos de valores humanos, “é preciso cultivar a diferença e não a indiferença”. O homem social não deve ser classificado e nem valorado pela raça ou tipo físico. Pouco importa essas singularidades. O que deve impedir como diretriz é o valor-utilidade ao grupo

social onde se insere. É com vistas a esse valor-utilidade que decorre a importância pessoal de cada um de nós, como contribuição ao bem comum. Essa contribuição tanto pode ser de beleza, como de coragem, de destreza e vigor físico, de inteligência, de pacifismo, de afetividade, de altruísmo, de firmeza de caráter, de senso de humor, de criação artística, de criação de riquezas materiais como coordenação e espírito de empreendimento para provisão econômica, de pendor filosófico, de espírito inventivo ou de investigação científica, de capacidade de observação sociológica, reflexão e advertências, de liderança social, de segurança pública, etc.

A singularidade humana, grosso modo, pode ser: 1) - morfológica traços e características físicas visuais: estatura; tipo de corpo; cor de pele; formato do crânio e rosto; tipo e cor de olhos; tipo de nariz e lábios; tipo e cor de cabelos, etc; 2) - psíquica conduta da pessoa natural: pacífica ou agressiva; abúlica ou possessiva; medrosa ou corajosa; introvertida ou extrovertida; eremita ou sociável; cética ou convicta; egoísta ou desprendida, etc; 3) - cultural hábitos pessoais desenvolvidos e aprovados no meio social: espírito de liderança; convicção política partidária ou apenas coletiva, ceticismo ou crença religiosa com moderação ou com fanatismo, pendor filosófico ou investigativo-científico desenvolvido, etc). Evidentemente que as modalidades acima coexistem na mesma pessoa, concomitantemente. Podem até, pela predominância de determinados caracteres no mesmo grupo, ser um dos elementos de identificação da origem geográfica. De qualquer modo, os valores culturais acentuam ou suavizam as características individuais psíquicas, e ambos sofrem influência da condição física interna do ser humano (doenças ou anomalias endócrinas, disfunções, capacidade de memória e de raciocínio, etc).

Mesmo quando as características morfológicas e/ou culturais são predominantes num grupo, lugar e tempo histórico, definindo uma etnia (característica predominante do grupo), é preciso assegurar a tolerância ao diferente, ou seja, respeitar a singularidade do próximo ou do estranho (criança, jovem ou idoso, atleta ou tetraplégico, estrangeiro, branco, negro, mestiço, anão, gigante, índio, esquimó, surdo-mudo, árabe, judeu, ateu, poeta, pintor, comunista, capitalista, etc). O sentimento de xenofobia que carrega consigo o preconceito de “melhor”, apesar de natural (porque decorrente do temor ao diferente, ameaçando a

sobrevivência ou o espaço individual), é primitivo e deve ceder lugar à tolerância (melhor se com altruísmo), para os produtivos intercâmbios culturais, técnicos e econômicos, com vistas à melhoria da qualidade de vida e ao inexorável avanço da civilização (progresso). Não obstante, é legítima a defesa do espaço vital social, mantendo fronteiras e limites territoriais para preservação dos valores culturais ou do mercado de trabalho (sobrevivência material dentro das regras de competição do grupo, país ou nação). Logo, essa xenofobia não deve e nem pode ser exercitada, exceto em caráter de “legítima defesa” temporária, mesmo porque nenhum grupo, país ou nação sobrevive isoladamente.

Como regra, o ser humano não pode ser objeto de comércio, nem de experiências científicas aleatórias<sup>2</sup>, e a pessoa deficiente ou incapaz há de receber tratamento tutelar diferenciado proporcional à incapacidade ou à deficiência. Em não sendo deficiente, nem incapaz, a igualdade de tratamento jurídico, com vistas às oportunidades de realização pessoal, se impõe como estímulo à sadia competição social, premiando a competência e as singularidades positivas (aquelas que despontam em prol dos interesses da comunidade onde se inserem, ou seja, o valor-utilidade para o grupo social). Tutelar o incapaz ou deficiente, proporcionalmente, não pode se converter em indiscriminada proteção ao diferente. O diferente merece respeito tal como é, com aprovação ou reprovação pelo ângulo de valor-utilidade social. Até porque eventual proteção ao diferente (exceto nos casos de incapacidade ou deficiência pessoal) poderá se transformar em prática de preconceito e/ou afronta ao princípio da igualdade, como tratamento jurídico.

Pelo ângulo do Estado em relação ao administrado, da mesma forma que as diversidades animal e vegetal devem ser preservadas, as sin-

gularidades humanas devem ser respeitadas. Contudo, não se pode confundir singularidade com conduta individual nociva aos interesses coletivos. Muito menos, confundir dignidade da pessoa humana (relativamente aos princípios de respeito à igualdade de oportunidades) com homogeneização da pessoa humana, quer pela imposição de miscigenação absoluta, quer pela cópia de um determinado padrão de pessoa humana como modelo (clonagem).

Pelo ângulo do equilíbrio ecológico, não se pode esquecer que até a proliferação desordenada e ilimitada da raça humana, acentuada pela crescente longevidade de cada pessoa humana no curso do tempo, poderá trazer desastrosas conseqüências de superpopulação global em longo prazo, já que o planeta Terra é limitado como habitat físico e como fonte de recursos essenciais à vida humana. Igual preocupação devem merecer as questões voltadas para o equilíbrio climático global e para os recursos naturais. Só para registrar, em termos de proporção dos seres vivos, enquanto as demais espécies animais diminuem no curso do tempo, a população mundial de seres humanos que era de 1 bilhão em 1800; de 2 bilhões em 1925; de 3 bilhões em 1960, atingiu 6,1 bilhões em 2001. A expectativa é de 7,2 bilhões para 2015<sup>3</sup>.

Pelo ângulo social, de forma geral, a população rica vem crescendo na ordem aritmética enquanto que a população pobre cresce na ordem geométrica, já que as riquezas não se multiplicam automaticamente<sup>4</sup> - apenas mudam de mãos, principalmente pelo direito sucessório. Ao Governo de cada país cabe estabelecer políticas de conscientização do povo e de incentivo ao auto planejamento familiar, bem como à tecnologia disponível e exercitada cabe, passo a passo, resolver, sanar ou remediar tais preocupações de equilíbrio, em especial assegurar os meios de alimentação igualitária a todos os po-

2 Sobre o advento da *reflexão bioética*, colhe-se de *Reinaldo Pereira e Silva*, no mesmo artigo mencionado: “... Para os propósitos deste breve histórico, a tomada de consciência da sociedade sobre a necessidade da reatualização da ética da vida humana se delinea no término da primeira metade do século XX, quando a opinião pública mundial teve conhecimento das intervenções desumanas de médicos e de pesquisadores alemães durante o regime nazista. Este é então o marco da protobioética. Não se deve esquecer que, no final do século XIX e início do século XX, foi a medicina alemã que proporcionou o modelo para a medicina moderna, relacionando a efetividade de seus implementos à experimentação envolvendo seres humanos. Conforme já dito, com o julgamento de Nuremberg, em 1945, finda a Segunda Guerra, a opinião pública mundial teve conhecimento dos abusos contra a humanidade realizados em nome da ciência e da tecnologia nos campos de concentração de prisioneiros. Daí em diante, ao invés da prudência como norte, o ritmo do desenvolvimento tecnocientífico se tornou bastante célere. Ao invés da maior ponderação entre meios e fins, criou-se uma desarmonia alarmante entre os novos implementos tecnocientíficos e os interesses do homem em situação de vulnerabilidade. Perplexidades, dilemas, angústias. Na verdade, os problemas éticos do século XX, a justificar o advento da reflexão biótica, surgem desde o momento em que a medicina, então centrada no cuidado para com o paciente, se envolve visceralmente com a tecnologia biomédica, isto é, com a cura como conhecimento aplicado.”

3 Almanaque Abril 2002. v. mundo - item população, p. 73

4 O jornalista Luiz Weis, no excelente artigo denominado “A Esquerda e a Barbárie”, publicado na edição do dia 13.02.2002, do jornal O Estado de São Paulo, escreve: “...Em algum momento da segunda metade do século 20, criaram-se os meios materiais capazes de eliminar da face da Terra a penúria e o seu séquito de horrores – a desnutrição, as epidemias, a ignorância e o embrutecimento. E, daí a violência étnica, a intolerância religiosa, a opressão da mulher, a selvageria das megalópoles. A rigor, a barbárie é mais. É o crescimento explosivo da desigualdade. Em menos de 40 anos, a diferença de renda entre os 10% mais ricos e os 10% mais pobres do planeta aumentou de 33 para 86 vezes”.

vos e até, por fim, disponibilizar, no futuro e se necessário, opções de vida no espaço sideral.

A tecnologia, de modo geral, está disponível a todos. Depende apenas das possibilidades materiais de acessibilidade – o que é desigual entre os povos. E, infelizmente, o uso da tecnologia nem sempre é caracterizado pela necessária preocupação ética. Por isso, quando se trata de atividade técnica que possa pôr em perigo a humanidade (energia nuclear, armas biológicas, modificação genética, clonagem, etc), cabe ao Estado, na medida de seu efetivo Poder, direcionar e fiscalizar seu desenvolvimento e aplicação.

Por outro lado, independentemente da tecnologia (e muito pior quando utilizada sem ética), o homem agrupado (sindicatos, quadrilhas, torcidas organizadas e fanáticas, seitas, etc) é suscetível de lideranças tanto benéficas como nocivas, de ação corporativa ou meramente ideológica, ou apenas fisicamente descontroladas, criminosas ou tão-somente inconseqüentes. Diante dessa realidade, de forma preventiva, o Poder Público deve estar aparelhado para defender e preservar a ordem social, restringindo as liberdades, como exceção e no limite da necessidade. Mesmo porque segurança pública (prerrogativa e dever do Estado) é forma única e indispensável de proteção do cidadão, para a sobrevivência individual.

Tais fatos e preocupações devem ser objeto de minuciosas análises e prudentes estratégias de governo, por tantos quantos tenham veleidade ou vocação estadista. No curso do tempo, a instituição “Estado” se consolidou para proteção do homem social, ou melhor, das minorias. Evidentemente e por óbvio, o homem, enquanto cidadão, deve cumprir os seus “deveres” de cidadania para, em contra-partida e concomitantemente, desfrutar dos “haveres” de proteção e de participação social (direitos). Em resumo, pela razão teleológica do Estado, para cada ser humano que nasce (melhor se bem sucedido - boa gestação e assistência pré-natal adequada), devem ser assegurados, individualmente e além da participação social, saúde, educação, emprego e lazer.

## 2

### CRITÉRIOS E NORMAS DO DIREITO POSITIVO

Como regra geral, com vistas à conduta individual isolada ou em grupo e seus reflexos na vida social, nosso Direito Positivo assenta-se na Teoria da Responsabilidade Subjetiva, ou seja, no princípio pelo qual todos são responsáveis pelos atos praticados ou pela omissão ocorrida, sob o pressuposto de consciência e de volição na conduta adotada e, por conseqüência, assunção de seus resultados ou riscos. Por isso, a conduta humana imputável, dolosa ou culposa, ferindo interesses de alguém ou da coletividade, gera conseqüências civis e/ou penais.

Por esta razão, a ofensa direta ou indireta à pessoa humana e/aos seus bens e direitos poderá acarretar punição penal (se tipificado – interesse público) ou ressarcimento civil (se ocorrer dano material ou imaterial – interesse privado), ou ambos. Para os efeitos de responsabilidade civil, o fundamento básico ainda é o artigo 159 do CC/1916, cujo conteúdo está ampliado e melhor redigido nos artigos 186 e 187, complementado pelos artigos 927/943, do novo Código Civil (a vigorar a partir de janeiro de 2003). E a agressão ao meio ambiente resultará em punição pessoal (art. 270 e seguintes do CP, e Leis nº 4.771/65, 6.938/81, 7.347/85, 7.643/87, 7.679/88, entre outras) e patrimonial (multas e indenizações) por parte do Poder Público contra o agente direto e indireto, ou apenas restrição de uso ou cassação administrativa da atividade até então autorizada (interesse público).

No tocante à responsabilidade civil, além do dolo e da culpa em sentido estrito (que sustentam a Teoria Subjetiva), o nosso sistema legal também adota, como exceção,<sup>5</sup> o princípio da responsabilidade objetiva, assentada na Teoria do Risco<sup>6</sup>, para proteção da pessoa humana

5 O ilustre mestre e Magistrado Paulista, Rui Stoco, sobre o tema responsabilidade *objetiva* em razão da *teoria do risco*, após registrar a posição de inúmeros doutrinadores nacionais e estrangeiros, escreve: “*Comporta admitir que, inobstante o grande entusiasmo que a teoria do risco despertou, o certo é que não chegou a substituir a da culpa nos sistemas jurídicos de maior expressão e nem poderia assim ser.*” In, Tratado de Responsabilidade Civil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 110.

6 O insigne professor e Desembargador do TJRJ, Sergio Cavalieri Filho, no capítulo Responsabilidade Extracontratual Objetiva, descreve as modalidades *risco proveito*, *risco profissional*, *risco excepcional*, *risco criado* e *risco integral*, todas a justificar a teoria da responsabilidade objetiva, de igual valor jurídico mas com propriedade de linguagem em razão dos fatos sociais que lhes dão origem. E no capítulo Responsabilidade da Administração Pública, faz distinção entre *Risco Administrativo* e *Risco Integral*, acentuando que neste a obrigação de indenizar ocorre mesmo nos casos de *culpa exclusiva* da própria vítima, *fato de terceiro*, *caso fortuito* e *força maior*, enquanto que naquele é possível o afastamento da responsabilidade mediante prova de inexistência da relação de causa e efeito. In, Programa de Responsabilidade Civil, 2. ed. São Paulo: Malheiros, n. 43.6 e 43.7, p. 143-146 e 161-162.

no que diz respeito aos seus interesses pessoais e materiais imediatos (no presente).<sup>7</sup>

Pela teoria de responsabilidade objetiva, prioriza-se a reparação à vítima, colocando em segundo plano a pesquisa sobre a conduta moral do agente, causador direto ou indireto do dano. Com esse modo de enfrentar o conflito, ora a culpa é presumida (invertendo-se o ônus da prova), ora despreza-se a pesquisa de culpa,<sup>8</sup> também denominada responsabilidade “sem culpa” (expressão imprópria, a ver, posto que não se trata de responsabilidade “sem” culpa, mas sim, de “desprezo” à pesquisa do elemento subjetivo - consciência, moralidade e imputabilidade que sustentam a teoria da culpa - ou com irrelevância desse aspecto, para alcançar, inclusive, os incapazes (art. 928-CC/2002).

Para a primeira modalidade (presunção de culpa), é necessário previsão legal ou situação fática onde a vítima não tenha como se defender. A segunda modalidade (independentemente de apuração de culpa) somente tem aplicação onde houver previsão legal.

Com vistas às relações de consumo, historicamente, tanto a necessidade de inversão do ônus da prova (culpa presumida), como o de desprezo à pesquisa de culpa (responsabilidade “sem” culpa), têm origem nos fatos sociais decorrentes da concentração urbana e do desenvolvimento industrial, impulsionado com o advento da máquina a vapor. No curso da civiliza-

ção, pouco importa qual deles deu causa ao outro. Trata-se de interação social progressiva, de mão dupla e indissolúvel (um provoca o outro e vice-versa), desembocando na denominada sociedade de consumo. Por decorrência, quer para atender à demanda de consumo (senso de empreendimento - ângulo de interesse privado), quer pela necessidade de prover a subsistência material humana (in tervenção econômica - ângulo de interesse público) a produção de bens e de serviços passou a ser padronizada, automatizada e em grande escala. Nesse quadro, o homem, isoladamente considerado, passou a ser, cada vez mais, apenas um número estatístico e sem meios de exercer opções ou de se defender (característica da sociedade de consumo). Nessa nova realidade, para solução dos conflitos sociais individuais, ficou evidente, de um lado, a dificuldade ou impossibilidade de a vítima fazer prova da culpa do causador do dano (na complexa e ágil vida social moderna)<sup>9</sup>, <sup>10</sup> e, de outro, a necessidade de se proteger o cidadão comum (presa fácil na mesma complexa e ágil vida social moderna, que passou a se caracterizar como sociedade de consumo).

Dessas premissas (que são verdadeiras) à concepção da Teoria do Risco, para justificar o dever de indenizar sem questionar-se a conduta volitiva do causador, foi simples constatação da necessidade de se proteger o homem social. A primeira solução jurídica encontrada foi a de inverter o ônus da prova<sup>11</sup> para definição judicial

- 7 Wilson Melo da Silva, ao analisar os fundamentos do conceito clássico da culpa, escreve: “... O homem seria livre na expansão de suas atividade física, intelectual e moral, a todos se impondo a obrigação do respeito à livre expansão dessas atividades individuais, que só encontrariam óbices ali onde tivesse início a liberdade alheia. O corolário lógico disso seria que, do ponto de vista moral, apenas pelos atos voluntários, conscientes, responderia o cidadão, muito embora de seus atos involuntários prejuízos pudessem também resultar. Os atos do homem, quando não determinados por uma vontade consciente, equiparar-se-iam aos fatos do acaso, da força cega, deixando de obrigar aquele que, deles, tivesse sido a causa eficiente ou necessária. Assim, pelos postulados da doutrina individualista do direito, soberanamente se imporia, na sua esfera, a vontade individual. E em torno dessa vontade livre do homem livre, senhor de seus atos, gravitariam normas de proteção jurídica”. Prossegue alhures: “...A corrente individualista, que parecia já haver produzido todos aqueles efeitos que, política e historicamente, talvez a justificassem em um momento dado, já não mais podia sustentar-se. Fora doutrina por demais fantasista, divorciada da realidade, para que pudesse viver por mais tempo a vida faustosa de outrora”. In, *Responsabilidade sem culpa*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 9-10.
- 8 O insigne Mestre e Juiz do Tribunal de Alcáda de São Paulo, Carlos Roberto Gonçalves, fazendo remissão às lições de Agostinho Alvim, escreve: “A lei impõe, entretanto, a certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isso acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou “objetiva”, porque prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Esta teoria, dita objetiva, ou do risco, tem como postulado que todo dano é indenizável, e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente de culpa. Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível. Quando a culpa é presumida, inverte-se o ônus da prova. O autor da ação só precisa provar a ação ou omissão e o dano resultante da conduta do réu, porque sua culpa já é presumida. É o caso, por exemplo, previsto no art. 1.527 do Código Civil, que presume a culpa do dono do animal que venha a causar dano a outrem. Mas facultar-lhe a prova das excludentes ali mencionadas, com inversão do *onus probandi*. Se o réu não provar a existência de alguma excludente, será considerado culpado, porque sua culpa é presumida. Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as hipóteses de responsabilidade independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.” – In, *Responsabilidade Civil*, 6. ed. Saraiva, p. 18.
- 9 O insigne professor e Juiz do Tribunal de Alcáda de São Paulo, Luiz Antonio Rizzatto Nunes, após narrar, com brilho, o desenvolvimento social e a necessidade de melhor proteção ao consumidor, acentua que a responsabilidade objetiva importa no desprezo de qualquer discussão sobre culpa. In *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor* (Direito Material), pág. 150, item nº 2.7, Ed. Saraiva, 2000. Os mesmos elementos também se encontram no excelente artigo de sua lavra, intitulado “Aplicação do CDC nos Contratos de Leasing”, publicado na Revista *Meio Jurídico*, ano IV, nº 46, junho de 2001, p. 18-26.
- 10 Também nesse sentido escreve Wilson Rodrigues Alves, forte nas lições de Georges Ripert e nas de Alvinio Lima, na erudita obra *Responsabilidade Civil do Estado*, Ed. Bookseller, 2001, Tomo I, p. 45-54, asseverando que a responsabilidade objetiva dispensa pesquisa de culpa e não se confunde com *presunção de culpa*.
- 11 Nesse sentido é a lição de Rui Stoco, citando Alvinio Lima, no item *Responsabilidade Objetiva*. Obra citada, n. 12.01/12.02, p. 107-110.

dos conflitos individuais. A segunda, foi a de afastar<sup>12</sup> ou desprezar o elemento subjetivo (moral) da conduta do causador, alcançando, inclusive, o incapaz, para pronta satisfação jurídica à vítima do dano injusto.

Desprezar o elemento subjetivo para acerto jurídico e composição do dano, não significa afirmar inexistência de conduta reprovável socialmente. O dano não nasce do acaso. Não é um resultado aleatório. É sempre fruto de uma falha humana nos deveres de conduta social. Falha que pode ser omissiva, comissiva ou, ainda, regular conduta pessoal funcional, mas com abuso de poder (que, no fundo, é ação comissiva reprovável). Mesmo quando o dano é resultado de fenômeno da natureza (por exemplo: enchente, raio, terremoto, etc), é preciso examinar se houve omissão por parte de quem tinha o dever de prever e de agir em contrário, a tempo de evitar ou suavizar o dano. Ainda assim, nessa hipótese, continua existindo uma ação humana rerovável.<sup>13</sup>

O fundamento jurídico principal da Teoria do Risco é o princípio de que “quem tem o bônus deve arcar com o ônus”, ou seja, aquele que tira proveito econômico da relação social, relativamente às explorações econômicas, deve suportar os ônus dos riscos inerentes<sup>14</sup>, em especial nas atividades industriais ou comerciais insalubres (agentes nocivos à saúde, a exemplo de exposição à temperatura elevada ou reduzi-

da; contato com material infecto-contagante; manuseio de substâncias tóxicas; lida com animais peçonhentos ou ferozes, etc) e nas perigosas (acentua risco contra a vida, a exemplo de contato ou exposição à energia elétrica, raios X, inflamáveis, explosivos, etc). Esses mesmos riscos também podem ocorrer nas atividades de lazer (podendo prejudicar a saúde, pelas más condições físicas, e, ainda, torná-las perigosas, pela concentração de massa humana suscetível de descontrolar e expondo o cidadão a danos pessoais, ou via utilização de máquinas e equipamentos destinados a criar tensão ou forte emoção, etc).

As atividades que se encaixam na classificação de risco integral são desenvolvidas no interesse predominante do empreendedor (agente privado) ou do Estado<sup>15</sup> (agente público), com adesão automática do consumidor ou administrado. Por isso o risco pelos danos e a obrigação de reparar é daquele que tira maior proveito da atividade e, em caso de dano a alguém, para definição da obrigação de reparar, como dito, ora se aplica o princípio processual da culpa presumida (que importa na inversão do ônus da prova), ora o da responsabilidade sem culpa. Cada qual dessas modalidades de apuração da responsabilidade estão previstas em lei, expressa ou implicitamente.

Na relação social, de forma geral, a adesão do consumidor ou administrado se dá, de um

12 O precursor e incomparável *Alvino Lima*, escreveu em 1938: “Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem-número de casos que a civilização moderna criara ou agravara; imprevidível se tornara, para a solução do problema da responsabilidade extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou de diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação, e não interior e subjetivo, como na imposição da pena”. E prossegue alhures “... A responsabilidade deve surgir exclusivamente do fato, considerando-se a culpa em resquício da confusão primitiva entre a responsabilidade civil e a penal. O que se deve ter em vista é a vítima, assegurando-lhe a reparação do dano e não a idéia de infligir uma pena ao autor do prejuízo causado”. “... A reparação não deve decorrer da culpa, da pesquisa de qualquer elemento moral, verificando-se se o agente agiu bem ou mal, consciente ou inconscientemente, com ou sem diligência; acima dos interesses de ordem individual devem ser colocados os sociais e só consultando estes interesses, e neles se baseando, é que se determinará ou não a necessidade da reparação”. *In, Culpa e Risco*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 117-119.

13 Escreve *José de Aguiar Dias*, citando lições de Louis Josserand a respeito das teorias do *abuso de direito* e da *culpa negativa* (vinculadas ao princípio do *bonus paterfamilias*): “... De caráter nitidamente diverso é a teoria da culpa negativa, que vem a ser a abstenção ou inércia contrária a dever preestabelecido. Aplica-se extensivamente e seu espírito exige do proprietário da coisa suscetível de causar dano a adoção de todos os aperfeiçoamentos sugeridos pela ciência, de forma a restringir, sempre e sempre, as possibilidades desses danos. Se não atende a essa obrigação, se não se põe em dia, a sua responsabilidade emerge da omissão. Exemplos: a estrada de ferro que não coloca nas chaminés de suas locomotivas o dispositivo capaz de reter as fagulhas, para impedir o incêndio das propriedades marginais; o proprietário do prédio que conserva o elevador de tipo antiquado, defeituoso e perigoso, quando deveria substituí-lo pelo tipo mais moderno e mais seguro; o dono de vitrola ou aparelho de rádio que impossibilita a recepção das emissões radiofônicas pelos vizinhos... E, em suma, o regime da multiplicação de faltas”. – *In, Da Responsabilidade Civil*, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, n. 26, v. I p. 71-72.

14 Colhe-se, novamente, de *Alvino Lima*: “... A teoria objetiva, que funda a responsabilidade extracontratual no risco criado pelas múltiplas atividades humanas, foi, sem dúvida, a que fixou as bases da nova concepção da responsabilidade sem culpa, passando do campo doutrinário para o direito positivo”. (...) “Partindo da necessidade da segurança da vítima, que sofreu o dano, sem para ele concorrer, os seus defensores sustentam que “*les faiseurs d’actes*”, nas suas múltiplas atividades, são os criadores de riscos, na busca de proveitos individuais. Se destas atividades colhem os seus autores todos os proveitos, ou pelo menos agem para conseguí-los, é justo e racional que suportem os encargos, que carreguem com os ônus, que respondam pelos riscos disseminados - *Ubi emolumentum, ubi onus*. Não é justo, nem racional, nem tampouco equitativo e humano, que a vítima, que não lhe colhe os proveitos da atividade criadora dos riscos e que para tais riscos não concorre, suporte os azares da atividade alheia”. Obra citada, p. 19.

15 Escreve *Caio Mário da Silva Pereira* que a responsabilidade civil, em nossa Constituição, evoluiu da teoria do *Acidente Administrativo* para a do *Risco Integral*, onde “o Estado responde sempre. O que cabe apurar é se o agente procedeu no exercício de suas funções”. *In, Direito Civil – Alguns Aspectos da sua Evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 155.

lado, por falta de opção diante da inexorabilidade da vida em sociedade de consumo e, de outro, sem que possa se defender no exato momento da eclosão do dano, pela impossibilidade de interferir no quadro fático para obtenção de resultado diverso (a exemplo de passageiro de aeronave, trem e navio, quando em movimento; de doentes internados; de presidiários recolhidos; de incêndio em prédio; de enchentes, de desabamento ou desmoroamento, de multidão que se descontrola, etc).

Não se negue que o homem, na outra ponta dessa relação e isoladamente considerado, é, ao mesmo tempo, beneficiário e destinatário do progresso material, criado pela sociedade de consumo. Mas essa realidade não afasta a responsabilidade maior de quem tira o maior proveito, in casu, o empreendedor ou o Estado. Além do maior proveito tirado, o homem, do outro lado e isoladamente considerado, repita-se, é usado e manobrado pelo empreendedor (quando insensível ou inconsequente) e pelo Estado (quando despótico), como mero dado estatístico. E o inverso é impossível. Daí a justa razão em atribuir ao empreendedor e ao Estado a maior parcela dos deveres de conduta (cautela), fiel ao princípio: “de cada um, de acordo com a sua capacidade”.

Pelo ângulo do consumo, a produção de bens e de serviços em larga escala, automatizada e padronizada é desenvolvida no interesse predominante do empreendedor, criando um risco calculado ou previsto de dano. Por isso, em caso de defeito ou imperfeição da coisa ou do serviço, gerando dano a terceiros, a responsabilidade é do fornecedor, ora pela culpa presumida, ora pela irrelevância da apuração da culpa, porque, ao adotar o sistema de padrão de qualidade, via conferência prévia por amostragem (critério estatístico), assegura garantia ao consumidor. E, além disso, na ordem prática, repita-se, na maioria das situações o consumidor ou administrado não tem como se defender no momento da eclosão do dano.

Até nos casos em que o risco de insucesso é assumido, conscientemente, pelo consumidor ou contratado/executante, a exemplo das atividades esportivas perigosas (corrida de automóveis, de motocicletas e de barcos; lutas marciais; alpinismo; exploração submarina ou polar, etc), e das atividades científicas perigosas (por exemplo, nos tratamentos experimentais em doentes terminais; ou viagens extraterrestres de pesquisa,

com risco de não retorno; nas pesquisas vulcânicas in loco, etc), o princípio processual continua sendo o da culpa presumida e/ou da responsabilidade sem culpa, dependendo da previsão legal. No primeiro caso, cabe ao empreendedor fazer prova de ter tomado todos os cuidados prévios adequados à espécie e exaustivamente. No segundo, cabe ao empreendedor ou administrador público fazer prova da inexistência denexo causal, ou seja, de que o dano não derivou de fato-causa, cuja atividade ou fiscalização é da sua responsabilidade.

No âmbito da responsabilidade objetiva, ao pressuposto de culpa presumida, além dos exames das legitimidades, do nexo causal e do quantum indenizável, o réu pode se eximir da responsabilidade provando a ausência de causalidade ou quaisquer das excludentes da responsabilidade, pela ocorrência de caso fortuito, de força maior, de legítima defesa, de estado de necessidade, de cumprimento de ordem superior hierárquica, de culpa da própria vítima ou de determinante e inafastável fato de terceiro ou ainda, que o dano decorreu do exercício regular de um direito ou por cumprimento de obrigação legal imposta a todos surgimento de lei nova modificando a relação social.

Já no campo da responsabilidade sem culpa, a discussão judicial e o exame da prova limitam-se às legitimidades (ativa e passiva), ao nexo causal e ao dano (comprovação da ocorrência do fato danoso e sua ligação ao réu e o quantum indenizável). A obrigação de reparar é decretada independentemente da apuração da culpa. Despreza-se, repita-se, o elemento moral, subjetivo, relativo à conduta do réu em torno da vontade, da capacidade, da consciência e das cautelas adotadas ou omitidas.<sup>16</sup> O dano injusto ocorrido se desprende de eventual vontade ou culpa do réu, para se tornar o centro da atenção e da decisão judicial, porque esta se satisfaz com a simples comprovação do nexo causal. Para o réu se defender, deverá provar inexistência de nexo causal, ou seja, que não está vinculado à causa do dano, a exemplo de culpa exclusiva da vítima, de força maior invencível, etc.

Além da responsabilidade subjetiva (dolo e/ou culpa) e da responsabilidade objetiva (pelas modalidades de culpa presumida e de responsabilidade sem culpa), ambas exigindo o nexo causal, há, também, para proteção da pessoa humana,

<sup>16</sup> A respeito do fundamento central da *Teoria do Risco*, escreve *Sergio Cavalieri Filho*: “...todo prejuízo deve ser atribuído ao seu autor e reparado por quem o causou, independentemente de ter ou não agido com culpa”. Obra citada, item 38, p. 143.

responsabilidade pelo risco social,<sup>17</sup> com desprezo do nexo causal entre o fato gerador e o dano. Esse amparo social destina-se à proteção dos incapazes, dos hipossuficientes, assim como dos capazes vítimas de lesão pessoal, pelo princípio da solidariedade social e custeado por toda a sociedade, a exemplo da proteção à infância desvalida, do doente incapaz, ao acidentado no trabalho, ainda que decorrente de ato volitivo do próprio obreiro<sup>18</sup>, ao acidentado no trânsito, mesmo por culpa própria na condução do veículo, do amparo à velhice, sem que o beneficiário tenha trabalhado ou contribuído em qualquer oportunidade para sistema de previdência social, do seguro desemprego, mesmo que o obreiro tenha provocado ou pedido demissão, da indenização à vítima de dano nuclear, mesmo com culpa própria, etc. Em todas essas hipóteses, o amparo ou a reposição tarifados (princípio da limitação) são feitos com recursos vinculados: SUS, INSS, em especial em Acidente do Trabalho – artigos n.º 19/21, da Lei n.º 8.213/91, e artigos n.º 138/154, do Decreto n.º 611/92, Seguro contra Acidente no Trânsito, etc, devidamente regulamentados, com vistas aos limites materiais, requisitos e forma de pagamento.

### 3

#### LEGISLAÇÕES PERTINENTES, PRINCIPAIS

##### a) - Constituição Federal:

1) - A Constituição Federal tem por fundamento, ao lado da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político, a dignidade da pessoa humana - art. 1º.

2) – A República Federativa do Brasil rege-se, dentre outros princípios, pela prevalência dos direitos humanos - art. 4º.

3) - Os Direitos Individuais destinam-se à garantia de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade - art. 5º, por meio da:

- proibição de tortura, tratamento desumano ou degradante, inciso III;

- liberdade para manifestação do pensamento, inciso IV, de consciência e de prática de crença religiosa, inciso VI, de expressão intelectual, artística ou científica, inciso IX, e de locomoção, inciso XV;

- inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem, inciso X;

- garantia do direito de propriedade, inciso XXII e de herança, inciso XXX; de ampla defesa mediante o devido processo legal, incisos LIV e LV, e presunção de inocência, inciso LVII;

- repressão à prática do racismo, inciso XLII.

4) - Os Direitos Sociais destinam-se a assegurar à pessoa humana: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e assistência aos desamparados - art. 6º, mediante, dentre outras modalidades - art. 7º, seguro ao desempregado, inciso II e ao acidentado, inciso XXVIII, repouso semanal, inciso XV e férias anuais, inciso XVII, licença à gestante, inciso XVIII, normas de saúde, higiene e segurança para reduzir os riscos inerentes ao trabalho, inciso XXII, adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas inciso XXIII, aposentadoria, inciso XXIV, proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre ao menor de 18 anos e de qualquer trabalho ao menor de 14, exceto na condição de aprendiz, inciso XXXIII.

5) – Garantia de indenização pela violação da integridade corpórea, moral ou da imagem da pessoa humana - art. 5º, incisos V e X.

6) – A ordem econômica tem por fim assegurar existência digna, mediante a defesa do consumidor e do meio ambiente, dentre outros princípios - art. 170.

7) – A Seguridade Social tem por fim assegurar os direitos à saúde, à previdência e à assistência social, art. 194 e será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição prévia, com vistas à proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice - art. 203, inciso I.

8) – A saúde - art. 196 e a educação - art. 205, são direitos de todos e deveres do Estado e

17 A título de reparação ou amparo pelo critério do *Risco Social*, Wilson Melo da Silva preconiza o abandono do sistema de indenização com base na apuração da culpa, para adoção de um sistema de *seguro social geral* para solução dos conflitos sociais extracontratuais, arrematando, dentre outras conclusões: “10º - A socialização dos riscos, pois, oferece perspectivas promissoras. Não leva ao cerceamento da livre atividade e da iniciativa de ninguém, criando para a vítima, possibilidade de uma indenização sempre garantida.” *Obra citada*, p. 203.

18 Nas lições de Sergio Cavalieri Filho a indenização ao acidentado no trabalho decorre da responsabilidade pelo *Risco Integral*. *Obra citada*, pág. 162. Em nosso modesto modo de ver, em acidente do trabalho, a indenização *regular* decorre do *amparo social*, tarifado, enquanto que apenas a indenização *complementar*, de natureza civil, decorre da responsabilidade *objetiva* (*risco integral*), pela modalidade de *culpa presumida*.

da família. A proteção integral da criança e do adolescente é dever de todos - art. 227. Na família, os deveres de amparo material são recíprocos - art. 229.

9) - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, destinado ao uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, cabendo ao Poder Público e a todos o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações - art. 225.

10) – O serviço público, em todas as esferas e níveis - art. 37 da CF/88, será exercido sob os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. Esses princípios estão atrelados ao da igualdade, estabelecido no art. 5º da mesma Constituição Federal. Entretanto, o princípio da eficiência exige que o Estado faça exigências específicas para cada função, de acordo com a natureza, necessidade e conveniência pública. Dentro das especificações que a natureza do serviço público recomendar é que se aplica o princípio da igualdade jurídica. Assim, por exemplo, ninguém pode ser Presidente da República, Vice-Presidente ou Senador, com idade inferior a 35 anos (Art. 14, § 3º, inciso VI, letra “a”, da CF/88). É oportuno registrar que a Ciência do Direito, quando Direito Positivo, se insere no contexto social pelo Poder Discrecionário, exigindo cumprimento a prévio requisito, estabelecendo “valor” ou impondo condição, pelo critério técnico/científico pertinente a cada espécie, de acordo com as conveniências sociais no tempo e no lugar. Por isso, a especificação prévia para atender o princípio da eficiência não fere o da igualdade, porque este é apenas jurídico.

#### b) - Direito Penal:

O Direito Penal se assenta, exclusivamente, no elemento moral, subjetivo, para definição dos critérios de repúdio, segregação, punição, prevenção ou proteção, e recuperação da pessoa do delinqüente. O Código Penal Brasileiro, inclusive na parte em que tipifica os crimes contra o patrimônio e contra a Administração Pública, e a vasta legislação penal esparsa, tóxicos, sistema financeiro, genocídio, saúde pública, engenharia genética, transplantes de órgãos, etc, cuidam da proteção da pessoa humana, pelo ângulo do interesse público. Em caso de erro judiciário, o Estado ficará responsável pela reparação civil, indenizatória (CF, art. 5º, inciso LXXV).

De igual forma, nos termos da Lei de Execução Penal, Lei n.º 7.210/84, em ocorrendo condenação penal o Estado se incumbe do cumprimento da pena, com adoção de política de recuperação do presidiário, com vistas ao seu retorno ao convívio social, bem como se responsabiliza pela inculmidade física do detento enquanto presidiário.

Pelo ângulo do Direito Civil, a condenação criminal torna certa a reparação material ou imaterial, quando houver. A discussão se limitará à apuração do quantum e a eventual prova de culpa concorrente, se ocorrida, para repartimento dos danos. E a absolvição pelo juízo singular com base na declaração de não autoria, ou não existência do fato, ou de legítima defesa, ou de estado de necessidade, ou de exercício regular de um direito, ou de cumprimento à ordem de superior hierárquico, importa na impossibilidade de reparação civil (carência de ação por parte da vítima). A exceção ocorre quando a absolvição se dá por insuficiência de provas ou pelo Tribunal do Júri, caso em que a vítima deverá provar a culpa do agente, para o sucesso na reparação cível.

#### c) - Consolidação das Leis do Trabalho

Os artigos 154 a 200 da CLT, complementados e regulamentados por Decretos, Portarias e Resoluções baixadas pelo Governo Federal ou pelos Ministérios do Trabalho ou da Saúde e, ainda, legislação esparsa pertinente, cuidam das obrigações impostas ao empregador, para proteção direta e ou indireta do trabalhador. O exato e satisfatório cumprimento dessas regras e obrigações isentarão o empregador de eventuais danos na pessoa do empregado (acidente no trabalho). E o seu descumprimento ou cumprimento insatisfatório importará no dever de indenização complementar, quantum satis, como reposição daquilo que se perdeu (material e imaterial), pelo critério processual de culpa presumida (objetiva).

Independentemente de norma legal a cumprir, pré-estabelecida, o empregador deve se preocupar (diligências que pendem de sua iniciativa e criatividade) com a saúde do empregado, de modo a evitar dano pessoal, a exemplo da “LER” (lesão por esforço repetitivo), em integral cumprimento ao inciso XXII, do art. 7º, da CF, cuja razão teleológica é a redução dos riscos inerentes ao trabalho.

E o seguro desemprego está disciplinado pelas Leis n.ºs 7.998/90, 8.019/90, 8.287/91 e 8.900/94.

d) - Código de Defesa do Consumidor

O CDC tem como fundamento principal o pressuposto de vulnerabilidade do consumidor. E por estrutura jurídica a adoção de normas de Direito Público (intervenção Estatal – exigências e punições) e priorização do equilíbrio contratual entre consumidores e fornecedores para solução de conflitos individuais, em razão da massificação ou despersonalização nas relações de consumo. Dá proteção prioritária à vida, à saúde e à segurança individual. O pressuposto de vulnerabilidade do consumidor decorre da impossibilidade de defesa por parte deste, como regra, face à inflexibilidade de sua situação como verdadeiro “instrumento” ou “objeto” (verdadeiro número estatístico) na sociedade de consumo, com a conseqüente facilidade de abuso por parte do poder econômico.

Nessa linha de entendimento, o CDC estabelece a responsabilidade prévia do fornecedor pelo vício ou pelo fato do serviço e do produto. Adota o princípio da responsabilidade objetiva como regra (tanto pela modalidade de presunção de culpa, como pela responsabilidade sem culpa – esta, onde houver previsão expressa). A responsabilidade subjetiva é acolhida como exceção e apenas para os profissionais liberais. Mesmo assim, sujeitos à possibilidade de inversão do ônus da prova, quando necessário. Estabelece o CDC a nulidade ou anulação das cláusulas abusivas ou desequilibradas. E, além da adoção do princípio de culpa objetiva, tanto pela presunção de culpa, como pelo critério de responsabilidade sem culpa, e da possibilidade de inversão do ônus da prova, também é possível a desconsideração da personalidade jurídica, declarando a solidariedade passiva dos proprietários administradores, para assegurar a reparação ao consumidor.

Por fim, o CDC, inovando, admite legitimidade ativa processual delegada ou concorrente de associações, órgãos públicos, para defesa de direitos coletivos transindividuais e indivisíveis, mas de grupo, categoria ou classe determinada e composto de pessoas ligadas entre si por uma relação jurídica ou difusos, também transindividuais e indivisíveis, de interesse público de pessoas indeterminadas. E, na mesma esteira, atribui efeito erga omnes e ou ultra partes à coisa julgada, em relação às pessoas que componham o mesmo grupo, categoria ou classe.

e) - Ecologia e Meio Ambiente

Em relação à Ecologia e ao Meio ambiente, além dos dispositivos Constitucionais já mencionados, a matéria está regulamentada, dentre outros, pelos seguintes diplomas de legislação ordinária: Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81; Águas: Decreto nº 24.643/34; Lei nº 852/38; Decreto nº 7.841/45; Lei nº 6.050/74; Decreto nº 79.367/77; Lei nº 7.754/89; Decreto nº 99.400/90; Agrotóxicos: Lei nº 7.802/89 e Decretos nºs 97.626/89, 97.634/89, 98.062/89, 98.816/90; 99.657/90; Mineração: Lei nº 6.403/67; Decreto nº 62.934/68; Lei nº 6.567/78; Decreto nº 95.002/87; Lei nº 7.895/89; Florestas: Lei nº 4.771/65; DL nº 289/67; Decreto nº 97.635/89; Lei nº 9.605/98; Decreto nº 2.661/98; Fauna silvestre e aquática: Lei nº 5.197/67; Portaria nº N-1, SUDEPE, de 04.01.77; Lei nº 7.679/88; Pesquisa e Exploração Nuclear: art. 21, Inciso XXIII, letra “c”, da CF/88; e Lei nº 6.453/77 e Lei nº 7.170/83; Rejeitos Radioativos: Lei nº 10.308, de 20.11.2001, etc.

f) – Corpo Humano e Saúde

O corpo humano não pode ser objeto de mercantilização e nem de experimentos científicos aleatórios. A saúde do ser humano é o principal objeto de proteção legal, tanto pelo prisma individual como coletivo, em práticas de combate às doenças e, especialmente, de prevenção contra elas. A doença de uma única pessoa pode se espalhar para todos e a ausência de saúde, impossibilitando a própria sobrevivência com independência, importará em ônus material da coletividade. Daí a conveniência social de que todos tenham saúde, de que a reprodução humana seja sempre bem sucedida e com qualidade.

Estabelece a Constituição Federal que a saúde é direito de todos e dever do Estado, impondo um Sistema Único de Saúde (SUS) sob os princípios do acesso universal igualitário e da gratuidade, através de descentralização administrativa e participação da comunidade e, sobretudo, com priorização da prevenção.

O SUS é disciplinado pelas Leis nº 8.080/90 e nº 8.142/90. A Engenharia Genética pela Lei nº 8.974/95 e Decreto nº 1.752/95. Os Transplantes de Órgãos Humanos pela Lei nº 9.434/97, com as modificações da Lei nº 10.211/01, pelo Decreto nº 2.268/97, pela Resolução do CFM nº 1.480/97 e pela Portaria do MS nº 3.407/

98. E a Reprodução humana Assistida (RA) está regulada pela Resolução nº 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina.

g) – Exercício do Direito

Na área penal, cabe ao Ministério Público, como regra e com exclusividade, promover a persecução penal contra o agente, independentemente da vontade ou anuência da vítima. Como exceção, onde houver previsão expressa, cabe à própria vítima a iniciativa da persecução. Ao Ministério Público, dentre outras funções institucionais, cabe-lhe, também, através de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85 e Lei nº 9.605//98), promover a defesa e preservação da Ecologia e do Meio Ambiente, do Patrimônio Histórico, Artístico e Cultural; do Consumidor, quando o interesse for coletivo ou difuso (Lei 7.913/89 e Lei nº 8.078/90); do Deficiente Físico, do Menor e do Incapaz (Lei nº 7.853/89 e Lei nº 8.069/90).

Em relação aos danos privados, para a reparação civil, cabe à própria vítima ou seu sucessor legal acionar o Judiciário, pela forma própria (devido processo legal). O princípio processual é o da disponibilidade, ou seja, se a vítima não se interessa pela reparação, presume-se inexistência de conflito social a ser dirimido.

#### 4

### CONCLUSÃO

1 - Sem preservação dos meios de sobrevivência materiais atuais, a vida no futuro ficará comprometida e sujeita à extinção.

2 - Igualmente, sem existência equilibrada dos meios de sobrevivência da vida no futuro, a vida presente não terá continuidade.

3 - Preservar a biodiversidade no presente e no futuro é obrigação de cada um de nós.

4 - Preservar as fontes de recursos e de alimentação para as gerações atuais e futuras é obrigação de todos.

5 - A saúde (física e mental) de cada pessoa deve ser buscada e preservada porque sem ela o ser humano perde a condição de auto-suficiência, tornando-se ônus social e, ainda, a doença de um pode se espalhar para todos.

6 - Respeitar as singularidades individuais é preservar a própria vida, porque nenhuma pessoa ou raça deve ser tomada como modelo ou padrão.

7 - Pelo ângulo biológico, a miscigenação importa em melhoria genética. Mas não se pode impor uma miscigenação geral e absoluta, sob pena de perda da diversidade e das singularidades.

8 - O racismo e o preconceito constituem-se entraves ao desenvolvimento da raça humana e da própria civilização.

9 - O ser humano não pode ser classificado ou valorado socialmente pelo tipo físico ou raça, e sim, pelo valor-utilidade ao grupo social onde se insere, como contribuição individual material ou imaterial ao bem comum.

10 - Na sadia competição pela sobrevivência, a liberdade e a igualdade de oportunidades devem ser preservadas, em benefício direto da pessoa humana.

11 - A tecnologia deve se subordinar à ética (sentido lato), entendendo-se por ética a possibilidade de convívio pacífico entre grupos heterogêneos e/ou antagonicos, no mesmo espaço e tempo.<sup>19</sup>

12 - Aquele que compromete o equilíbrio ecológico (atos materiais) ou o prosseguimento da raça humana (atos biológicos/genéticos), além da punição adequada, deve reparar os danos, sempre que possível.

13 - Todo aquele que, na relação social, direta ou indiretamente, por ação, omissão ou abuso de poder, causa dano pessoal a outrem, fica obrigado a repará-lo e, quando o dano decorre de situação na qual a vítima não podia se defender com eficiência, cumpre ao responsável fazer prova da inexistência de culpa, para se eximir da reparação.

14 - A responsabilidade civil objetiva compreende duas modalidades: culpa presumida (previsão legal ou impossibilidade de defesa por parte da vítima) e responsabilidades sem culpa (apenas previsão legal, com desprezo do elemento moral, sub-jetivo, satisfazendo-se apenas com o nexo de causalidade).

15 - O Estado não pode se omitir no desempenho das atividades destinadas à eficiente segurança pública, porque é na urbi que o ser humano se realiza, enquanto vivo. ■

19 No artigo intitulado "A Evolução da Pesquisa Genética e o Novo Conceito de Família. Limites Bioéticos", escreve Neiva Flávia de Oliveira: "...A noção de ética diz respeito a consensos possíveis e temporários entre diferentes agrupamentos sociais, que, embora possuam hábitos, costumes e moral diferentes, e mesmo divergindo na compreensão de mundo e nas perspectivas de futuro, às vezes conseguem estabelecer normas de convivência social relativamente harmoniosas em algumas questões. Atualmente a velha ética aristotélica perdeu sua cara de "religiosidade" e se despendeu dos sótons da filosofia para tentar responder a conflitos laicos e do cotidiano das pessoas, bem como para ajudar a estabelecer paradigmas normativos e compromissos capazes de delinear, dentre outras coisas importantes, a não extinção da espécie humana e a manutenção de uma vida humana em bases dignas." – *Revista dos Tribunais* n. 777, p. 57-74.

## referências bibliográficas

- AGUIAR Dias, José de. **Da responsabilidade civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.
- ALVES, Vilson Rodrigues. **Responsabilidade civil do Estado**. Campinas: Bookseller, 2001.
- ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas conseqüências**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1972.
- AMARANTE, Aparecida. **Responsabilidade civil por dano à honra**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- BRUNINI, Weida Zancaner. **Da responsabilidade extracontratual da administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.
- CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- CASILLO, João. **Dano à pessoa e sua indenização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 12. ed. São Paulo: Ática, 2000.
- CHAVES, Antônio. **Direito à vida e ao próprio corpo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O futuro do Estado**. São Paulo: Moderna, 1980.
- DELLA TORRE, Maria Benedicta Lima. **O homem e a sociedade – Uma introdução à sociologia**. 5. ed. São Paulo: Nacional, 1976.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**, São Paulo: Saraiva, 2001.
- DURVAL, Hermano. **Direito à imagem**. São Paulo: Saraiva, 1988.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- IVAN PRUX, Oscar. **Responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- KUJANSKI, Gilberto de Mello. **Entrevista com Celso Furtado**. O Jornal O Estado de São Paulo, edição de 10.01.02.
- LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- LIPSON, Leslie. **A civilização democrática**. Rio de Janeiro: Zahar, 1966.
- MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- NOTAROBERTO BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo. **Direito à própria imagem**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Reflexões ecológico-jurídicas sobre o biodireito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n. 791, p. 91-106, 2001.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **Comentários ao código de defesa do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- SAMPAIO, Nelson de Souza. **Ideologia e ciência política**. Salvador: Progresso, 1953.
- SILVA, Wilson Melo da. **Responsabilidade sem culpa**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.
- SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Direito civil – Alguns aspectos da sua evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- WEIS, Luiz. Artigo “A esquerda e a barbárie”. **Jornal o Estado de São Paulo**, São Paulo, 13 jan. 2002, 1º Caderno, p. 2.



# DIREITOS HUMANOS INTERNACIONAIS E NACIONAIS PASSADO, PRESENTE E FUTURO

Aflaton Castanheira Maluf\*

## sumário

1. Considerações iniciais
2. Os direitos fundamentais no século XX
3. Os direitos fundamentais e a democracia
4. Os direitos fundamentais no plano supra-nacional
5. Os direitos fundamentais nas cartas brasileiras pré-1988
6. Os direitos fundamentais na carta brasileira de 1988
7. Considerações finais
8. Referências bibliográficas

## resumo

Os Direitos Humanos tiveram uma lenta evolução no plano internacional. Sua difusão, internacional e nacional, teve como ponto alto o Século XX. Não obstante, paralelamente à sua evolução, a humanidade foi hostilizada em vários episódios negativos, especialmente nesse início de novo milênio. Tais atentados, quase feriram de morte os preceitos fundamentais da humanidade. Entendemos que, apesar dos percalços, a humanidade obteve muitas conquistas, seja no plano alienígena ou no plano indígena. Devemos estar preparados para os novos desafios, posto que, atualmente, podemos dizer que um atentado contra os direitos humanos, em qualquer parte do planeta, transforma-se imediatamente em um ato criminoso contra toda a humanidade.

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As primeiras *declarações de direitos humanos fundamentais* possuem origens remotas e retroagem séculos na história da humanidade. Não obstante, não havia direitos humanos na Grécia. Isso pode soar estranho, até porque Atenas ainda hoje aparece como um momento alto, e de uma certa forma até insuperado, do regime político-democrático. Mas o fato é que a democracia, pelo menos entre os *antigos*, não incluía o que chamamos *direitos humanos* – isto porque tais direitos, como os conhecemos, são uma “invenção moderna”.

Temos como marco importante de conquista, na área dos direitos humanos, a *Magna Charta Libertatum* – considerada a semente inicial ou a *gênese* das Constituições, conforme as conhecemos nos séculos XIX e XX – outorgada pelo Rei João Sem-Terra, em 15 de Junho de 1215. Este diploma, de grande evolução para sua época, dizia em seu itens 39 e 40, segundo tradução do Prof.

Jorge Miranda: “39 - *Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei do país.* 40 - *Não venderemos, nem recusaremos, nem protelaremos o direito de qualquer pessoa a obter justiça*”.<sup>1</sup>

Reconhecemos a Magna Carta de 1215, como a primeira expressão positiva sobre defesa dos direitos pessoais. Muito embora houvessem outros diplomas, após a *Magna Carta Inglesa*, como a *Petition of Right*, de 7 de junho de 1628, a *Lei de Habeas Corpus* de 1679, o *Bill of Rights* de 13 de fevereiro de 1689 – todos Ingleses – e a *Declaração de Direitos de Virgínia* de 16 de junho de 1776; que muito colaboraram para a consolidação dos *direitos humanos fundamentais*, temos a *Declaração Francesa* de 1789 como um “divisor de águas” para a *generalização* dos direitos humanos fundamentais. Queremos ressaltar que inclui-se na expansão dos direitos huma-

\* Aflaton Castanheira Maluf - Professor de Direito Ambiental I e II, Legislação Extravagante Civil e Penal e Código de Defesa do Consumidor, dos Cursos de Graduação em Direito e Administração de Empresas da Universidade de Uberaba/MG. Pós-Graduado (*lato sensu*) em Direito do Estado pela UNIUBE, em convênio com a ESA/OAB de Minas Gerais, em 1999.

1 MIRANDA, Jorge. *Textos Históricos do Direito Constitucional*, 2. ed., Trad. Jorge Miranda, Portugal: Lisboa, Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 1990. p. 15.

nos, *pós- Declaração Francesa*, justamente as Américas – em especial a do Sul.

Nesse sentido, não seria sem propósito dizer que o reconhecimento dos *direitos humanos fundamentais*, como os conhecemos nos textos constitucionais e infra-constitucionais recentes, sejam Brasileiros ou Internacionais – e no mesmo sentido os *Tratados Internacionais*, que estão ganhando força a cada geração – têm suas bases inspiradas na “*Declaração dos Direitos do Homem Cidadão*”, adotada pela Assembléia Constituinte Francesa em 27 de agosto de 1789. A *Revolução Francesa* – que produziu a Declaração – surgiu como um basta à opressão Imperial, imposta pelos Governantes, cuja expressão máxima cristaliza-se na célebre frase de Luis XIV: “*L’Etat c’est moi*” ou “O Estado sou eu”.

É verdade que as *declarações de direitos* possuem origens mais remotas e regressam aos séculos na história da humanidade, porém, temos a *Declaração Francesa* como um “divisor de águas” para a generalização e a legalização dos direitos humanos fundamentais. Essa *Declaração Francesa* surgiu como um basta à opressão geral, imposta pelos Governantes da época e, nesse sentido, temos como certo que novos direitos sempre surgirão, para combater novas opressões. As declarações de direitos, conforme dissemos acima, são em linhas gerais a “voz do povo”, clamando em uníssono, em favor de uma vida melhor para si e para seus descendentes.

Nesse sentido, o Prof. Pinto Ferreira esclarece: “As declarações de direitos surgem como um movimento social novo da defesa das liberdades contra o arbítrio e o poder do antigo regime. Na luta histórica entre a liberdade e o poder, entre o indivíduo e o Estado, as declarações de direitos são instrumentos legais de limitações do poder estatal. Dentro do plano sociológico e histórico, elas estão presas ao advento da democracia, que se seguiu ao desmoronamento do feudalismo e da monarquia absoluta. As revoluções históricas libertaram o homem diante da opressão secular desse regime de privilégios e exceções”.<sup>2</sup>

Muito a propósito, colocam-se as palavras iniciais da *Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão* – com mensagens bem atuais, que nos fazem refletir sobre acontecimentos recentes, que evidentemente envolvem Governantes, como o caso de *impeachment* do

Pres. Collor de Mello – na tradução do Prof. Jorge Miranda: “*Os representantes do povo franceses, constituídos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas das desgraças públicas e da corrupção dos governos, resolveram expor em declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do Homem, a fim de que esta declaração, constantemente presente em todos os membros do corpo social, lhes lembre sem cessar os seus direitos e os seus seus deveres; a fim de que os actos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, podendo ser em cada momento comparados com a finalidade de toda a instituição política, sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reclamações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral*”.<sup>3</sup>

Aliás, sobre direitos humanos fundamentais, não poderíamos deixar de trazer à colação, o Prof. José Afonso da Silva, com seu magistério sempre esclarecedor: “O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem, em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e estão longe de se esgotarem suas possibilidades, já que cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira entre proprietários e não proprietários”.<sup>4</sup>

Podemos dizer que as declarações de direitos humanos inseridas nos textos legais - desde a *Magna Carta Inglesa* passando pela *Declaração Francesa* até os textos atuais - são em linhas gerais a *vontade popular* se opondo e insurgindo-se contra os desmandos dos Governantes. Ora, não poderia ser de outra forma, posto que, uma população oprimida certamente tornar-se-á uma *população guerreira*, em defesa do bem estar de suas vidas e de seus pares. Não é sem propósito que a primeira *Constituição Portuguesa*, de 23 de Setembro de 1822, determinava em seu Preâmbulo: “*As Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa, intimamente convencidas de que as desgraças públicas, que tanto a têm*

2 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2. ed., 2 v. São Paulo: Saraiva, 1997 e 1999. p. 111.

3 MIRANDA, Op. cit., p.57

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 149

*oprimido e ainda oprimem, tiveram sua origem no desprezo dos direitos do cidadão e no esquecimento das leis convencionadas de que as desgraças públicas, que tanto a têm oprimido e ainda oprimem, tiveram sua origem no desprezo dos direitos do cidadão e no esquecimento das leis fundamentais da monarquia; e havendo outrossim, considerado que somente pelo restabelecimento destas leis, ampliadas e reformadas, pode conseguir-se a prosperidade da mesma Nação e precaver-se que ela não torne a cair no abismo, de que a salvou a heróica virtude de seus filhos, decretam a seguinte Constituição Política, a fim de assegurar os direitos de cada um e o bem geral de todos os portugueses*". O ser humano, que muito "evoluiu" desde essa época, certamente deveria olhar para si mesmo e perguntar-se, todos os dias, em "que" realmente evoluiu.

Sobre a internacionalização dos direitos humanos, ou sua difusão em nível mundial (entenda-se sua disseminação especialmente na Europa e nas Américas), fazemos como nossas aqui, as palavras de Carlos Canêdo: "O surgimento definitivo da temática dos Direitos Humanos no campo internacional, bem como sua corporificação em instrumentos jurídicos internacionais, só foi possível à medida que a doutrina e a jurisprudência internacionais deram início a um processo de erosão da velha interpretação que preconizava o dogma da soberania absoluta do Estado".<sup>5</sup>

## 2

### OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO SÉCULO XX

No séc. XX, após duas deflagrações mundiais ou como corolário delas, tivemos outro marco histórico de conquista dos *direitos humanos fundamentais*, ou seja, a **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948** – resolução 217-A da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948 – que veio como consequência benéfica pós-Segunda Guerra Mundial, posto que o mundo estava dividido em dois blocos: de um lado os *capitalistas* e de outro lado os *comunistas*. Foi justamente sob este clima que se criou na (então criada recentemente) *Organização das Nações Unidas* - ONU - a *Comissão Internacional de Direitos Humanos*, ficando estabelecido pela ONU que tal comissão teria dezoito membros.

A primeira reunião da comissão ocorreu em janeiro de 1947, quando foi decidida a elaboração de uma "Carta" no sentido de normatizar os direitos humanos, ou estabelecer seus princípios fundamentais e/ou universais, em nível *supranacional*. Daí, podemos dizer que o esboço final de todas as idéias dos países que participavam de dita comissão, foi passado à ONU, criando-se então a *Declaração de Direitos Humanos*. Norberto Bobbio ensina: "Foi só no decurso da Segunda Guerra Mundial, após as aberrações do nazismo e as reações por ele criadas, e depois da intensificação da tentativa das Nações Unidas em multiplicar os esforços para realizar uma mais estreita cooperação e solidariedade internacional, que foi possível a criação de um perfil de ação internacional pela promoção e tutela do homem enquanto tal".<sup>6</sup>

A Declaração de 1948 surgiu no sentido de reforçar as bases dos direitos humanos fundamentais no *plano internacional* – estremecidos em nível mundial pela Segunda Guerra Mundial – e, conseqüentemente, serviu para reforçar os direitos humanos fundamentais, no plano interno da maioria dos Países – entenda-se do Hemisfério Ocidental. Sem muito esforço, podemos inferir que no apagar das luzes do século XX e início do século XXI, os direitos humanos fundamentais terão ainda mais visibilidade, nos Textos Políticos vindouros.

Nesse particular, assim se expressa Antônio Augusto Cançado Trindade: "A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 constituiu um ímpeto decisivo no processo de generalização da proteção dos direitos humanos testemunhado pelas quatro últimas décadas, permanecendo como fonte de inspiração e ponto de irradiação e convergência dos instrumentos de direitos humanos a nível global e regional".<sup>7</sup>

No *Brasil*, foram registrados avanços, mas também retrocessos após a Declaração Universal de 1948. Citaremos em ordem cronológica, os mais importantes em nossa visão:

- 18 de dezembro de 1948 – o Brasil participa da redação e assina a Declaração Universal de Direitos Humanos;

- 03 de julho de 1951 – Lei nº 1.390 define como contravenção penal atos resultantes de preconceitos de raça ou de cor;

- 01 de outubro de 1956 – Lei nº 4.369 cria o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana e Lei 2.889 que tipifica os Crimes de Genocídio;

5 CANÊDO, Carlos. *O Genocídio como Crime Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 33.

6 BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de Política*, coord. da trad. João Ferreira, 2. ed., Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p. 355

7 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 1991.

- 31 de março de 1964 – Golpe de Estado – Instala-se o regime militar;

- 13 de dezembro de 1968 – Ato Institucional nº 5º - Suprime Liberdades Civis;

- 05 de setembro de 1969 – É editado o Ato Institucional nº 14 prevendo pena de morte em casos de “Guerra Externa, Psicológica Adversa ou Revolucionária ou Subversiva”;

- 25 de outubro de 1975 – O jornalista Wladimir Herzog é morto nas dependências do DOICDI em São Paulo;

- 28 de agosto de 1979 – Lei nº 6.683 decreta anistia política e promove a soltura de presos e o retorno de exilados;

- 05 de outubro de 1988 – Promulgada a atual Constituição Brasileira. O texto declara a “dignidade da pessoa humana” como um dos fundamentos da República. O Ato das Disposições Transitórias afirma que o Brasil “propugnará pela formação de um Tribunal Internacional dos Direitos Humanos;

- 05 de janeiro de 1989 – Após uma tentativa de fuga na 42ª DP de São Paulo, 50 presos são colocados numa cela de 4,5 m<sup>2</sup> sem ventilação. Dezoito morreram asfixiados;

- 03 de outubro de 1992 – Polícia Militar reprime rebelião no Carandiru e mata 111 presos da Casa de Detenção de São Paulo;

- 23 de junho de 1993 – Chacina de Vigário Geral mata 21 moradores do Rio de Janeiro;

- 04 de dezembro de 1995 – Lei nº 9.104 reconhece a morte de 136 pessoas desaparecidas durante o regime militar e cria Comissão Especial para examinar pagamento de indenização pela morte de militantes políticos;

- 17 de abril de 1996 – Dezenove sem-terra são mortos pela Polícia Militar em Eldorado dos Carajás no estado do Pará;

- 13 de maio de 1996 – Governo lança Plano Nacional de Direitos Humanos;

- 05 de setembro de 1996 - Lei n.º 9.303 transfere para a Justiça Comum o julgamento de policial militar acusado de crime doloso contra a vida cometido contra civil;

- 07 de abril de 1997 – Lei n.º 9.455 define o crime de tortura;

- 13 de julho de 1999 – Lei n.º 9.807 estabelece normas para organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e as testemunhas ameaçadas.

A Declaração dos Direitos Humanos exarada pela ONU, ao longo de mais de meio século, tem

sido para os países o que as promessas do *reveillon* são para o indivíduo. Não se espera que sejam cumpridas integralmente, funcionam apenas como uma referência, da qual tentamos sempre nos aproveitar. Norberto Bobbio alerta: “As ameaças podem vir do Estado, como no passado, mas podem vir também das sociedades de massa, com seus conformismos, ou da sociedade industrial, com sua desumanização. É significativo tudo isso, na medida em que a tendência do século atual e do século passado parecia dominada pela luta em prol dos direitos sociais, e agora se assiste a uma inversão de tendências e se retorna a batalha pelos direitos civis”.<sup>8</sup>

Em verdade, foi no séc. XX, parecendo acentuar-se neste início de séc. XXI, que o desrespeito aos direitos humanos fundamentais se tornou mais visível, aos olhos da humanidade. Tal fato se deu graças aos meios de comunicação em massa. A mídia tem um papel fundamental ao mostrar *in loco* e viva voz as “feridas da humanidade”. Basta um atentado aos direitos humanos ocorrer em qualquer parte do Globo e chegar ao conhecimento dos profissionais da mídia), para que seja noticiado e mostrado, em poucas horas, para bilhões de pessoas.

Também podemos dizer sem hesitação, que, os diplomas legais sobre direitos humanos fundamentais floresceram às escâncaras no séc. XX. A questão, segundo entendemos, não é de carência de normatização e sim, de carência de *eficácia e aplicação* dessa normatização. Atualmente, qualquer pessoa com um nível de instrução razoável sabe que existem direitos humanos, mas, em contra partida, sabe que tais direitos não são respeitados em nível nacional e mesmo mundial. Em outras palavras... os direitos humanos fundamentais saíram realmente dos textos legais, para se integrarem na sociedade?

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com muita propriedade sobre a *eficácia* de diplomas legais, adverte: “A experiência ensina que a norma jurídica só logra *eficácia* quando sua observância global é espontânea ou, no máximo, obtida. A imposição, forçada, a coerção, tem um claro limite de eficiência. Em conhecido estudo, Lawrence M. Friedman analisa essa questão, com abundância de dados e informações. Esse trabalho comprova a observação acima. E registra um aspecto grave: a *eficácia* de determinadas leis mina a *eficácia* das demais”.<sup>9</sup>

Esse discurso que não é novo, certamente está muito longe de ser pacificado, posto que, o

8 BOBBIO, Op. cit., p.355

9 FERREIRA, Op. cit., p. 10

ser humano (em especial os governantes) são imediatistas e não conseguem avaliar a longo prazo. Melhor dizendo, os governantes (aqui em *sentido amplo*, abrangendo os níveis locais, regionais, nacionais e internacionais), possuem, em regra, uma visão do tipo “vamos solucionar isso de hoje para amanhã”. E muitas vezes acrescentam: “depois vamos ver como fica”.

### 3

#### OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DEMOCRACIA

Não é de hoje que as liberdades individuais e coletivas são invocadas, seja em nível *endógeno* ou *exógeno*. Há quase 200 anos atrás, José Bonifácio Andrada e Silva preconizava no então Brasil-Império: “Os brasileiros querem ter liberdade; mas liberdade individual, e não as que tinham as repúblicas antigas, que era só a pública ou política. Não estão em estado de fazer sacrifícios contínuos e pessoais, para figurarem nas assembleias e na administração; assim temo muito que o nosso edifício social não acabe em pouco tempo, logo que afrouxe o entusiasmo momentâneo que o gerou”.<sup>10</sup>

Seria difícil falar-se, no atual estágio da evolução humana, em *direitos fundamentais*, sem falar em *democracia*. Mas o que é *democracia*? Segundo a lição do mestre Antônio Geraldo da Cunha, a origem etimológica da palavra *democracia* está em: “demo – *elem. comp.*, do gr. *demós* ‘povo’, que se documenta em vocábulos eruditos, alguns formados do próprio grego, como *democracia*, e vários outros introduzidos, a partir do século XIX, na linguagem internacional demo – CRACIA 1813. Adap. do fr. *Démocratie*, deriv. do gr. *demokratéia* ‘governo do povo’”.<sup>11</sup>

Porém, se faz *mister* ressaltar que, a palavra *democracia* ultrapassa em muito os limites de seu significado etimológico. Seu verdadeiro escopo reside no significado da própria sociedade, ou melhor dizendo, caminha e modifica-se juntamente com ela, como bem diz José Afonso da Silva: “Democracia é conceito histórico. Não sendo por si um valor- fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente

nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes envolve na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero conceito político abstrato e estático, mas é um *processo* de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”.<sup>12</sup>

Seguindo o mesmo pensamento, isto é, que a democracia significa *algo maior*, o constitucionalista Pinto Ferreira escreve com pena de mestre: “A democracia representa na vastidão dos séculos um sonho acalentado pela humanidade, transmitido de geração em geração através dos tempos, e assinalando a marcha para a liberdade, a tolerância e a justiça social. O homem, livre e entusiasta, constrói a felicidade e a vida, no esplendor da convivência democrática, com um sentimento de liberdade e de alegre confiança no futuro”.<sup>13</sup>

Ora, a democracia completa-se (ou tem seu início e/ou seu fim) nos *direitos fundamentais*. Não há falar em democracia sem direitos fundamentais *garantidos*, pois é justamente através destes que a democracia deita suas raízes. Digase de passagem que um dos requisitos básicos da democracia é a *transparência* dos Governos e evidentemente dos próprios governantes na gestão do Estado.

Norberto Bobbio leciona: “Na teoria política contemporânea, mais em prevalência nos países de tradição democrático-liberal, as definições de Democracia tendem a resolver-se e a esgotar-se num elenco mais ou menos amplo, segundo os autores, de regras do jogo, ou, como também se diz, de ‘procedimentos universais’. (...) Não é possível estabelecer quantas regras devem ser observadas para que um regime possa dizer-se democrático. Pode afirmar-se somente que um regime que não observa nenhuma? não é certamente um regime democrático, pelo menos até que se tenha definido o significado comportamental de Democracia”.<sup>14</sup>

A esse discurso, ainda aduzimos o seguinte: acreditamos que os direitos fundamentais só serão realmente eficazes quando houver a efetiva

10 ANDRADA E SILVA, José Bonifácio de. Projetos para o Brasil, São Paulo: Publifolha, 2000. p. 108.

11 CUNHA, Antônio Geraldo da. Dicionário etimológico Nova Fronteira da língua portuguesa, 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

12 SILVA, Op. cit., p. 126-127.

13 FERREIRA, Op. cit., p. 84

14 BOBBIO, Op. cit., p. 326-327

participação dos governados na *gestão* (entenda-se aqui em sentido amplo) do Estado. Entendemos que isso será alcançado (ainda que em nível básico), com certeza, através da observância dos direitos fundamentais individuais e coletivos.

Nesse sentido, assinala José Luiz Quadros Magalhães: “Portanto, numa nova perspectiva constitucional dos direitos humanos, podemos afirmar que esses direitos devem ter como essência o processo democrático constitucionalmente assegurado, estabelecendo uma democracia participativa através de canais constitucionais de comunicação entre os cidadãos, a sociedade civil organizada e os órgãos estatais, que têm como dever constitucional assegurar os processos de mudança social, política e econômica, dentro dos princípios de direitos humanos, universalmente aceitos, o que exclui qualquer vinculação do texto constitucional com modelos socioeconômicos específicos. (...) Os direitos humanos, no conceito de uma nova democracia participativa, têm, portanto, como conteúdo fundamental, a idéia de uma democracia política participativa, na qual o indivíduo tenha voz, fala e comunicação”.<sup>15</sup>

Aliás, nesse sentido, ressaltando os valores das liberdades fundamentais individuais e coletivas, atente-se às observações de Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “para que um povo se governe é indispensável que certas condições estejam preenchidas. A primeira delas é gozar de informação abundante e, para que não seja doutrinado por noticiário deturpado, de informação neutra ou contraditória (...) outra é usufruir de amplas liberdades públicas – direito de reunião, de associação, de manifestação, etc. – sem o que o seu pronunciamento não poderá ser livre”.<sup>16</sup>

Podemos dizer em uma visão simplista que, quanto mais garantidos são os *direitos fundamentais* de um Estado, melhor será a sua democracia. Evidentemente, não se pode elevar os direitos fundamentais como o pressuposto de todos os acontecimentos bons ou não. Apenas devemos compreendê-los, como o próprio nome diz, em “fundamentais”, ou seja, “necessários à boa convivência social”.

#### 4

### OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO PLANO SUPRANACIONAL

Há muito se sabe que os direitos fundamentais ultrapassaram as fronteiras dos Países,

ou em uma definição jurídica, das *Pessoas Jurídicas de Direito Público Externo*. Muitos defendem que os direitos fundamentais são *direitos naturais*, que nascem e caminham “eternamente de mãos dadas” com todo ser humano, em qualquer cultura, civilização e/ou parte do planeta.

Acreditamos que no atual estágio de evolução humana, os direitos fundamentais estão mais do que internacionalizados, são *fontes universais a serem observadas e seguidas*. Tornam-se oportunas aqui as lições de José Luiz Quadros Magalhães: “Os direitos humanos universais e os princípios universais de direitos humanos são aqueles que podem ser aceitos por todas as culturas, não se chocando como que tem de essencial a cada princípio, encontrado a cada comunidade do Planeta. Isto não quer dizer que os princípios universais não serão contraditórios a determinados princípios e regras de culturas e comunidades específicas. Isso ocorrerá com frequência e significará a superação desses princípios e regras locais pelo que existe de essencial em uma cultura planetária”.<sup>17</sup>

Para o então Secretário-Geral da Anistia Internacional, *Pierre Sané*, as Declarações Universais dos Direitos Humanos encontram-se como “letra morta”, ao dizer que “progressos foram feitos no desenvolvimento do direito, na afirmação do indivíduo como sujeito do direito internacional e na tomada da consciência, pelas populações, no mundo todo, das possibilidades que oferece a solidariedade internacional. Entretanto, a miséria e o medo continuam presentes 50 anos depois da Declaração Universal. A promessa de 1948 não foi cumprida. Para a maioria das pessoas, aqueles direitos são pouco mais que letra morta”.

Dos quase 200 países que fazem parte das Nações Unidas, em mais de 140 nações foram constatadas violações explícitas aos direitos fundamentais universais, cometidas em regra por governos e grupos armados (civis e militares) de oposição. Violações como torturas, homicídios, genocídios, são praticados incessantemente, contra a população mundial, por agentes dos próprios governos. Diante de tal cenário mundial, não nos causa constrangimento dizer que em face de determinados acontecimentos, temos a impressão de estar vivendo em plena *idade média*, ou ainda, na *antigüidade*, onde as guerras e as dizimações em massa eram uma constante (o

15 MAGALHÃES, José Luiz Quadros. Poder Municipal, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 105-106.

16 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional, 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 88.

17 MAGALHÃES. Op. cit., p. 200

recente atentado terrorista aos Estados Unidos da América que o diga).

É evidente que a eficácia no que tange à aplicação e respeito aos direitos fundamentais, ainda depende de sua definição, regulamentação e aplicação em nível interno, ou seja, da legislação de cada País. São portanto, em princípio, as garantias legais a esses direitos que vão efetivamente consagrá-los. Mas não é só no plano legal que isso deve efetivar-se. Principalmente no plano cultural nacional e internacional', devem ser promovidas mudanças. Se as garantias forem eficazes, assim serão os direitos fundamentais. Caso contrário, teremos textos que não saem do papel, ou seja, sem *eficácia social*.

Não menos decepcionado com a ordem mundial, no que tange a direitos fundamentais, encontra-se Celso Ribeiro Bastos: "Ocorre, entretanto, que embora grande o campo ocupado pelos direitos humanos nos sistemas jurídicos de muitos Estados, podemos afirmar que se encontra ainda muito longe o dia em que a humanidade poderá olhar para o mapa do mundo e dizer que ele se governa por sistemas jurídicos que efetivamente asseguram os direitos humanos. É uma das causas fundamentais destas deficiências é o fato de não existir ainda um sistema internacional de proteção dos direitos humanos, ao qual os indivíduos tivessem diretamente acesso. (...) Faz-se necessária ainda a mediação do Estado para que o pleito do indivíduo possa ressoar internacionalmente. Ora, é bem de ver que como no mais das vezes é o próprio Estado que é o agente perpetrador destas lesões, as possíveis queixas daí decorrentes não encontram um canal natural para desaguar. Elas morrem dentro do Estado. E quando daí transcendem, é para organizações que podem ter alguma sorte de força moral, política, mas estão absolutamente destituídas de força jurídica vinculante".<sup>18</sup>

Muito a propósito, a uma década atrás, Antônio Augusto Cançado Trindade escreveu: "Em um mundo como o nosso, pluralista e marcado pela diversidade cultural, ainda não parece chegado o dia em que as conseqüências de uma "fusão" ou centralização, ou mesmo uma "hierarquia" de procedimentos ou mecanismos (distinta da "hierarquia" de normas) de proteção dos direitos humanos no plano global e regional possam ser previstas ou apropriadamente antecipadas ou avaliadas".<sup>19</sup>

Concordamos em parte com as visões dos mestres, aduzindo que a recente polêmica envolvendo o Gen. e ex-ditador Augusto Pinochet, do Chile, que ao viajar à Europa recebeu pedido de extradição para ser julgado pela Espanha, acusado de cometer atrocidades que nenhuma palavra consegue descrever na íntegra, reavivou a discussão sobre a criação de um *Tribunal Penal Internacional* que venha ter o poder de *julgar* (e efetivamente condenar quem quer que seja) violações aos direitos humanos fundamentais mundiais.

Até então, quase ninguém discutia se o regime militar capitaneado por Pinochet, deveria ser punido em um plano internacional, por ter cometido "crimes contra a humanidade". A discussão, após esse fato, encontra-se não mais na razão do ditador ser ou não punido, mas se outros tribunais que não o chileno poderão fazê-lo. Devemos nos servir desse incidente para combater futuros *caudilhos* (ou futuros terroristas internacionais do tipo "Bins Ladens"). Como isso será feito? Justamente em face de tal discussão, se faz *mis-ter* chegarmos a uma criação mais do que necessária em nossa visão, de um *Tribunal Penal Internacional*, cuja "competência internacional" seja a efetiva e concreta defesa dos direitos humanos fundamentais, que aliás, há muito deixaram de ser problema exclusivo e/ou interno dos "Estados" ditos "soberanos". Em que pesem as resistências e respeitadíssimos argumentos em contrário, vemos a criação de tal *Tribunal* como uma necessidade inafastável da própria humanidade.

## 5

### OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CARTAS BRASILEIRAS PRÉ -1988

A *Constituição Imperial de 1824*, nossa primeira Carta, embora tenha sido elaborada pelo Imperador e sua equipe de especialistas - após dissolver os trabalhos da Assembléia Constituinte - teve uma boa evolução para a época, posto que recebeu a influência da então recente *Declaração Francesa*. Não é sem razão que Paes de Andrade & Bonavides disseram: "O constitucionalismo do Império, tanto o da Constituinte, estampado no projeto de Antônio Carlos, como o da Carta de 1824, teve uma sensibilidade precursora para o social, sem embargo de todo o teor individualista que caracterizava os

18 BASTOS, Celso Ribeiro & MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil, 15 v., São Paulo: Saraiva, 1988 a 1998, p. 453

19 TRINDADE. Op. cit., p. 59

dois documentos. Tão acentuada, aliás, que deixaria bastante envergonhados os constituintes republicanos de 1891, se conduzidos a um confronto”.<sup>20</sup>

Por sua vez, a primeira *Constituição Republicana de 1891*, não deixou de tratar os direitos humanos fundamentais, com a devida preocupação. Isso se deu, dentre outras coisas, porque o Brasil queria passar uma imagem ao exterior – principalmente à Europa – de país novo e promissor. Em que pese a Constituição Imperial de 1824 também conter normas de direitos fundamentais em seu texto, estava longe de ser democrática, ao contrário, em nossa percepção da Constituição de 1891. Cretella Jr ensina: “Por orientação de Rui Barbosa, nossa Primeira Constituição Republicana tomou por modelo a Constituição Norte Americana, cujos princípios fundamentais foram adotados pelos constituintes pátrios”.<sup>21</sup>

Na seqüência histórico-cronológica, a *Constituição Brasileira de 1934* muito contribuiu para a evolução nacional dos direitos humanos, embora tenha sido muito curta sua duração. Sobre ela, assim manifesta-se Pinto Ferreira: “A Constituição brasileira de 1934, atendeu às novas condições sociais e culturais da época. (...) A sua grande força renovadora consistiu na solução social dada ao seu contexto. Surgiram capítulos novos, inspirados na Constituição alemã de Weimar, de 1919. Entre esses capítulos mais importantes figuravam aquelas matérias alusivas à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura (...)”.<sup>22</sup>

Enquanto a Carta de 1937 foi um retrocesso no campo dos direitos e das liberdades fundamentais, a de 1946, enalteceu e redimiu os Direitos e as Garantias Individuais da população, então suprimidos durante o período ditatorial. A Constituição de 1946 teve grande importância para a retomada da democracia brasileira e para os direitos fundamentais, pois surgiu em decorrência do rompimento de uma ordem anterior centralizadora e ditatorial. Pinto Ferreira ensina: “Essa constituição foi longamente esperada como necessária à democracia. Representou um ponto intermédio entre as forças do conservantismo e as forças do progresso. Restaurou as liberdades e garantias tradicionais asseguradas ao povo brasileiro, que a ditadura anteriormente havia violado”.<sup>23</sup>

Podemos dizer que a Constituição de 1946 foi de cunho democrático e garantidora dos direitos humanos fundamentais, como se infere na leitura de seu texto. Infelizmente, com o golpe de 1964, tornamos a “caminhar para trás” com a *Carta de 1967*. Entendemos, como a maioria, que as *Cartas Brasileiras de 1937* – regime ditatorial – e de 1967, posteriormente com a *Emenda nº1 de 1969* – regime militar – são consideradas um *retrocesso* na conquista dos *direitos humanos fundamentais*.

As *Constituições Brasileiras*, desde a *Imperial de 1824* até a *atual de 1988*, receberam grande influência dos *textos clássicos* – como a *Magana Carta*, a *Declaração de Virgínia*, a *Declaração Francesa* etc. – que passaram a explicitar – *anteriormente* às *Constituições Brasileiras* – os direitos humanos fundamentais entre seus escritos. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, se comparada com as *Constituições Brasileiras anteriores*, *ampliou* os direitos humanos fundamentais e as *garantias* destes. É justamente sobre a essência dos direitos humanos fundamentais *inseridos* na *Carta Brasileira de 1988*, que vamos nos deter – agora, em linhas gerais.

## 6

### OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CARTA BRASILEIRA DE 1988

Com a constitucionalização dos *direitos humanos fundamentais*, especialmente nos séculos XIX e XX, temos que tais *normas* – por se transformarem exatamente em *normas* – deixaram o plano dos *princípios* para se tornarem *regras cogentes*, ou em outras palavras, passaram do plano do *direito natural* ou dos princípios, para o plano do *direito positivo*. Nesse contexto, assim leciona o Prof. José Joaquim Gomes Canotilho: “Designa-se por constitucionalização a incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário (Stourzh). A constitucionalização tem como consequência mais notória a protecção dos direitos fundamentais mediante o controle jurisdiccional da constitucionalidade dos actos normativos reguladores destes direitos. Por isso e para isso, os direitos fundamentais

20 BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991. p. 100-101

21 CRETELLA JR., José. *Comentários à Constituição 1988*, 9 v. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989 a 1993.

22 FERREIRA. Op. cit., p. 62

23 Idem. p. 67.

devem ser compreendidos, interpretados e aplicados como *normas jurídicas vinculativas* e não como trechos ostentatórios ao jeitos das grandes “declarações de direitos”.<sup>24</sup>

A constitucionalização dos direitos humanos fundamentais, de fato, é fruto de desejos seculares, tanto do Brasil, quanto das Américas e da Europa. Se é verdade que, no Ocidente, foi a Europa que deu os primeiros passos nessa direção; também é verdade que a *Constituição Brasileira de 1988* através de seu art. 5º com seus 77 incisos, ampliou em muito os *direitos humanos fundamentais e suas garantias*. Não obstante, fazemos como nossas aqui as palavras de Wolgran Junqueira Ferreira: “Direitos fundamentais não são estabelecidos pela Constituição. Simplesmente são por ela reconhecidos e garantidos. São direitos anteriores e superiores ao Estado, próprios da natureza humana. São concepções de proteção que a Constituição confere e não de existência. Declaratórios e não atributivos. Limitam os poderes do Estado, colocando-se antes deste. Eles não existem conforme são criados ou regulados pela lei, existem a despeito dela, de como pretenda conceituá-los ou modificá-los”.<sup>25</sup>

A atual Constituição Brasileira procura determinar os destinatários dos direitos individuais fundamentais, esclarecendo que a sua proteção se estende aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País (Art. 5º *caput*). Nesse particular, está de uma certa forma repetindo a essência das Constituições democráticas anteriores de 1891 (Art. 72), 1934 (Art. 113) e 1946 (Art. 141).

Mas a *Constituição Brasileira de 1988*, por ser democrática e em sintonia com as realidades atuais, certamente ampliou o rol de direitos humanos fundamentais (com suas garantias), como se infere na leitura de seu texto. Citamos como exemplos de garantias o *habeas data*, o *mandado de injunção*, o *mandado de segurança coletivo*, o § 2º do art. 5º, que inclui na ordem interna os direitos fundamentais advindos de Tratados Internacionais em que o Brasil seja parte, etc.

Aliás, de nada adiantariam os direitos fundamentais sem as devidas garantias para defendê-los contra os desmandos, em regra, dos governantes. Nesse sentido coloca-se Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “O reconhecimento dos direitos naturais do homem, porém, não basta

por si só para assegurar o seu respeito. Este precisa ser garantido contra a tendência ao abuso que tão freqüentemente se apossa dos governantes. Por isso a declaração de direitos se completa com o enunciado das garantias que protegerão os referidos direitos, enunciado este que a Constituição formaliza”.<sup>26</sup>

Foi também através da *Constituição Brasileira de 1988*, pela primeira vez em nossa história constitucional, que se colocou no texto os *direitos humanos fundamentais* precedendo a organização dos Poderes e o funcionamento do Estado. Nesse sentido, nossa Carta Magna atual ensina que o Estado está a serviço dos cidadãos (a Carta cidadã) posto que, se na Constituição de 1988, temos os direitos humanos (direitos e garantias individuais) em primeiro plano; nas Cartas anteriores, tais direitos, apareciam *depois* (dando a impressão que eram como um detalhe ou como uma inclusão meramente obrigatória), dos três Poderes, ou seja, depois do Estado.

Agora, além de fundamentais e de estarem no início do texto da Carta Maior Brasileira, são também *intocáveis*, ou seja, não podem ser suprimidos, nos termos do art. 60, § 4º da Carta de 1988. Nesse sentido assinala José Luiz Quadros Magalhães: “E exatamente por essa convicção democrática que a Constituição de 1988 deu caráter pétreo aos artigos sobre os direitos: se a Constituinte apenas os declarou, se não os criou (porque estão acima da vontade humana), isso implica que eles não podem ser abolidos. Daí, encontraremos garantias, como o Habeas Corpus, Habeas Data, mandado de segurança (Individual e Coletivo), mandado de injunção, remédios processuais constitucionais além de princípios fundamentais do Direito Processual, como o devido processo legal, o juiz natural, a instrução contraditória e a ampla defesa”.<sup>27</sup>

Entretanto, queremos dizer que compreendemos os princípios fundamentais do sistema dos direitos humanos divididos em duas ordens básicas a saber: *primeiramente* conforme digam respeito aos valores éticos supremos; em *segundo*, como lógica estrutural do conjunto. Isso implica, segundo inferimos, na necessária interação dos direitos fundamentais numa perspectiva do *Estado Social* em conjunto com o *Estado Democrático de Direito*.

24 CANOTILLO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 2. ed. Portugal: Almedina, 1999. p. 348.

25 JUNQUEIRA FERREIRA, Wolgran. Comentários à Constituição de 1988, v. 1, Campinas: Julex, 1989.

26 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988, 2. ed., v. 1. São Paulo: Saraiva, 1997 e 1999, p. 24.

27 MAGALHÃES, Op. cit., p. 96-97

Em amparo a nossas idéias, vamos nos servir aqui, mais uma vez, das lições de José Luiz Quadros Magalhães: “Partindo de enorme leque de classificações, optamos por escolher classificação mais simples que possibilite visualizar com facilidade os grupos de direitos fundamentais que compõem os direitos humanos (...) pela indivisibilidade dos direitos individuais, sociais, políticos, econômicos, culturais, sendo que estes últimos se destacam no Direito Internacional e em Constituições como a espanhola; na Constituição brasileira podem se encontrar classificados enquanto direitos sociais”.<sup>28</sup>

Nessa ótica, seria correto dizer que a simples inclusão de direitos humanos fundamentais e suas respectivas garantias no texto constitucional, já seriam suficientes, para a concretização e a proteção de tais *misteres*. A questão não é – infelizmente – tão simples quanto parece. Nesse sentido, Ferdinand Lassalle já advertia no século XIX, sob a eficácia social das Cartas: “Se os que me ouvirem não se limitarem a seguir e meditar cuidadosamente sobre as minhas palavras, levando adiante as idéias que as animam, encontrar-se-ão de posse de todas as normas de arte e da sabedoria constitucionais. Os problemas constitucionais, não são problemas de *direito*, mas do poder; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que expressem fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar”.<sup>29</sup>

Segundo J.J. Gomes Canotilho, os *direitos humanos fundamentais*, podem ser vistos sob *quatro funções básicas* a saber: “I – Função de defesa ou de liberdade; II – Função de prestação social; III – Função de proteção perante terceiros; IV – Função de não discriminação”<sup>30</sup>. Sob a ótica do Mestre Português, podemos identificar os direitos humanos fundamentais na *Carta Brasileira de 1988* em consonância com estas quatro funções, como por exemplo o *art. 5º* e vários de seus incisos – função de defesa ou de liberdade – o *art. 6º* – função de prestação social – o *art. 37, § 6º* – função de proteção perante terceiros – o *art. 4º* – função de não discriminação.

A Constituição Brasileira de 1988, porém, foi mais longe, segundo se depreende na interpre-

tação de suas normas fundamentais. Isto se deu em especial, no sentido da observância maior do próprio Estado, em relação aos direitos humanos da população. Em que pese as deficiências do texto, a Carta Política Brasileira de 1988, foi até o momento – notadamente no que tange a direitos humanos fundamentais – a “mais generosa”, se comparada com as que a precederam.

Muito embora esteja explicitada a importância dos direitos fundamentais na Carta de 1988, há coisas que nos causam *espécie*. Entristece-nos profundamente saber que somente uma minoria ínfima (em regra os estudiosos da Carta) têm noção da amplitude e da importância dos direitos fundamentais. O conhecimento de tais direitos é ou deveria ser, *pressuposto fundamental de cidadania*, ou seja, em outras palavras, deveriam ser do conhecimento de todos (ou pelo menos da maioria da população) ainda que em nível básico.

Queremos dizer que os direitos humanos de um modo geral, deveriam ser ensinados desde a infância, nos bancos escolares e nos lares, para que todos conheçam suas bases e deles possam se servir. E mais, para que conheçam enfim seus direitos de cidadãos e seres humanos, e possam invocá-los sempre que necessário. Nesse sentido, o *art. 5º* da Carta de 1988 com seus 77 incisos, deveria ser ensinado não apenas nas *Faculdades de Direito*, mas em todos os bancos escolares desde o *Ensino Fundamental*.

## 7

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se analisarmos com cuidado a evolução dos documentos declaratórios dos direitos humanos fundamentais, desde o Séc. XVIII, até o final deste Séc. XX, poderemos enxergar em seus textos, uma seqüência lógica ou mesmo previsível, se comparada com às situações paralelas de cada época. A razão disso encontra-se na *força social*, que ao se sentir ameaçada como um todo, responde igualmente em uma só direção. Ora, em última análise, trata-se da sobrevivência da própria humanidade. Muitos se esquecem de que o “Estado” foi criado para servir o “povo”, e não o contrário.

Dizem que as pessoas nascem livres e iguais... Será? Acreditamos que tal afirmação

28 Idem. p. 95

29 LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 3. ed., Trad. Walter Stönnner, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995, p. 66-67.

30 CANOTILHO. Op. cit., p. 373-375.

seria uma colocação desgarrada das realidades sociais atuais. As pessoas neste final de Séc. XX, em regra, não nascem livres e tão pouco nascem iguais. O que prevalece na realidade social atual e universal é a *lei das desigualdades* em todos os sentidos, onde a vida de cada ser humano nas cente já está basicamente traçada no berço, de acordo com o padrão econômico, psicológico, educacional etc., vigente no seio familiar de seu nascimento. Os “sortudos de berço” tendem a manter esse padrão, assim como os “desafortunados de berço” tendem a manter sua cruel existência social.

Em um exercício óbvio de futurologia, poderíamos dizer que as perspectivas para o início do próximo século e milênio não são das mais animadoras, no que tange à aplicação dos *direitos humanos fundamentais*. As leis em *sentido amplo* (Constituições, Tratados etc.), seja no plano interno, seja no plano externo, na maioria das vezes não passam de “diplomas sem eficácia social”. Já foi dito que os legisladores fazem as leis para uma sociedade de seus sonhos, só que, na prática, nem mesmo eles as cumprem. Melhor seria que elaborassem leis mais condizentes com as realidades sociais e, melhor ainda se as cumprissem, dando o exemplo a todos.

A maioria das pessoas aceitaria a tese de que evoluímos no Séc. XX mais do que em toda a história da humanidade. Mas em que direção? Ou seja, em que evoluímos? As mulheres conquistaram seu espaço na sociedade, até então exclusivamente masculina; chegamos à Lua, embora muitos até hoje não acreditem; criamos a informática, a mola mestra da humanidade atualmente; ganhamos longevidade e qualidade de vida, especialmente através dos avanços da medicina; estamos desvendando os mistérios do próprio cosmos... Em verdade, podemos dizer sem sombra de dúvida que o conhecimento humano é ilimitado.

Não obstante, após todas essas conquistas, vale ressaltar que *em muitas coisas*, a humanidade continua a mesma (senão pior). Analfabetos? Contam-se aos milhões... só no Brasil são 15% de toda a população segundo dados oficiais. Aliás, essa estatística refere-se aos analfabetos de *saber ler e escrever*. E os analfabetos de informática ou os analfabetos políticos? E as pessoas vivendo abaixo da linha mínima de dignidade humana? São “apenas” 20% da humanidade... algo em torno de 1 bilhão de pessoas. Se esses “pobre seres vivos” nem sabem o que é

ser “humano”, como vão saber o que são direitos humanos fundamentais?

Nesse exato momento em que o leitor percorre essas linhas, que aliás não são novidade para qualquer pessoa um pouco esclarecida, milhões de pessoas nascem e vivem em um “inferno de Dante”. Nestes locais infelizmente numerosos os *direitos humanos* se encontram a anos-luz, talvez em outras galáxias. Seriam os *direitos humanos fundamentais* apenas para as classes sociais mais favorecidas economicamente? A prevalecer as realidades atuais é o que nos parece em rápida reflexão.

A essa altura, precisamos advertir o (a) leitor (a) que “o quadro que acabamos de pintar” não é o do apocalipse, ou seja, não estamos aqui querendo indicar a iminência do *juízo final*. Em verdade, felizmente existem muitas “flores no deserto”, que estão disseminando suas sementes, no sentido de dar nova paisagem e um colorido mais humano ao quadro. Também se faz *mister* reconhecer que nossa atual Carta Maior muito evoluiu em face das anteriores, no que tange às garantias dos *direitos humanos fundamentais*.

O que será necessário para a concretização dessas garantias? Instituir outras tantas, no bojo das Constituições e/ou outras leis? O caminho principal, entendemos, não é este. É necessário inicialmente vontade política dos Governos e, em última análise, dos próprios *governados* (principalmente você que está lendo nossas despretensiosas linhas, posto que, você leitor(a) faz parte da “elite pensante”). Já seria uma grande evolução se os Governos Mundiais tivessem em mente que os direitos humanos são o primeiro bem a ser alcançado. Sem a efetiva instituição dos *direitos fundamentais*, simplesmente não existe “Estado Democrático de Direito”. Aqueles, em palavras simples, são a essência deste.

Sobre esse particular, o Prof. Paulo Bonavides explica, com sua elegância estilística que lhe é peculiar: “Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam”. ‘Cabe, por conseguinte, reiterar: quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material menospre-

za os direitos fundamentais e os interpreta a favor dos fortes contra os fracos'. 'Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais. Tampouco há direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material cujo norte leva ao princípio da igualdade, pedestal de todos os valores sociais de justiça'".<sup>31</sup>

A evolução dos direitos humanos fundamentais, desde a Magna Carta Inglesa, até a atual *Constituição Brasileira de 1988*, é vista por nós sob *duas óticas distintas*. A razão disso é óbvia, no mesmo sentido em que todo mal trás um bem e todo o bem trás um mal. A *primeira* é que de fato os direitos humanos tornaram-se uma realidade nacional e internacional, sendo que sua concretização atual nos textos legais é no mínimo razoável, se comparada com o passado – não muito longínquo -. A *segunda* é que a *real concretização* dos direitos humanos tem como pano de fundo problemas culturais, para não dizer impecilhos de ordem d'alma.

O ser humano é mesquinho e egoísta por natureza – aliás, da mesma forma que milênios atrás – portanto cabe a cada um combater o que há de mal em si mesmo. Os direitos humanos fundamentais evoluíram muito mais nos Textos Constitucionais do que no caráter e n'alma de cada cidadão cosmopolita – sim, pois atualmente, em face das modificações mundiais, somos todos cosmopolitas -. A Constituição Brasileira de 1988 soube – ainda que sob muitas críticas, com as quais concordamos em parte – captar os anseios da população – sempre de alguma forma oprimida – e inseriu inúmeras normas destinadas à proteção dos mais fracos e às diminuições das desigualdades; cabe agora, portanto, ampliar-mos também os direitos humanos fundamentais em nossos corações.

Podemos dizer que a história dos direitos humanos fundamentais confunde-se com a própria história das liberdades modernas, conseqüidas em regra a duras penas. Wolgran Junqueira Ferreira tem a mesma visão: "Nas constantes lutas dos homens em busca de seus direitos face o Estado, na oposição do homem a ele (the man versus the State), há de se encontrar a trajetória longa e sinuosa em que se efetuaram as conquistas obtidas".<sup>32</sup>

No mesmo sentido, podemos dizer que os direitos fundamentais confundem-se com a gê-

nese da separação e da limitação de poderes. Em outras palavras, os direitos fundamentais contemporâneos foram forçados na mesma "forma" da criação dos mecanismos que auxiliam o ser humano a concretizar valores cuja identidade tem sua fonte primeira na sociedade e não nas esferas governamentais.

Os direitos humanos fundamentais, tomados pelas bases de sua essência primária, são por assim dizer, os direitos consagradores da legitimação de todos os poderes sociais, políticos e individuais. Onde quer que tais direitos sofram lesão, ou mesmo sejam maculados, a sociedade se acha enferma. Uma crise dos direitos humanos fundamentais acaba sendo também uma crise do poder em toda a sociedade democraticamente organizada.

Entretanto, vale sempre notar, para que as novas gerações se encontrem e lutem em prol de objetivos comuns, se faz mister um processo de mudanças para se chegar a um universo mais justo e ético. Nesse sentido os revolucionários franceses proclamaram em 1789 a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Portanto, são intenções enraizadas no direito internacional mas ainda dissociadas da práxis. E o que mais podemos desejar? Que as intenções expressas na Declaração Universal de 1948 sejam efetivamente aplicadas, assegurando que os postulados dos arts. 1º e 2º tornem-se realidade. E, especialmente, que os 77 incisos e os 2 parágrafos do art. 5º de nossa Carta Brasileira, sejam disseminados aos quatro ventos.

Não somos céticos, acreditamos na força da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como instrumento de defesa social. Não poderíamos deixar de dizer aqui que o objetivo do texto constitucional não é definir com precisão matemática ou taxativa quais são os direitos fundamentais e suas garantias; e sim direcioná-los e exemplificá-los, sem o condão de exauri-los. É bem verdade que muito ainda precisa ser feito, mas antes desse apelo, há de se enxergar o que já foi conseguido; pois, em tempo algum, desde o Brasil- Colônia, deu-se tantos direitos e garantias fundamentais à população brasileira. Cabe a nós e você está especialmente incluído leitor, em princípio, orientar e defender os de certa forma, "menos favorecidos".

31 BONAVIDES. Op. cit., p. 553-554.

32 JUNQUEIRA FERREIRA. Op. cit., p. 107.

Não poderíamos deixar de citar aqui as sábias palavras de José Bonifácio de Andrada e Silva: “Todo cidadão se deve aos seus concidadãos, conforme a sua esfera; quando tem sublimidade de pensar e querer o bem da espécie inteira é o seu fito. Em vão o sábio ama a paz e retiro, deve aos outros a quem pode guiar seus profundos pensamentos e seu engenho regenerador. Se razão desenganada busca viver longe das paixões e dos acasos da fortuna, e ri das vaidades humanas, há circunstâncias que reclamam seus serviços à humanidade – deixará precipitar aos homens nos abismos da desgraça, quando lhes pode dar a mão?”.<sup>33</sup>

Isto posto, reforçando nossas explicações supra, sentimos o início deste novo século e milênio como modificador para melhor, em que pese os recentes acontecimentos nacionais e mundiais, no domínios dos direitos fundamentais. Sim, pois, como no- vos desafios estão surgindo e as modificações mundiais são uma constante, como neoliberalismo, globalização, terrorismo internacional etc. Com certeza os direitos fundamentais, apesar da sua constitucionalização e suas garantias, tendem a ser deixados de lado, cabendo portanto, às populações, e insistimos, isso inclui principalmente você leitor(a) que faz parte da “elite pensante”, reagir em sua defesa. Assim foi outoro- ra, assim será sempre. ■

### referências bibliográficas

- BRASIL, Anos 500. **A Grande história do Brasil**. São Paulo: Abril, 1999. 2 v.
- ANDRADA e SILVA, José Bonifácio de. **Projetos para o Brasil**. São Paulo: Publifolha, 2000.
- BARBOSA, Rui. **Comentários à constituição federal brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1932/1933.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988 a 1998. 15. v.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- BOBBIO, Norberto et al. **Dicionário de política**. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- CANÊDO, Carlos. **O genocídio como crime internacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- CRETELLA JR., José. **Comentários à constituição 1988**, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989 a 1993. 9 v.
- CUNHA, Antônio Geraldo da. **Dicionário etmológico Nova Fronteira da língua portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à constituição brasileira de 1988**, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997 e 1999. 2 v.
- \_\_\_\_\_. **Constituição e governabilidade**, São Paulo: Saraiva, 1995.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- \_\_\_\_\_. **O Poder constituinte**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CANOTILLO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Portugal: Almedina, 1999.
- HORTA, Raul Machado. **Curso de direito constitucional**, 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- JUNQUEIRA FERREIRA, Wolgran. **Comentários à constituição de 1988**, Campinas: Julex, 1989. v. 1.
- LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. Tradução de Walter Stönnner. 3. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1995.
- LEAL, Aurelino. **História constitucional do Brasil**, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1915.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros. **Poder municipal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MIRANDA, Jorge. **Textos históricos do direito constitucional**, Tradução de Jorge Miranda, 2. ed., Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1990.
- PINTO FERREIRA, Luiz. **Comentários à constituição brasileira**, São Paulo: Saraiva, 1989 a 1995. 7. v.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à constituição de 1967 com a emenda n. 1 de 1969**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos**, São Paulo: Saraiva, 1991.

33 ANDRADA e SILVA, José Bonifácio de. *Projetos para o Brasil*. São Paulo: Publifolha, 2000, p. 172.



# O FEDERALISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Joaquim Eurípedes Alves Pinto\*

## sumário

1. Introdução
2. Federalismo comparado
3. Federalismo no Brasil
4. Deficiências do federalismo brasileiro
5. Medidas saneadoras
6. Conclusão
7. Referências bibliográficas

## resumo

Trata-se de análise jurídica da forma de governo do Estado brasileiro, constante da Constituição Federal, partindo-se da origem histórica do federalismo, passando por sua implantação no Brasil nas Constituições pretéritas, indo até a Carta Política de 1988. São considerados alguns desvirtuamentos do federalismo brasileiro, especialmente a concentração de poder no Ente Central (União) e as desigualdades regionais (nos Estados). Cuida-se também da imprescindibilidade da forma federal de governo para o Brasil, sobretudo em razão da vasta dimensão territorial do País. Propõem-se algumas medidas saneadoras das deficiências apontadas, objetivando dar maior efetividade ao federalismo no Brasil.

## 1 INTRODUÇÃO

### Origem

A concepção do Estado fracionado, administrativa e politicamente, existe desde a antiguidade. Narra a Escritura Sagrada (Gênesis / Deuterônimo) que a Nação de Israel, por volta de 1000 anos antes de Cristo, após libertar-se do domínio egípcio, adentrou à terra prometida de Canaã. Antes, porém, o líder daquele povo, Moisés, havia transmitido aos hebreus que a nação de Israel seria dividida em 12 tribos, cada uma delas representada por um dos filhos de Israel (nome dado a Jacó após sua conversão), a saber: Rubem, Simeão, Levi, Judá, Issacar, Zebulom, José, Benjamin, Dã, Naftali, Gade e Aser.

Pois bem, ao tomar-se posse da Terra Prometida, Josué, o novo líder dos judeus que deu prosseguimento ao trabalho de Moisés, faz a distribuição das heranças às respectivas tribos, exceto à de Levi que, por cuidar do sacerdócio, era sustentada pelas outras 11 tribos.

Nessa época, havia um Governo Central exercido inicialmente pelos Juízes e posteriormente pelos Reis. Ao mesmo tempo existiam os

governantes das tribos, cujos líderes guardavam os interesses respectivos.

Embora não se possa atribuir a essa organização político-religiosa de Israel o conceito de federalismo, no entanto, já se percebe uma forma incipiente de dualismo de governo: um central e outro regional, isso há 1000 anos A.C.

Por seu turno, a união federativa dos gregos tinha uma forma menos consistente de divisão do estado, que atualmente denomina-se confederação, criada através de um tratado ou aliança entre estados, cujas prerrogativas de soberania o pacto preserva.

Já na Idade Moderna, o nascedouro da tese federalista se acha em íntima conexão com o princípio da liberdade do Estado pós-medieval, contrapondo-se à forma absolutista e férrea do Estado Unitário, monárquico, centralizador, despótico. Está em sintonia com os estatutos do poder representativo, constitucional, limitado e, de preferência, republicano. Contempla a liberdade das instituições e do cidadão, sendo por natureza descentralizador. O federalismo, na sua essência, está umbilicalmente ligado ao Estado de Direito, ao regime representativo, à legitimidade e ao exercício responsável do poder.

\* Joaquim Eurípedes Alves Pinto, Procurador da Fazenda Nacional, Uberaba-MG

Intrinsicamente o federalismo traz a nota indelével da necessária distribuição dos poderes em sentido vertical, o que, agregado à doutrina da separação horizontal, preconizada por Montesquieu (Executivo, Legislativo e Judiciário), atuam como formas de pulverização do poder.

Entretanto o federalismo como conceito e como forma prática de organização política, como veremos adiante, somente surge com a Constituição Americana de 1787.

Dois são as formas de surgimento da federação: a) quando se reúnem vários estados independentes para originarem um novo Estado, o Federal, como ocorreu, por exemplo, nos EUA; b) quando o estado unitário possibilita a repartição de seu território e competências em estados-membros, como é o caso do Brasil.

### Conceito

A noção de federalismo (latim: foedus, eris) vincula-se à idéia de união, de modo permanente, de dois ou mais estados em um só, o Estado Federal. Os estados-membros conservam sua autonomia interna, debaixo, porém, da autoridade central. Esta união é materializada na Constituição Federal.

Esse, todavia, é o conceito do federalismo clássico, ou seja, dualista, acolhido pela ciência política e pelo direito constitucional que, nas palavras de J. N. C.<sup>1</sup> 1985, p. 49), *está consubstancialmente concentrado na existência de duas espécies de poder político, gradualmente diferentes, no âmbito estatal: os governos dos Estados-Membros e o governo da União. Este, como poder central, soberano; aqueles, com a autonomia de entidades federadas.*

Necessários dois requisitos básicos para caracterização do Estado Federal: participação e autonomia.

Pela participação, os estados membros têm poder de tomar decisões que vinculem o próprio Estado Federal. Não há que falar em federalismo se os estados-membros não atuem efetivamente na formação das deliberações e na formação das instituições comuns.

A autonomia vem caracterizada na independência de gestão dos negócios dos estados associados, isoladamente da União. Assim, cada

ente tem seus próprios poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário) e também, em determinados pontos, liberdade de produção jurídica com a criação do próprio direito.

Nesse sentido é o conceito de Mouskheli, assentado por Maria Helena Ferreira Câmara<sup>2</sup> 1981, p. 25): *O Estado Federal é um Estado em Estado que se caracteriza por uma descentralização de forma especial e de grau elevado; que se compõe de coletividades-membros dominadas por ele, mas que possuem autonomia constitucional, bem como participam da formação da vontade federal, distinguindo-se desta maneira de todas as demais coletividades públicas inferiores.*

### Formas de Estado

Considerando-se genericamente os modelos mais comuns, podemos classificar as formas de Estado em duas categorias:

a) estados simples ou unitários: aqueles que detêm um grau acentuado de centralização, guardando sempre uma unidade estrutural interna rígida. Mesmo os estados regionalizados, que oferecem certa liberdade aos entes públicos internos, não perdem sua característica de unitários;

b) estados compostos: são marcados pela flexibilidade da estrutura interna, comportando um deslocamento autônomo do centro de poder político-jurídico. Aqui temos duas formas mais conhecidas: a federação e a confederação.

Esta última, a confederação, quase sempre se origina de um agrupamento de Estados preexistentes, os quais, permanecendo senhores dos respectivos destinos (diga-se soberania), reúnem-se por um tratado com a finalidade essencial de resolver desigualdades existentes entre eles e, simultaneamente, assegurar a defesa comum externa. Subsiste, assim, o caráter contratual dessa forma de Estado, criando-se, *ipso facto*, a possibilidade de vésculo. Diante desse quadro, não há falar em vínculo constitucional, mas decorrente de pacto, passível de ser rompido pelos confederados.

Por sua vez, a Federação tem características, diríamos, opostas à confederação, já que os Estados Federados guardam apenas autonomia parcial, que jamais pode ser confundida com soberania.

1 CASTRO, José Nilo de. Considerações sobre o federalismo. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, n. 85, p. 49., 1985.

2 CAMARA, Maria Helena Ferreira da. O conceito moderno de federação. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília, n. 71, p. 25., 1981.

Estão vinculados não por uma simples aliança, mas por uma Constituição, sendo assim, em princípio, uma união indissolúvel. A representação externa da federação normalmente feita pelo órgão central, tendo os estados-membros relativas competência e autonomia internas.

## 2

### FEDERALISMO COMPARADO

Ainda que de forma perfunctória, passemos os olhos sobre a experiência federalista adotada por outros países estrangeiros, a fim de verificarmos algumas de suas peculiaridades.

#### O Federalismo na América

##### a) O período colonial

Entre 1607 e 1732 formaram-se ao norte do continente americano, ao longo do litoral atlântico, as 13 colônias inglesas que se tornaram os 13 Estados da União dos Estados Unidos da América.

As origens dos homens que fundaram as colônias eram bastante diversificadas: mercados, que vinham para América com vistas a explorar a descoberta de metais preciosos e, mais adiante, a agricultura. Muitos vinham com profundo espírito religioso, fugindo da inquisição, em busca da terra prometida.

Dois traços marcam a vida política desse povo recém-chegado: as colônias mais religiosas tinham o postulado da prática da “democracia pura”, isto é, diziam-se todos iguais e tratavam dos assuntos coletivos em assembleias livres e abertas. Em sentido oposto, entretanto, formou-se um sentimento claro de separação e oposição aos poderes, advindo do fato de os governadores, representantes da Coroa, estarem em constante conflito com as assembleias.

A situação de conflito com a Coroa agravou-se quando o Rei Jorge III decidiu aumentar a cobrança de tributos para cobrir gastos da guerra contra os franceses.

##### b) A Confederação

Objetivando enfrentar o poder inglês, que abusava do povo, na taxaço de impostos, as 13 colônias uniram-se com o fim de se libertarem

da Coroa e, posteriormente, cada uma tornar-se-ia um Estado indepenente e soberano.

Em 1778, após superadas grandes divergências, os Artigos da Confederação foram assinados, tendo sido ratificados pela maioria dos 13 Estados em 1781. Contudo, nesses artigos almejava-se a liberdade e a independência da Inglaterra.

Esse documento, que instrumentalizou a união dos 13 Estados, era muito frágil. O Congresso da Confederação naquela época não era um órgão legislativo: não podia instituir tributos, não tinha poder sobre os cidadãos de cada Estado; era apenas órgão de política externa comum. George Washington chegou a afirmar que os 13 Estados estavam unidos somente por uma corda de areia (“by a rope of send”).

##### c) A Constituição

Assinado o tratado de Paris, findada a guerra, em 1783, as 13 colônias tornaram-se estados, livres e independentes. Considerando-se que o Congresso Continental não possuía, como vimos, poderes de coerção para impor suas decisões, era necessária a criação de uma nova ordem jurídica para sacramentar tal mister. Assim, em maio de 1787, 55 delegados foram enviados a Philadelphia, com o objetivo de revisar os artigos da confederação. Entretanto, os representantes dos Estados foram além e criaram a Constituição dos Estados Unidos da América, assinada em 17/09/1787, por 39 delegados, a que somente foi ratificada e aceita pelos Estados em 1788. A dificuldade da aceitação da Constituição residia no fato de que as colônias não queriam conceder à União os mesmos poderes que detinha a Coroa Inglesa.

Referentemente ao federalismo norte-americano, a *Constituição Republicana de Philadelphia instituiu o federalismo no mundo, de forma equilibrada, ou seja, um poder central forte, sem, contudo, limitar os poderes estaduais, naquilo que lhes era concernente... Da conceituação do Federalismo, três princípios se erigem como seus pilares: a- descentralização do poder entre os entes políticos; b- intervenção mínima do Governo Central, como exceção (poderes enunciados) competindo ao Estado-Membro todos os demais restantes (poderes remanescentes); c- equilíbrio de poderes entre o central e os periféricos.*<sup>3</sup>

3 SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1997. 301 p.

## O Federalismo em outros Países

Tomo como referencial para esse item, J. N. C.<sup>4</sup> (1985, p. 45/74), que analisa sumariamente o federalismo em alguns países que o adotam como forma de Estado com suas variantes e peculiaridades, dentre os quais destacarei três nações:

### a) Canadá

Na formação da estrutura federal canadense, houve o concurso de diversos fatores, tais como as tradições, as instituições diversas, procedentes quer da cultura francesa, quer da inglesa, a diversidade religiosa, as opiniões econômicas. Também a presença vizinha das Colônias dos Estados Unidos, o temor advindo da Guerra de Secessão, na ameaça de invasão norte-americana, tanto política como econômica, contribuíram, todos esses elementos, para a realização efetiva da integração canadense.

Em 1864, em Quebec, reuniram-se delegados de todas as Colônias, que elaboraram as Resoluções de Quebec – “Quebec Resolutions”, donde proveio, posteriormente, a “British North América Act”, de 1867, que conferiu ao Canadá o estatuto de Domínio com quatro Províncias, inicialmente, chegando-se hoje a 10 Estados-Membros e 2 Territórios, dentro da COMMONWEALTH. Possui situação *sui generis* a Federação Canadense, pois que, como membro da COMMONWEALTH, o Chefe de Governo é o Primeiro-Ministro, à frente de um Gabinete Parlamentarista. Esta participação na comunidade britânica e a preocupação preponderante do governo central fazem da Federação do Canadá um Estado Federal de pouca estrutura rígida na verdadeira acepção do federalismo, segundo a concepção clássica americana. Mesmo com as tendências separatistas, várias vezes suscitadas, no Baixo Canadá ou Canadá Francês, constituído pela Província de Quebec, a Constituição Canadense foi o modelo geral para as Constituições de outros domínios, como o da Austrália e da União Sul-Africana.

### b) Austrália

Os crescimentos político e econômico da Alemanha e do Japão no Pacífico, antes de 1900,

constituíam constante preocupação à Coroa Inglesa, já que as Colônias Britânicas na Austrália sentiram sensivelmente tais influências. A Constituição da Comunidade da Austrália, de 9-7-1900, estabeleceu um COMMONWEALTH federal, indissolúvel, sob a Coroa do Reino Unido da Inglaterra e da Irlanda, com seus seis Estados-Membros, um Território e um Distrito Federal. Houve aqui uma equivalência ao sistema americano. É que a criação da Federação Australiana se deu também por um processo de agregação. As Constituições dos Estados-Membros sofreram alteração apenas no que se tornou necessário para a consolidação efetiva do COMMONWEALTH OF AUSTRALIA. Conforme assinalamos atrás, separadas algumas diferenças, e fundamentais até, a Constituição do Canadá é que serviu de paradigma para a Federação da Austrália.

### c) Venezuela

Embora independente desde 1811, a pátria de Bolívar, somente após a guerra civil de 1870, é que se firmou como República Federativa, ou como Estados Unidos da Venezuela. E a atual Constituição Federal de 1961, mantendo a forma federativa de República, com seis Estados-Membros, como em todos os regimes federativos, tem apresentado sinais sensíveis de evolução. E, neste painel de evolução venezuelano, destacam-se as famosas regiões econômicas da Venezuela, numa eloqüente arrancada de visão e participação neofederalistas.

## Regionalismo

O Regionalismo surge como uma forma híbrida entre o Estado Unitário e o Federal. Tem características da forma unitária porque as regiões, embora tenham certa autonomia, estão hierarquicamente vinculadas e subordinadas ao poder central. De igual forma, o regionalismo possui semelhanças com o Estado Federal, na medida em que as regiões, em certos casos, têm capacidade legislativa e administrativa. É verdade que não têm a mesma organização do Estado-Membro, já que não possuem os poderes constituídos (legislativo, executivo e judiciário).

S. R., citado por Moacir Benedito de Souza<sup>5</sup> (1985, p. 132), assevera que a Região é uma

4 CASTRO, op. cit., 1985, p. 45-74.

5 SOUZA, Moacir Benedito de. O ideal federalista nas revoluções brasileiras. *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, Brasília: 1985, p. 32.

*entidade pública territorial dotada de personalidade nem originária, nem soberana. Nem originária, porque deriva sua vida do reconhecimento por parte do Estado (...); não soberana, porque não está dotada de poder de governo ou de império, próprio do Estado, senão somente de um poder normativo e de administração limitada e condicionada pela primeira e a ela subordinado.*

O regionalismo é bastante expressivo em dois países europeus, a saber: Espanha e Itália.

a) O Regionalismo Espanhol: essa nova forma de organização do Estado surgiu na Espanha pela constituição de 1931 que, naquela época, adotou terminologia até então estranha ao direito público – Estado Integral.

Em razão das peculiaridades que apresenta, a Espanha constituía-se em campo propício para experiência desta natureza, principalmente pela existência, em seu território, de culturas e origens diversificadas, como se fossem várias “nações”, o que muitas vezes era motivo de divergências políticas até mesmo de caráter separatista. Até hoje, a Espanha, como Estado multinacional (bascos, galegos, catalães e castelhanos), se vê às voltas com sérios problemas dessa especial condição.

Nesses termos, foi necessário criar uma forma de Estado que respeitasse a autonomia das regiões, evitando-se, assim, a desagregação do Estado Unitário Espanhol.

b) O Regionalismo Italiano: pela Constituição de 1947, a Itália tornava-se República parlamentar. Seu território foi dividido em 19 regiões, que se subdividiam em 92 Províncias, e estas últimas em Comunas. As regiões gozavam de certa autonomia, legislando sobre algumas matérias constitucionais, tendo inclusive competência para elaborar seus “estatutos”, e integravam o Senado com 3 representantes, participando indiretamente da eleição presidencial, pelo parlamento.

As Regiões Italianas são “ordinárias”, aquelas que não passam de entidades geográficas (são 14); e “especiais”, às quais são conferidas formas e condições especiais de autonomia, de acordo com os estatutos próprios através de leis constitucionais. São “especiais” as regiões da Sicília, Sardenha, o Tretino-Alto Ádige, o Friuli-Veneza-Giulia e o Valle d’Aosta.

### 3

## FEDERALISMO NO BRASIL

### Imprescindibilidade

Certamente que entre todos aqueles que se debruçam sobre o estudo das formas de Estado, ninguém jamais ousaria cogitar a forma unitária para o Brasil, especialmente por sua dimensão continental. Vejamos, pois, algumas razões da implantação do Federalismo no Brasil:

a) de ordem geográfica: como já enfatizado acima, não se concebe que um país com o território de amplitude continental, como é o Brasil, adote forma de Estado que não seja o federalismo. Associadas à dimensão territorial temos também as variações climáticas e a diferenciação de grupos étnicos. Tais fatores tornam imperativa a adoção do federalismo no Brasil;

b) de ordem histórica: desde os tempos coloniais, embora sempre tenha prevalecido a centralização, o ideal de autonomia administrativa esteve constantemente presente na consciência do povo brasileiro. Aliás, os primeiros sistemas administrativos adotados por Portugal eram, de certa forma (embora com controle), descentralizados, tais como as feitorias, as capitânicas hereditárias e as governadorias-gerais. É elucidativa a afirmativa de C. B., citado por Maria Helena Ferreira de Câmara, no sentido de que *as Capitânicas desenharam, no organismo social, o esboço das futuras Províncias e preparavam a federação dos Estados, sob a República*<sup>6</sup> (1981, p. 36).

c) de ordem ideológica: embora com muito atraso, o Brasil sofreu influências de dois grandes eventos mundiais, que profligaram o modo centralizador de governar, adotando outro liberal e democrático: trata-se da independência americana (1776) e a Revolução Francesa (1789). A independência Americana, com fulcro nas doutrinas de Locke e Montesquieu, adotou, como fundamentos, a repartição tridimensional do poder legislativo, executivo e judiciário e o federalismo. Já a revolução francesa, derrubou o Estado Absoluto sob o lema “Liberdade, igualdade e fraternidade”.

Esses mananciais foram as fontes ideológicas para adoção no Brasil, a partir de 1891, dos princípios republicano e federalista.

6 BEVILAQUA, Clóvis, citado por CÂMARA, 1981, p. 36.

## O Federalismo nas Constituições Passadas

Sendo a Constituição a expressão máxima do direito em um país, pela sua análise podemos descortinar, portanto, o pensamento filosófico, político e ideológico dominante de uma nação, numa determinada época. Façamos pois uma breve digressão às constituições pretéritas, a fim de delinearmos historicamente os contornos do federalismo no Brasil.

a) Constituição de 1824: esta Carta, a da independência, implantou no Brasil o Estado Unitário bem como a monarquia hereditária, constitucional e representativa. Em 1831, apresentou-se projeto, como Emenda à Constituição, a fim de transformar o Brasil em monarquia federativa, o que não foi aceito. Como a pressão autonomista prosseguia, em 1834, pelo Ato Adicional nº 12, o Estado tomou feição quase que federativa. Entretanto, a centralização prevalecia como justificativa da manutenção do Estado Monárquico.

b) Constituição de 1891: pelo Decreto nº 01, de 15.11.1889, são adotados no Brasil a República e o Federalismo, sendo ratificados pela Carta Política de 1891.

Oportuno ressaltar que a federação brasileira, diferentemente da norte-americana, já nasceu centralizadora. Isto pode ser constatado pelo fato de que lá a federação surgiu da união das 13 Colônias, enquanto que aqui, ela tem seu início pela desagregação do Estado Unitário. Os americanos, ciosos de conceder poderes em excesso ao Governo Central, apenas outorgaram aqueles essenciais à União governar. Já no Brasil, conservou-se com a União a maioria dos poderes, dando aos Estados-Membros pouca autonomia administrativa.

Outra característica do federalismo, naquela época, é que os Estados-Membros, sendo autônomos, não tiveram como se sustentar. Tínhamos aqui o federalismo dualista, ou seja, a existência de duas esferas de governo, separadas uma da outra, sem cooperação entre ambas. Essa característica era tão nítida que *a União só podia legitimamente prestar socorro ao Estado se este lhe demandas se quando atingido por calamidade pública*<sup>7</sup>

Outras hipóteses de se conseguir verbas eram os empréstimos internacionais, o que pro-

duziu efeitos negativos com o endividamento externo.

c) Constituição de 1934: em decorrência das dificuldades financeiras dos Estados-Membros, por essa Lex Magna, institucionalizou-se o federalismo cooperativo, o qual possibilitou à União, de certa forma, participar da vida política e administrativa dos Estados.

Dessa Constituição devem ser ressaltados também: os municípios, como entidades organizadas, tiveram seus lineamentos fixados constitucionalmente; também os territórios foram admitidos como entidades federadas. Assim, pela Constituição de 1934, criou-se o federalismo tripartido (União, Estados e Municípios).

d) Constituição de 1937: por esse Documento, outorgado por Getúlio Vargas, implantou-se o Estado Novo, caracterizado por excessiva centralização político-administrativa, sob direção unipessoal e autoritária do Presidente da República.

Com a unicidade legislativa concentrada nas mãos do Presidente, prevaleceu, naquela época, entre 1937 e 1945, apenas a denominação formal do federalismo, cuja latência era evidenciada quase que somente pela tripartição das verbas tributárias.

e) Constituição de 1946: restabeleceu, quanto ao sistema federativo, aquele estruturado pela Carta de 1934, com ligeiras modificações. Procurou-se, no entanto, outorgar soberania à União sem, contudo, se descurar da autonomia dos Estados.

A partilha tributária e a criação de organismos regionais foram as grandes inovações deste texto constitucional.

f) Constituição de 1967 e Emenda de 1969: essa fase é marcada por acentuadíssima tendência de reforço do poder central, não só no Brasil, mas no mundo. As características marcantes do governo daquela época foram “segurança e desenvolvimento”.

Entretanto, sob esse lema instaurou-se governo ditatorial e absoluto, implantando regime de exceção, ampliando-se excessivamente a competência federal, especialmente a legislativa (CF-1967, art. 8º).

Sem dúvida que essa centralização produziu o enfraquecimento das garantias individuais dos cidadãos, com prejuízo evidente, também, à autonomia dos Estados Federados, já que o poder era detido nas mãos do Executivo Federal.

7 BUZAID, Alfredo. O Estado liberal brasileiro, in *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, 1981, n. 71, p. 37.

Deve ser ressaltada, nesta Carta, a criação das Regiões Metropolitanas (art. 164 da Emenda Constitucional de 1969), vinculadas em certo sentido aos Estados e em participação e colaboração de Municípios que as integram.

### A Constituição Atual e o Federalismo

Embora as Constituições Brasileiras ora dessem aos Estados Federados maior ora menor autonomia, todas as Cartas Políticas que vigiram, com exceção da imperial (1824), sempre adotaram o federalismo como forma de Estado. E como vimos, não poderia ser diferente, já que o Brasil mais parece um continente, em face de sua enorme dimensão territorial.

A Constituição Federal de 1988, além de ratificar o federalismo como forma de Estado, ao dizer que *A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal* (CF – art. 1º), também o constituiu imodificável pela cláusula pétreia, ou seja, não será admissível emenda à Constituição tendente a aboli-lo (CF, art. 60, § 4º, inciso I).

Não obstante existirem deficiências no federalismo praticado no Brasil, de qualquer forma, em decorrência de sua adoção, prevalece no Brasil o princípio da competência, que segundo J. A. S.<sup>8</sup> (1994, p. 412) *à União caberão aquelas matérias e questões de predominante de interesse geral, nacional ao passo que aos Estados tocarão as matérias e assuntos predominante de interesse regional, e aos Municípios concernem os assuntos de interesse local.*

As competências material e legislativa da União, Estados e Municípios estão reguladas pela Constituição (arts. 21, 22, 23, 24, 25, § 1º e 30, I).

Referentemente aos tributos, compete aos Estados e Distrito Federal instituir três tipos de impostos (ITCD, ICMS, IPVA – art. 155); aos Municípios, compete instituir outros três impostos (IPTU, ITBI e ISS – art. 156). A maioria dos impostos são instituídos pela União (no total de 7 – art. 153). Além dos impostos, cada ente político poderá cobrar outros tributos como, por exemplo, taxas, contribuições de melhorias etc.

A partir da Constituição de 1988, os territórios federais de Roraima e Amapá ganharam o “Status” de entes federados; já o território de Fernando de Noronha foi reincorporado ao Es-

tado de Pernambuco, deixando, assim, de existir territórios no Brasil. (ADCT – arts. 14 e 15).

Relevante destacar que o Distrito Federal tem a competência legislativa e material dos Estados e dos Municípios, (CF – art. 32, § 1º).

Como já fora mencionado, existem deficiências no federalismo praticado no Brasil. Entretanto, o simples fato da sua adoção, pela Constituição Federal, já é uma bênção para o Brasil.

As vantagens do federalismo para o nosso país são incomparáveis, mesmo diante dos graves problemas sociais existentes em determinados Estados. Conforme adiante será mostrado, as mazelas regionais não decorrem da adoção do federalismo, mas sim de sua incorreta aplicação.

Vale aqui trazer à colação a manifestação de Alexis de Tocqueville., em sua obra clássica, *A Democratização na América*<sup>9</sup>, citado por Lúcio ALCÂNTARA (1997, p. 102): *É para unir as vantagens diversas que quez das nações que foi criado o sistema federativo. Basta deitar os olhos sobre os Estados Unidos da América para perceber todo o bem que decorre, para eles, da adoção deste sistema.*

## 4

### DEFICIÊNCIAS DO FEDERALISMO BRASILEIRO

Passando os olhos sobre a realidade brasileira atual, verificamos que existem sérios problemas sociais. Não desejo aqui enumerar esses problemas, mas sim apontar algumas causas relacionadas ao federalismo de que, imagino, eles decorram, a saber: a concentração de poder e o federalismo formal.

#### Concentração de Poder

Historicamente o Brasil sempre teve um governo central com excesso de poderes, em detrimento dos órgãos periféricos (Estados), P. F. S., *“No Brasil... apesar de ter como modelo a Constituição dos Estados Unidos da América, como confessou Prudente de Moraes, o federalismo aqui “nunca vingou de todo, diante da dispersão do poder num país continental e das tendências unitaristas” que remontam aos Governos de Tomé de Souza*<sup>10</sup>.

8 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1994.

9 TOCQUEVILLE, citado por ALCANTARA, 1997, p. 102.

10 SILVEIRA, op. cit. p. 44.

Quando da adoção do federalismo, continua Silveira<sup>11</sup>, *como não existiam Estados Soberanos antes da Constituição Republicana de 1891, mas apenas províncias subordinadas ao Poder Central do Imperador (poder moderador), decorreu que os Estados-Membros, na realidade, nunca foram dotados de poderes suficientes (aqui não podem ser chamados remanescentes, porque nada tinham de início).*

Essa manifestação faz relembrar a experiência dos EUA, onde os 13 Estados independentes, ao ser implantado o federalismo, cederam parte de suas soberanias à União, conservando os poderes remanescentes. Diametralmente oposta é a experiência brasileira, onde nunca existiram Estados independentes e, ao ser adotado o federalismo, o governo central cedeu poucos poderes aos entes federativos, ficando com os poderes remanescentes.

De outro lado, além de existir concentração de poder no Ente Político Federal, essa aglutinação é mal distribuída em nível de poderes políticos, ou seja, grande parte dele concentra-se nas mãos do Executivo, uma parcela fica com Legislativo e quase nada resta ao Judiciário.

Por esses motivos, o Presidente da República Brasileira tem ao seu dispor poderes quase que divinos, decorrendo daí o desequilíbrio quer na prática do federalismo, seja na harmonia e independência dos poderes.

Esse desequilíbrio é facilmente percebido, por exemplo, na quantidade de golpes de Estado ocorridos no Brasil, oportunidades em que, tanto os estados-membros, quanto o Legislativo e Judiciário Federal, nada fizeram senão se conformar com a situação.

A esse respeito, mais uma vez trago a constatação de Silveira<sup>12</sup>. *Se a União concentrar poderes exagerados, fácil é resvalar-se para ditadura... E os golpes de Estado sempre foram uma constante em nossa história republicana.*

Outra causa de concentração de poder no Executivo Federal foi, no passado, a possibilidade de legislar pelos chamados decretos-lei e, atualmente, pelas medidas provisórias.

Com esses instrumentos ao seu dispor o Executivo tem suprimido o Legislativo na elaboração das leis, perdendo este último o seu perfil e papel históricos. O Judiciário Federal, por seu turno, não tem controlado a contento a

emissão de medidas provisórias, tendo o Supremo Tribunal Federal decidido que valem as reedições após decorridos os 30 dias, mesmo não havendo apreciação do Congresso Nacional.

Sobre as medidas provisórias é interessante lembrar que o próprio presidente da república, Exmo. Sr. Fernando Henrique Cardoso, em entrevistas, afirmou que há um excesso por parte do Executivo no seu uso, mas, nem assim, o Judiciário e o Legislativo tomaram providências.

Somente agora, em 2001, através de Emenda Constitucional, regulamentou-se o uso das medidas provisórias.

### Federalismo Formal e não Real

Fazendo-se uma análise dos textos constitucionais, a partir de 1891, percebemos que o federalismo sempre esteve presente em todas as Constituições Federais. Não obstante, nunca vingou no Brasil.

Por essa razão, ousou afirmar que o federalismo no Brasil nunca foi real senão apenas formal. A evidência dessa assertiva é facilmente verificável pela:

- desigualdade econômica e social dos estados-membros: evidentemente não se é possível conseguir igualdade real, no estrito sentido da palavra, entre todos os Estados. Cada um tem suas peculiaridades e vicissitudes. Mas o que ocorre em nosso país é calamitoso: enquanto nos Estados do Nordeste o povo passa fome, a situação nos Estados do Sul e Sudeste é bem mais favorável.

Isso nos leva a questionar se está correta a forma de distribuição das rendas públicas? E quanto às leis que deveriam ser criadas como incentivo ao desenvolvimento àquela e outras regiões? Mais adiante tentarei responder a essas indagações, apresentando algumas proposições;

- pela questão tributária: deveria existir uma forma legal de os Estados terem níveis diferentes de tributação, dependendo da abrangência dos custos dos serviços prestados e das peculiaridades de cada região.

Ora, qual empresa teria interesse de se instalar no Norte ou Nordeste se não existir diferenças tributárias? A empresa instalada no Sul ou Sudeste, por sua vez, poderá facilmente comercializar seus produtos e serviços, já que está

11 Idem, p. 46.

12 Idem, p. 46.

no próprio centro consumidor, tendo, assim, custos menores.

*Hoje, o Piauí, que não tem a mesma infra-estrutura, é obrigado a tributar as empresas que ali se instalam da mesma forma que São Paulo. É evidente que com estas regras os estados mais pobres não podem competir*<sup>13</sup>.

- Finalmente, temos a imposição constitucional aos Estados e Municípios que devem adotar o mesmo sistema institucional da União, como se fossem miniaturas do Governo Federal. Isto constitui uma autêntica federalização ao contrário, verticalizada, de cima para baixo.

A título de comparação, na América do Norte cada estado tem liberdade ao organizar seus poderes internos (Legislativo, Executivo, Judiciário), de decidir sobre vários itens, como por exemplo: quantos juizes comporão o tribunal; se existirão apenas duas ou uma terceira Corte de Justiça (para uniformização de Jurisprudência) etc. Sabe-se também que lá o direito material e o processual são de competência do Estado. Inclusive o próprio direito penal, varia de Estado para Estado, alguns adotando a pena de morte, outros não.

Avaliando-se essas deformações, que não são as únicas, podemos concluir que nosso federalismo não é real, senão um arremedo de federalismo, necessitando urgentemente de medidas que tragam concretude a essa forma de Estado que ainda não existe verdadeiramente no Brasil.

## 5

### MEDIDAS SANEADORAS

A fim de equilibrar o sistema federalista brasileiro, ousou fazer algumas proposições quanto à repartição de competências e à atuação do judiciário.

#### **Repartição de competências:**

Como foi enfatizado no presente trabalho há um desequilíbrio na repartição das competências. A União detém uma gama enorme de competências, restando aos Estados e Municípios quase nada.

A repartição equilibrada das competências através da Constituição Federal é o ponto ne-

vralgico do federalismo, SILVEIRA, *constitui a pedra angular em que se assenta a democracia, porque reparte o poder de uma forma equilibrada entre União e os Estados-Membros... União forte, balanceada com Estados-Membros também fortes. A doutrina é baseada na crença de que a concentração de poder em um ramo do Governo conduz ao despotismo*.<sup>14</sup> o Silveira<sup>15</sup>, citando as palavras do Justice Black, da Suprema Corte Americana, arremata SILVEIRA (ob. cit. p. 39): *Nosso conceito de federalismo assenta-se na política básica de evitar concentração excessiva de poder no governo, federal ou estadual*.

Sendo o desequilíbrio do federalismo brasileiro decorrente da desproporcional repartição das competências, convém que a Constituição Federal, nesse ponto, seja revista, a fim de se adequar à forma de governo que adotara.

Um dos tópicos a ser reescrito é a competência legislativa. Cada estado-membro deveria ter competência para legislar sobre o direito material e processual. De igual modo, cada município, deveria ter sua competência legislativa ampliada a fim de reger os assuntos de interesse local. A questão é muito simples: as peculiaridades e problemas que uma cidade ou estado tenham não são os mesmos de outra cidade ou estado. Por exemplo: em uma pequena cidade do interior não há necessidade de se proibir que cavaleiros circulem pelas ruas centrais, vez que ali é o meio próprio de locomoção. Já em uma metrópole, face ao n.º elevado de veículos, essa prática seria descabida. Diante dessas realidades locais, conclui-se facilmente que cada município poderia tranquilamente equacionar esse problema.

Entretanto, diz a Constituição Federal que a competência para legislar sobre trânsito é exclusiva da União, não podendo os municípios, no caso citado, regerem o assunto, pena sob de inconstitucionalidade.

Outro ponto a ser destacado, é a participação dos estados na aprovação de emendas à Constituição, ou seja, após aprovada a emenda ela deveria ser submetida aos legislativos estaduais para seu escrutínio.

Nos Estados Unidos, somente após a aprovação de  $\frac{3}{4}$  das legislaturas estaduais é que a

13 ALCANTARA, Lúcio. Olhando para o futuro: Perspectivas para o sistema federalista brasileiro. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, UFMG, 1997, n. 85. p. 99.

14 SILVEIRA, op. cit., p. 38.

15 Ibid. p. 39.

Emenda começa a ter vigência. Para se ter uma idéia, em 200 anos, a Constituição Americana teve apenas 27 emendas, sendo que a última, aprovada em 1789, só foi ratificada em 1992<sup>16</sup>.

Deve ser ressaltada, também, referentemente à repartição de competências, a questão tributária. Nesse ponto, assinalamos que os valores dos tributos rateados devem ser proporcionais às atividades exercidas por cada ente político.

Temos observado os problemas do Sistema Único de Saúde brasileiro que não tem, até hoje, funcionado a contento, eis que a União delegou aos municípios a administração da saúde e ao que parece não repassou recursos compatíveis.

Sobre o repasse de verbas, devem ser evitadas essas idas e vindas de recursos, o que normalmente gera desvios. Sempre que possível o próprio ente político deve arrecadar os tributos que tenha de aplicar, evitando-se assim que o dinheiro público passe em mãos de agentes públicos inescrupulosos, possibilitando-se a corrupção.

Em síntese, a fórmula para equacionar equilibradamente o federalismo é verificar de qual ente federativo é o interesse público. Se for geral, será competência da União; em sendo regional, caberá ao Estado; ao município tocará os assuntos locais.

### Atuação do Judiciário

Ao lado do federalismo e dos direitos fundamentais temos ainda como coluna mestra das franquias democráticas a doutrina da separação dos poderes. Nossa Constituição reza que os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário são independentes e harmônicos entre si.

Nos Estados Unidos a doutrina da separação dos poderes tem aplicação diuturna sendo comum o confronto entre eles, cada qual exercendo a função de controlar o outro poder. É o chamado “Checks and balances”, ou freios e contrapesos. Também verificamos ali a força do Poder Judiciário que é uma das instituições de maior reputação naquele País. Aliás, recentemente acompanhamos o desenrolar dos depoimentos do Presidente dos EUA, Bill Clinton, no caso Mônica Levinski, onde não pode se furtar de prestar depoimentos ao Judiciário, embora fosse, à época, o homem mais poderoso do planeta.

A fim de resguardar as questões federalistas deve o Judiciário atuar como poder político, principalmente para conter o Executivo Federal.

Presenciamos a cada dia no Brasil a edição de uma plethora de leis e medidas provisórias, causando espécie e insegurança ao mundo jurídico, vez que não se sabe mais o que é ou que não é legal.

Muitas dessas leis e medidas provisórias imiscuem-se em assuntos que não são de sua alçada, já que, pelo princípio federalista, as normas editadas pela União devem ser apenas aquelas de interesse geral. E isso na verdade não ocorre. Muito pelo contrário, o governo federal tem trazido para si a regulamentação de quase tudo, usurpando a competência legislativa dos Estados e Municípios.

Deparando-se o Judiciário com tal situação não deve hesitar em declarar a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo que infrinja ou contrarie princípio federalista adotado pela Carta Magna.

Todavia, isso não tem ocorrido no Brasil. Ao contrário o Judiciário aqui não tem atuado no controle dos outros dois poderes, o que tem causado sérios prejuízos ao povo brasileiro. Sobre o assunto trago aqui mais uma vez o magistério de P. F. S. que, singularmente, trata a questão<sup>17</sup>.

Portanto, o exercício da função de controle da atuação dos demais Poderes dentro dos limites constitucionais não é uma faculdade apresentada ao Judiciário, mas sua própria razão de ser. Se não concretizá-la estará ensejando o predomínio dos demais poderes, usualmente, como revela na sua história política, o do Poder Executivo. Assim, não se portando no decorrer dos tempos como Poder Independente, mas ao contrário, posicionando-se sempre como caudatário do Poder Executivo, deixando que este se apoderasse de vasta parte de sua competência constitucional, inclusive financeira, faltando-lhe coragem para confrontar-se com esse poder, que sempre foi dominado sem reboços, pelos econômico e politicamente poderosos – o Poder Judiciário anulou-se, perdendo a única arma que dispõe para se sustentar e, ao mesmo tempo, enfrentar os demais: a legitimidade decorrente da honrabilidade de seus membros e dos seus imparciais julgamentos. Ao, permanentemente, livrar os poderosos das malhas da lei, deixou de ser poder confiável aos olhos do povo. Por isso, a ditadura aconteceu, por diversas vezes, em nosso país, sem que o povo se posicionasse contra ela, ou encontrasse um meio pacífico e legítimo de hostilizá-la e bani-la. É efeito, porque dando

<sup>16</sup> Ibid. p. 47.

<sup>17</sup> SILVEIRA, op. cit., p. 264.

causa ao crescimento desmesurado do executivo, este diminuiu-lhe a importância, sombreando-lhe o alcance, tirando-lhe, às vezes, até sua jurisdição constitucional. Aliás, a história revela que toda revolução retirou, de imediato, a jurisdição do Poder Judiciário para apreciação de seus atos. O povo aceitou esse fato por duas razões básicas: ausência de lideranças autênticas no Poder Judiciário – não se está aqui falando em conhecimento acadêmico, mas de postura de homem de estado – e ausência de participação do povo nesse Poder, que dele se distanciou e se enclausurou em si mesmo, pretendendo viver e ditar normas sem conexão com a fonte primária de sua existência: o povo.

Mas essa triste realidade pode ser mudada. Na medida em que o judiciário entender seu papel fundamental no cenário constitucional e tomar as medidas pertinentes, certamente o povo será beneficiado, notadamente, no tocante ao federalismo, terá resguardado seus direitos e interesses regionais ou locais.

## 6

### CONCLUSÃO

O Federalismo no Brasil ao longo dos tempos sofreu algumas alterações. Inicialmente tínhamos o federalismo dualista, no qual coexistiram simultaneamente dois níveis de governo. Todavia, entre esses governos, embora existisse mútuo respeito, não havia, como regra, cooperação financeira.

Dessa fase inicial surgiram vários problemas, já que a União ficou economicamente poderosa, enquanto que os Estados permaneceram pobres e com sérias questões sociais. Daí surge a necessidade de um federalismo cooperativo, ou seja, a União participando financeiramente dos problemas dos Estados, auxiliando-os, até mesmo na esfera política, sem, contudo, retirar-lhes a autonomia.

Não bastasse essa variação do federalismo, surge uma terceira espécie: o regionalismo. Verificamos que na Espanha e Itália, diferentemente do Brasil, não existem Estados, mas Regiões. Nosso país, a meu ver, adotou solução mais moderna, na medida em que conservou os Esta-

dos e criou as Superintendências Regionais para fins de desenvolvimento de um conjunto de Estados. Como exemplo, temos a SUDENE, SUDESUL, SUDAM, SUDECO etc.

Devemos relembrar que o Brasil tem como ente federativo os Municípios, criati-tividade nossa e de grande eficácia prática, já que há interesses que fogem ao controle regional, referindo-se apenas à localidade.

Finalmente, temos as regiões metropolitanas, que são compostas de cidades circunvizinhas, as quais se unem para melhor tratar de problemas comuns.

Diante desse quadro, verificamos que temos formalmente uma estrutura administrativa descentralizada, ideal para melhor tratar os assuntos e interesses do povo. Vale dizer aquilo que pode ser resolvido pelo Município não deve ser levado ao Estado. O que é peculiar ao Estado não caberá à União imiscuir-se.

Além dessa divisão correta das responsabilidades, é mister existir cooperação entre os entes federativos, a fim de minimizar as desigualdades regionais existentes em nosso país. A União e os Estados mais aquinhoados devem se comover com a triste realidade do Nordeste e do Norte do País, para que o Brasil tenha não apenas uma forma de Estado ideal (Federalismo) mas que também tenha um povo mais feliz e menos desigualdade social.

Concluo, asseverando que embora exista necessidade de se revisar a Constituição, objetivando realizar uma melhor adequação de competências dos entes federativos, ainda que essa alteração não se processe, tal fato não é óbice à atuação do judiciário, a quem cabe interpretar as leis em face da Constituição, invalidando aquelas que afrontarem a forma federalista de Estado que, por ser princípio estruturante da nação, é hierarquicamente superior, inclusive às regras e normas constitucionais.

Agindo assim, o judiciário porá a salvo os interesses das comunidades (regionais e locais), e o nosso país será melhor administrado, porque as decisões a serem tomadas estarão ao alcance do povo, de onde emana todo o poder e portanto merece, sempre que possível, ser consultado. ■

**referências bibliográficas**

- ALCANTARA, Lúcio. Olhando para o futuro: Perspectivas para o sistema federalista brasileiro. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 85. p. 89-102, 1997.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Descentralização do Poder: Federação e Município. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 85. p. 151-184, 1985.
- BITAR, Orlando. Federalismo solidário e desenvolvimento. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 42, p. 37-62, 1947.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- \_\_\_\_\_. O Caminho para um federalismo das regiões. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 65, p. 115-126, 1980.
- \_\_\_\_\_. O Federalismo e a revisão da forma de estado. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 37, p. 21-42, 1973.
- BUZAID, Alfredo, O Estado liberal brasileiro. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 71, p. 37, 1981.
- CAMARA, Maria Helena Ferreira da. O conceito moderno de federação. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 71, p. 23-42, 1981.
- CASTRO, José Nilo de. Considerações sobre o federalismo. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 85, p. 45-74, 1985.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Federalismo e descentralização. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 87, p. 23-30, 1985.
- COSTA, Dilvanir José da. O Controle Constitucional e a Autonomia dos Estados Federados. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 83, p. 215-228, 1984.
- DIREITO, Carlos Alberto Menezes. O Federalismo. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 64, p. 49-56, 1979.
- FIGUEIREDO, Paulo de. O sistema federalista e a integridade do Brasil, **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 85, p. 75-124, 1985.
- HORTA, Raul Machado. Organização constitucional do federalismo. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 87, p. 5-22, 1985.
- \_\_\_\_\_. Reconstrução do federalismo brasileiro. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 72, p. 13-28, 1981.
- JARDIM, Torquato Lorena. Aspectos do federalismo norte-americano. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 82, p. 53-82, 1984.
- MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- PONTES FILHO, Valmir. Federalismo e autonomia Municipal. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 85 p. 139-150, 1985.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1994.
- SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1997.
- SOUZA, Moacir Benedito de. O ideal federalista nas revoluções brasileiras. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 90, p. 35-52, 1986.
- \_\_\_\_\_. Do Estado unitário ao Estado regional. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, Brasília, n. 85, p. 125-138, 1985.



# O MINISTÉRIO PÚBLICO CIDADÃO E A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

Bergson Cardoso Guimarães\*

## sumário

1. Introdução
2. Perfil institucional do Ministério Público. Evolução
  - 2.1 Antigüidade
  - 2.2 Idade Média
  - 2.3 Ministério Público no Brasil
3. Tutela ambiental
  - 3.1 Atuação administrativa
  - 3.2 Atuação criminal
    - 3.2.1 Ação penal pública
    - 3.2.2 Transação penal. Lei dos juizados especiais (Lei 9.099/95)
- 3.3 Atuação civil
- 3.4 Ação civil pública
- 3.5 Inquérito civil público. Termo de Ajustamento de conduta
4. Instrumento e realidade
5. Conclusões
6. Referências bibliográficas

## resumo

“O Ministério Público tem assumido um verdadeiro papel de ombudsman na Sociedade Brasileira. Dessa forma, na defesa dos interesses e direitos transindividuais, encontra, como uma de suas mais relevantes funções, a tutela do Meio Ambiente”.

## 1 INTRODUÇÃO

Atualmente, pode-se verificar que não há um dia sequer sem que não veja na mídia alguma referência sobre a atuação do Ministério Público. Não só na área ambiental, mas também na seara das questões político-administrativas - *que normalmente alcançam mais atenção* - como a apuração de atos de improbidade de agentes públicos. Torna-se, cada vez mais, freqüente o noticiário sobre atuações gerais de membros do *parquet*.

Ocorre, realmente, que a defesa dos direitos e deveres da criança e do adolescente, dos deficientes físicos, a situação dos idosos, o acompanhamento da atividade policial, a fiscalização das fundações, o auxílio aos reclamos coletivos do consumidor, enfim, todos esses elementos de alta relevância, têm merecido a incisiva atenção e a ação do Ministério Público do Brasil; tanto em escala federal como estadual. E esses assuntos, como não poderiam deixar de ser, interessam diretamente à coletividade.

Não sem razão, o Promotor de Justiça (outra vista apenas como atuador criminal, o “*Promotor do Júri*”) vai assumindo um perfil, junto à população brasileira, de verdadeiro agente da cidadania<sup>1</sup>. E nesta atividade já é visto pela camada melhor informada, os chamados formadores de opinião, como efetivo manejador de instrumentos legais, que procuram dar resposta a anseios de uma sociedade essencialmente carente de melhor justiça e real segurança jurídica.

Sabe-se, esse fenômeno teve maior figuração com a promulgação da Constituição Federal, tantas vezes chamada Carta Cidadã, que, em seu artigo 127, estatuiu que o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Além de outras prerrogativas legais e garantias para o exercício de tão graves funções, o art. 129 da Carta Magna de 1988, trouxe, também, ao nível constitucional, um grande recurso de atuação da Instituição que é o inquérito civil e a ação civil

\* **Bergson Cardoso Guimarães**, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais - (MPMG). Professor de Direito Penal da Universidade Vale do Rio Verde de Três Corações-MG (UNINCOR). Mestrando em Direito Ambiental pelo Centro Universitário Salesiano de São Paulo (UNISAL)

1 Esses fatores aqui verificados, bem conhecidos no seio das instituições que operam com o direito, começam a atingir espaço na mídia levando a população a se deter e a questionar esse novo perfil do Ministério Público.

pública.<sup>2</sup> Instrumentos esses que, como veremos adiante, graças à visão transcendental de incansáveis operadores do direito e outros lutadores sociais, já estavam previstos na Lei 7.347, de 1985.

Inegável a asserção de que o Ministério Público do Brasil está sabendo ocupar o espaço que lhe fora reservado. Procurando adaptar-se institucionalmente, solavancando políticas que facilitem a atuação de seus agentes; aprimorou-se culturalmente, buscou também melhor adaptar estruturalmente as Promotorias e Procuradorias de Justiça, e busca capacitação técnica para engendrar elementos práticos para sua atuação em áreas tão diversas como, por exemplo, a defesa do consumidor, do patrimônio público e do meio ambiente. Não é exagero lembrar que, nessa ordem, há um processo de reconstrução institucional sem paralelo na história republicana do País.<sup>3</sup>

Mister alinhar também que, com esses acontecimentos, o Ministério Público está, diríamos assim, na ordem do dia, e, como Instituição deve, cada vez mais, questionar sua atuação e receber da sociedade uma avaliação séria para se aprimorar nas ponderosas funções que o legislador lhe destinou.

Muita vez, dado seu uso intenso e às vezes vazio, inócuo, a palavra cidadania torna-se vocábulo gasto e de genérica aceção. Mas, sem dúvida, pode-se dizer, a busca pela plenitude dos ideais de verdadeira cidadania no Brasil já não pode ser analisada sem a presença e a história do Ministério Público. Ao reverso, certo é que um dos maiores desafios dessas atribuições ministeriais é justamente a defesa do meio ambiente. Dada a realidade energética e ecológica que se nos apresenta, com a premente necessidade de prevenção e proteção de nossas riquezas naturais, na tutela ambiental têm os promotores e procuradores do Brasil uma de suas mais graves responsabilidades legais.

## 2

## PERFIL INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. EVOLUÇÃO.

Não se pode negar que existe certa dificuldade em se apontar uma linha objetiva, invariável cronologicamente, acerca das origens da instituição do Ministério Público. A investigação histórica aponta, no entanto, com base na legislação da maioria dos países, no sentido de que o Ministério Público sempre se apresentou como defensor dos interesses mais relevantes da sociedade; em que pese, inicialmente, estar ligada à figura do Poder do Estado ou do Soberano.

### 2.1.- Antiguidade

Existem indicações, apresentadas por muitos autores, de que, na antiguidade, mais propriamente há quatro mil anos, no Egito, os chamados “Procuradores do Rei” exerciam funções assemelhadas às atuais atribuições ministeriais<sup>4</sup>.

Há controvérsias, também, acerca da presença de raízes do Ministério Público na Grécia e na Roma antiga. Vários estudiosos enxergam sinais do atual Ministério Público na organização político-administrativa dessas civilizações que foram o berço do direito e da filosofia.

### 2.2.- Idade Média

A verdade é que a história das instituições jurídicas, como não poderia deixar de ser, confunde-se com a história do próprio direito. Foi com a queda do Império Romano, e os primeiros estudos, concretos, que indicavam a separação entre a moral, o direito<sup>5</sup> e a religião e, consequentemente, com o surgimento de uma nova ordem sócio-política-econômica - *que influenciou na forma de estruturação jurídica à luz*

2 Art. 129 – inciso III – da Constituição Federal: “São funções institucionais do Ministério Público: promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

3 Rogério Bastos Arantes em artigo (*DIREITO E POLÍTICA – O Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos*) publicado na Revista Brasileira de Ciências Sociais (RBCS) – Volume 14 – N.º 39 – p. 83/102. – asse que “todas as mudanças legais e constitucionais já seriam suficientes para uma análise da novidade que representa o MP brasileiro hoje. Entretanto, tão ou mais importante que os aspectos formais dessa mudança é a dimensão da ação concreta, orientada por uma divisão doutrinária bastante peculiar, dos integrantes da instituição. (...) Os primeiros resultados da pesquisa empírica demonstram que esse processo tem fortes traços endógenos: os próprios integrantes do MP, imbuídos da convicção de colocar a instituição a serviço da cidadania, têm desenvolvido ações dentro e fora de seu círculo normal de atribuições, visando a mudanças legais e constitucionais capazes de alterar profundamente seu papel institucional, e isso pelo menos desde os o início dos anos 80 (p. 91).”

4 Machado, Antônio Cláudio da Costa. A Intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva. p. 10. Lyra, Roberto. Teoria e Prática da Promotoria Pública. Porto alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1989. p. 17.

Mazzilli, Hugo Nigro. O Ministério Público na Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva. p. 2.

Vellani, Mario. IL Pubblico Ministero Nel Processo. Bologna: Zanichelli. 1965. v. 1.

5 O Professor Paulo NADER (*in* Introdução ao Estudo do Direito – 17a. edição – Forense – p. 44) cita que “foi Cristiano Tomásio, em sua obra *Fundamenta Naturae et Gentium*, em 1705, quem formulou o primeiro critério diferenciador entre Direito e Moral. Emmanuel Kant e Fichte levaram avante a concepção de Tomásio.”

*dessas novas concepções* - que começou a delinear-se aquilo que se poderia apontar como origens históricas do Ministério Público.<sup>6</sup>

No entanto, convergem os historiadores no entendimento de que o berço do Ministério Público estaria na França. “A França, desde os enciclopedistas, preside a todas as inovações (...) No século XV, o Ministério Público abrangia todas as jurisdições senhoriais ou reais, se bem que, às vezes, coubesse à parte civil avocar, iniciar ou dirigir a acusação”.<sup>7</sup> Antônio Cláudio da Costa Machado<sup>8</sup> explica que de fato o Ministério Público aflorou como instituição foi na França. Salienta que “foi na época do soberano Felipe, o Belo, que apareceu a “Ordonnance”. Ou seja, um diploma legal no qual se fazia expressa menção ao “*procureur du roi* (lês gens du roi)”, agentes do poder real perante as cortes.

Foi nessa época que, salienta o mesmo autor, o Ministério Público começou a ser chamado de *parquet*. Citando Tornahghi coloca que “a fim de conceder prestígio e força a seus procuradores, os reis deixaram sempre clara a independência desses em relação aos juízes. O Ministério Público constituiu-se em verdadeira magistratura diversa da dos julgadores. Até os sinais exteriores dessa proeminência foram resguardados; membros do Ministério Público não se dirigiam aos juízes do chão, mas de cima do estrado (“parquet”) em que eram colocadas as cadeiras desses últimos e não se descobriam para lhes endereçar a palavra, embora tivessem de falar de pé, sendo por isso chamados de “Magistrature debout”- Magistratura em Pé.” Ressalta Paulo Pinto de Carvalho que “foi, todavia, com as “Ordonnances” de 1302 e 1318 e, finalmente com as célebres “Ordonnances” de 1670, que o Ministério Público estruturou-se em suas linhas definitivas, e passou a servir de modelo para as instituições similares dos demais países.”<sup>9</sup>

### 2.3 - Ministério Público no Brasil

No Brasil a gradualidade da evolução institucional pode ser apontada, inicialmente, com

menções ao Século XVII, quando, legalmente, foi instituída a figura do “Procurador dos Feitos da Coroa, Fazenda e Fisco e o *Promotor de Justiça*”.

Na legislação lusitana, porém, encontram-se referências a funções que trazem traços do atual Promotor de Justiça. As famosas Ordenações Afonsinas (1456), Manoelinas (1521) e Filipinas (1603), fazem menção a “Procurador dos Feitos da Fazenda, Promotor de Justiça da Casa da Suplicação, ou, às vezes, Procurador dos feitos da Coroa”.

Assim, no Brasil Colonial, e mesmo no Império, não se pode falar em Instituição do Ministério Público, visto que os Promotores de Justiça eram, essencialmente, agentes do Poder Executivo.

Editada ainda sob a influência do iluminismo que aflorou no Século XIX, e refletindo as tendências do pensamento político-social dominante na época, a primeira Constituição do Brasil, a de 1824, veio abolir excrescências das penas cruéis, como tortura, marca de ferro, etc; embora mantivesse a escravidão.

Nesta Carta Constitucional estava prevista (art. 179 - § 18) a determinação de criação do Código Criminal do Império. Este, por sua vez, foi sancionado em 1830. Refletindo na necessidade criação do Código de Processo Criminal, em 1832. Este Código Processual foi reformado pela Lei n.º 261, de 03.12.1841, que estatuiu acerca das atividades dos Promotores Públicos.<sup>10</sup>

Já na fase republicana, com a Constituição de 1891, não houve menção específica sobre o Ministério Público, com limitações a referências à atividade do Procurador Geral da República.

Surgida sobre forte influência da Constituição Alemã de Weimar, de 1919, a Carta Constitucional Brasileira de 1934 registrou evolução quanto à organização da instituição do Ministério Público. No entanto, sob os auspícios da ditadura getulista, veio a Constituição de 1937. Outorgada sob o manto autoritário, significou inegável retrocesso, também sobre o que dispunha, de forma geral, sobre a instituição.

6 MARQUES, José Frederico (*in* Instituições de direito Processual Civil – Millennium –2000 – p.239) citando Francisque Goyet, lembra que “antiga e remota é a origem do Ministério Público”.

7 LYRA, Roberto. *op. cit.* p. 20.

8 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *Op. Cit.* p. 10.

9 Carvalho, Paulo Pinto de. *Uma Incurião do Ministério Público à Luz do Direito Comparado: França, Alemanha, América do Norte e União Soviética*. In: BRASIL. Ministério Público, direito e sociedade. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 82.

10 O art. 22 dessa Lei impunha que “os Promotores Públicos serão nomeados e demitidos pelo Imperador, ou pelos Presidentes das Províncias, preferindo sempre os Bachareis formados, que forem idôneos, e servirão pelo tempo que convier. Na falta ou impedimento serão nomeados interinamente pelos Juizes de Direito”.

Com o advento da Constituição de 1946 é que tal organização exsurgiu, com criteriosa formação institucional. Já na Constituição de 1967 pode-se dizer que houve evolução, com a determinação de ingresso na carreira através de concurso de provas e títulos. Mas a Emenda Constitucional de 1969, com a ditadura no auge, veio a suprimir garantias fundamentais ao exercício ministerial como vencimentos dignos e independência funcional.

“A ditadura desvalorizou a profissão dos advogados, humilhou os magistrados e quase transformou os promotores em meros agentes da repressão”.<sup>11</sup>

Foi só com o advento da Carta Constitucional de 1988, porém, que a Instituição do Ministério Público foi alçada a verdadeira defensora da sociedade. No dizer de Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco<sup>12</sup> “o Ministério Público é, na sociedade moderna, a instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade. (...) É que o Estado social de direito se caracteriza fundamentalmente pela proteção ao fraco (fraqueza que vem de diversas circunstâncias, como idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou compreender) e aos direitos e situações de abrangência comunitária e portanto transindividual (...)”.

Assim, pode-se dizer que, com a Constituição Federal de 1988, que influenciou as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais, nasceu um novo Ministério Público: atuante, mais presente na sociedade, participativo, melhor fiscalizador, acionador, com garantias e deveres claros legalmente. Enfim, “o Ministério Público não se tornou, logicamente, a expressão jurídica da sociedade, mas, inegavelmente, consolidou-se como seu legítimo e natural repre-

sentante em juízo”<sup>13</sup>. Assim, de um papel com características marcantes de defensor do Estado, o Ministério Público assumiu a legítima atribuição de verdadeiro defensor da sociedade. Um inegável *ombudsman* social. Como já lembrado, resta à Instituição saber honrar essa importantíssima incumbência que o constituinte - *atento à dura realidade social nacional e, ao mesmo tempo, no caminho das nações mais avançadas do planeta* - lhe destinou.

### 3

#### TUTELA AMBIENTAL

Na Constituição Federal de 1988, portanto, ficou assentado, na parte específica reservada ao Meio Ambiente, que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”<sup>14</sup>. De outro quadrante, no art. 129 – inciso III – está previsto que “são funções institucionais do Ministério Público (III) promover o inquérito civil público e a ação civil pública, para proteção do (...) meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Coube, assim, regulamentando legislações infraconstitucionais que já apontavam nesse sentido, ao Ministério Público (MP) a assunção do papel de Curador de Defesa do Meio Ambiente.

E nessa missão tutelar, que ora se analisa, importante deixar registrado que é preciso estar bem definida a noção de bem jurídico que se quer e precisa defender. A intervenção, evidentemente, não pode se dar de forma assistemática, olvidando-se de critérios básicos pertinentes à legalidade, razoabilidade e aos fundamentos teleológicos da lei e do direito. Nesse aspecto,

11 Essa colocação é feita, com a inteligência e a cultura que lhe é peculiar, pelo Professor José Manoel de Aguiar Barros (in O DIREITO E O ESPELHO – Editora Casa do Livro – 2000 – São José do Rio Preto – p. 181/182.), quando, no artigo com o tema CURSO DE DIREITO E CURSO DO DIREITO, asseve que “o curso de Direito já não consegue acompanhar o curso do direito, como seria desejável. Enquanto o curso do Direito procura, por intermédio de seus operadores mais agressivos e atualizados, dar respostas às novas exigências da globalização econômica, da desterritorialização do poder e da sociedade em rede, o curso de Direito está ficando cada dia mais distante desta nova realidade. (...) As exigências do momento estão direcionadas para o saber prático, isto é, para a satisfação do cliente (...) Mas o direito não se resume a este pragmatismo, limitando a técnicas de composição de interesses e resolução de conflitos. Ele continua, diferentemente de outras disciplinas, como a Medicina e a Engenharia, a manter um diálogo aberto com a História, a Sociologia, a Música, e também com a Poesia. Isto porque o Direito não pode sobreviver sem a idéia de Justiça. Essa característica polivalente do direito é que tem lhe assegurado vida longa. Fosse apenas uma técnica, como pretende o mercado de trabalho, talvez ainda hoje vivêssemos sob a Ditadura Militar, que desvalorizou a profissão dos advogados, humilhou os magistrados e quase transformou os promotores em meros agentes da repressão. Foi graças a essa visão “romântica” do direito que conseguimos a energia necessária para lutar pelo Estado de Direito e restabelecer a dignidade política do cidadão, sem a qual não se pode exercer as profissões jurídicas nem muito menos falar em Justiça”.

12 TEORIA GERAL DO PROCESSO. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 210.

13 ALBERTON, José Galvani - Revista JUS (RJMP), Belo Horizonte, n. 19, p. 163, 1996.

14 - Art. 225 da atual Constituição Federal. A Constituição anterior não fazia referência direta ao meio ambiente como figura jurídica própria.

com razão, enfatiza Alberto Silva Franco<sup>15</sup> que “o Ministério Público não deverá mais só considerar, no desempenho de suas relevantes funções, o aspecto formal ou exterior do direito positivo. Mais importante agora torna-se o próprio conteúdo da lei, cujos elementos intrínsecos não podem divorciar-se dos fatos sociais e do quadro histórico em que a norma jurídica se formou”.

Assim, no exercício dessa tutela ambiental poder-se-ia analisar a atuação do MP sob três prismas: administrativo, penal e civil.

### 3.1.- Atuação Administrativa

Na esfera administrativa pode o representante do Ministério Público buscar soluções efetuando termos de acordo de compromisso de conduta, acompanhando projetos legislativos, buscando acompanhar o controle do poder de polícia a ser praticado pelos órgãos próprios e atuando na busca de atividades que ajudem na prevenção de danos ambientais. Essa atividade administrativa, em havendo estrutura adequada, meios e disponibilidade do membro do Ministério Público, é de vital importância e serve a evitar o apego ao caminho somente judicial; qual seja, a propositura de ações civis públicas e a intervenção criminal. O que ocorre, no entanto, é que a falta de especificidade funcional e cultural, ainda presente no seio do Ministério Público, vem a calhar com um certo *generalismo*<sup>16</sup>, que se constitui na impossibilidade de o promotor de justiça, dado o grande número de atribuições, e, o que é mais grave, com atuações nessas áreas tão diversas, principalmente no interior, atuar com especificidade<sup>17</sup>.

### 3.2.- Atuação Criminal

Pode-se dizer que o Brasil detém hoje uma das legislações mais avançadas do mundo em

matéria ambiental. Com destaque para a tutela criminal desses bens juridicamente protegidos. A necessidade de proteção jurídica do meio ambiente é, nos tempos hodiernos, motivo de preocupação das nações mais civilizadas do mundo. Alguns países do Terceiro Mundo já têm seu Código Ambiental; enquanto que as nações mais ricas, presas às características do sistema político-legal próprio, também aprimoram, dia a dia, sua legislação na busca por mais perfeita tutela do meio ambiente. Assim, pode-se destacar os seguintes instrumentos específicos de atuação na área criminal. Tradicionalmente manejados pelo Ministério Público.

#### 3.2.1. – Ação Penal Pública.

É comum dizer que, na esfera penal, o Ministério Público é autor da Ação Penal Pública<sup>18</sup>. É, como se sabe, nessa atuação compõe o assim chamado *dominus litis*. Esta prerrogativa está substancialmente prevista no art. 129 – Inciso I – da Constituição Federal, nos artigos 24 *usque* 39 do Código Processual Penal e no artigo 100 do Código Penal.

Ante a representação, comunicação, ocorrência criminal, inquérito policial, que envolva delito ambiental, estará ali presente o Ministério Público para promover, se for o caso, perante o Judiciário, a ação penal pública, oferecendo a denúncia. Portanto a ação penal, pode-se dizer, é o exercício do direito subjetivo de pedir o pronunciamento jurisdicional para aplicação da lei a um caso concreto. Acontece aqui o poder-dever do Ministério Público de oferecer a denúncia criminal.

A ação penal pública é, assim, oficial, no sentido de que só pode ser proposta pelo Ministério Público, que é o órgão, como dito, oficialmente incumbido dessa tarefa; é obrigatória, porquanto está o Ministério Público obrigado ao seu

15 PELLEGRINI, A. da Grinover. *Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 201, v. 1.

16 Termo usado por Antônio Herman V. Benjamin em artigo (UM NOVO MODELO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE) publicado na Revista Direito Ambiental No. 10 – Ano 03 – 1998 – Revista dos Tribunais – onde aponta defeitos de atuação do Ministério Público na área ambiental e propõe a formulação de um novo modelo de Ministério Público Ambiental. Propõe esse renomado operador jurídico a instituição de “Centros de Apoios Operacionais do Meio Ambiente”, criação de cargos verdadeiramente especializados, com Promotorias de Justiça Regionais por Ecossistemas ou por Bacias Hidrográficas, criação e estruturação de Grupos Especiais, com promotores com vocação para certos temas mais específicos, cumulação de atribuições civis e criminais na mesma Promotoria de Justiça, realização de inquéritos “guarda-chuva”, criação de um quadro especial pericial mínimo próprio, sem prejuízo da constituição de um “Fundo de Perícias do Ministério Público e ONG’s”, etc.”

17 Citando como exemplo dessa generalidade podemos dizer que cabe ao promotor do interior fiscalizar, por exemplo, as verbas do FUNDEF. Nessa atribuição carece de entender todo o mecanismo orçamentário, estudar as leis pertinentes, estruturar-se para poder agir. Cabe ao promotor de justiça, também a título de exemplo, fiscalizar as verbas do SUS. Nessa seara vai ter ele que acompanhar e estudar, da mesma forma, toda a legislação pertinente a saúde no país e o mecanismo de recebimento, pelos hospitais, dessas verbas. Atuará, ainda, dando contas de suas providências a seus órgãos superiores. O promotor terá que dominar a área criminal, ambiental, civil, administrativa, etc., e, dessarte, corre, muita vez, o risco de tornar-se um “especialista em generalidades”, no dizer de Antônio Herman V. Benjamin.

18 Essas acepções são por demais sabidas e conhecidas dos operadores jurídicos, mas não é redundante aqui reafirmá-las no sentido da colocação necessária àqueles que se iniciam no estudo do direito ou interessados no entendimento do funcionamento da máquina judicial.

exercício, presentes os pressupostos necessários ao ajuizamento. Da ação penal, já proposta, não pode o Ministério Público desistir e não prescinde da indivisibilidade; no sentido de que deve ser proposta contra todos os autores<sup>19</sup>.

No âmbito estadual o trabalho criminal apuratório é efetivado pela polícia civil, sob a presidência da Autoridade Policial; um Delegado de Polícia. A Polícia Militar Florestal, os órgãos ambientais fiscalizatórios (Estaduais e Federais), a imprensa, a própria população, podem suscitar à Autoridade Policial, ou diretamente ao Ministério Público, a comunicação de uma irregularidade ou de um delito ambiental. Daí nasce o inquérito criminal que vai apurar o fato. Apurado, as conclusões são enviadas ao Ministério Público para o predito oferecimento, se for o caso, da denúncia contra os responsáveis. Aí começa a ação penal pública; o processo propriamente dito.

### 3.2.2 – Transação Penal. Lei dos Juizados Especiais (Lei 9099/95).

Outro procedimento que tem trazido muito resultado à questão ambiental é o uso da Lei 9.099/95, que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Nos delitos ambientais de menor potencial ofensivo costuma-se propugnar pela reparação de danos ambientais direta ao agente. A celeridade imprimida pela Lei dos Juizados Especiais, nessa espécie criminal, tem sido de inegável serventia à demanda por justiça nessa área; dada a possibilidade de transação penal.<sup>20</sup>

A Lei 9.605, de 12.02.1998 (Lei dos Crimes Ambientais) trouxe importante inovação, via do art. 27 que prevê que “nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei 9.099, de 26 de Setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade”.

Dispõe, também, a mesma lei ambiental (9.605/98) que “nos crimes previstos nesta lei,

a suspensão condicional da pena pode ser aplicada nos casos de condenação a pena privativa de liberdade não superior a três anos”. Assim, aqui o infrator fica condicionado, para obtenção do *sursis* (art. 77 do cód. Penal), à condenação à majorada pena de 03 anos; enquanto que no *sursis* tradicional a pena refere-se à não superior a dois anos (art. 77 do CP). Se no prazo de cumprimento do *sursis* o infrator apresentar laudo de reparação ambiental, com comprovação efetiva de cumprimento das condições impostas pelo Juiz, que deverão relacionar-se com a proteção ao meio ambiente, ser-lhe-á concedido o benefício de mudança na forma de cumprimento daquele direito subjetivo do Réu (art. 17 da Lei 9.605/98).

### 3.3.- Atuação Civil

Pode-se dizer que, efetivamente, o Ministério Público brasileiro só começou a atuar como agente, civilmente, na defesa do meio ambiente a partir de meados da década de 80, sob o exercício da lei da ação civil pública. Não obstante já haver previsão legal de possibilidade de atuação, como órgão agente, na Lei 6.938/1981 (Política nacional do Meio Ambiente).

Assim, o impacto produzido pela Lei 7.347/1985, com visível influência político-social, é sentido até hoje, com movimentação na doutrina, na jurisprudência e na produção legislativa.

#### 3.3.1 – Ação Civil Pública.

Com a campanha das diretas-já o Brasil virava uma página negra de sua história, saindo dos escombros de 20 anos de ditadura militar para perseguir a plenitude das liberdades democráticas. O ano de 1984 entrou para a história com o acontecimento das maiores manifestações populares já realizadas em nosso país.

Nos ares da tentativa de construção de um sistema jurídico-político-social mais justo, é que veio a lume a Ação Civil Pública, meio processual revolucionário, no espaço jurídico-social mesmo de tutela no campo dos direitos difusos. Força da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, sancionada pelo Presidente José Sarney.

<sup>19</sup> No caso ambiental, em estudo, deve ser proposta contra os autores, co-autores e partícipes.

<sup>20</sup> Ensina Gianpaolo Poggio Smanio (*in* TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS – Atlas – 2000 - p.133) que “crimes de menor potencial ofensivo, conforme o art. 61, da Lei 9.099/95, são aqueles cuja pena máxima cominada em abstrato não seja superior a um ano. Analisando os crimes previstos na Lei ambiental (Lei 9.605/98), notamos que metade deles está tipificada dessa forma. Portanto, a aplicação da transação penal é bastante ampla. Entretanto, o referido art. 27, da Lei 9.605/98, traz um requisito preliminar para a realização do acordo. Trata-se da prévia composição do dano ambiental, salvo impossibilidade de fazê-lo. A ausência da composição, ou a proposta de composição parcial dos danos, impede que o Ministério Público formule a proposta de transação.”

A sanção da Lei da Ação Civil Pública calhou do antigo anseio de operadores jurídicos e agentes sociais, ligados à causa coletiva, que lutavam em nossa nação pela criação legal de instrumentos processuais que viabilizassem a defesa dos interesses transindividuais. Dado que nenhuma disposição legal, específica, processualmente clara e adequada juridicamente, existia em nosso ordenamento legal.

Quando a lei completava 10 anos (1995), o político e ambientalista Fábio Feldman, ao comentar a existência da ação civil pública como fator de mobilização social,<sup>21</sup> dizia que “no fundo, não temos a exata perspectiva da enorme revolução que estamos passando.” Chegou, ainda, no artigo referido, a citar Norberto Bobbio transcrevendo: “dos autores contemporâneos, aquele que parece melhor ter captado as bases das mudanças que assistimos nos últimos anos foi o Prof. Norberto Bobbio, que, em seu livro “Era dos Direitos”, já afirmava em 1987: “Olhando para o futuro, já podemos entrever a extensão da esfera do direito à vida das gerações futuras, cuja sobrevivência é ameaçada pelo crescimento desmesurado de armas cada vez mais destrutivas, assim como a novos sujeitos, como os animais, que a moralidade comum sempre considerou apenas como objetos, ou, no máximo, como sujeitos passivos, sem direitos. Decerto, todas essas novas perspectivas fazem parte do que eu chamei, inicialmente, de história profética da humanidade, que a história dos historiadores – os quais se permitem apenas uma ou outra previsão puramente conjuntural, mas recusam, como algo estranho à sua tarefa, fazer profecias – não aceita tomar em consideração”.

Com razão, de fato, a era que começamos a vivenciar, com o impacto dos atentados terroristas na ilha de Manrathan, acontecida no dia 11 de setembro de 2001, que aturdem as atuais noções nacionais e internacionais de direito e de justiça, é a chamada era dos direitos sociais concretos; em contraposição à antiga dedicação prioritária à necessidade de defesa dos direitos individuais abstratos.

José Sarney, hoje Senador da República, reconhecendo os resultados advindos com a san-

ção que dera causa, também dez anos depois de tal ato, escreveu: “Tive a fortuna de sancionar a nova lei, contrariando muitas pressões de pessoas, que viam nela uma espécie de apocalipse do direito de uso da propriedade e das riquezas naturais não submetidas ao domínio da União”.<sup>22</sup>

Já depois de 15 anos de sanção da lei da Ação Civil Pública a notável jurista brasileira Ada Pellegrini Grinover, analisando certos aspectos da ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos, discorria que “a ação de classe brasileira encontra precedentes nas class actions for damages, do sistema americano; que já contava, por ações dessa espécie, com 34 anos.”

Como anteriormente mencionado, ao longo da existência da lei da Ação Civil Pública cresceu a mobilização processual na defesa do meio ambiente, do consumidor, do urbanismo; defesa do patrimônio histórico, prevenção de acidentes do trabalho; defesa da infância e da juventude, dos idosos; ações a respeito da moralidade administrativa, saúde, educação, etc. Enfim, os órgãos legitimados pela lei própria encontraram, aí, canal realmente eficiente para cumprimento das garantias essenciais de cidadania, previstas na Carta Constitucional.

Enfim, o impactante texto da Ação Civil Pública (a Lei 7.347/85), ao contrário de tantos diplomas legais bem intencionados, que vieram a traduzir-se em “leis que não pegaram”, ao contrário, veio cumprir, e até suplantou, os fins a que se destinava. Como lembrou Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz<sup>23</sup>, analisando o porquê do sucesso de tal lei, “nosso ordenamento carecia, e muito, de meios tendentes a alargar a participação social na tutela de interesses metaindividuais. Outra razão está no rigor científico, na exatidão das soluções jurídico-processuais formuladas pelos ilustres juristas que conceberam o projeto original da lei: Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior. Um terceiro motivo, entretanto, menos óbvio (...) refiro-me à legitimação (...) do Ministério Público para defesa dos interesses difusos e à inovadora criação do inquérito civil.”

21 Artigo publicado em AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MILARÉ Edis (Coord.). *Ação Civil Pública: Fator de Mobilização Social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 269.

22 Prefácio à coletânea AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação - Coordenador Edis Milaré. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

23 Milaré, Edis. Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público – Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, p. 84.

### 3.3.2 – Inquérito Civil Público. Termo de Ajustamento de Conduta.

O Inquérito Civil Público, como também já lembrado neste trabalho, foi criado pela Lei Federal n.º 7.34, de 24 de julho de 1985, a aqui já tão referida Lei da Ação Civil Pública. A Constituição Federal veio a consagrar o instituto em seu art. 129 – inciso III. Inegavelmente a gênese do inquérito civil público teve inspiração no inquérito criminal; embora guardem distinções entre si. Como informa Hugo Nigro Mazzilli<sup>24</sup> a expressão inquérito policial foi usada pela primeira vez entre nós no Decreto-Lei n.º 4.824, de 22 de novembro de 1871, que regulamentou a Lei 2.033, de 20 de Setembro de 1871. Foi criado de molde a servir como mecanismo investigatório para colheita de uma informação preparatória antes de exercer-se a acusação penal.<sup>25</sup> Assim, o inquérito civil é um procedimento administrativo, de natureza investigatória, presidido pelo Ministério Público, e que tem por finalidade a coleta de subsídios para a eventual propositura de ação civil pública em razão de dano a interesse difuso ou coletivo que esteja sendo investigado. Em verdade a criação do inquérito civil (art. 8.º - parágrafo 1.º - e 9.º - da Lei da Ação Civil Pública) foi mecanismo fundamental para o sucesso prático da lei na tutela das interesses difusos e coletivos. “A criação do inquérito civil partiu da correta constatação de que, para o correto exercício das diversas funções ministeriais, criminais ou não, o Ministério Público precisa dispor de meios diretos de investigação, para apurar fatos que possam embasar sua iniciativa nas diversas áreas de sua atuação.”<sup>26</sup>

De outro quadrante o inquérito civil se presta, ainda, subsidiariamente, a colher elementos que possam permitir a efetivação de Termo de compromisso de ajustamento de Conduta. O Compromisso de Ajustamento de Conduta pode ocorrer, no bojo do inquérito civil, quando se vislumbra a possibilidade de o investigado providenciar a reparação do dano, a correção de irregularidades, que são objetos de apuração. Tal providência revela-se uma composição extra-ju-

dicial dos conflitos em apuração. Nesse aspecto o termo de ajustamento de conduta, muitas vezes, revela-se instrumento de solução adequada e rápida, de modo a evitar a ação judicial, nas questões ambientais.

Refletindo sobre as vantagens do Termo de Ajustamento de Conduta, em matéria ambiental, Daniel Roberto Fink<sup>27</sup>, registra que “não se trata de dizer que o ajustamento de conduta é melhor que a ação civil pública, mas apontar em que momentos ele pode ser mais abrangente que uma decisão judicial, inclusive com reflexos nas esferas administrativa e criminal que aquela não tem. Há percalços no processo judicial que atingem as partes diretamente, desgastando-as emocionalmente e causando-lhes perdas patrimoniais. A ação civil pública, em sendo possível, deve ser evitada. Deve-se preferir a solução que imponha menos ônus às partes, além daqueles emergentes do próprio conflito a ser composto.”

Com razão o culto operador jurídico, integrante do Ministério Público de São Paulo, especialista em questões ambientais. Importante observar que, nessa linha filosófica, vai a própria legislação penal especial que passou, como aqui também já lembrado, a estimular a solução transacional do próprio ilícito civil. Dado que é condição para a proposta de transação penal a prévia composição do dano.

## 4

### INSTRUMENTO E REALIDADE

Em que pese a evolução legal/processual, a luta idealista, a conscientização, a criação de instrumentos que procuram se adequar à solução de litígios e danos ecológicos, a realidade brasileira, nesse aspecto, ainda está muitíssimo aquém do necessário. Não obstante os grandes resultados já auferidos, a realidade é que ainda não se tem conseguido, com proficiência, a punição dos chamados “grandes poluidores”.

Refletindo esses fatos manifestos matéria publicada em jornal de grande circulação<sup>28</sup> no país registra que “depois de três anos de promulgação da Lei de Crimes Ambientais e 20 anos

24 MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Inquérito Civil*. São Paulo: Saraiva. 2000. p. 45.

25 Em interessante estudo, que abre sua obra (supra citada) *O Inquérito Civil*, Mazzilli informa que o Inquérito Criminal foi criado visando impedir as verdadeiras devassas que, até então, vinham sendo feitas de forma abusiva pelas Autoridades Policiais.

26 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Pontos Controvertidos sobre o Inquérito Civil*. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p.269.

27 FINK, Daniel Roberto. *Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (Reflexões sobre as vantagens do Termo de Ajustamento de Conduta)*. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2001. p. 113.

28 VIVEIROS, Mariana; DINIZ, Melissa. *Justiça deixa menores poluidores impunes* – Nunca houve condenação de grandes empresas pela Lei de Crimes Ambientais; processos civis se arrastam por anos – *F. DE S. P. São Paulo. Caderno Cotidiano*. Domingo, 14, out., 2001.

da Política Nacional de Meio Ambiente, a Justiça brasileira ainda não consegue enquadrar os grandes poluidores nas normas de direito ambiental”. (...) “O despreparo de juízes e peritos torna os processos ambientais ainda mais demorados. “Há uma certa leniência (dos juízes) em relação ao que eles consideram um delito menor”, afirma o juiz José Renato Nalini”.

Outro aspecto é apontado na reportagem: “A maioria dos quadros do Ministério Público e da Magistratura não estudou direito ambiental nas faculdades e busca saída na especialização”.

Enfim, deixando à parte apontamentos revestidos de simplismo, que não explicam, em sua totalidade, a abrangência do problema, visível a quem quiser ver, que só chegar-se-á a resultados concretos, inteiramente satisfatórios, com a organização mínima, para atuação das comunidades, e instituições realmente aparelhadas, legal e instrumentalmente, para cumprir seus difíceis papéis. Os diagnósticos estão sempre prontos, o que não se vê com vigor são esses resultados totais. No entanto, dentro desse espírito permanente de conscientização, que envolve a educação integral ambiental, não há dúvidas que a defesa do meio ambiente se efetivará em todos os níveis.

## 5 CONCLUSÕES

Conclui-se, desse modo, que a realidade de uma Instituição sólida, pungente, em busca de aprimoramento, surge no cenário político-social brasileiro: O Ministério Público Cidadão. E, sem embargo dos problemas existentes, de certa forma, já se vê o reconhecimento da sociedade pelos frutos dessa realidade. Talvez o perfil institucional do Ministério Público é o que mais se adaptou à profunda modificação que se verificou no interior da Sociedade e do Estado Moderno. Do individual ao coletivo, alterou-se, no mundo todo, as formas e a noção do exercício da cidadania. Mais especificamente, o que se revela, é que a Sociedade Brasileira encontrou nos integrantes do Ministério Público a identificação de verdadeiros agentes da cidadania; a usar os instrumentos que a norma própria lhes destinou.

Como aqui lembrado, na tutela ambiental, imensos são os desafios, muito a construir, mui-

to a aprimorar, mas a viagem já está começada. O que talvez seja o mais importante.

Goffredo Telles Júnior, ao dar fecho a sua obra *Iniciação na Ciência do Direito*<sup>29</sup> ensina que “preciosa ciência é a Ciência do Direito. O Conhecimento científico da disciplina jurídica da convivência é luz não somente para o exercício das profissões na área do Direito – para os advogados, os juízes, os promotores públicos, os delegados de polícia – mas, também, para o exercício de profissões em muitas outras áreas de trabalho. Por exemplo, ela é luz para o bacharel que for comerciante, industrial, agricultor, banqueiro, médico de família, psiquiatra, engenheiro arquiteto, urbanista, ambientalista.”

E, nesse aspecto, comentando acerca da disciplina da convivência continua o renomado sábio brasileiro, “(...) Ama A Teu Próximo Como A Ti Mesmo (...). Ela não é jurídica, essa norma, pronunciada por Jesus. Mas ela manifesta uma condição preciosa de entendimento e harmonia. Nela está uma inicial inspiração, a recomendação basilar, da qual a inteligência infere – de conjuntura em conjuntura, de degrau em degrau – todos os imperativos e todas as interpretações das disposições jurídicas. Com a consciência apoiada nesse Primeiro Mandamento é que os legisladores sinceros são misteriosamente conduzidos, na construção de seus edifícios normativos.”

Assim, na esteira filosófica do jurista-símbolo - que prega que o amor pelo próximo é princípio basilar da ordem, é o sentimento primeiríssimo, o primeiríssimo elo da alma, dos que são levados a conviver numa comunidade, fonte natural do direito - de degrau em degrau, de conjuntura em conjuntura, com responsabilidade, com cuidado, respeito, conhecimento, que são fatores mutuamente interdependentes, as Instituições do Brasil, que detêm responsabilidades sociais tão graves, podem construir um país novo. Um país amadurecido numa síndrome de atitudes e ações proativas; comportamentos esses que venham a resultar em uma realidade mais feliz, menos insegura e com melhor qualidade de vida.

E, nesse aspecto, na tutela do meio ambiente, com instrumentos que já dispõem, o Ministério Público do Brasil, tem se lançado com galhardia na caminhada dessa reconstrução social. ■

29 JÚNIOR, Goffredo Telles. *Iniciação à Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

**referências bibliográficas**

- ANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses difusos – conceito e legitimação para agir**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. **Curso de direito ambiental**. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação civil pública**. 2. ed. Florianópolis: Obra Jurídica Ed., 1998.
- BOBBIO, Norberto. **Estado governo sociedade – para uma teoria geral de política**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- CARVALHO, Érika Mendes de. **Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública – comentários artigo por artigo**. Rio de Janeiro: Bastos, 1995.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- FERREIRA, Ivete Senise. **Tutela penal do patrimônio cultural**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FROMM, Erich. **A arte de amar**. Belo Horizonte: Itatiaia, 1984.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MILARÉ, Edis. (Coord.). **Ação civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. (Coord.). **Ação civil pública – lei 7.347/1985 – Reminiscências e reflexões após 10 anos de aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MORAES, Voltaire de Lima. (Org.). **Ministério Público, direito e sociedade**. Porto Alegre: Fabris, 1990.
- MORAES, Luís Carlos Silva de. **Curso de direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2001.
- NALINI, José Renato. **Ética ambiental**. Campinas: Millennium, 2001.
- NEVES, Estela. TOSTES, André. **Meio ambiente - Aplicando a lei**. Petrópolis: Vozes, 1992.
- JÚNIOR, Goffredo Telles. **Iniciação na ciência do direito**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- JUS – **Revista Jurídica do Ministério Público** – Associação Mineira do Ministério Público. Belo Horizonte: Associação Mineira do Ministério Público, 1991.
- PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o meio ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 9, jan./mar. 1998.
- REVISTA DE DIREITO AMBIENTAL. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n. 10, abr./jun. 1998.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- SIRVINKAS, Luís Paulo. **Tutela penal do meio ambiente**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Tutela penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.
- SOUZA, Motauri Ciochetti. **Ação civil pública e inquérito civil**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Ação civil pública**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 1999.



# UM ESTUDO SOBRE A AUTONOMIA OUTORGADA AOS MUNICÍPIOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Marcos Henrique Silveira\*

## sumário

1. Introdução;
2. A Posição do Município na Questão do Município na Questão do Pacto Federativo;
3. O Município no Direito Constitucional Brasileiro;
4. O Poder Legislativo Municipal;
5. Referências Bibliográficas

## resumo

O Estudo apresentado sobre autonomia municipal, tema atualíssimo, tem por objetivo, quando aborda a questão do pacto federativo do Município no Direito Constitucional e do Processo Legislativo, distinguir no contexto Federal a sustentação jurídico-político de que gozam as pessoas jurídicas de direito público interno (artigo 14, inciso III, do Código Civil) para a realização das políticas públicas.

## 1 INTRODUÇÃO

No decorrer do estudo deparei-me com obras que abordaram o tema sob diversos ângulos: algumas do ponto de vista histórico, outras apenas como menção de declaração da autonomia municipal, sem se importar com o motivo da dificuldade de exercê-la e outras ainda com maior brilhantismo, como é o caso de José Luiz Quadros de Magalhães (*in* Poder Municipal. 2ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1.999), que examina a questão do Município no Direito Constitucional Brasileiro, em profundidade, após análise minuciosa de modelos de Estado, bem como análise do conceito de Democracia, concluindo com modelos de executoriedade das políticas públicas sustentadas pelo Poder Judiciário, em ações integradas com o Poder Político.

Particularmente, entendo que, mais do que nunca, é o momento apropriado para a discussão sobre a finalidade do Município, apesar da dependência de reformas constitucionais, e converter estes entes federados em instrumentos que levem a cabo a efetiva realização das políticas

públicas com eficácia, produzindo ações no âmbito político compatibilizadas com os recursos disponíveis.

As abordagens do tema passam superficialmente pela redefinição de Estado, decorrente do processo de evolução cultural das sociedades ao longo da história da civilização humana, e muito se fala e se escreve sobre a necessidade do restabelecimento do princípio federativo (artigo 1º e 18º da Constituição Federal), alguns alegando a quebra do pacto federativo e outros, ofensa da União à autonomia dos demais entes federativos.

Desde 1.824, quando o Império não delega, através de competência, autonomia aos Municípios, pois estes eram meras corporações administrativas; fiz um apanhado constitucional da evolução municipal, focando o pacto federativo, o direito constitucional e processo legislativo, e em raríssimas vezes aprofundi as questões sociais e econômicas que demandariam novos capítulos e digressões que prejudicariam o tema proposto: Mesmo assim, entendo que os Municípios devem ter sua própria forma de estabelecer regras socio-econômicas.

\* Marcos Henrique Silveira, Advogado e professor da Universidade de Uberaba, assessor jurídico da Câmara Municipal de Água Comprida - Mg.

## 2

### A POSIÇÃO DO MUNICÍPIO NA QUESTÃO DO PACTO FEDERATIVO

Inicialmente, pode-se afirmar que a Federação brasileira não nasceu de um pacto, pois de fato ela se estruturou por força das disposições legais implantadas na Constituição, que concedem, num ato unilateral e “benéfico”, autonomia aos Estados-Membros e Municípios. A partir daí, em nosso entender, é certo que o inverso deveria ocorrer, ou seja, que os Municípios outorgassem autonomia à União.

O que se observa atualmente é que o federalismo brasileiro, reconhece o Município como um ente federativo autônomo (artigo 18 da Constituição Federal), regido por Lei Orgânica, respeitados os princípios estabelecidos na Constituição Federal e na Constituição Estadual Mineira (artigo 29 Constituição Federal), bem mais importantes os prescritos pela Constituição Federal.

Pode-se indagar, ante as ponderações de renomados constitucionalistas, se os Municípios se transformaram realmente em unidades federadas, uma vez que a Constituição da República, ao se referir aos Estados e ao Distrito Federal, usa, em onze dispositivos, as expressões unidade federada e unidade da federação, no singular ou no plural, e não o faz em relação aos Municípios.

É indubitável, porém, que a Lei Maior assegura a autonomia municipal, nos artigos 18 e 29, garantindo-a contra os Estados no artigo 34, inciso VII, alínea “c”, ao estabelecer, como uma das exceções à regra da não-intervenção da União nos Estados ou no Distrito Federal, a necessidade de assegurar a observância de determinados princípios constitucionais, dentre eles a autonomia municipal. HELY LOPES MEIRELLES, afirma que a autonomia não é poder originário, é “prerrogativa política concedida e limitada pela Constituição Federal” (*in* Direito Municipal Brasileiro. 9<sup>o</sup> Ed. São Paulo: Malheiros, 1.997, p. 84), assim, está claro que é a Constituição quem garante a autonomia ao Município, mas não lhe dá soberania para decidir objetivamente o seu governo, sua forma de prover a sua administração, apenas subjetivamente quando lhe outorga poderes para auto-organização dos serviços públicos locais, instituição de tributos municipais e administração de seus serviços.

Ensina o constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“Autonomia significa capacidade ou poder de gerir os próprios negócios, dentro de um círculo prefixado por entidade superior. É a Constituição Federal que se apresenta como poder distribuidor de competências exclusivas entre as três esferas de Governo (...). As Constituições até agora outorgavam aos Municípios só governo próprio e a competência exclusiva, que correspondem ao mínimo para que uma entidade territorial tenha autonomia constitucional.

Agora, foi-lhes reconhecido o poder de auto-organização, ao lado do governo próprio e de competências exclusivas, e ainda com ampliação destas, de sorte que a Constituição criou verdadeiramente uma nova instituição municipal no Brasil. Por outro lado, não há mais qualquer hipótese de prefeitos nomeados. Tornou-se plena, pois, a capacidade de autogoverno municipal entre nós.” (*in* Curso de direito constitucional positivo. 13<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 1.997, p.590).

Ressalta o mesmo autor que o Município tem, agora, a autonomia política (capacidade de auto-organização e de autogoverno), a autonomia normativa (capacidade de fazer leis próprias sobre matéria de sua competência), a autonomia administrativa (administração própria e organização dos serviços locais) e autonomia financeira (capacidade de decretação de seus tributos e aplicação de suas

rendas, que é uma característica da auto-administração). (Op. cit., p. 591).

Demonstração inequívoca de que ao Município se assegura hoje um novo *status* é o disposto no art. 29 da Constituição da República:

“Artigo 29 - O Município reger-se-á por Lei Orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos: .....

Nesse sentido, oportuna é a lição de CÍCERO DUMONT:

“Pode-se dizer que a Lei Orgânica Municipal é a peça-chave do Município Modelo-88; é o instrumento legal que vai permitir-lhe a efetiva realização da autonomia municipal, no seu mais alto grau, assegurando à própria comunidade municipal identificar as suas peculiaridades e singularidades e oferecer-lhes soluções adequadas.

A Lei Orgânica Municipal pode ser denominada de Lei das Peculiaridades Municipais. Estas compõem o sistema nervoso do Município, a sua pedra de toque. É aí que está o seu traço principal e diferencial. As peculiaridades municipais são sempre diferentes por mais parecidos que possam ser os problemas locais. Dessa diversidade, insuperável, decorre a impossibilidade de serem feitas leis orgânicas municipais iguais.”(in Lei Orgânica Municipal - Roteiro para a sua elaboração. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1.989, p. 15-16).

Não obstante constitucionalmente denominado Lei Orgânica, o diploma organizativo do Município não se caracteriza como lei no sentido formal, pois independe da sanção do Executivo, que, dessa forma, não participa de sua elaboração.

Sua natureza jurídica tem sido objeto de controvérsias, ora se preferindo a expressão constante do próprio texto constitucional Lei Orgânica – ora, à expressão Constituição Municipal, sem se mencionarem outras.

Alguns juristas, consideram a Lei Orgânica Municipal como uma Constituição, por ser produto do exercício, pela Câmara, do poder constituinte derivado do Município, poder semelhante ao poder constituinte derivado do Estado, responsável pela Constituição Estadual.

Os juristas que manifestam preferência pela terminologia utilizada no texto da Constituição da República, desaconselham o emprego dos termos Constituição ou Carta, justificando a restrição ao primeiro pela inexistência de poder constituinte nas Câmara de Vereadores, e, ao segundo, por se caracterizar a Carta como “ato unilateral ou limitativo da sua própria autoridade soberana”, conforme lição de AMILCAR PINTO FALCÃO e JOSÉ DE AGUIAR DIAS (in Constituição anotada, Ed. José Konfino, 1.956, v. 1, p. 51).

Importa assinalar, porém, que a Lei Orgânica Municipal é, em verdade, uma lei qualificada por seu objeto. O fato de ser votada e promulgada pela Câmara Municipal, prescindindo da sanção do Prefeito, não a desnatura. Deve-se lembrar que inexistente sanção do Chefe do Executivo também na hipótese da promulgação, pelo Legislativo, de lei resultante de proposição de lei vetada, quando rejeitado o veto.

O Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal vigente estabelece, no parágrafo único do art. 11:

“artigo 11 - (...)

parágrafo único - Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.”

No artigo 2º, § 2º, do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado de Minas Gerais, está consignada a seguinte norma:

“artigo 2º - (...)

§ 2º - O Município, até que promulgue sua Lei Orgânica, continuará submetido à Lei Complementar n.º 3, de 28 de dezembro de 1.972, do Estado de Minas Gerais, com suas posteriores modificações, respeitado o disposto na Constituição da República e na Constituição do Estado.”

A propósito da possibilidade de dilação do prazo previsto na norma transitória da Constituição Federal, supra transcrita, observa JOSÉ NILO DE CASTRO:

“É verdade que, quando o constituinte fixou o prazo de seis meses para a edição da Lei Orgânica, após a promulgação da Constituição do respectivo Estado, não afastou a possibilidade de se votar a Lei Orgânica além desse espaço temporal, desde que motivos de ordem pública e de interesse público local assim o propiciassem, assim o justificassem, à sociedade.”(in Direito Municipal positivo. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1.996, p. 65).

Observa-se o Município dispõe não somente da Lei Orgânica para a sua efetiva administração, mas tem ainda, o Plano Diretor (uso e ocupação do solo para Municípios com mais de 20.000 habitantes), Orçamento e Finanças Públicas, Código de Posturas Municipais, Plano Plurianual.

Mesmo diante de uma autonomia municipal definida, capaz de se auto gerir, economicamente, socialmente, politicamente, administrativamente, conforme os preceitos constitucionais acima citados, carecem os Municípios de uma autonomia maior que seria a desvinculação do pacto federativo, impossibilitado em virtude das constituintes de 1.988 que através da norma do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, proibam as emendas que tenham por objetivo abolir a forma federativa do Estado brasileiro. O que deveria ser planejado seria a forma de se prestar contas à sociedade municipal da aplicação e administração dos recursos pertencentes ao Município.

### 3 O MUNICÍPIO NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O Município como unidade político administrativa surge em Roma, pois tem o Império Romano o interesse de manter a dominação sobre os povos conquistados pelos seus exércitos e outorga-lhes o direito de escolher seu próprio governante, o direito de comércio; logo depois com o fim da hegemonia romana sob a dominação bárbara chega o regime municipal à França, Espanha, e Portugal, passando pela Idade Média, evoluindo até a atualidade.

Na tentativa de formular, inicialmente, uma teoria do Município, busca-se a palavra abalizada de ATALIBA NOGUEIRA, para quem o “direito consuetudinário e o dimanado das câmaras municipais constituem o ponto de partida de toda a evolução do direito brasileiro.”

Acrescenta ele: “Eis aí o marco inicial da história dos vários ramos do direito pátrio. Não nasceram com o Município apenas a sua ordenação jurídica, o poder municipal, o governo local, mas também a disciplina da democracia, o direito administrativo brasileiro, o penal, o processual, o trabalhista, o tributário e até o ‘nosso’ direito internacional, sem esquecer várias disposições do direito civil e comercial”. (*in* Teoria do Município, Revista de direito público, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, outubro/dezembro, 1.968, vol. 6, p. 10).

Na opinião de PINTO FERREIRA:

“Os Municípios formam a grande escola da liberdade, pois onde eles florescem cria-se um grande espírito cívico e desenvolve-se, com intensidade, o culto da liberdade, da legalidade e do acatamento à ordem constitucional.” (*in* “A autonomia política dos Municípios”, Revista de direito público, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, janeiro/março, 1.967, vol. 7, p. 157).

Assinala o Prof. JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO:

“A existência na Federação Brasileira de três esferas de governo, que são a federal, a estadual e a municipal, gera a distribuição de encargos e serviços, nas três áreas de competência, mas gera, também, particularidades no que toca à definição institucional e constitucional dos entes destacados”. (*in* Teoria Geral do federalismo. Rio de Janeiro: Forense, 1.986, p. 36)

Observa, ainda, que a Teoria do Município vem suscitando especulações acerca da posição

política e jurídica dessa entidade no quadro do federalismo brasileiro e vem passando por diversas modificações, que levam a indagações como a da participação do Município no processo decisório federal.

É o magistério de HELY LOPES MEIRELLES:

“(…) já não se pode sustentar, com sustentavam alguns publicistas, ser o Município uma entidade meramente administrativa. Diante de atribuições tão eminentemente políticas e de um largo poder de autogoverno, a sua posição atual, no seio da Federação, é de entidade político-administrativa de terceiro grau, como bem salientavam os comentadores da Constituição.” (*in* Direito Municipal Brasileiro. 9ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1.997, p. 43).

Colhe-se da lição de PINTO FERREIRA que o regime municipal, adotado no Brasil desde a colônia, remonta a 1.549, à época do Governo-Geral, quando as Câmaras Municipais, com os seus Senados, administravam o Município, arrecadavam os impostos e tinham influência política, cuidando, ainda, de administrar a justiça. Tão grande era o seu prestígio político, que representavam contra capitães-mores e governadores, a até mesmo os afastavam de suas funções.

Não se deve esquecer que nas Câmaras se originaram grandes movimentos liberais, dentre eles o grito da República, de BERNARDO VIEIRA DE MELO, na Câmara de Olinda, em 1.710, e o dia do **Fico**, de 09 de janeiro de 1.822, resultado da ação das Câmaras de São Paulo, Vila Rica e Rio de Janeiro.

A Constituição brasileira de 1.824 referia-se, em seu art. 167, ao “governo econômico e municipal das cidades e vilas”, cuja organização se daria nos termos da Lei de 1º de outubro de 1.828. As Câmaras não tinham autonomia financeira, pois não votavam seus impostos, e suas resoluções poderiam ser invalidadas e tornadas sem efeito pela Assembléia Legislativa Provincial.

A autonomia municipal foi assegurada, embora de forma sintética, pelo art. 68 da Constituição de 1.891, sendo os preceitos desta complementados pelas Constituições estaduais e pelas Leis Orgânicas Municipais. todavia, os Estados-membros da época outorgaram à Assembléia Legislativa a competência para elaborar a Lei Orgânica dos Municípios, excetuados os Estados de Goiás e Rio Grande do Sul, que atribuíram a cada Município a competência para a elaboração da lei que o iria reger.

O problema da organização municipal foi minuciosamente tratado pela Constituição de 1.934, que, nos diversos preceitos relativos à matéria, utilizou a experiência tradicional da República, elaborando um modelo que se aperfeiçoaria nas Constituições democráticas posteriores.

O municipalismo sofreu um retrocesso com o advento da Carta de 1.937, que negou a autonomia municipal, ao estabelecer a nomeação dos chefes dos Municípios ou prefeitos por meio do interventor ou do executivo estadual.

A Constituição brasileira de 1.946 fortaleceu consideravelmente o regime municipal, tanto no aspecto político-administrativo, quanto no econômico-financeiro, erigindo o Município em entidade estatal de terceiro grau, necessária ao nosso sistema federativo.

Restabeleceu os princípios básicos da autonomia, ao assegurar a eletividade dos prefeitos e das Câmaras Municipais, e a administração própria do Município, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente, à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência, à aplicação das suas rendas e à organização dos serviços públicos locais.

Poderiam ser nomeados os prefeitos das capitais dos Estados e estâncias hidrominerais; seriam nomeados os prefeitos de bases e portos militares.

A respeito do tratamento dado ao Município pela Constituição Federal de 1.967, registra o Prof. RAUL MACHADO HORTA:

“A Constituição de 1.967 afastou-se da Constituição de 1.946 em duas inovações que acrescentou à concepção do Município. A primeira, de natureza formal, criando a competência dos Municípios na Constituição Federal, em seu Capítulo II. A inovação foi puramente formal, pois não só deixou intacta a composição da Federação sem a presença do Município (art. 1º), como também não concebeu a introdução do Município na distribuição de competências dos níveis de Governo. A Constituição não extraiu as conseqüências materiais de sua inovação formal. A outra inovação desencadeou conseqüências mais profundas.” O constitucionalista mineiro acrescenta que a mesma Constituição “deu início ao movimento de alargamento da matéria de interesse municipal no plano originário da norma constitucional federal com reflexos negativos no campo da autonomia constitucional do Estado-Membro, que passa a sofrer nova amputação de competência.” (*in* Estudos de direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 1.995, p. 630).

A Constituição de 1.967, com a redação dada pela emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1.969, manteve a autonomia dos Municípios, revelada pelo poder eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, por parte dos munícipes; pela competência do Município para a auto-administração, especialmente quanto à organização dos serviços públicos locais.

Todavia, caberia ao governador nomear:

a - com prévia aprovação da Assembléia Legislativa, os prefeitos das capitais dos Estados e dos Municípios considerados estâncias hidrominerais em lei estadual;

b - com prévia aprovação do Presidente da República, os prefeitos de Municípios declarados de interesse da segurança nacional, por lei de iniciativa do Poder Executivo.

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1.969, referindo-se a remuneração, e não mais a subsídio, deu à matéria relativa à remuneração dos vereadores tratamento diverso do previsto na Constituição de 1.946.

Importante transformação ocorreu, também, no tocante ao processo da criação dos Municípios, devendo-se registrar que, anteriormente, havia uma notória tendência à criação de novas comunas por parte dos Estados-Membros, a fim de que aquelas usufríssem dos benefícios do imposto de renda.

O texto Constitucional de 1.969 atribuiu à União, e não ao Estado-Membro, competência para estabelecer, por lei complementar, as condições e requisitos mínimos de população do território em que se pretendesse criar o Município: o mínimo de renda pública e a forma prévia de consulta às populações locais.

O desenvolvimento da vida municipal e a atribuição de importantes fontes de renda ao município tornaram necessária maior fiscalização financeira e orçamentaria daquele. Com vistas a essa função moralizadora, o texto constitucional de 1.969 dedicou especial atenção à matéria, da qual tratou o artigo 16. (FERREIRA, Pinto. Princípios gerais do direito constitucional moderno. 5ª Ed. t. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1.971, p. 372-374).

A Constituição Federal de 1.988 fortaleceu sobremaneira os municípios, modificando substancialmente sua posição na Federação Brasileira. Com efeito, por duas vezes o texto constitucional da República oferece os fundamentos da nova face reconhecida ao Município.

No artigo 1º, proclama que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indis-

solúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...” e no artigo 18, estabelece:

“art. 18 - A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição”.

A esse respeito, assinala HELY LOPES MEIRELLES:

“O Município Brasileiro é entidade estatal integrante da Federação. Essa integração é uma peculiaridade nossa, pois em nenhum outro Estado Soberano se encontra o Município como peça do regime federativo, constitucionalmente reconhecida. Dessa posição singular do nosso Município é que resulta a sua autonomia político-administrativa, diversamente do que ocorre nas demais Federações, em que os Municípios são circunscrições territoriais meramente administrativas.” (*in* Direito administrativo brasileiro. 16ª Ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1.991, p. 663).

O Município, já considerado pelo Código Civil (artigo 14, inciso III) pessoa jurídica de direito público interno, somente agora, com atraso de mais de meio século, tem reconhecida essa situação.

### **Autonomia Municipal na Constituição Federal**

Tem o Município instrumentos constitucionais disponíveis para a efetiva realização de sua autonomia, bem como os limites impostos à sua atuação, decorrem dos princípios e dos preceitos de que trata o artigo 29 da Constituição da República: os princípios desta e da Constituição do Estado e os seguintes preceitos, enumerados nos incisos do mesmo artigo:

a - mandato de quatro anos para Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, por eleição direta e simultânea realizada em todo o País, sendo a do Prefeito e do Vice-Prefeito no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do artigo 77 da Constituição da República (eleição em dois turnos, se necessário) no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores;

b - posse do Prefeito e do Vice-Prefeito em 1º de janeiro do ano subsequente ao da eleição;

c - número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites (artigo 29, IV CF/88):

- mínimo de 9 e máximo de 21 nos Municípios de até um milhão de habitantes;

- mínimo de 33 e máximo de 41 nos Municípios de mais de um milhão e menos de cinco milhões de habitantes;

- mínimo de 42 e máximo de 55 nos Municípios de mais de cinco milhões de habitantes;

d - subsídios do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Secretários Municipais fixados por lei de iniciativa da Câmara Municipal, observado o que dispõem os artigos 37, XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III e § 2º, I, alterados pela EC n.º 25 de 14/02/2.000;

e - subsídio dos Vereadores fixado por lei de iniciativa da Câmara Municipal, na razão de, no máximo, 20 % daquele estabelecido, em espécie, para os Deputados Estaduais, observado o que dispõem os artigos 39, § 4º, 57, § 7º, 150, II, 153, III e § 2º, I, alterado pela EC n.º 25 de 14/02/2.000;

f - impossibilidade de o total da despesa com o Legislativo não ultrapassar os limites estabelecidos pela EC n.º 25 de 14/02/2.000 que altera o artigo 29 da CF/88;

g - imunidade dos Vereadores por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município;

h - proibições e incompatibilidade, no exercício da vereança, similares, no que couber, às constitucionalmente previstas em relação aos parlamentares federais e estaduais;

i - julgamento do Prefeito perante o Tribunal de Justiça;

j - organização das funções legislativas e fiscalizadoras da Câmara Municipal;

k - cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

l - iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, por manifestação de, pelo menos, 5% do eleitorado;

m - perda do mandato do Prefeito, na mesma hipótese prevista em relação ao Governador do Estado: assunção de outro cargo ou função na administração pública direta ou indireta, ressalvada a posse em virtude de concurso público e observado o disposto no art. 38, I, IV e V da Constituição da República.

Lei complementar federal determinará o período em que se farão, por lei estadual, a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, segundo os requisitos estabelecidos em lei complementar estadual. É o que

prescrevem, respectivamente, o art. 18, § 4º, da Constituição Federal e o art. 167 da Constituição do Estado de Minas Gerais:

“artigo 18 - (...)

§ 4º - A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.”

“artigo 167 - Lei complementar estabelecerá os requisitos para a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, observado o disposto no art. 18, § 4º, da Constituição da República.”

No âmbito do Estado de Minas Gerais, os requisitos para criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios são fixados pela Lei Complementar n.º 37, de 18 de janeiro de 1.995, alterada pelas Leis complementares de n.ºs 39, de 23 de junho de 1.995 e 47 de 27 de dezembro de 1.996.

O Município é dotado dos Poderes Legislativo e Executivo; não existe Poder Judiciário Municipal. Nas comarcas, que se constituem de 1 (um) ou mais Municípios, tendo por sede a do Município que lhe dá o nome, atuam membros da Justiça Estadual e, em alguns casos, também da Justiça Federal, quando a comarca é também sede de vara do juízo federal.

#### 4

### O PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL

As Constituições Federais, desde a de 1.967, promulgada a 24 de janeiro, já traziam a preocupação com o processo legislativo, e a Constituição atual mantém alguns pilares mestres da legislação anterior. Em especial a Constituição de 1.946, que designava todo o ato do Congresso Nacional de “decreto legislativo”, subindo com esta nomenclatura para sanção ou veto. O mais importante é que ante as crises sofridas e as soluções encontradas pelo processo legislativo o Poder Legislativo se constituiu hoje, ao lado do Executivo e Judiciário em Instituição norteadora das políticas públicas, em especial nos Municípios.

À Câmara Municipal, o órgão do Poder Legislativo do Município, compete o exercício de relevantes funções, que se desdobram em:

função legislativa, função deliberativa, função fiscalizadora, função julgadora e função político-parlamentar. Detém ainda a Câmara Municipal a capacidade para estar em juízo na defesa de seus interesses, mesmo não sendo considerada pessoa jurídica (que é o Município), possui ela direitos subjetivos passíveis de tutela jurisdicional.

Estudaremos nos itens seguintes, cada uma dessas funções separadamente.

### Função Legislativa

No exercício da função legislativa, a Câmara legisla, com a sanção do Prefeito, sobre as matérias da competência do Município, com o que se estabelecem as leis municipais, e se cumpre, no âmbito local, o princípio da legalidade, a que está sujeita a Administração.

A Lei Orgânica do Município estabelece as matérias de competência legislativa da Câmara, bem como as normas referentes ao processo legislativo, sendo estas últimas detalhadas no Regimento Interno.

Foi significativamente ampliado o elenco das competências municipais, que compreendem a competência exclusiva (artigos 30 da Constituição da República e 171 da Constituição do Estado); a competência comum, ou seja, a exercida em comum com a União, os Estados e o Distrito Federal (artigo 23 da Constituição da República) e a competência suplementar (artigo 30, inciso II, da Constituição da República).

O artigo 30 da Constituição Federal relaciona as matérias de competência exclusiva do Município e, embora de forma incipiente e mais genérica do que seria desejável, representa um grande passo em prol do fortalecimento das *comunas*.

Veja o que dispõe o texto do mencionado dispositivo:

“artigo 30 - Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação pré-escolar e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.”

A competência tributária dos Municípios é estabelecida nos artigos 145 e 156 da Constituição da República de 1.988.

O primeiro faculta à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tributos (impostos, taxas e contribuições de melhoria); o segundo dá competência aos Municípios para instituir impostos sobre:

a - propriedade predial e territorial urbana;  
b - transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

c - serviços de qualquer natureza - não compreendidos os de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação - definidos em lei complementar.

É inovação da Constituição Federal vigente a atribuição ao Município da competência para instituir e arrecadar o imposto sobre transmissão onerosa *inter vivos*.

No artigo 23 da Constituição da República estão previstas, com o caráter de regras ou recomendações de conduta, principiologicamente e de ampla abrangência, competências comuns da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A título de exemplo, algumas devem ser destacadas:

a - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;

b - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

c - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

d - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

e - fomentar a produção e agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;

f - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

O parágrafo único do mesmo artigo prevê normas, a serem fixadas em lei complementar, para a cooperação entre os vários entes da Federação, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

A competência suplementar do Município é assegurada no inciso II do artigo 30 da Constituição da República: “Suplementar a legislação federal e a estadual no que couber.”

### Processo Legislativo

A Constituição de 1.967, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1.969, incluía o processo legislativo entre outros princípios nela estabelecidos, a cuja observância se obrigavam os Estados federados na sua auto-organização, nos termos do art. 13, III. As Constituições dos Estados poderiam adotar o regime de leis delegadas, proibidos os decretos-lei, conforme preceituava o parágrafo único do artigo 200 do texto constitucional federal.

A Constituição Federal de 1.988 estabelece, no artigo 25:

“Artigo 25 - Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.”

Como se vê, a Constituição em vigor, diversamente do texto constitucional precedente, não submete à observância dos Estados as normas nela estabelecidas a respeito do processo legislativo. Isso não quer dizer, entretanto, que inexistam normas específicas de pré-ordenação destinadas ao Estado federado e ao Município, ou que inexistam princípios implícitos, quanto ao tratamento da matéria, na Constituição da República, impostos à observância daqueles.

Ressalta, dentre esses princípios, o da impossibilidade de se converter em lei matéria que não tenha sido objeto de discussão e votação do Legislativo. Assinala o Prof. RAUL MACHADO HORTA:

“O processo legislativo não existe autonomamente, como valor em si, pois é técnica a serviço de concepções políticas, realizando fins do poder. Daí sua mutabilidade no tempo e sua

compreensão variada, refletindo a organização social, as forma de Governo e de Estado, a estrutura partidária e o sistema político.”(in O Processo legislativo nas constituições federais brasileiras. Cadernos do Simpósio. n.º 2. Belo Horizonte: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais, 1.989, p. 5).

JOSÉ NILO DE CASTRO, ensina que

“Os princípios norteadores do processo legislativo, de que cogitam os artigos 59 e seguintes, até 69, da Constituição Federal, aplicam-se aos Estados e Municípios, como o ciclo e o procedimento das feitura das leis, a saber: a iniciativa, a tramitação no Legislativo, a deliberação, o *quorum*, a sanção (expressa ou tácita), o veto e a promulgação. A moldura paradigmática está na Constituição Federal.” (op. cit., p. 5).

O mesmo autor registra a posição do Supremo Tribunal Federal a respeito da matéria, citando ementa do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 276-7-AL(DJ 17/08/1996, p. 7869-7871), da qual se transcreve:

“O Supremo Tribunal Federal ainda não definiu, sob o regime da vigente ordem constitucional, se os princípios que informam o processo legislativo impõem-se aos Estados-Membros como padrões jurídicos de compulsória observância. O tema da autonomia das unidades federadas, suscitado na perspectiva da nova concepção de federalismo consagrado pela vigente Carta Política, foi, no entanto, considerado de extremo relevo jurídico pelo STF (ADIn 216-PB)”(op. cit.,p. 128).

O processo legislativo autoritário cedeu lugar ao processo legislativo democrático, cujos aspectos essenciais podem ser assim sintetizados:

a - substituição da figura da aprovação automática, ou por decurso de prazo, pela do esgotamento da deliberação legislativa, uma vez escoado o prazo constitucionalmente previsto, nos seguintes casos:

a.1 - projeto de autoria do Executivo com solicitação de urgência;

a.2 - veto;

b - atribuição de competência às comissões para discussão e votação de projeto de lei que dispensar, na forma do Regimento Interno, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa Legislativa;

c - ampla e efetiva participação da sociedade civil, assegurada:

c.1 - pela iniciativa popular de projeto de lei;

c.2 - pela apresentação de petição, reclamação, representação ou queixa contra ato ou omissão de autoridade ou entidade pública;

c.3 pela realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil;

d - incidência de veto parcial tão-somente em texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea, sendo abolida, portanto, a prática condenável do veto incidente sobre palavra ou grupo de palavras;

e - previsão do *quorum* de maioria absoluta para rejeição de veto.

- **Conceito e fases do processo legislativo**

Processo legislativo é o conjunto concatenado de atos pré-ordenados (iniciativa, emenda, votação, sanção, promulgação e publicação), realizados pelos órgãos legislativos com vistas à formação das leis em sentido amplo. Seu objeto é a elaboração dos atos normativos previstos na Constituição ou na Lei Orgânica.

Distinguem-se três fases no processo de elaboração das leis:

a - **fase introdutória** - a iniciativa, que é a faculdade de propor um projeto de lei, atribuída a pessoas ou órgãos, de forma geral ou especial. É o ato que desencadeia o processo legislativo;

b - **fase constitutiva** - a deliberação e a sanção. É a fase de estudo e deliberação sobre o projeto proposto; compreende os turnos regimentais de discussão e votação, seguidos da redação final da matéria aprovada.

Essa fase se completa com a apreciação, pelo Executivo, do texto aprovado pelo Legislativo. É a intervenção do Executivo no aperfeiçoamento da lei. Esta apreciação pode resultar no assentimento (a sanção) ou na recusa (o veto). A sanção transforma em lei o projeto aprovado pelo Legislativo. Pode ocorrer expressa ou tacitamente. A sanção é expressa quando o Executivo dá sua concordância, de modo formal, no prazo de 15 dias contados do recebimento da proposição de lei, resultante de projeto aprovado pela Casa Legislativa. A sanção é tácita, quando o Executivo deixa passar esse prazo sem manifestação de discordância.

Pode o Executivo recusar sanção à proposição de lei, impedindo, dessa forma, sua transformação em lei. Esta recusa se manifesta pelo veto, que pode ser total ou parcial, conforme atinja toda a proposição ou apenas parte da mesma.

Segundo dispõe o § 2º do artigo 66 da Constituição da República, ao qual corresponde o § 4º do artigo 70 da Constituição do Estado, “o

veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea.”

O veto pode ter por fundamento a inconstitucionalidade da proposição de lei ou a sua inconveniência. No primeiro caso, há um motivo estritamente jurídico: a incompatibilidade com a Lei Maior. No segundo caso, há um motivo estritamente político, que envolve uma apreciação de vantagens e desvantagens: se o Executivo julgar a proposição contrária ao interesse público, opor-lhe-á o veto;

c - **fase complementar ou de aquisição de eficácia** - é a que compreende a promulgação e a publicação da lei.

A promulgação é o ato que declara e atesta a existência da lei, indicando que esta é válida e executável. Cabe ao chefe do Executivo promulgar a lei. Se ele, nos casos de sanção tácita e de rejeição do veto, não o faz no prazo de 48 horas, deve o Presidente da Casa Legislativa fazê-lo. Depois da promulgação, vem a publicação, que, em nosso sistema, é o meio de tornar a norma conhecida, vigente e eficaz.

### Proposições Legislativas

As matérias em tramitação nas Casas Legislativas recebem comumente a denominação genérica de proposições. O Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais (Resolução n.º 5.176, de 06 de novembro de 1.997) estabelece, no artigo 170:

“Proposição é o instrumento regimental de formalização de matéria sujeita à apreciação da Assembléia Legislativa.”

A proposição destinada a alterar o texto da Lei Orgânica do Município recebe a denominação técnica de Proposta de Emenda à Lei Orgânica.

Nos casos dos projeto de lei, uma vez aprovados em redação final, passam a denominar proposições de lei, e é sob essa forma que são encaminhados a sanção.

Por extensão do conceito de proposição, a emenda, o requerimento, o parecer e outros instrumentos regimentais a eles assemelhados costumam ser incluídos no processo legislativo.

Os Regimentos Internos de algumas Casas Legislativas inserem, ainda, no rol das proposições do processo legislativo a indicação, a apresentação, a moção e a autorização. É o caso do Regimento Interno da Câmara Municipal de Uberaba.

As proposições do processo legislativo municipal dão origem às espécies normativas previstas na Lei Orgânica do Município, que são, em geral, as enumeradas a seguir:

- a - Emendas à Lei Orgânica Municipal;
- b - leis complementares;
- c - leis ordinárias;
- d - leis delegadas;
- e - resoluções;
- f - decretos legislativos.

O tratamento da matéria pode variar nas diversas Leis Orgânicas, algumas incluem, por exemplo, as medidas provisórias no elenco das matérias compreendidas no processo legislativo municipal.

A respeito dessa inclusão, cabe citar a observação de JOSÉ NILO DE CASTRO:

“A medida provisória, embora não vedada sua inserção no processo legislativo estadual e municipal, pela sua característica e singularidade, não se nos afigura afeiçoada ao nível municipal. O que lhes justifica a existência?” (op. cit., p. 127).

A Lei Orgânica do Município de Uberaba-MG (aproximadamente 400.000 habitantes) não trata da matéria, já o Município de Água Comprida-MG (aproximadamente 6.000 habitantes) tem no Regimento Interno da Câmara Municipal dispositivo legal neste sentido (artigo 137, caput e parágrafo único).

A seguir, trataremos dos atos do processo legislativo municipal, tecendo algumas considerações.

#### - Emenda à Lei Orgânica

É aquela feita com fundamento no chamado poder constituinte municipal, e em razão do poder organizativo municipal, a Lei Orgânica própria estabelece regras para ser emendada (ex.: por iniciativa do Prefeito Municipal), com o que ela se reveste de certa rigidez: sendo aprovada pelo voto de dois terços dos membros da Câmara, somente com igual *quorum* poderá ser alterada, passando pelos caminhos da iniciativa, discussão, votação e promulgação.

As leis locais que a contrariarem serão ilegítimas e inválidas, desde que assim as declare o Judiciário.

#### - Lei Complementar

A lei complementar, aprovada por maioria absoluta, é expressa e especificamente prevista em determinadas disposições da Constituição e destina-se a complementá-las, relativamente à matéria de que tratam. Tem, pois, natureza parconstitucional, situando-se, na hierarquia dos

atos normativos, entre a lei ordinária e a Constituição (e suas emendas).

No âmbito do Município, a Lei Orgânica prevê as matérias que constituem objeto de lei complementar municipal.

Segundo CELSO BASTOS:

“(…) é, pois, toda aquela que contempla uma matéria a ela entregue de forma exclusiva e que, em consequência, repele formações heterogêneas, aprovada mediante um quorum próprio de maioria absoluta.” (in Lei Complementar. São Paulo: Saraiva, 1.985, p. 17).

Observe que um caracterizador da diferença entre lei ordinária e lei complementar é o quorum exigido, quer dizer somente se aprova lei complementar com a maioria absoluta dos integrantes da Câmara Municipal.

Também neste sentido o prof. JOSÉ NILO DE CASTRO, assevera:

“Diferem as leis complementares das leis ordinárias de duas maneiras. Pelo conteúdo ou em razão da matéria, isto é, nos termos da Lei Orgânica Municipal, constituem matéria de lei complementar todas as codificações, as leis (...) do plano diretor, da organização administrativa (...) etc. Pelo aspecto formal, pois somente a maioria absoluta dos membros da Câmara Municipal é que validamente as aprovará. A qualificação do quorum se impõe para se votar a lei complementar em consideração da importância da ordenação jurídica contida nela.” (in Direito Municipal positivo. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1.996, p. 126).

#### - Lei Ordinária

A lei ordinária, que, na prática, é chamada simplesmente lei, é o ato legislativo típico, que, em regra, edita normas gerais e abstratas.

É disciplinada em lei ordinária a matéria não reservada à lei complementar, ou seja, a maioria das matérias da competência do Município.

Vários dispositivos da Lei Orgânica dependem de regulamentação por lei ordinária, que depende de maioria simples para sua aprovação.

#### - Lei Delegada

A lei delegada é um ato normativo elaborado e editado pelo Chefe do Executivo, em razão de autorização do Poder Legislativo e nos limites por este estabelecidos.

Segundo o parâmetro constitucional, a Lei Orgânica do Município pode prever a delegação ao Prefeito, a ser efetuada sob a forma de resolução ou decreto legislativo da Câmara Municipal, que especificará seu conteúdo e os termos de

seu exercício e poderá determinar a apreciação, pela Câmara, do projeto de lei delegada, caso em que este será submetido a votação única, vedada qualquer emenda.

São excluídos do âmbito da delegabilidade os atos de competência exclusiva da Câmara, a matéria reservada à lei complementar e a legislação sobre planos plurianuais, diretrizes orçamentárias e orçamentos.

#### - Decreto Legislativo e Resolução

O decreto legislativo e a resolução, promulgados pelo Presidente da Câmara, destinam-se a regular matérias da competência exclusiva do Legislativo e as de caráter político, processual, legislativo ou administrativo, excluídas do âmbito da lei, sem a sanção do Prefeito e que tenha o decreto efeito externo e a resolução efeito interno.

Oportuno o esclarecimento do Prof. JOSÉ NILO DE CASTRO: ambos os atos têm o mesmo conceito, mas diferem quanto aos efeitos, os quais são externos e internos, no caso do decreto legislativo, e apenas internos, no caso da resolução. Ele assinala ainda que:

“Não há necessidade, entretanto, de se reproduzirem, nas Leis Orgânicas, integrando o processo legislativo municipal, esses dois atos normativos (decretos legislativos e resoluções). Admitem-se comumente apenas as resoluções.” (op. cit., p. 127).

#### - Indicação, Representação, Moção e Autorização

São proposições cujo conceito pode ser enunciado de conformidade com o previsto nos seguintes dispositivos do Regimento Interno da Câmara Municipal de Belo Horizonte:

“Artigo 30 - Indicação é a proposição por meio da qual se sugere:

I - realização de medida de interesse público;

II - ao prefeito a declaração de utilidade pública, observados os requisitos da lei, de sociedades civis, associações e fundações;

Artigo 131 - Representação é a proposição por meio da qual se sugere a realização de medida de interesse público ou a manifestação sobre qualquer assunto a autoridades federais ou estaduais.

Artigo 132 - Moção é a proposição por meio da qual se manifesta regozijo, congratulação, pesar, protesto ou sentimento similar.

Artigo 133 - Autorização é a proposição por meio da qual o prefeito solicita permissão para se ausentar do Município por mais de 10

dias, o Vice-Prefeito para se ausentar do Estado pelo mesmo prazo ou ambos, do País, por qualquer prazo.”

**- Emenda**

A emenda é a proposição apresentada como acessória de outra e, conforme sua finalidade, pode ser aditiva, modificativa, substitutiva ou supressiva.

É aditiva a emenda que se acrescenta a outra proposição; modificativa, a que altera dispositivo sem modificá-lo substancialmente; substitutiva, a apresentada como sucedânea de dispositivo ou sucedânea integral de proposição, caso em que passa a denominar-se substitutivo; supressiva, a destinada a excluir dispositivo.

Chama-se subemenda a emenda apresentada a outra.

A emenda é admitida quando pertinente ao assunto versado na proposição principal e quando incidente sobre um só dispositivo, salvo matéria correlata.

Por ser proposição acessória, a emenda não se confunde com Emenda à Lei Orgânica, o principal dos atos do processo legislativo municipal.

### **Procedimento Legislativo**

**- Plenário e Comissões**

O Poder Legislativo tem no Plenário seu órgão deliberativo por excelência. Paralelamente a ele, figuram as comissões técnicas, como órgãos de composição mais reduzida, porém de fundamental importância, uma vez que é nelas que os assuntos trazidos à consideração da Casa devem ser examinados com maior cuidado e o mais detalhadamente possível.

Numa Câmara Municipal que funcione observando a técnica parlamentar mais adequada, os assuntos em exame são encaminhados a comissões de Vereadores, constituídas de acordo com o Regimento, antes de serem levados a Plenário para deliberação conclusiva.

Uma vez na comissão, a matéria deve ser distribuída, por seu presidente, a um dos membros. Este é o chamado relator, o qual, depois de examinar o assunto, propõe aos demais membros as conclusões que, no seu entendimento, devem constituir o parecer da comissão sobre a matéria. A opinião do relator, então, se aceita pela maioria dos membros da comissão, passa a constituir a peça por meio da qual a comissão orienta o Plenário para que este decida sobre a questão.

Desse modo, há impropriedade técnica no texto regimental que estabelece a votação de projeto de lei nas comissões, tanto quanto no Plenário, pois é somente no Plenário que as proposições devem ser objeto de deliberação. Nas comissões, o que se deve votar é apenas o parecer formulado pelo relator sobre o projeto, o qual, uma vez aprovado, passa a constituir-se em pronunciamento de toda a comissão e não apenas num voto do relator sobre a matéria. Depois, sim, é que o projeto será votado, mas pelo Plenário, mediante a orientação do parecer da comissão.

Deve ficar claro, ainda, que o parecer da comissão, exatamente por ser uma peça meramente opinativa, não obriga o Plenário a decidir no mesmo sentido de sua conclusão.

A comissão pode opinar, por exemplo, pela aprovação do projeto, e o Plenário poderá rejeitá-lo.

Sem contrariar o que já foi dito, esclareça-se que, em razão do permissivo constitucional constante do art. 60, § 2º, inciso I, da Constituição Mineira, é possível que os textos regimentais estabeleçam a deliberação conclusiva de comissões sobre determinadas matérias.

O Regimento Interno da Assembléia de Minas, por seus artigos 103, 104 e 105, estabelece: “artigo 103 - Compete às comissões permanentes apreciar, consultivamente, em turno único, as seguintes proposições, ressalvado o disposto no artigo 104:

I - projetos de lei que versem sobre:

a - declaração de utilidade pública;

b - denominação de próprios públicos;

II - projetos de resolução que tratem de subvenções;

III - requerimentos escritos que solicitem:

a - providência a órgão da administração pública;

b - manifestação de pesar por falecimento de membro do poder público;

c - manifestação de apoio, aplauso, regozijo ou congratulações;

d - manifestação de repúdio ou protesto.

Parágrafo único - Os requerimentos a que se refere o inciso III prescindem de parecer.

artigo 104 - Ao plenário será devolvido o exame, global ou parcial, do mérito de proposição apreciada conclusivamente pelas comissões, se, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas contadas da publicação da decisão no órgão oficial dos Poderes do Estado, houver requerimento de

1/10 (um décimo) dos membros da Assembléia Legislativa.

§ 1º - Na ocorrência do disposto neste artigo, as emendas apresentadas ao projeto ou requerimento poderão receber parecer oral de relator designado em Plenário.

§ 2º - Concluída a votação, o projeto será encaminhado à comissão de redação.

artigo 105 - Na tramitação das proposições submetidas à deliberação conclusiva das comissões, serão observadas, no que couber, as disposições regimentais aplicáveis às matérias sujeitas à deliberação do Plenário.”

Como se vê, o legislador excepcionou expressamente, no artigo 103, aqueles casos que considerou assuntos de análise mais simples e que, por esta razão, poderiam esgotar sua tramitação normalmente nas comissões, sem a necessidade de virem a sobrecarregar as pautas de Plenário, ficando este por conta de apreciar matérias mais complexas. E, em seguida, no artigo 104, abriu a possibilidade de “devolver-se” ao Plenário o exame de tais proposições, na forma ali prevista. Isto é uma indicação clara de que, mesmo nesses casos, o poder de deliberação conclusiva ainda é do Plenário, que, por meio de um dispositivo regimental, transfere tal competência às comissões.

Esse tratamento é também dado às comissões parlamentares de inquérito, pelos artigos 112 a 114 do mesmo Regimento. Daí se verifica que o fato de a matéria ser objeto de deliberação conclusiva de comissões não significa necessariamente tratar-se de assunto de fácil exame e, muito menos, matéria de menor importância.

De qualquer modo, o que é preciso ficar claro é que somente por disposição expressa se pode admitir esse tipo de exceção regimental; a regra, repetimos, é a decisão pelo Plenário.

Finalmente, não se pode deixar de mencionar a exceção prevista no artigo 191 do Regimento Interno da Assembléia Mineira, em que se prevê a rejeição de projeto de lei que receba parecer contrário, quanto ao mérito, de todas as comissões a que tenha sido distribuído.

Também nesse caso, a proposição é arquivada sem que o Plenário aprecie. Tal como nos outros casos, por força de norma regimental expressa. Esta norma, aliás, constitui disposição que se vem repetindo em sucessivos diplomas regimentais da Assembléia Legislativa de Minas Gerais e que encontra fórmulas equivalentes em outros diplomas internos hoje em vigor. A título

de exemplo, cite-se o disposto no artigo 133 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

#### - *Quorum*

Em virtude das dúvidas que a questão do *quorum* tem provocado, não apenas entre Vereadores que procuram as assessorias da Assembléia, mas até mesmo entre Deputados e assessores, entendemos ser interessante fazermos alguns esclarecimentos sobre o tema. Vamos começar pelos conceitos de maioria simples e maioria absoluta.

O artigo 47 da Constituição Federal, que corresponde ao artigo 55 da Constituição do Estado, estabelece que as deliberações das Casas do Congresso serão tomadas por maioria de votos, devendo estar presente a maioria de seus membros, exceto nos casos expressamente previstos na Constituição.

Aí está o princípio a ser observado pelos Estados, em relação às Assembléias Legislativas, e pelos Municípios, no tocante às Câmaras Municipais. É o princípio da deliberação por maioria simples, ou seja, se estiver presente mais da metade dos membros da Casa, o maior número de votos dados, num sentido ou noutro, define o resultado da votação.

E o que vem a ser então *quorum* de maioria absoluta? É o de mais da metade de todos os membros da Casa Legislativa e não apenas dos presentes.

Para eliminar dúvidas que porventura persistam quanto ao cálculo do número correspondente à expressão maioria, seja absoluta ou simples, transcrevemos o que, a propósito, estabelece o artigo 251 do Regimento Interno da Assembléia de Minas Gerais:

“artigo 251 - A determinação de *quorum* será feita do seguinte modo:

I - o *quorum* da maioria absoluta, em composição impar da Assembléia, obter-se-á acrescentando-se uma unidade ao número de Deputados e dividindo-se o resultado por dois;

II - o *quorum* de um terço obter-se-á:

a - dividindo-se por três, acrescido de uma ou duas unidades, o número de Deputados, se este não for múltiplo de três;

III - o *quorum* de dois terços obter-se-á multiplicando-se por dois o resultado obtido segundo os critérios estabelecidos no inciso anterior;

IV - o *quorum* de três quintos obter-se-á: dividindo-se por cinco o número de Deputados, se este foi múltiplo de cinco, e multiplicando-se o quociente obtido por três; dividindo-se por cin-

co, acrescido das unidades necessárias, o número de Deputados, se este não for múltiplo de cinco, e multiplicando-se o quociente obtido por três.”

Assim sendo, enquanto, numa Câmara de nove membros, as votações, em regra, podem decidir-se por apenas três votos (o que corresponde a mais da metade dos presentes, estando presente mais da metade dos membros todos), aquelas outras votações, nas quais seja obrigatória a maioria absoluta para a aprovação da matéria, somente poderão resultar em aprovação se, pelo menos, cinco Vereadores votarem a favor da proposição. Se quatro Vereadores votarem a favor e um, contra, estará rejeitada a proposição.

Fica claro, portanto, que o conceito de *quorum* se aplica tanto ao número de presentes quanto ao número de votantes ou de votos, neste ou naquele sentido, não se podendo falar, obviamente, em maioria simples, quando a questão se referir ao número de presenças. Maioria simples é um conceito que somente se aplica a votações.

Também quanto ao processo de votação a ser utilizado nas deliberações por *quorum* qualificado, importa fazer algumas considerações.

O Regimento Interno da Assembléia de Minas Gerais prevê, por seu artigo 258, serem três os processos de votação: o simbólico, o nominal e o processo por escrutínio secreto. Eis o texto do citado dispositivo:

“artigo 258 - São 3 (três) os processo de votação:

I - simbólico;

II - nominal;

III - por escrutínio secreto.”

Pelo fato de as Câmaras Municipais nem sempre seguirem esse sistema, a título de exemplo, algumas Câmaras somente prevêem os processos simbólico e nominal; enquanto na Câmara Municipal de Água Comprida-MG, em seu artigo 228, são adotados os processos simbólico, nominal e por escrutínio secreto, assim como a Câmara Municipal de Uberaba-MG; é indispensável fazer com que a Lei Interna disponha de, pelo menos, um processo que permita a verificação, sem deixar dúvidas, do atendimento da condição mínima, que é o *quorum* qualificado. E isto porque, principalmente nas Câmaras de composição numerosa, a votação pelo processo simbólico que, via de regra, aponta a decisão apenas pela atitude dos votantes, pode fazer com que seja impossível registrar em ata a observância da condição.

Assim, esta observação se aplica não apenas à deliberação sobre propostas de emenda à Lei

Orgânica, mas também à votação de qualquer outra proposição que implique *quorum* qualificado.

Nunca é demais lembrar que o mesmo processo observado na deliberação sobre a proposição principal vale também para as acessórias, inclusive os chamados incidentes processuais. É o caso das emendas e dos requerimentos que, por ventura, incidam sobre a apreciação da matéria principal, tais como pedidos de adiamento de votação, votação por partes, votação por determinado processo, etc.

Para facilitar a solução do problema acima exposto (a elaboração de normas regimentais que disciplinem os processos de votação, de tal maneira que o atendimento do *quorum* qualificado fique comprovado na ata dos trabalhos), relacionamos, a seguir, os casos hoje existentes de matérias que exigem o *quorum* qualificado:

a - Elaboração da Lei Orgânica - *quorum*: 2/3, conforme Constituição da República, artigo 29, caput;

b - Alteração da Lei Orgânica - *quorum*: 2/3, conforme Constituição da República, artigo 29, caput;

c - Rejeição do veto oposto pelo Prefeito - *quorum*: maioria absoluta, conforme Constituição da República, artigo 66, § 4º;

d - Aprovação de Lei Complementar - *quorum*: maioria absoluta, conforme Constituição da República, artigo 69;

e - parecer prévio - *quorum*: 2/3, conforme Constituição da República, artigo 31, § 2º.

No que se refere ao *quorum* qualificado para a votação da proposta de emenda à Lei Orgânica, o qual decorre do disposto no artigo 29 da Constituição da República, é bom frisar que a condição fundamental a ser observada pelo legislador municipal é a de que só com o voto favorável de, no mínimo, dois terços dos membros da Câmara estará a proposta aprovada. O que equivale a dizer que, numa Câmara de 9 (nove) Vereadores, por exemplo, se uma proposição desta natureza for votada por 6 (seis) Vereadores (2/3 dos membros da Câmara) e obtiver o voto favorável à sua aprovação de, apenas, 5 (cinco), com 1 (um) Vereador votando contra, a proposta deverá ser declarada rejeitada. E isto porque, tendo sido de 2/3 dos membros da Câmara o número de votantes, a votação terá sido válida, porque realizada com a observância do *quorum* qualificado, e a proposição não terá sido aprovada, por não ter obtido o número mínimo, exigido pela Constituição, de votos a seu favor.

### - Turnos Processuais

A maioria dos diplomas regimentais, tanto nos Estados como nos Municípios, segue o princípio, consagrado em ambas as Casas do Congresso, da forma de procedimento complexa para o exame das proposições. Por esse sistema estabelecem-se duas ou três fases processuais, nas quais o assunto é analisado pelas comissões e votado pelo Plenário.

Essas fases intitulam-se geralmente turnos, como se vê nos Regimentos Internos do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e da Assembléia mineira e em numerosos outros textos, tanto estaduais como municipais. Embora o tratamento deste aspecto dos procedimentos legislativos não seja uniforme nesses diplomas, verifica-se que a origem de tal fórmula repetitiva está na preocupação com a retificação de enganos, o preenchimento de lacunas, o aperfeiçoamento e, até mesmo, a adequação a possíveis fatos supervenientes.

Os dois ou três turnos, portanto, não devem ser uma repetição pura e simples de procedimentos, mas sim fases processuais sucessivas, nas quais o exame da matéria caminha para a frente, no sentido de seu objetivo final.

Por esta razão, o Regimento Interno da Assembléia Legislativa de Minas estabelece tratamento diferenciado para o exame das proposições nos dois diferentes turnos, reduzindo a apenas uma a comissão que emite parecer no segundo turno, bem como limitando, neste, as possibilidades de apresentação de emendas. Essas diferenças têm o objetivo de fazer com que o reexame constitua apenas uma oportunidade de aperfeiçoamento, o que não impede que uma proposição aprovada em primeiro turno seja rejeitada no segundo.

A este propósito, veja-se o que dispõe o artigo 189 do Regimento Interno da Assembléia de Minas Gerais:

“artigo 189 - Aprovado em 1º turno, o projeto será despachado à comissão competente, a fim de receber parecer para o 2º turno.

§ 1º - Quando houver emendas aprovadas, o parecer conterà a redação do vencido.

§ 2º - No 2º turno, o projeto sujeita-se aos prazos e às formalidades do 1º turno, não se admitindo emenda que contenha matéria prejudicada ou rejeitada.

§ 3º - A emenda contendo matéria nova só será admitida, no 2º turno, por acordo de Lideranças e desde que pertinente à proposição.

§ 4º - A emenda, no 2º turno, é votada independentemente de parecer de comissão, podendo ser despachada pelo Presidente à comissão competente, de ofício ou a requerimento do Colégio de Líderes, ou ainda a requerimento de Deputado, aprovado pelo Plenário, ressalvado o disposto no inciso III do artigo 297.

§ 5º - Concluída a votação, o projeto é remetido à comissão de redação.”

É necessário ainda esclarecer o significado da expressão *redação do vencido*, que encontramos no § 1º do artigo transcrito. E isto porque não são poucas as dúvidas que a expressão tem provocado, daí decorrendo inclusive confusão com o conceito de voto vencido, que tem sentido quase que oposto ao daquela.

Por vencido entende-se o texto de proposição resultante de votação pelo Plenário, em que se verifique a aprovação de emendas. Então, sempre que a redação original de uma proposição dá lugar a uma outra, em virtude de modificações introduzidas por via da aprovação de emendas, esta nova redação, este novo texto, constitui o vencido.

Já o voto vencido é o pronunciamento de caráter opinativo que não consegue aprovação, quando do exame de determinada matéria nas comissões.

Se uma comissão se reúne para decidir sobre o parecer proposto pelo relator designado, e esse parecer é rejeitado, aí temos um caso de voto vencido (art. 139, parágrafo único, do Regimento Interno da Assembléia de Minas Gerais).

### - Participação Popular Direta

O Constituinte Federal de 1.988 implantou, no texto da Carta Magna, formas de participação popular diferentes, que atribuem ao regime político vigente o caráter de democracia semi-direta. Aliás, é norma expressa da própria Constituição Federal: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” (artigo 1º, parágrafo único).

A participação direta ocorre pela iniciativa popular de proposições de natureza variada: projetos de lei e petições diversas, além da presença do povo no trabalho das comissões técnicas.

No que diz respeito aos projetos de lei, a iniciativa popular se dá, no âmbito municipal, quando o projeto apresentado à Câmara é assinado por cinco por cento, no mínimo, do eleitorado municipal, devendo o texto ficar restrito a matéria de interesse específico do Município,

da cidade ou de bairros (artigo 29, inciso XIII, da Constituição Federal).

Esta é, sem dúvida, a modalidade mais eloqüente na caracterização da participação popular direta, mas é inquestionável a importância que, por suas possibilidades futuras, apresenta também a participação do Município nas audiências públicas regionais das comissões permanentes da Assembléia, cuja finalidade é subsidiar o processo legislativo.

Previstas no inciso III do § 2º do artigo 60 da Constituição do Estado de Minas Gerais, as audiências foram tratadas no inciso VI do artigo 100 e no Capítulo III do Título VIII do Regimento Interno da Assembléia; na Resolução n.º 5.117 de 13 de julho de 1.992, que contém normas regimentais complementares sobre a matéria; na Deliberação da Mesa n.º 856/93, que regulamenta a citada resolução.

Com a promulgação da Emenda à Constituição n.º 12, de 1º de setembro de 1.994, foram acrescentados ao artigo 157 da Constituição do Estado os §§ 5º, 6º e 7º, nos termos dos quais a realização de audiências públicas regionais foi disciplinada pela Lei n.º 11.745, de 16 de janeiro de 1.995, alterada pela Lei n.º 12.997, de 30 de julho de 1.998.

O citado § 5º do artigo 157 da Constituição do Estado passou a vigorar com a redação dada pela Emenda à Constituição n.º 25, de 07 de julho de 1.997, a qual veio a ser alterada pela Emenda à Constituição n.º 36, de 29 de dezembro de 1.998, que, além disso, alterou o § 6º e suprimiu o § 7º do mesmo artigo 157.

Entre as inovações trazidas à matéria pela recente legislação, devem-se destacar:

a - a prioridade atribuída, em audiência pública regional, realizada bienalmente, para subsidiar a elaboração do Plano Mineiro de Desenvolvimento Integrado, do Plano Plurianual de Ação Governamental e da proposta orçamentária anual, às propostas resultantes de audiências públicas municipais realizadas pelos poderes públicos locais, nos termos de regulamentação;

b - a participação do Tribunal de Contas e dos Poderes Judiciários e Executivo na audiência pública supra referida, com vistas à prestação de informações e à coleta de subsídios para as ações pertinentes a seus respectivos âmbitos de competência.

Por força da citada Emenda n.º 36 à Constituição do Estado, outros dispositivos constitu-

cionais passaram a assegurar aos programas e projetos priorizados em audiências públicas regionais tratamento privilegiado, sob vários aspectos, incluídos os referentes à fiscalização e aos controles, bem assim à previsão e à execução orçamentárias.

Nos termos do § 2º do artigo 3º da Resolução n.º 5.117/92, “o apoio à realização da audiência pública regional poderá ser encargo das municipalidades componentes da macro-região, mediante convênio firmado com a Assembléia Legislativa”, estabelecendo o § 3º do mesmo artigo que “as audiências públicas regionais serão realizadas preferencialmente, na Câmara Municipal.”

Além de assegurar ampla e efetiva participação da sociedade civil em atividades ligadas à elaboração legislativa, a audiência pública regional é valioso instrumento de unificação e fortalecimento dos Poderes do Estado e do Município.

Já quanto às petições populares, o artigo 60 da Constituição Mineira, pelo inciso V de seu § 2º, faz incluir, no rol das atribuições das comissões da Assembléia, o recebimento de pedidos subscritos por qualquer pessoa - e não apenas por representantes das municipalidades ou de entidades outras - podendo tratar, entre outras questões, de reclamação, representação ou queixa contra ato ou omissão de autoridade ou entidade públicas estaduais.

Verifica-se, portanto, que, já a partir da Constituição da República, o ordenamento jurídico vigente se orienta no sentido de fortalecer o Poder Legislativo em todos os seus níveis, não apenas pela devolução de atribuições ao Congresso, às Assembléias e às Câmaras, como também pela previsão de formas de atuação integrada dessas entidades e, como se viu, da participação popular direta.

#### - Redação final

Dá-se redação final aos projetos em geral e às Propostas de Emenda à Lei Orgânica, após sua aprovação nos turnos regimentais.

O parecer de redação final, emitido pela Comissão de Redação da Câmara, dá forma à matéria aprovada, segundo a técnica legislativa, corrigindo eventual vício de linguagem, defeito ou erro material. Para a mesma finalidade, é admitida emenda à redação final, durante a discussão do parecer.

Aprovada a redação final, a matéria é enviada à sanção ou à promulgação, conforme o caso.

### Função deliberativa

No exercício da função meramente deliberativa, a Câmara trata de matérias de sua competência exclusiva, previstas na Lei Orgânica própria, expedindo atos de aprovação, de autorização, de fixação de situações ou de julgamento técnico, substanciados em decreto legislativo ou em resolução, que independem de sanção do Prefeito. Em geral, como já se assinalou, as resoluções dispõem sobre matérias de interesse interno da Câmara, e os decretos legislativos, sobre as matérias de sua competência exclusiva que produzam efeitos externos ou internos.

### Função fiscalizadora

A função fiscalizadora é no meu entender de igual importância à função legislativa, exercida pela Câmara mediante mecanismos diversos, como, por exemplo:

- a - pedido de informação ao Prefeito;
- b - convocação de auxiliares diretos deste;
- c - investigação mediante comissão parlamentar de inquérito;
- d - tomada e julgamento das contas do Prefeito, só podendo ser rejeitado o parecer prévio do Tribunal de Contas competente pelo voto de dois terços dos membros da Câmara;
- e - acolhimento de petição, reclamação, representação ou queixa de qualquer pessoa contra ato ou omissão de autoridade ou entidade públicas e de outras formas de manifestação da sociedade civil;
- f - exercício, no âmbito de sua competência, da fiscalização e do controle dos atos do Executivo, incluídos os da Administração Indireta.

#### - Comissão Parlamentar de Inquérito

Sobre este tema JOSÉ ALFREDO DE OLIVEIRA BARACHO ensina que

“...a missão do Poder Legislativo, por força das disposições constitucionais e da Teoria do Estado Democrático, está ligada à sua responsabilidade política de vigilância sobre os fatores que contribuem para que a máquina do Estado não seja objeto de negligência, desonestidade, incompetência, desmandos e prepotência. O Poder Legislativo dispõe de instrumentos hábeis para o saneamento das atividades administrativas: as Comissões Parlamentares de Inquérito e os Tribunais de Contas”. (*in* Teoria geral das comissões parlamentares - comissões parlamentares de inquérito. Rio de Janeiro: Forense, 1.988, p. 1).

A Comissão Parlamentar de Inquérito - CPI - também chamada Comissão Legislativa de Inquérito, é comissão temporária, criada para a apuração de fato determinado e por prazo certo.

Encontrando sua fonte primária no § 3º do artigo 58 da Constituição Federal, as Comissões Parlamentares de Inquérito têm poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos no Regimento Interno (ou na Lei Orgânica Municipal), e são criadas mediante requerimento de um terço dos membros da Casa Legislativa, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, ou a outra autoridade competente, para que se promova a responsabilidade civil, criminal ou administrativa do infrator.

O Regimento Interno da Assembléia de Minas Gerais, no seu artigo 112, § 1º, conceitua fato determinado:

“artigo 112 - (...)

§ 1 - Considera-se fato determinado o acontecimento de relevante interesse para a vida pública e para a ordem constitucional, legal, econômica e social do Estado, que demande investigação, elucidação e fiscalização e esteja devidamente caracterizado no requerimento que deu origem à comissão.”

No desenvolvimento dos trabalhos da CPI, tem de ser observada, no que couber, a legislação específica. No que se refere ao procedimento, a Lei federal n.º 1.579, de 18 de março de 1.952, e as normas contidas no Código de Processo Penal são aplicadas subsidiariamente.

A criação da CPI é automática, conforme se depreende dos dispositivos constitucionais referentes ao assunto: solicitada por, no mínimo, um terço dos Vereadores e atendidos os demais requisitos constitucionais e regimentais, caberá ao Presidente da Câmara receber o requerimento, despachá-lo a publicação e, mediante indicação das Lideranças, observada, tanto quanto possível, a representação proporcional dos partidos, constituir a Comissão, indicando o fato determinado a ser objeto de apuração e fixando prazo certo para a conclusão dos trabalhos.

O renomado prof. JOSÉ NILO DE CASTRO afirma que a criação da CPI “é, na verdade, o exercício de uma franquia democrática, assegurada à minoria nos parlamentos” e assevera:

“seria desastroso, para a democracia, subordinar a criação de CPI à deliberação da maioria, pois, o mais das vezes, tal fato tornaria im-

praticável a instituição desse instrumento de controle efficientíssimo. Subordiná-lo ao voto da maioria é o mesmo que negá-la, como prerrogativa da minoria.” (in A CPI municipal. Belo Horizonte: Del Rey, 1.993, p. 120-121).

Ademais, dispõe o já citado artigo 55 da Constituição do Estado, reproduzindo a norma do artigo 47 da Constituição Federal:

“artigo 55 - Salvo disposição constitucional em contrário, as deliberações da Assembléia Legislativa e de suas comissões serão tomadas por maioria de votos, presente a maioria de seus membros.”

Se, por exemplo, constar do Regimento Interno, ou da Lei Orgânica, a exigência de o requerimento de criação de CPI ser submetido à deliberação do Plenário e depender do voto favorável da maioria absoluta, estará sendo adotado *quorum* não previsto em disposição constitucional, o que significa descumprir a Constituição.

A respeito das conclusões da CPI municipal, esclarece JOSÉ NILO DE CASTRO:

“(…) não têm natureza de sentença, não punem, nem podem indicar ou sugerir, considerar este ou aqueles fatos como crimes comuns, de responsabilidade ou infrações político-administrativas, capitulando-os. Seus trabalhos são formal e meramente investigatórios.” (op. cit., p. 108).

#### - Fiscalização financeira

A fiscalização contábil, financeira e orçamentária do Município será exercida pela Câmara nos termos do artigo 31 da Constituição da República e do artigo 180 da Constituição de Minas Gerais.

Eis o texto dos dispositivos mencionados:

“artigo 31 (Constituição Federal) - A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 1º - O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§ 2º - O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

§ 3º - As contas dos Municípios ficarão, durante sessenta dias, anualmente, à disposição

de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade, nos termos da lei.

§ 4º - É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

artigo 180 (Constituição Estadual) - A Câmara Municipal julgará as contas do Prefeito, mediante parecer prévio do Tribunal de Contas, que terá trzentos e sessenta dias de prazo, contados de seu recebimento, para emití-lo, na forma da lei.

§ 1º - Como procedimento fiscalizador e orientador, o Tribunal de Contas realizará habitualmente inspeções locais nas Prefeituras, Câmaras Municipais e demais órgãos e entidades da administração direta e da indireta dos Municípios.

§ 2º - As decisões do Tribunal de Contas de que resulte imputação de débito ou multa terão eficácia de título executivo.

§ 3º - No primeiro e no último ano de mandato do Prefeito Municipal, o Município enviará ao Tribunal de Contas inventário de todos os seus bens móveis e imóveis.

§ 4º - O Tribunal de Contas exercerá, em relação ao Município e às entidades de sua administração indireta, as atribuições previstas no artigo 76 desta Constituição, observado o disposto no artigo 31 da Constituição da República.”

Entre as atribuições estabelecidas para o Tribunal de Contas pelo artigo 76 da Constituição do Estado, encontra-se a de “realizar, por iniciativa própria, ou a pedido da Assembléia Legislativa ou de comissão sua, inspeção e auditoria de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial em órgão de qualquer dos Poderes e em entidade da administração indireta.”

Deve-se mencionar, ainda, o § 2º do artigo 77 da Constituição do Estado, o qual prevê uma Câmara composta de três conselheiros, renovável anualmente, para o exercício exclusivo da fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios.

#### - Função julgadora

No desempenho da função julgadora, quando exerce um juízo político, compete à Câmara Municipal:

a - julgar o Prefeito, o Vice-Prefeito e os Vereadores, nas infrações político-administrativas previstas em lei federal;

b - decretar a perda de mandato do Prefeito e dos Vereadores, nos casos indicados na Cons-

tituição Federal, na Lei Orgânica e na legislação federal aplicável;

c - proceder à tomada de contas do Prefeito quando não apresentadas à Câmara dentro de 60 (sessenta) dias após a abertura da sessão legislativa;

d - julgar as contas do Prefeito e também as da Mesa da Câmara.

A rejeição das contas pode ensejar a responsabilização político-administrativa do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos Vereadores, do que poderá resultar cassação de mandato, além da responsabilidade penal ou civil, se for o caso.

#### **- Crime de responsabilidade e outras infrações**

Nos termos do artigo 29, X, da Constituição da República, o julgamento do Prefeito se faz perante o Tribunal de Justiça. É o que se chama de foro privilegiado por prerrogativa de função, estabelecido não em consideração à pessoa, mas em razão do cargo ou das funções que exerce.

Estabelece o artigo 178 da Constituição do Estado de Minas Gerais:

“artigo 178 - O Prefeito é processado e julgado originariamente pelo Tribunal de Justiça, nos crimes comuns e nos de responsabilidade.

parágrafo único - Na forma da Lei Orgânica, compete à Câmara Municipal o julgamento do Prefeito por infração político-administrativa, observada a regra do § 4º do artigo 175.”

O artigo 175, § 4º, por sua vez, diz o seguinte:

“artigo 175 - (...)

§ 4º - Ao Vereador será assegurada ampla defesa em processo no qual seja acusado, observados, entre outros requisitos de validade, o contraditório, a publicidade e o despacho ou decisão motivados.”

O Tribunal de Justiça julga o Prefeito por crimes de responsabilidade (decreto-lei n.º 201, de 27 de fevereiro de 1.967, artigo 1º), crimes comuns (definidos pelo Código Penal), contravenções penais (previstas na Lei de Contravenções Penais) e abuso de autoridade (Lei n.º 4.898 de 09 de dezembro de 1.965).

Esse julgamento não se confunde com o dos atos do Prefeito, atacáveis, por exemplo, por Mandado de Segurança ou Ação Popular, pois a competência para julgá-los, originariamente, é do Juiz de Direito da Comarca.

Como já se verificou, competente para o julgamento das infrações político-administrativas do Prefeito é a própria Câmara Municipal.

Segundo a lição de JOSÉ NILO DE CASTRO, essas infrações “provêm de violação de deveres éticos, funcionais e governamentais locais, cujo objetivo é a perda do mandato eletivo, que se pode dar pela cassação e extinção.” (*in* Direito Municipal positivo. 3ª Ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1.996, p. 346).

Os crimes de responsabilidade previstos no decreto-lei n.º 201/1.967 são crimes próprios do Chefe do Executivo Municipal. Entretanto, os Vereadores podem ser co-autores desses crimes, caso em que se sujeitarão a competente processo e julgamento.

Pela prática de crimes comuns, contravenções penais e crime eleitorais, previstos, respectivamente, no Código Penal, na Lei de Contravenções Penais e no Código Eleitoral, os Vereadores serão submetidos a processo e julgamento pelo Poder Judiciário. No que se refere aos crimes funcionais, ou seja, aos cometidos no exercício de suas funções, os Vereadores são equiparados aos funcionários públicos, conforme definição do artigo 327 do Código Penal:

“artigo 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.”

A prática de infração político-administrativa, de que trata o artigo 7º do decreto-lei n.º 201/1.967, pode resultar na cassação de mandato de Vereador. Os casos de extinção de mandato estão previstos no artigo 8º desse mesmo decreto-lei.

Deve-se atentar para a diferença entre cassação e extinção de mandato: a primeira é ato constitutivo, de competência do Plenário da Câmara; a segunda é ato declaratório, de competência da Mesa da Câmara.

Num e noutro caso, o julgamento compete exclusivamente à Câmara Municipal. O Poder Judiciário só agirá quando provocado e o seu papel é somente o de apreciar a regularidade do procedimento, sem entrar no mérito da punição.

Segundo WOLGRAN JUNQUEIRA FERREIRA:

“compete, como sempre competiu, ao Poder Judiciário o julgamento dos crimes comuns. A variação havida decorre apenas da competência, que passa dos juizes de primeira instancia para o Tribunal; quanto às infrações políticas, denominadas ao correr dos tempos que já se vão longe, de “crimes de responsabilidade” serem de competência das Câmaras Municipais, sob con-

trole jurisdicional quanto ao procedimento, e não quanto ao mérito, em virtude do disposto no item XXXV do artigo 5º da Constituição Federal: A lei não exclua da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”(in Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores. 7ª Ed. Bauru: 1.996, p.9).

Recente (LC n.º 101 de 04 de maio de 2.000) é a lei complementar que define a responsabilidade fiscal nas três esferas do poder público, notadamente no que proíbe aumentos salariais em fim de mandato, ação da administração antes de chegar ao limite dos gastos, revisão de metas nos três poderes e restrição de incentivos com o intuito de paralisar guerra fiscal entre estados.

### Função político-parlamentar

O mandato político representativo constitui o elemento básico da democracia indireta ou representativa, ou seja, aquela em que o poder, cujo titular é o povo, é exercido, em seu nome, por seus representantes periodicamente eleitos. Em razão disso, os Vereadores, à semelhança dos parlamentares estaduais e federais, exercem a representação popular.

Segundo lembra JOSÉ AFONSO DA SILVA, a evolução do processo político, pela incorporação de outros elementos à democracia representativa, vem promovendo uma relação mais estreita entre os mandatários e o povo, por meio dos “instrumentos de coordenação e expressão da vontade popular: partidos políticos, sindicatos, associações políticas, comunidades de base, imprensa livre, de tal sorte que a opinião pública - expressão da cidadania - acaba exercendo um papel muito importante no sentido de que os

eleitos prestem mais atenção às reivindicações do povo, mormente às de suas bases eleitorais.”(in Curso de Direito constitucional positivo. 13ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1.997, p. 140).

Além desses instrumentos, podem-se apontar, como recursos institucionais disponíveis para o exercício da função político-parlamentar: a tribuna da Câmara, os acordos de Lideranças, as audiências públicas com entidades da sociedade civil, as comissões destinadas à representação da Câmara em atos públicos, a proporcionalidade da participação, na constituição da Mesa e na de cada comissão, dos partidos políticos ou dos blocos parlamentares representados na Câmara.

#### - Conflitos sociais

Nos dias atuais, a função político-parlamentar vem-se destacando nas atividades das Casas Legislativas das três esferas de poder, principalmente por um aspecto. É que, especialmente no exercício desta função, os parlamentos têm-se constituído, cada vez mais, no local adequado para a solução dos conflitos que surgem entre os diversos segmentos da sociedade.

Um povo que consegue erigir instituições por via das quais se resolvam tais conflitos, de maneira civilizada e pacífica, protege-se, sem dúvida, do perigo de resvalar para formas traumáticas de solução que a ninguém podem mais interessar, pois a História já nos mostra, e com grande clareza, que, antes de se constituírem em solução, estas formas se caracterizam, muito mais, como novos problemas que se superpõem àqueles que se pretende resolver. É o caso da luta armada entre classes sociais ou entre nações, como se vê hoje em diversas regiões de continentes tão diversos quanto Europa, África, Ásia e América. ■

### referências bibliográficas

- ÁGUA COMPRIDA. **Regimento interno da câmara municipal**. Água Comprida: Câmara Municipal, 1990.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral das comissões parlamentares - comissões parlamentares de inquérito**. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do Federalismo**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- BELO HORIZONTE. **Regimento Interno da Câmara Municipal**. Belo Horizonte: Câmara Municipal, 1990.
- BRASIL. **Constituição**: constituições que marcaram o século XX. Brasília: Senado Federal, 1999.
- BRASIL. **Constituição**: texto constitucional de 05 de outubro de 1.988 com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais n. 01/92 a 22/99 e Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, 1.999.
- BROSSARD, Paulo. **O impeachment**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.
- CASTRO, José Nilo de. **A CPI Municipal**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

- \_\_\_\_\_. **Direito municipal positivo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- COSTA, Tito. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- DUMONT, Cícero. **Lei Orgânica Municipal - Roteiro para sua elaboração**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1989.
- FALCÃO, Amílcar Pinto, DIAS, José de Aguiar. **Constituição anotada**. [S.l.], Konfino, 1956, v. 1.
- FERREIRA, Pinto. A autonomia política dos municípios. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v. 7, jan/mar. 1967.
- \_\_\_\_\_. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. **Responsabilidade dos prefeitos e vereadores: decreto lei 201/67: comentários, legislação, jurisprudência, de acordo com a Constituição Federal de 1.988**. 7. ed. Bauru: Edipro, 1996.
- FERREIRA FILHO, Manoel Ferreira. **Do processo legislativo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- HORTA, Raul Machado. **Estudos de direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- \_\_\_\_\_. O processo legislativo nas constituições federais brasileiras. **Cadernos do Simpósio**. Belo Horizonte: n. 2, 1989.
- LEMES, Fábio Nogueira. **Orçamentos municipais e procedimentos legislativos**. 2. ed. Bauru: Edipro, 1995.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Poder Municipal: paradigmas para o e s t a d o constitucional brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1991.
- \_\_\_\_\_. **Direito municipal brasileiro**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- MINAS GERAIS. **Assembléia legislativa. Regimento Interno**. Belo Horizonte: Assembléia legislativa de Minas Gerais, 1998.
- MINAS GERAIS. **Constituição do Estado de Minas Gerais**. Organização de Jair Eduardo Santana. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- NOGUEIRA, Ataliba. **Teoria do município**. **Revista de direito público**. São Paulo, v. 6, out/dez. 1968.
- SANTANA, Jair Eduardo. **Roteiro prático do vereador: teoria, prática, legislação**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- SILVA, Edson Jacinto da. **Manual do assessor jurídico municipal: teoria, legislação, jurisprudência e prática**. Leme: Ed.de Direito, 1997.
- \_\_\_\_\_. **O Município na reforma administrativa**. Leme: Ed. de Direito, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TCMG. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte: Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Ano I, n. 1. 1983.



# ASPECTOS JURÍDICO-ECONÔMICOS DA DEFESA DO MEIO AMBIENTE

Adriana Sivieri de Araujo Bessa\* • Paulo Roberto Vidal Cabral\*  
Micheline Vanderlei Araujo Rêgo\* • Ricardo Nascimento\*

## sumário

1. Introdução
2. Direito Ambiental - Evolução Histórica
3. Direito Ambiental no Brasil
4. Direito Econômico - Sua Dinâmica e Política Econômica
5. Política Jurídico-Econômica Ambiental
6. A Interação entre Direito e Meio Ambiente
7. Constituição Federal e Meio Ambiente
8. Conclusão
9. Referências Bibliográficas

## resumo

O direito ambiental cuida da preservação da pessoa como prioridade absoluta.

Somos todos iguais perante a lei, existe um dever de preservação geral.

Mundialmente é debatida a combinação da eficiência econômica com justiça social e prudência ecológica.

A institucionalização de normas juridico-ambientais coibirá a degradação da vida no planeta.

## 1 INTRODUÇÃO

O direito ambiental tem sido muito debatido nas últimas décadas e envolve questões sociais, econômicas, políticas e ecológicas, tornando-se por isso, um tema muito complexo, reflete as circunstâncias sociais decorrentes dos avanços da ciência e da tecnologia e os conflitos de interesses econômicos. Cuida, então, enquanto direito, da preservação e promoção da pessoa humana como prioridade absoluta, que não pode ceder a qualquer tipo de interesse. Está intrinsecamente ligado a todos os ramos de direito que se encontram protegidos constitucionalmente.

Sendo o meio ambiente único e comum a todos, e sendo todos iguais perante a lei, existe um dever de preservação geral pois, a afronta e a degradação ambiental são uma obstrução ao exercício dos demais direitos humanos.

A saúde, a segurança, as condições de vida social, o consumo, a produção, o trabalho e os interesses econômicos passaram a ser objetos de consideração universal, enquanto relacionados com as condições ambientais.

## 2 DIREITO AMBIENTAL – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As preocupações com o meio ambiente de forma permanente e fundamental para a humanidade tornaram-se mais evidentes no final dos anos 60, quando a soma de vários fatores salientou a questão do risco de uma exaustão dos recursos naturais e do desequilíbrio dos elementos da natureza.

Em preocupação, inicialmente, soava como um modismo, mas, a partir dos anos 70, passou a ser parte de uma agenda mundial, com o devido reconhecimento de sua gravidade e urgência, quando, em meio à crise econômica, se passou a perceber que o *boom* do pós-guerra havia redundado em problemas de outra natureza, como os: níveis de poluição altamente comprometedores da qualidade de vida em geral e o elevado risco de esgotamento de recursos naturais.

Em 1972 foi realizada a *Conferência das Nações Unidas* sobre meio ambiente em Estocolmo, um primeiro sinal de alarme sobre o assunto que tinha como lema “*Uma Terra Só*”. Nesse fórum se enfatizou Enfatizava-se a ur-

\* Alunos do Curso de Direito da Universidade de Uberaba

gente necessidade de criação de novos instrumentos para tratar de problemas de todo o planeta relacionados com o meio ambiente, e criou-se o *Programa das Nações Unidas de Meio Ambiente* – PNUMA.

Vários esforços acadêmicos e governamentais foram acrescentados tendo em vista uma maior preocupação como a questão do meio ambiente ao longo da década de 1970.

No entanto, somente a partir de 1980 estudos de maior repercussão começaram a despontar.

Naquele ano, foi divulgado o *Us Global 2000 Report*<sup>1</sup>, que concluiu: “*Se as tendências atuais continuarem, o mundo no ano 2000 será mais superpopuloso, mais poluído, menos estável ecológica e mais vulnerável à ruptura.*”

A partir daí, iniciou-se uma conscientização sobre a importância do controle e vigilância, por parte do Poder Público, de atividades prejudiciais ao meio ambiente.

Passou a ser interessante, principalmente em nível jurídico, de forma nova, tanto para o legislador como para os aplicadores e intérpretes da lei, toda questão que se relacionasse com as condições sanitárias e ambientais.

Outro grande momento do debate mundial sobre meio ambiente foi a *Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*, realizada no Rio de Janeiro, em junho de 1992, sendo considerada a maior conferência já realizada no âmbito da ONU. Ali foram adotados alguns princípios norteadores de políticas de meio ambiente, notadamente as voltadas para problemas como convenções sobre mudanças climáticas, efeito estufa, biodiversidade e a aprovação da Agenda 21, um plano de ação para alcançar os objetivos do desenvolvimento sustentável. Não se trata de um tratado ou convenção que impõe alguma obrigatoriedade, mas um plano de intenções cuja implementação depende da vontade política dos governantes e da mobilização da sociedade como um todo. Reconheceu-se também, a necessidade de financiamento adequado para os países em desenvolvimento se engajarem nessa nova trajetória.

Dessa forma, o debate mundial sobre o meio ambiente caminhou para a adesão de um novo estilo de desenvolvimento sustentável, através do qual se busca a combinação da eficiência econômica com justiça social e prudência ecológica.

### 3

## DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

No Brasil a proteção ambiental está presente em nossa Constituição que define desde a atribuição de competência comum e concorrente à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios para proteger o meio ambiente e combater a poluição, até as regras e providências de prevenção como a exigência do estudo prévio de impacto ambiental.

A proteção ambiental aparece também em várias leis federais, estaduais e municipais, sob vários aspectos, mas a falta de integração dessas regras legais num sistema harmonioso tem dado margem a uma dificuldade de ordem prática em suas interpretações e aplicações.

O conceito legal de meio ambiente está expresso na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n.º 6.938/81, que define, em seu artigo 3.º, inciso I, o meio ambiente como: “*o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite abrigar e reger a vida em todas as suas formas.*”

É também no artigo 2.º, inciso I, da mesma Lei n.º 6.938/81 que o meio ambiente é considerado como: “*um patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo.*”

Acalorados debates sobre alterações do Código Florestal têm sido destaque nos principais órgãos de imprensa, sobretudo, em literatura jurídica especializada<sup>2</sup> onde se discorre sobre o seguinte fato.

Há quatro anos, o atual Presidente da República havia editado medida provisória modificando o Código Florestal Brasileiro. Na época, a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB considerou inconstitucional a MP. Foi então criada uma Comissão Mista no Congresso com o objetivo de examinar esse instrumento.

Em novembro de 1999 a Comissão apresentou seu primeiro projeto, sob protesto de ambientalistas de todo o país. Foi realizado um acordo dando ao Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA um prazo para apresentar uma proposta alternativa, que findou em março deste ano. Esse proposta agradou os ambientalistas, mas não ao presidente da Comis-

1 Barney (1980), *The Global 2000 Report to the President of the United State*. Oxford, UK, Pergaman Press., cit. ALMEIDA, Luciana Togeiro de. *Política Ambiental – uma análise econômica*. São Paulo: Ed. Unesp, 1998, p.17.

2 AMARAL, Luciana. As novas leis da natureza. *Revista Jurídica CONSULEX*. Ano IV, n 42, Brasília, 2000.

são Mista que ignorou o trabalho apresentado pelo COMANA e redigiu seu próprio projeto de conversão em MP, que posteriormente, foi votado e aprovado pela Comissão Mista. O assunto gerou revolta entre as principais organizações do meio ambiente e o Presidente da República afirmou sua disposição de vetar o projeto caso este recebesse a aprovação do Congresso. Entre as principais medidas apresentadas no texto está a redução da área protegida da Amazônia de 80% para 50 %, podendo esse índice baixar para 20% nos próximos três anos.

Diante de tanta polêmica, um acordo do colégio de líderes tirou de pauta o projeto, motivando o Governo a publicar o texto do COMANA sob forma da MP n.º 1.956-51. No que respeita o meio ambiente, vêm ocorrendo em nosso país constantes e recentes desastres ecológicos ocorridos ao longo do ano de 2000, todos envolvendo a Petrobrás, com milhares de litros de óleo e poluentes derramados em nossas águas, tendo chocado a pequena e precária atuação governamental no sentido de punir e prevenir os fatos que vêm se tornando correntes, como se todos os esforços até então buscados para um desenvolvimento ambiental sustentável fossem ou deveriam ser esquecidos, principalmente quando se verifica o envolvimento de empresas ligadas diretamente ao Governo.

Já um ponto positivo que podemos ressaltar é a criação da Primeira Vara Federal do Meio Ambiente, criada na cidade de Corumbá, Mato Grosso do Sul, com sua atenção voltada especialmente para os atos que prejudicam o Pantanal.

Afora os acidentes com a Petrobrás os acontecimentos citados, vão ao encontro dos dispositivos constitucionais, respectivamente, em seus artigos 225 e 170, VI da CF/88, porquanto, visam estes a exploração racional do ambiente para a continuidade da vida digna, que requer a materialização dos direitos fundamentais.

#### 4

### DIREITO ECONÔMICO - SUA DINÂMICA E POLÍTICA ECONÔMICA

O Direito Econômico é a normatização da política econômica como meio de direcionar, implementar, organizar e coordenar as práticas econômicas, tendo em vista uma ou várias fina-

lidades e procurando compatibilizar fins aparentemente conflituosos dentro de uma orientação macroeconômica.

A política econômica, além de orientada por dados fornecidos pela Ciência da Economia, o é pelo Direito Econômico, que se traduz no ponto de partida para seu desenvolvimento e seu fundamento, relacionando-se, consequentemente, com a organização da economia e com a direção do processo econômico. Conforme afirma o professor Washington Pelluso Albino de Souza:<sup>3</sup> *“as normas de direito econômico versam obrigatoriamente sobre a realidade econômica do ponto de vista da política econômica.”* Contudo, para construir a ordem econômica no sentido jurídico, não é decisivo que as normas se refiram de modo imediato à atividade econômica, pois o que as caracterizam são os seus conteúdos capazes de influenciar a vida econômica.

É característico do conteúdo das normas que dispõem sobre a ordem econômica a presença de elementos destinados a garantir o trânsito de bens e serviços, aptos a desempenhar a tarefa de assegurar a paz social, por intermédio da paz econômica.

Neste sentido, o moderno Direito Econômico brasileiro está comprometido com o interesse social e a consecução do bem-estar coletivo, não se esgotando o seu relacionamento com a Economia. Em suma, o Direito Econômico deixa-se definir como aquela parte da ordem jurídica que não se satisfaz em combater os problemas e infrações advindos da prática da ordem econômica existente, porém, muito mais, procura realizar aquela ordem econômica visando à implementação dos objetivos de uma sociedade e a atingir uma efetiva justiça distributiva, com isto afastando motivos de contenda.

O Direito unicamente como um sistema de regras não é aplicado ao direito econômico, tendo em vista que ele só se realiza plenamente quando se utiliza das normas de prática econômica que são compreendidas através da prática social.

Por isto, é possível afirmar que, ao procurarmos definir o direito econômico, identificando as características essenciais das normas que o compõem, teremos de aplicar normas previamente classificadas em outros ramos do direito, como de Direito Administrativo, de Direito Ambiental, ou de Direito do Consumidor.

3 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo : LTN, 1999, p.36.

## POLÍTICA JURÍDICO-ECONÔMICA AMBIENTAL

O Direito Econômico cuida de atuar nas relações de expansão, como campo do desenvolvimento da produção. Por isso, o Direito Econômico tem uma dupla função: o dever de atuar como implementador do bem estar social e, manter a iniciativa econômica privada.

O Direito Econômico e o Ambiental possuem idênticas preocupações, ou sejam, uma busca na melhoria de vida para as pessoas e da estabilidade do processo produtivo. A aceitação de que a qualidade de vida corresponde ao objetivo de ambos os ramos do direito em questão afasta a equívoca idéia de que as normas de proteção ambiental se configuram em um obstáculo ao desenvolvimento econômico e tecnológico.

O art. 170 da Constituição Federal de 1988, determina que a proteção ao meio ambiente constitui-se em um dos princípios norteadores da ordem econômica brasileira. Não há, portanto, como negar o visível caráter econômico do Direito Ambiental.

O dinheiro que circula no planeta tem sua movimentação diretamente vinculada a princípios legais. A Constituição Federal brasileira, ao dispor sobre o Sistema Financeiro Nacional em seu art. 192, diz que este deve servir aos interesses da coletividade, e um desses interesses, sem dúvida nenhuma, é o meio ambiente em que o homem vive. Sendo assim, quando há um crescimento econômico, aumentam-se os meios para a proteção ambiental, o que não significa necessariamente uma melhoria do ambiente, mas somente uma manutenção do *status quo* do meio ambiente, possibilitando a continuação da vida na Terra por longos séculos.

A dificuldade de se conseguir energia e matéria-prima, esta relacionada aos estragos e abusos praticados contra a natureza no passado. Em reação, vem surgindo um ramo lucrativo, o das indústrias de limpeza ambiental, cujo objetivo é produzir aparelhos para sanar os danos decorrentes da produção cotidiana, o que revela a proteção ao meio ambiente como nova fonte de riqueza-lucro.

A velocidade da destruição dos recursos naturais está diretamente relacionada com a forma pela qual se dá a sua apropriação pela sociedade. A quantidade de transformação de matéria e de energia não depende somente do crescimento econômico, mas das características da atividade econômica.

Para que haja um desenvolvimento global sustentável é necessário que os mais ricos adotem estilos de vida compatíveis com os recursos ecológicos do planeta. Além disso, o rápido aumento populacional pode intensificar a pressão sobre os recursos e retardar qualquer elevação dos padrões de vida. Portanto, só se pode buscar o desenvolvimento sustentável se o tamanho e o aumento da população estiverem pelo menos, minimamente sintonizados com o potencial produtivo do ecossistema.

Afinal, o desenvolvimento sustentável não é um estado permanente de harmonia, mas um processo de mudança no qual a exploração dos recursos, a orientação dos investimentos, os rumos do desenvolvimento tecnológico e a mudança institucional estão de acordo com as necessidades atuais e futuras.

Assim, torna-se cada vez mais necessária a cooperação internacional efetiva para lidar com a interdependência ecológica e econômica. Contudo, verifica-se ao mesmo tempo um decréscimo de confiança nas organizações internacionais e uma redução do apoio que lhes é dado.

As atribuições das autoridades econômicas, centrais e setoriais são também, com frequência, muito limitadas, voltadas para aspectos quantitativos de produção ou do crescimento, além de não totalmente integradas às autoridades ambientais, fazendárias, entre outras. Cite-se, como exemplo, as atribuições do Ministério da Indústria quais sejam as metas de produção enquanto a poluição daí decorrente fica a cargo do Ministério do Meio Ambiente.

Um estudo revela que, por volta do ano 2025, para que os países em desenvolvimento consumam tanta energia quanto os industrializados, seria preciso aumentar cinco vezes o atual consumo global. O ecossistema planetário não suportaria isso, sobretudo se esses aumentos se concentrassem em combustíveis fósseis não renováveis. Os riscos de aquecimento do planeta e acidificação do meio ambiente, muito provavelmente, descartam até mesmo uma duplicação do consumo de energia mediante as atuais combinações primárias.

Vários países em todo o mundo adotam posições diferentes quanto ao uso de energia nuclear. No entanto, todos foram unânimes no item em que a geração de energia nuclear só se justifica se houver soluções seguras para os problemas que acarreta.

No que se refere ao rendimento energético, cabe apenas esperar que o mundo formule vias alternativas de baixo consumo energético, com

base em fontes renováveis que deverão ser alicerce da estrutura energética global do século XXI.

O desafio atual, portanto, consiste em atribuir às autoridades econômicas a responsabilidade pela qualidade do meio ambiente. Do contrário, os recursos já escassos poderão não mais estar disponíveis.

## 6 A INTERAÇÃO ENTRE DIREITO E MEIO AMBIENTE

Pensar em proteção do meio ambiente é uma clara opção pela continuidade da sociedade. A natureza possui na percepção humana duplo sentido, seja como fonte de sua produção econômica, seja como fator de bem-estar social. A relação homem meio ambiente é imprescindível para sua existência material psicológica. Ao enfatizarmos a natureza como objeto de apropriação humana, pelo fato de nossa espécie possuir uma vontade incomensurável de expansão de suas atividades econômicas, encontramos limitações dentro do universo já explorado.

A economia ambiental tem como foco de preocupação os efeitos externos e procura fixar o emprego da monetarização para responder à questão do uso de recursos renováveis e não renováveis. O ideal estaria em que cada fração de recurso natural utilizado obtivesse um preço no mercado.

Os problemas ambientais deveriam ser analisados a partir do pressuposto de que o meio ambiente, precisamente a parte de que pode ser utilizada nos processos de produção e desenvolvimento da sociedade industrial, é limitado, independentemente da eficiência tecnológica para a sua apropriação.

Se percebêssemos que a produção industrial é uma reprodução de elementos da natureza, onde as relações de produção de uma dada sociedade irão determinar como será aproveitado o seu meio ambiente e como este vai gerar riqueza, e que não há produção sem recursos naturais, faríamos com que crescesse a necessidade da existência de normas de proteção do meio ambiente, cuja finalidade social e humana se destinassem a moderar e racionalizar as relações do homem com a natureza.

O Direito Ambiental, em sua essência, é reformador, modificador e tem entre seus objetivos principais o redimensionamento dos conceitos sobre a convivência das atividades sociais, ao atingir toda a organização da sociedade

atual que por sua trajetória, conduziu à ameaça que presenciamos à existência humana pela atividade desenvolvida pelo do próprio homem.

O sistema econômico se interpõe no sistema ecológico ao retirar materiais a serem processados e industrializados, e, ainda, ao devolver-lhe o produto final tornado inservível. Com o constante crescimento do sistema econômico sem a principal preocupação de proteção ao meio ambiente chegaremos, conseqüentemente, ao esgotamento dos recursos naturais, a poluição ambiental, produzida pela incapacidade de reciclagem de resíduos e produtos, levando a uma maior redução do sistema ecológico.

Diante do exposto, há uma necessidade de se institucionalizar normas jurídico-ambientais como forma de coibir a degradação da natureza, por ser esta indispensável para existência humana e para a produção de riqueza de um país.

Encontramos na obra de Jose Carlos Barbieri<sup>4</sup> comentários sobre o capítulo número 39 da Agenda 21, que trata dos instrumentos e mecanismos jurídicos internacionais, as seguintes observações: *“O objetivo geral da revisão e desenvolvimento do direito ambiental internacional deve ser o de avaliar e promover a eficácia desse direito e promover a integração das políticas sobre meio ambiente e desenvolvimento por meio de acordos ou instrumentos internacionais eficazes em que se considerem tanto os princípios universais, quanto as necessidades e os interesses particulares e diferenciados de todos os países”*.

Vemos, mesmo que recente, em nosso país, uma preocupação por parte de nossos legisladores e tribunais sobre a proteção e reparação dos danos ambientais que podem ser e são causados pela atividade econômica como um todo. Todavia, percebemos que tal encargo deve ser assumido por toda a sociedade para a busca da saúde, segurança, bem-estar e sobrevivência de todos, seja no presente ou no futuro, e de novas exigências de garantidas por parte de um Estado intervencionista, que esteja também preocupado com a perfeita distribuição da justiça social.

## 7 CONSTITUIÇÃO FEDERAL E MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal reflete o conjunto de normas fundamentais de organização e de-

4 BARBIERI, José Carlos. *Desenvolvimento e meio ambiente* : as estratégias de mudança da Agenda 21. 3 ed., Petrópolis: Vozes, 2000, p. 150.

envolvimento de uma sociedade. Os valores proclamados por ela são exatamente os valores pelos quais se orientam os atos do Estado e da sociedade que esta organiza.

A atual preocupação com o meio ambiente tem levado vários países a introduzirem de modo mais efetivo a proteção ambiental em suas legislações. As nossas Constituições anteriores não se preocuparam com a proteção do meio ambiente de forma específica e global como ocorre na atualidade.

Para alguns autores, a Constituição Federal de 1988 é tida como um marco histórico, pois, ao destinar um capítulo especial à proteção ambiental e ao adotar uma tendência contemporânea de preocupação com os interesses difusos, e em especial com o meio ambiente, consagrou a proteção administrativa, legislativa e judicial dos interesses difusos, como o *direito ao ambiente saudável*. Em sua ampla proteção, a Constituição Federal prevê diversas regras, que podem ser divididas em quatro grandes grupos segundo *Alexandre de Moraes*<sup>5</sup>:

- *Regras de garantia*: qualquer cidadão é parte legítima para a propositura da ação popular, visando anulação de ato lesivo ao meio ambiente (CF/88, art. 5.º, inc. LXXXIII);

- *Regras de competência*: a CF determina ser de competência administrativa comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (CF, art. 23) proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos (inciso III); bem como proteger o meio ambiente, combater a poluição em qualquer de suas formas (inciso VI); preservar as florestas, a fauna e a flora (inciso VII). Além disso, existe a previsão de competência legislativa concorrente entre União, Estados e Distrito Federal (CF, art. 240) para proteção das florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição (inciso VI); proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico (inciso VII); responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (inciso VIII). Igualmente, o Ministério Público tem como função institucional promover o inquérito civil e a

ação civil pública, inclusive para a proteção do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (CTF, art. 129, III);

- *Regras Gerais*: estabelece difusamente diversas regras relacionadas à preservação ao meio ambiente (CF, arts. 170, VI; 173, § 5.º; 174, § 3.º, 186, II; 200, VIII; 216, V; 231, § 1.º).

- *Regras específicas*: que se encontram no capítulo destinado ao meio ambiente. Art. 225.

Também a Constituição Federal prescreve normas obrigatórias de atuação Administrativa Pública, dos particulares, pois sempre que as condutas e atividades forem consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, sejam pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Administração Pública é solidariamente responsável pelos danos ambientais advindos de atividades praticadas por particulares que estejam sujeitas à fiscalização, vigilância e controle do Poder Público. Observa-se também que o dano ecológico acarreta a responsabilidade solidária à Administração, de acordo com as várias formas pelas quais ocorrer o dano.

No caso de responsabilidade solidária da Administração, tendo o particular poluído ou depredado o meio ambiente de maneira clandestina, sem haver culpa grave (por omissão) do Poder Público, este não responderá, ou ainda, quando ocorrer acidente ecológico independente do comportamento comissivo ou omissivo da Administração.

O parágrafo 3.º do art. 225 da Constituição Federal estabelece a obrigação do poluidor de reparar os danos causados. Esta reparação tem o sentido comum de recompor, restaurar, fazer tornar ao estado anterior. No sentido jurídico, compreende, igualmente, indenização, compensação pecuniária pelo dano provado.

No tocante à regeneração da natureza, o artigo 225, parágrafo 2.º da Constituição Federal, condiciona a exploração de minérios à restauração do meio ambiente degradado, na forma da lei.

Consagrou também a proteção à Floresta Amazônica brasileira, à Mata Atlântica, à Serra do Mar, ao Pantanal Mato-Grossense e à Zona Costeira, ao serem definidos como patrimônio nacional e ao se determinar que sua utilização será regulamentada por lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente.

5 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 7 ed. São Paulo : Atlas, 2000, p.646.

Todos estes dispositivos específicos ao assunto ambiental, têm por fim assegurar a todos existência digna, um dos objetivos da ordem econômica, que prevê, no artigo 170 da Constituição de 1988, a proteção do meio ambiente como um de seus princípios.

## 8 CONCLUSÃO

Não podemos pensar em uma avaliação de impacto ambiental sem a relacionarmos, direta ou indiretamente, com a preservação do meio ambiente e a proteção da saúde, da segurança, da tranquilidade e do bem-estar da sociedade. Estes constituem instrumentos de real importância e atualidade, diante das graves e conseqüentes repercussões negativas que vem sofrendo o meio ambiente, decorrentes, sobretudo, da execução de projetos, serviços, construções ou obras de interesse público ou particular, da realização de atividades industriais ou comerciais, de exploração ou utilização de recursos naturais, da ocupação do solo, da aplicação de agrotóxicos na agricultura e nos alimentos em geral, além de outras atividades efetivas ou potencialmente poluidoras adotadas com o esquecimento de medidas preventivas ajustáveis que acarretam com iminentes riscos e danos ao patrimônio ambiental e, conseqüentemente, à saúde pública.

Devemos sempre buscar uma harmonia na política educacional e conciliatória de interesses privados, sociais e públicos, onde a real adoção da política de participação de representantes de diversos ramos da ciência – Geografia, História, Pedagogia, Ecologia, Biologia, Sociologia, Economia, Direito – torna-se imprescindível, junta-

mente com as forças econômicas, com as autoridades políticas e governamentais, com as associações de classe em seus diversos níveis, como as ONGs (Organizações Não-Governamentais), com vistas à elaboração de normas e projetos de uma nova ordem legal e técnica de evidentes repercussões sócio-econômicas-ambientais, determinando-se as reais necessidades e prioridades, frente às novas exigências para um desenvolvimento sustentável.

Para o justo e imprescindível equilíbrio que tanto buscamos e o real interesse e bem-estar, tanto da coletividade presente, como das gerações futuras, devemos observar com atenção o problema da tutela jurídica ambiental, posto que a degradação do meio ambiente passa a ser fator ameaçador do bem-estar e da qualidade de vida humana.

O que vemos, na maioria das vezes, é o interesse econômico privado sobressaindo-se frente à proteção do meio ambiente, gerando a degradação deste último, e, por isso, deve ser minuciosamente pensado, analisado e resolvido.

Nossa busca maior deve ser direcionada para a idéia de proteção do meio ambiente e desenvolvimento econômico conjuntos, e não como vêm sendo tratados nas propostas ambientais tradicionais, onde a principal preocupação continua baseada nos efeitos e ganhos gerados pelo crescimento econômico.

Somente com o reconhecimento universal, baseado na limitada capacidade dos recursos que nosso Planeta nos fornece, é que conseguiremos alcançar uma nova ordem internacional voltada para a atual e futura geração que nele habitará e dele deve tirar seu meio de sobrevivência. Defendendo o meio ambiente hoje, no amanhã, ele mesmo nos protegerá. ■

### referências bibliográficas

- ALMEIDA, Luciana Togueiro de. **Política ambiental**: uma análise econômica. São Paulo: Ed. Unesp, 1998.
- AMARAL, Luciana. As novas leis da natureza. **Revista Jurídica CONSULEX**, Brasília Ano 4, v. 1, n. 42, 2000.
- BARBIERI, José Carlos. **Desenvolvimento e meio ambiente**: as estratégias de mudança da Agenda 21. 3. ed., Petrópolis: Vozes, 2000, p. 150.
- DERANI, Cristiane. **Direito ambiental econômico**. São Paulo: M. Limonad, 1997.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Manual de direito ambiental e legislação aplicável**. São Paulo: Ed. M. Limonad, 1997.
- MORAIS, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Primeiras linhas de direito econômico**. São Paulo: Atlas, 1991.
- TAUK, Sâmia Maria. Org. **Análise ambiental**: uma visão multidisciplinar. 2. ed. São Paulo: Ed. Unesp, 1995.

# INSTRUÇÕES AOS COLABORADORES

---

A REVISTA UNIJUS ACEITA TRABALHOS DE NATUREZA JURÍDICA ABRANGENDO:

- artigos inéditos
- resumos de teses, dissertações e ensaios
- resenhas de livros

ENVIAR PARA UM DOS SEGUINTESENDEREÇOS:

**Pelo correio:**

À Maria Montandon - Coordenadora da Editora da Universidade de Uberaba  
Av. Nenê Sabino, 1801- Bairro Universitário -  
CEP - 38055-500 - Uberaba - MG;

À Sandra Maria da Silva - Coordenadora Do Núcleo De Estudos Jurídicos  
“ Promotor De Justiça Luciano Justiniano Ribeiro”  
Fórum Melo Viana - Rua Lauro Borges, Nº 97 - Centro CEP 38010-060 Uberaba - MG.

**Por via eletrônica:**

ormezinda.ribeiro@uniube.br  
maria.montandon@uniube.br  
sandras@enetec.com.br

**OBSERVAÇÃO:** Os trabalhos devem ser acompanhados de uma carta de encaminhamento assinada por todos os autores solicitando publicação na Revista UNIJUS indicando:

Título do Trabalho

Nome (s) do (s) autor (es)

Qualificação profissional

Instituição a que está vinculado

Endereço completo para contato ( Fax, E-Mail, Telefone)

## NORMAS PARA APRESENTAÇÃO DOS ARTIGOS

**Forma de Apresentação dos Originais:**

Três vias do texto em espaço duplo, sendo que só uma via conterá nome (s) e dados do(s) autor(es);

Margem superior e inferior de 2,5 cm; laterais de 3 cm e disquete de 3,5 polegadas com texto gravado em editor de texto Word for Windows em fonte Times New Roman, corpo 10,5. Papel A4 (210x297) impresso de um só lado;

Os artigos devem ter no máximo 30 laudas de até 30 linhas;

A paginação deverá vir no canto superior direito da folha, incluindo-se referências bibliográficas;

As resenhas devem ter no máximo 10 laudas de 30 linhas e 70 caracteres.

## ESTRUTURA DOS ARTIGOS:

**Título:** Claro e objetivo, na mesma língua do texto;  
Nome(s) do(s) autor(es), titulação e vínculo institucional em notas de rodapé;

**Resumo:** No caso de artigo, o autor deve apresentar um resumo em inglês (abstract), indicando 3 palavras-chave em português e em inglês (Key Word);

**Introdução, desenvolvimento livre, conclusões.** As resenhas devem apresentar a referência bibliográfica completa da obra analisada, no início do trabalho;

**Ilustrações:** (figuras, desenhos e gráficos). Se necessárias, devem ser apresentadas em preto e branco, confeccionadas eletronicamente, indicando o programa utilizado para a sua produção; as tabelas devem ser elaboradas no próprio Word, for Windows e sua disposição deve ser indicada pelo autor;

**Notas de rodapé:** apresentam-se ao pé da página com caracteres menores do que o usado no texto e separadas por um traço horizontal. Espaço simples de entrelinhas e cada nota iniciando em uma linha com o respectivo número de remissão, que deverá ser em algarismo arábico. As notas de rodapé devem ser reduzidas ao máximo e servirão para identificar o autor, o vínculo profissional, endereços e auxílio recebido; servirão também para indicar informações obtidas por meio de canais informais, trabalhos não publicados, documentos de divulgação restrita ou ainda para considerações suplementares importantes; e podem também agregar informações bibliográficas convencionais.

**Citações bibliográficas:** deverão aparecer pelo sistema numérico.

Ex: “Não é possível estabelecer quantas régras devem ser observadas para que um regime possa dizer-se democrática”<sup>14</sup>  
As referências bibliográficas deverão atender à padronização da ABNT (NBR-6023/ago.2000);

A exatidão e adequação dessas informações no texto são de responsabilidade do autor.



# INSTRUÇÕES AOS COLABORADORES

---

## APRECIÇÃO PELO CONSELHO EDITORIAL

Os trabalhos serão avaliados pelos Conselhos Editoriais e Científico, quanto a o mérito, relevância e oportunidade de publicação, considerando o perfil e a linha editorial da Revista, preservando-se o anonimato tanto dos pareceristas, quanto dos autores. Os textos, com sugestões de alterações serão encaminhados aos autores para as devidas correções, devendo ser desenvolvido no prazo máximo de um mês. Os originais, mesmo quando não aprovados para publicação não serão devolvidos. O Conselho Editorial se reserva o direito de proceder pequenas alterações de acordo com os critérios e normas da UNIJUS.

