



Revista da

# FACULDADE DE DIREITO

---

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME 25 DEZEMBRO 2005

Revista da

# FACULDADE DE DIREITO

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**

**Vol. 25**

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

**Reitor:** Prof. José Carlos Ferraz Hennemann

**Vice-Reitor:** Prof. Pedro Cezar Dutra Fonseca

FACULDADE DE DIREITO

**Diretor:** Prof. Sérgio José Porto • **Vice-Diretor:** Prof. Manoel André da Rocha

**Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal  
do Rio Grande do Sul**

**Diretor:** Prof. Carlos Silveira Noronha

**Responsáveis técnicos:**

Jornalista Blásio Hugo Hickmann - Reg. M.T.: 2.073

Bibliotecária Naila Touguinha Lomando - CRB - 10/711

**Conselho Editorial:**

**Professores ex-diretores:**

Galeno Vellinho de Lacerda

Almiro Régis do Couto e Silva

José Sperb Sanseverino

Peter Walter Ashton

Eduardo Kroeff Machado Carrion

Plínio de Oliveira Corrêa

**Professores titulares:**

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

Carlos Silveira Noronha

Cezar Saldanha de Souza Júnior

Cláudia Lima Marques

Sérgio José Porto

**Servidores técnico-administrativos:**

Jornalista Blásio Hugo Hickmann

Bibliotecária Naila Touguinha Lomando

**Professores doutores:**

Carlos Freire Hofmeister

Carlos Klein Zanini

Cesar Viterbo Matos Santolin

Cláudio Fortunato Michelin Júnior

Glênio José Wasserstein Hekman

Humberto Bergmann Ávila

José Alcebíades de Oliveira Jr.

Juarez Freitas

Judith Hofmeister Martins-Costa

Luis Afonso Heck

Luiz Fernando Barzotto

Marco Fridolin Sommer Santos

Marta Lúcia Olivar Jimenez

Odone Sanguiné

~~Rui Portanova~~

Vera Maria Jacob de Fradera

**Representação discente:**

Acadêmico Sérgio Laguna Pereira

**Faculdade de Direito - UFRGS**

Av. João Pessoa, 80 - CEP 90.040-000

Porto Alegre/RS - Brasil

Tel: (51) 3316-3118/3316-3128/

3316-3555/3316-3464

e-mail: [diretor@direito.ufrgs.br](mailto:diretor@direito.ufrgs.br)

site: <http://www.ufrgs.br>

Revista da

# FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 25



*Editora Sulina*



# **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Bibliotecária Responsável: Denise Mari de Andrade Souza - CRB 10/960

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: UFRGS - v. 25 dez. 2005 - Continuação da: Revista da Faculdade de Porto Alegre, publicada de 1949-1974.

Semestral

ISSN: 0104-6594

1.Direito: Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul

CDD: 340

CDU: 34(05)



*Editora Sulina*

EDITORA MERIDIONAL LTDA.

Av. Osvaldo Aranha, 440 cj. 101

Cep: 90035-190 PortoAlegre-RS

Tel: (0xx51) 3311-4082

Fax: (0xx51) 3264-4194

[www.editorasulina.com.br](http://www.editorasulina.com.br)

e-mail: [sulina@editorasulina.com.br](mailto:sulina@editorasulina.com.br)

Pede-se permuta • Se pide canje • We ask for exchange  
On demande de l'échange • Wir bitten um Austausch • Si richiere lo scambo

# Sumário

**Carla Fernanda Martins**

A função normativa das Agências Reguladoras: análise legislativa e doutrinária ..... 7

**Carlos Eduardo Vieira da Cunha**

João Neves da Fontoura ..... 25

**Daniela Silva Fontoura de Barcellos**

O conceito jurídico de consumidor nos países do Mercosul ..... 41

**Fabício Dani de Boeckel**

Reflexões sobre a aplicabilidade da *doutrina das questões políticas* à realidade brasileira ..... 59

**Gilberto Stürmer / Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira**

As concepções do Direito de Ronald Dworkin e a liberdade sindical no Brasil ..... 75

**Guilherme Puchalski Teixeira**

O artigo 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução ..... 85

**José Alcebíades de Oliveira Jr.**

Repensando o ensino do Direito para sociedades multiculturais - da Pedagogia ao currículo ..... 109

**Juarez Freitas**

Carreiras exclusivas de Estado e relações administrativas mais de Estado do que de governo .....	121
--	-----

**Luis O. Andorno**

La ley francesa 98.389 del 19 de mayo de 1998 de responsabilidad por el hecho de productos defectuosos. Sus fuentes principales .....	149
---	-----

**Luíza Matte**

Direitos fundamentais e bioética .....	175
--	-----

**Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira**

Crimes de perigo abstrato .....	199
---------------------------------	-----

**Plauto Faraco de Azevedo**

Considerações teórico-práticas sobre o ensino jurídico .....	209
--	-----

**Oscar Krost**

A necessidade de motivação da dispensa do empregado público: observância aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade .....	219
--	-----

**Sérgio Almeida de Figueiredo**

Armando Pereira da Câmara, o professor .....	229
--	-----

**Wambert Gomes Di Lorenzo**

Discricionariedade administrativa e controle judicial .....	237
---	-----

# A função normativa das Agências Reguladoras: análise legislativa e doutrinária\*

Carla Fernanda Martins\*\*

## 1. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, principalmente a partir de 1995, quando foi criado o Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, foi dado impulso a uma revisão das formas de organização e funcionamento do Estado brasileiro, com a proposição, pelo governo federal, de uma ampla reforma gerencial, elaborada pelo Ministro Luiz Carlos Bresser Pereira e sua equipe. Dentre as medidas adotadas para a reconstrução e fortalecimento do Estado, está a criação das agências reguladoras, mediante lei, sob a forma de autarquias de regime especial, com personalidade jurídica de Direito Público e autonomia

patrimonial, administrativa e financeira, cuja função principal é a regulação da atividade econômica e dos serviços públicos prestados pelo próprio Estado ou por particulares, através da normatização, fiscalização e controle de atividades exercidas por particulares.

O exercício dessas funções pelas agências reguladoras tem gerado grandes controvérsias, principalmente no que diz respeito ao exercício de poderes normativos pelas agências, ocasionando grandes discussões na doutrina brasileira, que está longe de atingir um consenso. Passemos, pois, a um exame mais apurado acerca da atribuição de funções normativas às agências.

---

\* Texto utilizado como base para a monografia intitulada “A Função Normativa das Agências Reguladoras nos Estados Unidos e no Brasil”, apresentada em 22-07-2005 como parte dos requisitos para a obtenção do grau do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

\*\* Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.



## 2. DISTINÇÃO ENTRE REGULAR E REGULAMENTAR

Para compreender a função normativa das agências reguladoras, é necessário distinguir dois termos que não se confundem: regular e regulamentar.

No Brasil, o termo regulação surgiu com o movimento de Reforma do Estado, principalmente quando, em decorrência da privatização de empresas estatais e da introdução da idéia de competição entre delegatárias na prestação de serviços públicos, entendeu-se necessário regular as atividades objeto de delegação a empresas privadas, para garantir a regularidade na prestação de serviços e o funcionamento equilibrado da concorrência. Em nosso ordenamento jurídico, o vocábulo regulação surgiu a partir da própria Constituição, com a introdução da expressão “órgão regulador” nos artigos 21, inciso XI, e 177, § 2º, inciso III, e também do papel

regulador atribuído ao Estado no artigo 174.<sup>1, 2</sup>

O conceito de regulação pode assumir vários sentidos. Em uma perspectiva mais ampla pode-se considerar a regulação como toda forma de intervenção do Estado na economia, independentemente dos seus instrumentos e fins, abrangendo tanto a intervenção direta como a indireta. Num sentido mais restrito, regulação é a coordenação e disciplina da atividade econômica privada, excluindo-se a intervenção direta do Estado na economia.<sup>3</sup>

Para Di Pietro, regular significa estabelecer regras, independentemente de quem as dite, seja o Legislativo ou Executivo, ainda que por meio de órgãos da Administração Direta ou entidades da Administração Indireta. Trata-se de vocábulo de sentido amplo, que abrange, inclusive, a regulamentação, que tem um sentido mais estrito.<sup>4</sup>

---

1 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 28.

2 Artigo 21. *Compete à União: [...] XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; [...]. Artigo 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento [...] Artigo 177 (...) § 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre: (...) III – a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União. [...] (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: junho/2005).*

3 CARVALHO, Vinícius Marques. Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 158.

4 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 150.

Relativamente ao termo regulamentar, Hely Lopes Meirelles entende que esse é um poder de que dispõem os Chefes do Executivo (Presidentes da República, Governadores e Prefeitos) de explicar a lei para a sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinada por lei. Afirma que tal poder é inerente e privativo do Chefe do Executivo, e, por isso mesmo, indelegável. Ressalta que o regulamento não é lei, embora a ela se assemelhe no conteúdo e poder normativo.<sup>5</sup>

Leila Cuéllar, numa definição mais ampla, afirma que regulamentar é uma espécie de ato administrativo que gera uma norma jurídica geral e abstrata, emanada da Administração Pública, que tem por finalidade o regular exercício da função administrativa, bem como a execução de lei cuja efetividade demande ação administrativa.<sup>6</sup>

Cumpre ainda ressaltar que, de acordo com Luís Roberto Barroso, embora se associe a função reguladora com o desempenho de competências normativas, seu conteúdo é mais amplo e variado, pois, ainda quando se

aproxime, eventualmente, da idéia de poder de polícia administrativa – poder de direcionar as atividades privadas de acordo com interesses públicos juridicamente definidos –, a regulação contempla uma gama mais ampla de atribuições, relacionadas ao desempenho de atividades econômicas e à prestação de serviços públicos, incluindo sua disciplina, fiscalização, composição de conflitos e aplicação eventual de sanções. Afirma que, às agências reguladoras tem sido cometido um conjunto diversificado de tarefas, dentre as quais se incluem, a despeito das peculiaridades de cada uma delas, em função da diversidade de textos legais, as seguintes: a) controle de tarifas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato firmado entre a Administração e o delegatário; b) universalização dos serviços, estendendo-os a parcelas da população que deles não se beneficiavam por força da escassez de recursos; c) fomento da competitividade, nas áreas nas quais não haja monopólio natural; d) fiscalização do cumprimento do contrato de concessão; e e) solução arbitral dos conflitos entre as

---

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Delício Balesteto Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 125-6.

6 CUELLAR, Leila *apud* GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 30.

diversas partes envolvidas: consumidores do serviço, poder concedente, concessionários, a comunidade como um todo, os investidores potenciais, etc.<sup>7</sup>

Feita a distinção entre esses dois vocábulos, cabe agora analisar quais foram as funções normativas atribuídas às agências reguladoras pelo legislador pátrio.

### 3. ANÁLISE LEGISLATIVA

Inicialmente, será feito um breve estudo das leis instituidoras das agências reguladoras e sobre a competência legislativa que lhes foi atribuída.

O artigo 2º da Lei nº 9.427/96, que cria a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, dispõe que a entidade tem por finalidade regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica, em conformidade com as políticas e diretrizes do governo federal, prevendo, no artigo 3º, inciso XIX, que é sua atribuição regular o serviço concedido, permitido e

autorizado e fiscalizar permanentemente sua prestação.<sup>8</sup>

A Lei 9.478/97, editada com base no artigo 177, § 2º, inciso III, da Constituição Federal,<sup>9</sup> institui, em seu artigo 7º, a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP,<sup>10</sup> como órgão regulador da indústria do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis, vinculada ao Ministério de Minas e Energia. Em seu artigo 8º, o referido diploma legal atribui à ANP a função de promover a regulação, a contratação e a fiscalização das atividades econômicas integrantes da indústria do petróleo, do gás natural e dos biocombustíveis, especificando em seus incisos as hipóteses em que a ANP promoverá essa regulação.<sup>11</sup>

A Lei nº 9.472/97, com respaldo no artigo 21, inciso XI, da Constituição Federal,<sup>12</sup> cria, em seu artigo 8º, a Agência Nacional de Telecomunicações, com a função de órgão regulador das telecomunicações.<sup>13</sup> Em seu artigo 19, estatui a referida

---

7 BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 179.

8 BRASIL. Lei nº 9.427/96, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: jun. 2005.

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em: junho/2005.

10 Ibidem.

11 BRASIL. Lei nº 9.478/97, de 06 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: junho/2005.

12 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit.

13 Ibidem.

lei as competências da agência, incluindo, dentre elas, a atribuição de expedir normas que disponham sobre: a) outorga, prestação e fruição dos serviços de telecomunicação no regime privado; b) prestação de serviços de telecomunicação no regime privado; c) padrões a serem cumpridos pelas prestadoras de serviços de telecomunicações quanto aos equipamentos que utilizarem, e d) padrões que assegurem a compatibilidade, a operação integrada e a interconexão entre as redes, abrangendo, inclusive, os equipamentos terminais.<sup>14</sup>

A Lei nº 9.961/00 institui a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, como órgão de regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde, definindo as competências da agência em seu artigo 4º, dentre as quais destacamos: a) estabelecer normas para ressarcimento ao Sistema Único de Saúde – SUS; b) editar normas relativas à adoção e utilização, pelas operadoras de planos de assistência à saúde, de mecanismos de regulação do uso dos serviços de saúde; c) normatizar os conceitos de doença e lesão preexistentes; d) expedir normas para registro dos produtos definidos no inciso I e no § 1º do

artigo 1º da Lei no 9.656, de 1998; e) estabelecer normas, rotinas e procedimentos para concessão, manutenção e cancelamento de registro dos produtos das operadoras de planos privados de assistência à saúde; e e) expedir normas e padrões para o envio de informações de natureza econômico-financeira pelas operadoras, com vistas à homologação de reajustes e revisões.<sup>15</sup>

E, finalmente, a Lei nº 9.984/00, cria a Agência Nacional de Águas – ANA, cabendo-lhe disciplinar, em caráter normativo, a implementação, a operacionalização, o controle e a avaliação dos instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos.<sup>16</sup>

Analisando-se o disposto nas leis de criação dessas agências reguladoras, verifica-se que em todos os casos o legislador previu a competência para expedir normas destinadas a regular as atividades do setor em que atuam. No entanto, apenas duas agências possuem assento constitucional, visto que a Constituição Federal prevê a criação de órgãos reguladores somente para o monopólio do petróleo (art. 177, § 2º, III) e para os serviços de telecomunicação (art. 21, XI).

Examinada a atribuição de poderes normativos feita às agências reguladoras pelas suas leis de criação,

---

14 BRASIL. Lei nº 9.472/97, op. cit.

15 BRASIL, Lei nº 9.961/00, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: junho/2005.

16 BRASIL. Lei nº 9.984/00, de 17 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: junho/2005.



analisaremos a seguir a posição da doutrina a respeito do tema.

#### 4. ANÁLISE DOUTRINÁRIA

##### 4.1 Maria Sylvia Zanella Di Pietro

Afirma a autora que existem sérias incertezas quanto aos limites da função reguladora, principalmente no que diz respeito ao estabelecimento de normas gerais e abstratas. Tal dificuldade decorre do fato de que essa função vem sendo atribuída a órgãos e entidades, sem expressa previsão constitucional.<sup>17</sup>

Maria Sylvia sustenta que há dois aspectos em conflito: de um lado, a consciência da necessidade de reconhecer poder normativo a órgãos e entidades da Administração Pública, seja pela idéia de especialização inspiradora de sua criação, seja pelo

modismo e globalização que levam à imitação do direito estrangeiro, de outro lado, está o fato de que a Constituição definiu as competências normativas exaustivamente, não deixando espaço para outras entidades não expressamente referidas.<sup>18,19</sup>

Ademais, acrescenta que, relativamente à função normativa de órgãos administrativos, a Constituição brasileira não deixou espaço para o seu exercício a não ser em casos excepcionais: a) no artigo 25 do ADCT, revogou, no prazo de 180 dias a contar da vigência da própria Constituição, todas as normas que outorgavam função normativa a órgãos do Poder Executivo, deixando uma abertura para a possibilidade de prorrogação do prazo das leis que conferiam essa atribuição, e, em função das agências reguladoras terem sido criadas posteriormente à Lei Maior, não foram alcançadas por essa

---

17 DI PIETRO, Limites da Função..., p. 51.

18 Ibidem, p. 51.

19 Ressalte-se que a Constituição estabeleceu as competências legislativas do Congresso Nacional em seu artigo 48, abrangendo todas as matérias de competência da União; em seu artigo 59 definiu as espécies normativas igualmente de forma exaustiva; determinou regras sobre participação dos demais Poderes no processo de elaboração das leis, especialmente no que diz respeito à iniciativa; outorgou, com exclusividade, ao Presidente da República o poder regulamentar, através da edição do regulamento de execução, em seu artigo 84, inciso IV, e da edição de regulamento autônomo no mesmo artigo, inciso VI, só permitindo a delegação nessa última hipótese; previu a possibilidade de delegação legislativa na hipótese única das leis delegadas disciplinadas pelo artigo 68, estabelecendo os limites materiais, deixando ao Congresso Nacional a tarefa de realizar a delegação através de Resolução, e fixando os termos e conteúdos de seu exercício; e determinou os limites da edição de Medidas Provisórias com força de lei no artigo 62. (DI PIETRO, Limites da Função..., p. 51-2).

norma; b) no artigo 87, parágrafo único, inciso II, deu competência aos Ministros de Estado para expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos; c) no artigo 207, estabeleceu a autonomia das Universidades quanto a determinados aspectos que especifica; d) no artigo 21, inciso XI, previu o órgão regulador das telecomunicações – ANATEL; e e) no artigo 177, parágrafo 2º, inciso III, dispõe sobre o órgão regulador do monopólio do petróleo – ANP.<sup>20</sup> Assim, quando a Constituição quis, ela deu competência normativa a órgãos administrativos, não havendo fundamento para presumir igual outorga a outras entidades não alcançadas pelo texto constitucional.<sup>21</sup>

Alega que, com exceção da ANATEL e da ANP, as demais agências não têm previsão constitu-

cional, o que significa que a delegação de poderes está sendo realizada pela lei instituidora da agência. Por isso mesmo, a função normativa que exercem não pode, sob pena de inconstitucionalidade, ser superior à exercida por qualquer outro órgão administrativo ou entidade da Administração Indireta. Elas nem podem regular qualquer matéria, no sentido previsto para as agências norte-americanas, nem podem regulamentar leis, pois essa competência é privativa do Chefe do Poder Executivo. Caso pudesse ser objeto de delegação, essa teria que ser efetuada pela autoridade que detém o poder regulamentar e não pelo legislador.<sup>22</sup> Iguamente não podem regular matéria não disciplinada em lei, pois não há previsão de regulamentos autônomos no direito brasileiro.<sup>23,24</sup>

---

20 Ibidem, p. 52.

21 Ibidem, p. 52.

22 DI PIETRO, *Parcerias na Administração...*, p. 156-7.

23 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 407.

24 Doutrinariamente, admitem-se dois tipos de regulamentos: o regulamento executivo e o regulamento autônomo ou independente. O primeiro complementa a lei, contém normas para a fiel execução da lei, nos termos do artigo 84, inciso IV, da Constituição, não podendo estabelecer normas *contra* ou *ultra legem*. Não é possível ao regulamento inovar na ordem jurídica, criando direitos, obrigações, proibições ou sanções, em razão do princípio da legalidade, devendo limitar-se a estabelecer normas sobre a forma como a lei vai ser cumprida pela Administração. Já os regulamentos autônomos podem inovar na ordem jurídica, porque estabelecem normas sobre matérias não disciplinadas em lei, ou seja, ele não completa nem desenvolve nenhuma lei anterior. (DI PIETRO, *Parcerias na Administração...*, p. 151).

Relativamente à ANATEL e à ANP, Di Pietro reconhece sua função reguladora, pois se trata de entidades previstas na Constituição como órgãos reguladores. Entretanto, afirma não se poder entender que esses órgãos exercem função legislativa propriamente dita, com possibilidade de inovar a ordem jurídica, uma vez que isso vai de encontro aos princípios da separação dos Poderes e da legalidade. Quando se refere a órgão regulador, a Constituição reconhece ao mesmo a possibilidade de regulamentar a lei a partir de conceitos genéricos, tais como no direito norte-americano. Além disso, as matérias que podem ser objeto de regulamentação são somente aquelas que dizem respeito aos contratos de concessão, respeitados os parâmetros e princípios estabelecidos em lei, não lhes sendo permitido invadir matéria de competência do legislador.<sup>25</sup> Dessa forma, sua competência reguladora

limita-se às relações entre os particulares que estão em situação de sujeição especial ao Estado.<sup>26</sup>

No que diz respeito às demais agências, entende que as normas que elas podem editar resumem-se ao seguinte: a) regular a própria atividade da agência através de normas de efeitos internos; b) conceituar, interpretar, ou explicitar conceitos jurídicos indeterminados contidos em lei, sem que haja inovação na ordem jurídica. Essa segunda função explica-se pela natureza técnica e especializada das agências, pois, muitas vezes, a lei faz uso de conceitos jurídicos indeterminados, cujo sentido tem que ser definido por órgãos especializados. Ela não estará inovando a ordem jurídica, mas explicitando o significado de vocábulos contidos na lei. Se, ao exercer essa função, for além do previsto em lei, estará infringindo o princípio da legalidade.<sup>27,28</sup>

---

25 DI PIETRO, *Direito Administrativo...*, p. 407.

26 DI PIETRO, *Parcerias na Administração...*, p. 158.

27 DI PIETRO, *op. cit.*, p. 407.

28 A autora cita o exemplo da Lei nº 9.872/99, que instituiu a Agência de Vigilância Sanitária, dando a ela, em seu artigo 7º, inciso IV, competência para estabelecer normas e padrões sobre “limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde”. Assim, a ANVISA, dentro de seus conhecimentos técnicos, vai poder, legalmente, sem promover inovação na ordem jurídica, baixar ato normativo definindo o que são contaminantes, resíduos tóxicos, etc., e estabelecer os respectivos padrões e limites. São conceitos indeterminados que a agência vai tornar determinados. (*Ibidem*, p. 407).

#### 4.2 Diogo de Figueiredo Moreira Neto

Baseado na classificação das espécies básicas de delegação legislativa proposta por Eduardo García de Enterría,<sup>29</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto trata da técnica da deslegalização, afirmando que a lei não necessita sequer entrar na matéria de que trata, bastando abrir a possibilidade a outras fontes normativas, estatais ou

não, de regulá-la por atos próprios que, obviamente, não serão de responsabilidade do Legislativo, ainda que sobre eles possa continuar a ser exercido um controle político relativo a eventuais exorbitâncias. Assim, citando Gianmario Demuro, o autor conceitua a deslegalização como sendo uma transferência da função normativa sobre matérias determinadas da sede legislativa estatal para outra sede normativa.<sup>30</sup>

---

29 De acordo com o administrativista espanhol, há três espécies básicas de delegação legislativa: a delegação receptícia, a remissão e a deslegalização. A delegação receptícia consiste na transferência da função legislativa ao Poder Executivo para produzir normas com força de lei, subordinada a um quadro delimitado e a um tempo determinado no ato da delegação. Seu exercício pelo delegatário esgota e consome a delegação, não podendo dela se valer para revogar ou mesmo alterar o texto promulgado, assumindo o Poder Legislativo, como próprio, o conteúdo da norma delegada. Tal espécie de delegação é encontrada na Constituição brasileira em seu artigo 59, inciso IV, c/c artigo 68, que trata das leis delegadas, estabelecendo seus limites formais e materiais, submetendo-as, em seu artigo 49, inciso V, ao veto legislativo, ou seja, a um controle político do Congresso em caso de exorbitância dos limites da delegação. Já a delegação remissiva pode ser definida como uma remessa que a lei faz a uma normatividade ulterior que deverá ser elaborada pela Administração, sem força de lei, igualmente dentro do quadro substantivo determinado pela própria lei remetente. Seu exercício pelo delegatário não consome nem esgota a delegação remissiva, que poderá ser por ele alterada ou revogada a qualquer tempo, mesmo porque o Legislativo não assume como próprio o conteúdo da norma delegada. Esta instituição, em nosso ordenamento jurídico, corresponde ao poder regulamentar atribuído tradicional e privativamente ao Chefe do Poder Executivo para expedir regulamentos, visando à fiel execução das leis, segundo o artigo 84, inciso IV, da Constituição da República. Quanto à deslegalização, advinda da doutrina e da jurisprudência francesas, essa pode ser conceituada como a retirada pelo próprio legislador de certas matérias do domínio da lei, passando-as ao domínio do regulamento. Dessa maneira, entende-se que o titular de um determinado poder não tem dele a disposição, mas tão-somente o exercício. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 166-7).

30 Ibidem, p. 166-7.



Afirma Moreira Neto que o conteúdo válido das normas editadas pelas agências está integralmente definido na margem de escolha técnico-científica que a legislação delegante abriu à exclusiva discricção dos respectivos agentes técnicos.<sup>31</sup> Ultrapassar os limites determinados, ao acrescentar às normas reguladoras critérios político-administrativos onde não deveriam existir, caracteriza a invasão de poderes

que são próprios à esfera das decisões do Legislativo.<sup>32</sup>

Relativamente à deslegalização no Brasil, afirma que essa recebeu, desde logo, em nível constitucional, um amplo campo de aplicação, em razão da expressa previsão, no artigo 22, parágrafo único, da Constituição Federal, de demissão federal do poder de legislar sobre matérias específicas ali elencadas, possibilitando a transferência à sede legislativa

---

31 Destaca que qualquer delegação de funções reguladoras encontra as seguintes ordens de limitação: a) limitações de ordem externa: são as mesmas que submetem qualquer ato normativo, legislativo ou não, a um determinado sistema jurídico, ou seja, a norma sob exame deve se harmonizar com as normas de hierarquia superior e com aquelas de igual hierarquia normativas, não opondo a elas qualquer contraditoriedade; b) limitações de ordem interna: são aquelas que submetem uma norma derivada, como o são as produzidas no exercício das modalidades de delegação, aos parâmetros definidos na norma delegante. Esses parâmetros podem ser formais, estabelecendo limites procedimentais e temporais a serem observados pelas normas reguladoras produzidas pelas agências, não oferecendo maiores dificuldades para a determinação de sua violação, ou materiais, fixando o conteúdo substantivo das normas a serem editadas pelas agências reguladoras. A eventual violação dos parâmetros materiais poderá causar a desvalidação da norma reguladora por usurpação de poder. (Ibidem, p. 167-8).

32 Especifica o autor a diferença existente entre as espécies de discricionariade, definindo que a discricionariade político-administrativa geralmente é de amplo espectro de alternativas válidas, que devem ser avaliadas por políticos e burocratas, enquanto que a discricionariade técnica geralmente comporta opções mais restritas e que devem ser consideradas à luz de regras científicas para que se determine a melhor escolha. Ressalva que a discricionariade técnica existe somente quando a decisão que nela se fundar possa também ser motivada tecnicamente, asseverando que esta é a limitação mais importante, pois afasta, ao mesmo tempo, o arbítrio, o erro, a impostura e a irrazoabilidade, limite este que afasta a ocorrência de decisões desnecessárias, inadequadas e desproporcionais. (Ibidem, p. 167-9).

estadual, estabelecendo que o ato de delegação seja uma lei complementar.<sup>33</sup>

Após examinar as hipóteses constitucionais de deslegalização, passa a analisar as hipóteses legais, afirmando que, na Constituição anterior à vigente, tal instituto não tinha a autonomia que hoje lhe é reconhecida, embora existissem inúmeras delegações legais a órgãos administrativos. Tantas eram as delegações que o constituinte de 1988 revogou expressamente no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias todos os dispositivos legais que atribuíssem ou

delegassem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional.<sup>34</sup>

Entende o autor que, como não proibiu genericamente a delegação, pretendeu o legislador constituinte reestruturar, a partir da nova ordem jurídica do país, todas as hipóteses de deslegalização, o que efetivamente vem acontecendo a partir de então, tanto em nível constitucional quanto legal. Ao se reconhecer que o instituto da deslegalização é proibido, sustenta que se está aceitando uma redução de poderes do Congresso para dispor,

---

33 Moreira Neto cita outros exemplos de deslegalização constitucional, quais sejam: a) em seu artigo 217, inciso I e § 1º, a Constituição operou a deslegalização da matéria de desportos, reconhecendo a autonomia do setor privado não só para regular a matéria esportiva, mas também para dirimir os conflitos de interesses específicos; b) em seu artigo 220, §§ 3º e 4º, a Constituição limitou o poder legiferante do Estado apenas às hipóteses expressamente previstas neste dispositivo, *in verbis*: § 3º - *Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.*; c) a Emenda Constitucional nº 8 previu a existência de um órgão regulador autônomo para exercer funções normativas sobre os serviços de telecomunicação (artigo 21, inciso XI); e d) através da Emenda Constitucional nº 9 foi estabelecida a criação de um órgão regulador autônomo para exercer funções normativas sobre o monopólio do petróleo da União (artigo 177, § 2º, inciso III). (MOREIRA NETO, *Mutações do Direito...*, p. 170-1).

34 *Ibidem*, p. 170-1.

conforme a matéria e as circunstâncias, sobre como deverá exercer sua própria competência.<sup>35</sup>

### 4.3 Alexandre Santos de Aragão

Sustenta o renomado autor que as leis atributivas de poder normativo às entidades reguladoras independentes possuem baixa densidade normativa, a fim de propiciar o desenvolvimento de ordenamentos setoriais com aptidão para regular a complexa e dinâmica realidade social subjacente, com autonomia e agilidade. O legislador limita-se a fixar poucos princípios, sobretudo a indicar os valores a serem perseguidos pelos órgãos reguladores, conferindo-lhes uma discricionariedade consideravelmente ampla para preencher os espaços deixados pela lei e para desenvolver os princípios nela estabelecidos. A lei, portanto, sem dar início a uma normatização mais

completa, e, muito menos, exaustiva da matéria, estabelece apenas parâmetros bem gerais da regulamentação a ser feita pelo ente regulador independente.<sup>36</sup>

Essas leis integram a categoria das leis-quadro (*lois-cadre*) ou standardizadas, próprias das matérias de particular complexidade técnica e dos setores suscetíveis a constantes mudanças econômicas e tecnológicas. As leis com essas características não dão maiores elementos pelos quais o administrador deva pautar a sua atuação concreta ou regulamentar, referindo-se genericamente a valores morais, políticos e econômicos existentes no seio da sociedade (saúde pública, utilidade pública, competição no mercado, preços abusivos, continuidade dos serviços públicos, regionalização, etc.). Assim, confere à Administração Pública um grande poder de integração do conteúdo da vontade do legislador.

---

35 Como reforço desta interpretação, cita o administrativista a deslegalização operada pela Lei nº 9.427/96, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, como autarquia sob regime especial, com a finalidade, entre outras de regular a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. Como outro exemplo de deslegalização limitada operada por lei, desta vez não com o cometimento de poderes normativos a entidades públicas, mas sim a entidades privadas de colaboração, cita os Conselhos Federais das Profissões, na qualidade de delegados de funções reguladoras secundárias, derivadas a partir das respectivas normas reguladoras primárias, que devem ser provenientes do Poder Legislativo, uma vez que disciplinam matérias indelegáveis, objeto de reserva legal (artigo 5º, inciso XIII, da Constituição da República). (Ibidem, p. 172).

36 ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: Uma Contribuição da Teoria dos Ordenamentos Setoriais. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: [s.n.] n. 13, 2002. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: junho de 2005.

O objetivo das leis assim formuladas é introduzir uma vagueza que permita o trato de fenômenos sociais, muito fugazes para se prestarem ao aprisionamento em uma regra precisa.<sup>37</sup>

Ressalta que a referência aos “quadros estabelecidos pela lei”, não se refere apenas a determinado diploma legislativo, mas sim ao conjunto do ordenamento jurídico, pois é esse que, explícita ou implicitamente, em seu sistema, confere às agências independentes poder regulamentar sobre determinada matéria, não nos sendo dado ficar presos apenas à letra da lei.<sup>38</sup>

Citando Eduardo Garcia de Enterría, passa a tratar do instituto da delegificação ou deslegalização, que é definido como a operação efetuada por uma lei que, sem entrar na regulação material do tema, até então regulado por uma lei anterior, abre tal tema à disponibilidade do poder regulamentar da Administração. Mediante o princípio do *contrarius actus*, quando uma matéria está regulada por determinada lei se produz um congelamento do grau hierárquico normativo que regula a matéria, de modo que apenas por outra lei contrária poderá ser inovada tal regulação. Uma lei de deslegalização opera como *contrarius actus* da anterior lei de regulação material,

porém, não para inovar diretamente essa regulação, mas para degradar formalmente o grau hierárquico da mesma de modo que, a partir de então, possa vir a ser regulada por simples regulamentos. Desse modo, simples regulamentos poderão inovar e, portanto, revogar leis formais anteriores, operação que não seria possível se não existisse previamente a lei degradadora.<sup>39</sup>

Destaca, ainda, que a lei de deslegalização não é uma lei de regulação material, nem uma norma diretamente aplicável como *norma agendi*, ou uma lei cujo conteúdo deva simplesmente ser completado. É, pois, uma lei que limita seus efeitos a abrir aos regulamentos a possibilidade de entrar em uma matéria até então regulada por lei, ressalvadas as matérias resguardadas por reserva absoluta de lei formal, como são, no Direito brasileiro, as matérias penal e tributária.<sup>40</sup>

Por este entendimento, não há qualquer inconstitucionalidade na delegificação, que não consistiria propriamente em uma transferência de poderes legislativos, mas apenas na adoção, pelo próprio legislador, de uma política legislativa pela qual transfere a uma outra sede normativa a regulação de determinada matéria. Entende que, se o legislador tem poder para revogar

---

37 Ibidem.

38 Ibidem.

39 ARAGÃO, As Agências Reguladoras...

40 Ibidem.



uma lei anterior, por que não o teria para, simplesmente, rebaixar o seu grau hierárquico?<sup>41</sup>

Observa que o Poder Legislativo, face à complexidade, dinamismo e tecnicização da sociedade, tem distinguido os aspectos políticos dos de natureza preponderantemente técnica da regulação social, retendo os primeiros, mas, consciente das suas naturais limitações, transpassando a outros órgãos ou entidades, públicas ou privadas, a normatização de cunho marcadamente técnico. Porém, mesmo nestes casos resguarda o Poder Legislativo o balizamento e a coordenação destas regulações plurifórmicas e pluricêntricas.<sup>42</sup>

Assim, conclui que a necessidade de descentralização normativa, principalmente de natureza técnica, é a razão de ser das entidades reguladoras independentes.<sup>43</sup>

#### 4.4 Egon Bockmann Moreira

O autor reconhece que a maioria da doutrina brasileira, ao interpretar a Constituição, não admite a possibilidade de inovações normativas através de regulamentos, cabendo a esses apenas dar pura execução às normas previamente existentes. No entanto,

discorda desse posicionamento majoritário, entendendo que, em face da tremenda complexidade e da aceleração dinâmica dos fenômenos político-sociais da atualidade, é possível a edição de regulamentos autônomos no direito brasileiro, decorrendo esta faculdade regulamentar do dever que tem a Administração Pública de organizar e tornar plausivelmente efetiváveis as atribuições que lhe são próprias. Dessa forma, defende que a necessidade impõe o caráter normativo das agências reguladoras, pois a instabilidade dos mercados, em conjunto com a evolução do fenômeno político-econômico mundial, impõe que a Administração disponha de meios jurídicos que a tornem apta a regular imediatamente a conjuntura econômica.<sup>44</sup>

Justifica sua teoria utilizando-se dos argumentos de Eros Roberto Grau, que defende a distinção entre função normativa e função legislativa: esta se vincula a uma perspectiva subjetiva, decorrente da adoção do sistema de divisão dos Poderes confiada a determinados órgãos predispostos para a tarefa suprema de constituir (integrar) o ordenamento jurídico; ao passo que aquela abstrai o vínculo subjetivo e emana puras estatuições primárias - seja em decorrência do exercício de

---

41 Ibidem.

42 Ibidem.

43 Ibidem.

44 MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: [s.n.] v. 218, p. 102-105, out./dez. 1999.

poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado—contendo preceitos abstratos e genéricos.<sup>45</sup>

Ademais, discorre que, apesar de o Poder Legislativo deter competência exclusiva para elaborar leis, não a detém, com essa qualidade, para editar normas. O jurista alerta para que se entenda como função normativa a de emanar instituições primárias, seja em função do exercício do poder originário para tanto, seja em decorrência de poder derivado, contendo preceitos abstratos e genéricos. Ressalta que o poder regulamentar tem fundamento na atribuição de poder normativo, e não

em suposta delegação de função legislativa ou poder discricionário, não encontrando óbices no princípio da legalidade, uma vez que a Administração pode produzir atos normativos de caráter não legislativo, no desenvolvimento de função normativa, não legislativa.<sup>46</sup>

Dessa forma, conclui serem válidos os regulamentos autônomos ou independentes editados pelas agências reguladoras, pois emanados a partir de atribuição implícita do exercício de função normativa ao Executivo, definida na Constituição, ou derivada de sua estrutura.<sup>47</sup>

---

45 MOREIRA, *Agências Administrativas...*, p. 104.

46 *Ibidem*.

47 A partir da teoria de Grau, sustenta Egon Bockmann Moreira que o regulamento autônomo desenvolve-se em dois ambientes normativos: na área não expressamente reservada à lei ou na chamada reserva da Administração, ou seja, aquela em que, por disposição de lei maior, é livre, discricionário e exclusivo o desenrolar da ação administrativa. Entende que no primeiro caso a superveniência de lei revogará o regulamento, já na segunda hipótese, afirma que a iniciativa legislativa padecerá de insanável ilegitimidade. O regulamento autônomo não poderá contrariar a lei, ainda que implique em criação de disposição normativa. Igualmente não poderá criar, de maneira inédita e autônoma, sem qualquer lastro normativo, obrigações e deveres às pessoas privadas. Entretanto, entende ser possível os regulamentos gerarem deveres, direitos e obrigações, desde que expressa e previamente autorizados por lei, ainda que de modo abstrato. Da mesma forma, não é permitido aos regulamentos a criação de penas, sanções ou tributos, em virtude dos princípios da tipicidade penal e tributária. Além disso, deve o regulamento respeitar a divisão de competências entre as pessoas componentes da Federação, sendo impossível a invasão dos limites determinados pela Constituição. Afirma, ainda, que os regulamentos não podem restringir a atividade econômica privada, subordinando seu exercício à expedição de prévia autorização por parte dos órgãos públicos, exceto nos casos previstos em lei, de acordo com o artigo 170, parágrafo único, da Constituição da República. Também não é cabível que os regulamentos tenham efeitos retroativos, a não ser quando visem a beneficiar pessoas privadas, alegando, ainda, que os regulamentos deverão ser fundamentados, obedecendo à indispensável motivação pública, de fato e de direito, contemporânea à sua edição. Por fim, destaca que os regulamentos autônomos serão sempre passíveis de controle pelo Poder Judiciário, relativamente à possibilidade de sua emanção, bem como quanto ao conteúdo de suas disposições. (MOREIRA, *Agências Administrativas...*, p. 102-5).

#### 4.5 Alexandre de Moraes

Entende o autor que as agências reguladoras podem receber do Poder Legislativo, através de lei de iniciativa do Executivo, uma delegação para exercerem seu poder normativo de regulação, cabendo ao Congresso Nacional a fixação das finalidades, dos objetivos básicos e da estrutura das agências, competindo-lhe ainda a fiscalização de suas atividades.<sup>48</sup>

De acordo com essa teoria, o Congresso Nacional permanecerá com a centralização governamental, uma vez que tem o poder de decidir politicamente sobre a delegação e seus limites às agências de regulação. No entanto, efetivará a descentralização administrativa, permitindo o exercício do poder normativo para a obtenção dos objetivos determinados na lei.<sup>49</sup>

Afirma Moraes que o Legislativo poderá, da mesma forma que no mode-

lo norte-americano, instituir os parâmetros básicos, mediante a utilização de conceitos genéricos – *standards* –, cabendo às agências a atribuição de regulação específica, já que passarão a exercer, exclusivamente, uma atividade gerencial e fiscalizatória que, tradicionalmente no Brasil, sempre correspondeu à Administração Direta, enquanto cedente dos serviços públicos através de permissões ou concessões.<sup>50</sup>

Ressalta o autor que esse deslocamento de atividades decisórias e regulatórias da Administração Direta para as agências reguladoras será obrigatoriamente feito por lei, de iniciativa do Poder Executivo, e deve estar relacionado à promoção de eficiência, à defesa do mercado e das liberdades econômicas das pessoas vinculadas à prestação de serviços públicos, ao lado da justa e razoável fixação das tarifas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro da concessionária.<sup>51</sup>

---

48 MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: [Revista dos Tribunais] v. 791, set. 2001, p. 744.

49 *Ibidem*, p. 744.

50 *Ibidem*, p. 744.

51 Ademais, ressalta que a lei estabelecerá os parâmetros da atuação das agências, conferindo suas atribuições administrativas diretamente vinculadas à regulação e fiscalização dos serviços relacionados com os contratos de concessão ou permissão de sua respectiva área, inclusive sobre a fixação de tarifas e a aplicação de penalidades, previamente previstas em lei e mediante procedimento administrativo, garantida a ampla defesa e o devido processo legal, de acordo com o disposto no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Afirma ser absolutamente vedado as agências atuarem em desrespeito às normas legais definidoras de suas funções, pois, não possuem um cheque em branco para agir como bem entendem, divorciadas do princípio da legalidade, uma vez que estão vinculadas a tal princípio por submissão aos comandos legais direcionados à Administração Pública Direta e Indireta. Também não lhes é permitido que editem atos normativos que inovem o ordenamento jurídico, isto é, que regulem matéria para a qual inexistia um prévio conceito genérico em sua lei instituidora, nem tampouco poderão criar ou aplicar sanções não previstas em lei. (MORAES, Agências Reguladoras..., p. 745).

## 5. CONCLUSÃO

Ainda há um longo caminho a ser trilhado para que se atinja um consenso acerca da possibilidade de atribuição de poderes normativos às agências reguladoras no Brasil. Todavia, há uma certa tendência a aceitar-se a função reguladora, pois, tem se reconhecido a necessidade de órgãos especializados para a produção de normas eminentemente técnicas, principalmente porque se admite as limitações do Poder Legislativo para editar tais normas, que necessitam de estudos maiores para a sua elaboração. Além disso, com as crescentes mudanças no campo da tecnologia,

seria inadequada a regulação de matérias técnicas por via de lei, que exigem um processo mais formal e demorado, e, conseqüentemente, também necessitam de um processo formal para serem alteradas, impedindo que as normas acompanhem as evoluções tecnológicas.

Cumpra por fim ressaltar que o exercício de função normativa pelas agências não fere os princípios da legalidade e da separação dos Poderes, haja vista que é imprescindível que a Administração Pública disponha de um espaço de atuação que possibilite escolhas e decisões razoáveis, para que possa atingir seu principal objetivo, que é a satisfação do interesse público.

## REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandre Santos de. As Agências Reguladoras Independentes e a Separação de Poderes: uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador: [s.n.] n. 13, 2002. Disponível em: <[www.direitopublico.com.br](http://www.direitopublico.com.br)>. Acesso em: junho de 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Agências Reguladoras. Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo (Coord.). *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 159-193.
- CARVALHO, Vinícius Marques. Desregulação e Reforma do Estado no Brasil: impacto sobre a prestação de serviços públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 157-75.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da Função Reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 27-60.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- GUERRA, Glauco Martins. Agências Reguladoras no Brasil: princípio da legalidade e regulação. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). *Direito Regulatório*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 323-68.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balesteto Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: [Revista dos Tribunais] v. 791, p. 739-756, set. 2001.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- MOREIRA, Egon Bockmann. Agências Administrativas, Poder Regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: [s.n.] v. 218, p. 93-112, out./dez. 1999.
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do Direito Administrativo*. 2. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

## REFERÊNCIAS LEGISLATIVAS

- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: junho/2005.
- BRASIL. Lei nº 9.427/96, de 26 de dezembro de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: junho/2005.
- BRASIL. Lei nº 9.472/97, de 16 de julho de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: junho/2005.
- BRASIL. Lei nº 9.478/97, de 06 de agosto de 1997. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: junho/2005.
- BRASIL. Lei nº 9.961/00, de 28 de janeiro de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: junho/2005.
- BRASIL. Lei nº 9.984/00, de 17 de julho de 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: junho/2005.

# João Neves da Fontoura\*

**Carlos Eduardo Vieira da Cunha\*\***

Minha tarefa é discorrer sobre a vida de João Neves da Fontoura, ilustre conterrâneo, nascido em Cachoeira do Sul em 16 de novembro de 1887.

Aos 11 anos de idade, ingressou no Colégio Nossa Senhora da Conceição dos jesuítas em São Leopoldo, onde fez o ginásio.

Em 1905, ingressou na Faculdade de Direito de Porto Alegre. Já no segundo ano vive o que denomina de um “grande acontecimento” que iria marcar sua trajetória estudantil, que foi a visita a Porto Alegre do então Presidente eleito da República, conselheiro Afonso Pena.

Tendo decidido participar das festividades, os acadêmicos, através da Federação dos Estudantes, revoltaram-

se com a decisão governamental de aceitar na delegação que iria a Rio Grande agradecer ao dr. Afonso Pena apenas um representante dos estudantes das escolas superiores, seguindo-se uma onda de protestos à porta das faculdades e dos cafés.

Participante das assembléias e reuniões, João Neves da Fontoura relata a resolução dos estudantes, que decidiram não mais tomar parte dos festejos oficiais, mas fazer ao Presidente Afonso Pena uma grande manifestação, que foi realizada em 16 de agosto de 1906, tendo como orador o então quartanista desta mesma Faculdade de Direito, Getúlio Vargas, sobre quem vamos diversas vezes nos referir nesta palestra, haja vista os

---

\* Palestra proferida no Ciclo de Conferências sobre “Influência da Faculdade de Direito da UFRGS na Política e nas Letras Jurídicas”, promovido no período de abril a julho de 1999.

\*\* Bacharel em Direito pela UFRGS, promotor público, deputado estadual.

marcantes encontros e desencontros de João Neves da Fontoura e Getúlio Vargas ao longo de suas vidas, que tanta influência tiveram na história da República.

Alistado no Partido Republicano Rio-grandense desde 1904, João Neves da Fontoura, visando ao apoio a Borges de Medeiros, funda em 1907, o “Bloco Acadêmico”, juntamente com seu primo Jacinto Godoy e Maurício Cardoso.

O Bloco Acadêmico teve até um jornal, denominado *O Debate*, para pregar suas idéias e defender a candidatura Carlos Barbosa ao governo do Estado. Participavam como relatores, além de João Neves da Fontoura, Maurício Cardoso e Jacinto Godoy, também Getúlio Vargas, Odon Cavalcanti e Paim Filho, este último com a responsabilidade de diretor.

Eleito Carlos Barbosa, com mais de 60.000 votos contra cerca de 16.000 conferidos a Fernando Abott, João Neves da Fontoura é o orador da festa da vitória, ocorrida em 02/12/1907, cabendo-lhe a saudação e as homenagens a Borges de Medeiros.

Em 1909, no 5º ano da Faculdade, João Neves da Fontoura é convidado a ocupar o cargo de Promotor Público da Capital, vago com a eleição de seu detentor, Getúlio Vargas, para Deputado Estadual. Mais uma vez cruzavam-se os destinos de João Neves da Fontoura e Getúlio Vargas.

João Neves da Fontoura é nomeado 2º Promotor Público de Porto Alegre em 04/05/1909, e toma posse no cargo no fim daquele mês.

Assim se refere João Neves da Fontoura à nossa hoje centenária Faculdade de Direito, em suas *Memórias*:

*[...] voltei-me quase dia e noite para aprofundar os estudos das quatro cadeiras do 5º ano, cujos exames batiam à porta. No meu tempo e na Faculdade, que cursava, aquelas provas se revestiam de um cunho de alta seriedade. Não havia “cola” na escrita; e, na oral, os lentes enchiam o candidato de perguntas, sem contemplações e com imparcialidade. Foi isso que deu prestígio à nossa Escola, ainda hoje um dos melhores institutos de ensino jurídico, no Brasil.<sup>1</sup>*

Mais adiante, sobre a sua vocação profissional e a respeito da formatura, diz:

*Às vésperas da formatura, minha inclinação era a advocacia. A ela tudo me conduzia: a falta de vocação para o exercício sedentário da magistratura, as vinculações político-partidárias já contraídas, a necessidade de ganhar a vida com maior largueza, o espírito de luta que sempre me animou. Várias vezes pensei encaminhar-me para a diplomacia, vir logo para o Rio, tentar o ingresso no Itamarati, onde pontificava então Rio Branco no zênite de sua glória, como*

---

1 MEMÓRIAS. v.1, p. 137.

*titular da Pasta. Pensamentos fugidios, que nunca se concretizaram nem mesmo num princípio de execução. Naquele tempo, a admissão ao serviço diplomático dependia de cartas de apresentação e outros patrocínios pessoais, que não rimavam muito com o grau de independência um tanto demagógica a que muito cedo me habituara.*

*A turma, de que fazia parte, conforme já referi, compunha-se de treze alunos, todos bons amigos e bons estudantes. Entre nós sempre reinou uma atmosfera de cordialidade, não obstante divergências de caráter político, começadas durante a luta pela sucessão do sr. Borges de Medeiros, em 1907. Quando chegou a hora da escolha do paraninfo, os votos foram unânimes em favor do prof. Ribeiro Dantas. O mesmo, porém, não aconteceu em relação aos lentes homenageados, que deveriam figurar no quadro de formatura: o clássico quadro, em que a gente aparece de beca. No meu tempo, beca e bigodes retorcidos, segundo a moda da época. Um grupo – o mais numeroso – insistia para que se incluísse o retrato do prof. Pinto da Rocha. Outro, no qual eu me encontrava, não podia participar dessa homenagem, devido às incompatibilidades pessoais criadas durante a mencionada campanha presidencial. Cindiu-se, assim, a turma e, em lugar de um, houve dois quadros. Tendo em conta esse desentendimento, resolvemos de pleno acordo que não daríamos solenidade ao ato da colação de grau.<sup>2</sup>*

Entretanto, em 20 de dezembro de 1909, ocorreu a solenidade de colação de grau, tendo sido a João Neves da Fontoura conferido o honroso título de aluno laureado, recolhendo-se o seu retrato ao Pantheon Acadêmico.

Na ocasião, o diretor da Faculdade, desembargador André da Rocha, homenageou-o com as seguintes palavras:

*Glória a ti, João Neves da Fontoura, que conquistaste a láurea para a tua frente, honraste este instituto de ensino, és o nobre orgulho de tua família e hás de honrar o Rio Grande do Sul.*

Formado, dividiu-se interiormente sobre o caminho a tomar: permanecer em Porto Alegre ou instalar escritório de advocacia em sua terra natal, Cachoeira do Sul.

Aconselhando-se com Borges de Medeiros, o chefe republicano foi categórico:

*Não pode haver a menor dúvida, João. Teu destino é Cachoeira.*

Em 16/03/1910, João Neves da Fontoura exonerava-se do cargo de promotor e, uma semana depois, partia para Cachoeira do Sul, seguindo o conselho de Borges de Medeiros.

---

2 Ibid, p. 140-141.



Sobre sua trajetória na terra natal, assim se refere João Neves da Fontoura:

*A partir daquele mês de março, vivi em Cachoeira, durante mais de dezessete anos. Os anos da grande mocidade! Explicando-me melhor: Cachoeira foi meu domicílio e moradia; sede de meu escritório de advogado. Saía constantemente a serviço profissional, por poucos ou alguns dias. Em certa altura, as ausências se tornaram mais prolongadas, pela necessidade de freqüentar as sessões da Assembléia Estadual, na qual entrei pela primeira vez em 1921.*<sup>3</sup>

Com efeito, pela projeção política que alcançou em Cachoeira do Sul e região, João Neves da Fontoura foi incluído na chapa do Partido Republicano à Assembléia em 1921 e foi eleito deputado estadual para o seu primeiro mandato. Sempre aliado a Borges de Medeiros, participa ativamente da “Reação Republicana”, quando, pela primeira vez, o Partido Republicano Rio-grandense se deslocava do eixo do poder central, combatendo a candidatura Artur Bernardes, afinal vitoriosa.

A derrota da Reação Republicana estimula a sucessão estadual, disputada entre o candidato a reeleição Borges de Medeiros e Assis Brasil.

Para ser reeleito, segundo as normas vigentes à época, Borges de Medeiros necessitava fazer três quartas partes do eleitorado, o que conseguiu por pequena margem (106.360 a 32.216 votos), conquistando pela quinta vez a Presidência do Estado.

Alegando fraude, Assis Brasil e seus partidários rebelaram-se. No dia da posse do Presidente estadual reeleito, em 25 de janeiro de 1923, os derrotados iniciaram movimento armado que só terminou em 14 de dezembro do mesmo ano, com o famoso Pacto de Pedras Altas, que garantiu a presença de Borges de Medeiros até o final do mandato mas impedia nova reeleição.

Em meio à crise, coube, na Assembléia de Representantes, a João Neves da Fontoura, juntamente com Lindolfo Collor e Maurício Cardoso, pronunciar vários discursos em defesa de Borges de Medeiros.

Em 1924, João Neves da Fontoura teve o seu mandato renovado na Assembléia de Representantes. Em janeiro de 1925, assumiu a Intendência do município de Cachoeira do Sul, acumulando as funções que hoje se denominam de prefeito e deputado Estadual até setembro de 1928.

João Neves da Fontoura realizou uma profícua administração como Intendente de Cachoeira do Sul, com destaque à implantação de inovador

---

3 PARLAMENTARES gaúchos. Porto Alegre Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. p. 20.

sistema de água e esgotos com base em projeto do engenheiro sanitarista fluminense Saturnino de Brito.

Apesar de inicialmente resistir, alegando querer se dedicar ao seu município e à profissão de advogado, João Neves da Fontoura acabou cedendo à convocação de Borges de Medeiros para que compusesse a chapa à sua sucessão na Presidência do Estado, na condição de vice de Getúlio Vargas.

No dia 24 de novembro de 1927 foi realizado o pleito, para o qual a oposição não apresentou candidato.

Logo após a posse, Getúlio Vargas convidou o seu vice, João Neves da Fontoura, a ocupar uma das cadeiras na Câmara Federal, vaga com a posse de Oswaldo Aranha e Paim Filho no seu Secretariado.

Em maio de 1928, João Neves da Fontoura foi eleito deputado federal, passando a acumular o mandato parlamentar com a Vice-Presidência do Estado. Assumiu a liderança da bancada do Partido Republicano Rio-grandense na Câmara Federal.

Iniciava-se neste momento uma das carreiras da maior projeção no cenário político nacional e de singular destaque nos acontecimentos que antecederam e fizeram a Revolução de 30.

Sobre o seu importante papel em 30, assim depôs Antônio Carlos, então presidente do Estado de Minas Gerais, que formou, com o Rio Grande do Sul e a Paraíba, os esteios da Revolução:

*Coube a João Neves da Fontoura em todos os momentos, agir no meio subterrâneo da política, aquele que escapa à percepção pública e no qual freqüentemente mais sérios são os combates, mais necessários por isso mesmo, e em alta escala, os atributos de comando. Nesse oculto, mas importante setor da campanha política, ninguém o sobrepujou na segurança da estratégia e na habilidade da tática. Foi sempre inexcelável no mérito de formular iniciativas, conciliar opiniões, agremiar forças, suscitar e corporificar idéias, conter e serenar paixões; por processos os mais sutis e engenhosos, remover dificuldades, acomodar competições, desmanchar equívocos, compor divergências, unir, orientar e conduzir homens.<sup>4</sup>*

A origem da Revolução de 30 está num encontro denominado por João Neves da Fontoura “a hora mais crucial” em toda a sua vida pública.

Ocorreu numa tarde de 17 de junho de 1929, e assim o descreve o próprio João Neves da Fontoura, em suas *Memórias*:

*Assim que começamos a conversar, naquela tarde de 17 de junho, José Bonifácio entregou-me a carta de Antônio Carlos, trazida de Campos. Nela, o Presidente de Minas o investia, na qualidade de líder da bancada, de poderes para subscrever comigo um acordo político entre o situacionismo do seu Estado e o do*

---

4 MEMÓRIAS. v. 2, p. 63.

Rio Grande, à base de uma candidatura gaúcha, que seria lançada por Minas, à sucessão do sr. Washington Luís, nos termos e condições que assentássemos. Perguntou-me se eu me considerava habilitado a firmá-lo. Nenhuma hora foi mais crucial em toda minha vida pública. Nunca senti tão onerosos meus deveres e responsabilidades. Detentor dos plenos poderes gerais, que publicamente me outorgara o Chefe do meu Partido (“hoje sois, necessariamente, o órgão mais legítimo e autorizado do nosso pensamento político na grande metrópole brasileira”), gozando de integral confiança dos correligionários e tendo ainda expressa, a respeito, a opinião de Getúlio Vargas acerca de não podermos recusar a indicação de uma candidatura rio-grandense, desde que feita por forças respeitáveis (“o Rio Grande, é claro, sob pena de falhar aos seus próprios destinos, não poderá recusar; vitorioso, governará de inteiro acordo com o elemento que houver predominado na escolha”), tive de assentar minha decisão num relâmpago. A hipótese de prévia consulta ao sr. Borges de Medeiros ou ao sr. Getúlio Vargas, absolutamente impraticável: primeiro, porque o assunto, no pé em que se achava, não comportava a delonga de pelo menos dez dias (o Chefe do Partido Republicano se encontrava no interior do Estado, em sua fazenda do Irapuazinho); segundo, porque, psicologicamente, a inclinação

mineira pela solução gaúcha estava naturalmente caucionada à expectativa de que corresponderíamos sem hesitações ao convite, não deixando margem, nem longinquamente, à possibilidade de uma antecipada e cautelosa auscultação do sr. Washington Luís, o que importaria numa quase delação.

Se eu naquele momento vacilasse ou diferisse a solução para depois de ouvidos os srs. Borges de Medeiros e Getúlio Vargas, se o sr. Francisco Campos voltasse para Belo Horizonte com as mãos vazias, e o sr. José Bonifácio fosse obrigado a guardar na gaveta a carta mandato do irmão à sua espera de resposta do Sul, a entente Minas-Rio Grande estaria definitivamente frustrada.

O sr. Antônio Carlos, aliás, sabia bem que, de parte do Rio Grande, “a empresa não era fácil”. E ainda, no prefácio do meu livro *A Jornada Liberal*, deixou claro que no meio político ninguém acreditava numa luta da situação gaúcha com o Catete.

Tudo isso tinha eu presente à minha consciência, quando respondi à pergunta de José Bonifácio, e foi por ter então certeza do – “agora ou nunca” – que declarei, com naturalidade e firmeza, ao líder de Minas considerar-me devidamente autorizado a subscrever o acordo, na evidente dependência de convirmos nas suas estipulações de estabelecermos que no tocante ao Rio Grande, sua vigência só começaria a partir da ratificação do mesmo pelo Chefe do Partido Republicano, sr. Borges de Medeiros”.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Ibidem, v. 2, p. 75-76.

O pacto entre Minas e Rio Grande do Sul, contudo, não se fixava em um determinado candidato, e sim em dois: Borges ou Getúlio, à escolha do Rio Grande do Sul.

Escrevendo a Vargas, Borges de Medeiros definiu o assunto nos seguintes termos:

*Essa (a candidatura rio-grandense) não pode ser senão a sua, que é a que melhor corresponde às simpatias e desejos da nação.*

*Mais uma vez declaro que em nenhuma hipótese poderia eu aceitar a candidatura e, por isso, suplico que meu nome seja posto fora de qualquer cogitação. Avelantado e cansado, só aspiro servir a nossa terra na medida das forças que me restam e sem nenhuma responsabilidade oficial. Creia na sinceridade desta expansão sem refolhos e sem ressaibos de amargura.<sup>6</sup>*

Getúlio Vargas era o candidato do RS e MG à presidência da República. A Paraíba compôs a chapa com João Pessoa de vice, cujo papel histórico e decisivo no desencadear dos fatos iria desempenhar com a sua própria vida.

No desenrolar da campanha, especial relevo ganhou a chamada “crise do café”, que atingiu em cheio a candidatura oficial de Júlio Prestes, presidente do Estado de São Paulo.

Sobre o fato, assim se pronunciou João Neves da Fontoura:<sup>7</sup>

*A crise do café significava um fim-de-mundo para a candidatura Júlio Prestes. Não só ela pusera a nu as falhas do instituto, como demonstrara o absurdo de conseguir-se uma valorização artificial através de rigorosa retenção do produto. Com o café em crise, todo o plano de estabilização estremeceira em sua base e ficara sujeito ao conseqüente desabamento. Pois nem diante desse cataclismo econômico-social o sr. Washington Luís sentiu necessidade de criar uma fórmula de apaziguamento com as oposições. Tarefa mais do que fácil, pois Vargas não desejava outra coisa, e o presidente fora perfeitamente informado da boa vontade do nosso candidato. Ao contrário de amainar a intransigência de suas atitudes, o chefe do Governo se tornou ainda mais intratável.*

João Neves da Fontoura foi, sem dúvida, dos maiores pregadores e ativistas da Revolução de 30.

Chefiou, inclusive, uma caravana aos distantes estados do norte e nordeste.<sup>8</sup>

*Por outro lado, impunha-se a organização de uma caravana que percorresse os Estados do Nordeste e*

<sup>6</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>7</sup> Ibidem, v. 2, p. 222.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 277.

*do Norte. Vários nomes estiveram em cogitação para chefia-la. Diante da recusa de outros, aceitei o encargo, não obstante ele me exigir novos sacrifícios físicos. Naquela campanha, como diz o castelhano, siempre me tocava bailar con la más fea.*

Nessa caravana, num comício em Recife, assim se pronunciou João Neves da Fontoura, já pregando a revolução:

*Congreguemos a multiplicidade dos nossos esforços para a vitória das nossas idéias.*

*Ide, pernambucanos, para os comícios, confiantes no direito que nos assiste.*

*Imponde ao governo o respeito à liberdade do sufrágio.*

*Mas, se a 1º de março os donatários do Brasil tentarem afogar no mar morto da trapaça o pronunciamento da nação, levantemos então em armas, por amor do Brasil.<sup>9</sup>*

E vieram as eleições em 1º de março de 1930.

“Se é que este nome pode ser corretamente dado àquele ato”, como diz João Neves da Fontoura, em suas *Memórias*.<sup>10</sup>

*As eleições – se é que esse nome pode ser corretamente dado àquele ato – realizaram-se a 1º de março.*

*Nenhum de nós punha o mínimo crédito na seriedade do processo. A fraude imperou universalmente, antes e durante o pleito, como a lei facilitava. Os resultados começaram a surgir nas seguintes quarenta e oito horas, confusos e contraditórios, segundo os estilos da época, quando, além de tudo, eram as próprias mesas receptoras que procediam imediatamente às apurações. Nossa casa de Cachoeira, no bairro Rio Branco, ficou cheia de gente até altas horas. Tive a sensação de haver volvido ao meu tempo de prefeito municipal, quando ali fazia diariamente contato com os amigos, correligionários e até adversários. Naquela noite, cada qual formulava as hipóteses mais otimistas. Ninguém admitia o povo brasileiro derrotando a oligarquia federal e seus métodos de imposição de candidatos. Eu infelizmente não participava da mesma euforia. Tinha certeza de que, para atingirmos nossos objetivos, ainda havia a percorrer um longo e áspero caminho de sacrifícios.*

A Revolução de 30 teve nascentes múltiplas. Ela teve origem na fraude eleitoral, foi alimentada pela perseguição do Catete ao governo da Paraíba e se vitalizou com o assassinato de João Pessoa, ocorrido em Recife, em 26/07/1930, pouco depois das 17 horas, na confeitaria Glória, conforme relata João Neves da Fontoura:<sup>11</sup>

9 Ibidem, p. 284.

10 Op. cit., p. 299.

11 Op. cit., p. 355.

*O Presidente paraibano fora, de automóvel, na manhã daquele dia à capital de Pernambuco a fim de visitar seu íntimo amigo dr. Cunha Melo, recolhido gravemente enfermo ao Hospital Centenário, daquela cidade. Como se comprovou mais tarde, o governo federal mandara trancar os telégrafos a fim de que o fato não fosse imediatamente conhecido no Rio Grande do Sul. Certamente por saber que em Porto Alegre, naquela noite, se encontrariam reunidos em torno de Oswaldo Aranha os principais líderes da Frente Única, ostensivamente partidários do levante armado. Uma irreprimível indignação explodiu entre quantos se encontravam no Clube do Comércio. Cerca de nove horas da noite quando saímos, enorme massa de povo estacionava na Praça da Alfândega clamando por um ato de completa reparação. Por um viril protesto de força, da nossa gente. Os discursos proferidos, como era natural, tiveram o cunho de extrema aspereza, tanto o de Oswaldo Aranha, como o de Flores da Cunha e o meu. Aranha exclamou intencionalmente: "Mais hoje, mais amanhã será vingada a morte de João Pessoa." Quando me tocou falar, declarei: "Estamos diante de um crime caracteristicamente armado sob a inocultável responsabilidade do poder central. Já que outros não podem manter a ordem republicana, frente aos desmandos do Catete, a nós, rio-grandenses, cabe fazê-lo. Toda a*

*cidade se achava presa da mesma febre de revolta."*

Borges de Medeiros aderiu à opção das armas e Oswaldo Aranha assumiu o comando das forças que iriam combater o Governo Central.

Pela primeira vez em sua história, o Rio Grande se unia, nas palavras de João Neves da Fontoura:<sup>12</sup>

*No Rio Grande, pela primeira vez em sua história aquela gente se moveu quase por unanimidade. Em 1835, se a bravura dos farroupilhas animava a paixão pela autonomia, de seu lado os imperiais davam as mesmas mostras de desprendimento e coragem.*

*Em 1930, o povo gaúcho realizava uma unidade milagrosa.*

*A dificuldade não residia em animar os tímidos, mas em moderar os audazes.*

O Dia D e a Hora H da Revolução de 30 são assim relatados por João Neves da Fontoura:<sup>13</sup>

*Tínhamos, pois, como definitivamente assentados o Dia D e a Hora H, isto é, 3 de outubro de 1930, às 5 da tarde.*

*Ao tomar conhecimento do fato, não tive outra emoção além da que se sente quando termina uma longa e angustiosa espera. Durante mais de um ano lutara por aquela solução.*

---

12 Ibidem. v. 2, p. 408.

13 Ibidem, p. 408.

*Vê-la aproximar-se não me poderia causar senão um grande alívio. Do que porventura sobreviesse, inclusive a derrota com suas conseqüências, sequer não cogitei. Debaixo de riscos vinhamos todos vivendo havia muito. De resto, na mocidade, a gente encara todos os acontecimentos com otimismo. Meu temperamento sempre foi, aliás, o oposto dos pessimismos amargos, às mais das vezes infundados. Viver é acreditar. Pelo menos para quem quer viver com alegria e construir.*

João Neves da Fontoura combate, no Dia “D”, em Cachoeira do Sul, onde foi exitosa a Revolução, como de resto país a fora conforme relatou Oswaldo Aranha em telegrama a João Neves da Fontoura datado de 06/10/30:

*Ainda não tive tempo para mandar-te e aos companheiros de Cachoeira meu abraço fraternal. Nem ao chefe querido e incomparável nada pude informar. Confio hajás feito tudo. Parece-me não errei nas previsões nem faltei aos compromissos assumidos. O Rio Grande levantou-se todo em 24 horas. Paraná e Santa Catarina são nossos. O Norte está em armas, com vários Estados em nosso poder. Minas, lutando. Mato Grosso, em movimento. Não poderemos mais ser vencidos. Ao dr. Borges de Medeiros, coluna moral da vitória, e a ti, baluarte irredutível do nosso ideal, abraço com efusão e fé.*

João Neves da Fontoura responde a Oswaldo Aranha nos seguintes termos:

*Os companheiros de Cachoeira, aos quais transmiti tuas desvanecedoras palavras, agradecem-nas afetuosamente, congratulando-se pela marcha triunfante do movimento, que tanto deve tua rara clarividência e inexcédível dedicação e esforço. Abraços.*

Um dia depois, 07/10/1930, João Neves da Fontoura recebe carta de Getúlio Vargas que abalaria as relações entre ambos para o resto das suas vidas.

Dizia a carta, cujo conteúdo reproduzo na íntegra, pela sua importância histórica:

*Porto Alegre, 07 de outubro de 1930 – Meu caro João Neves. Antes de mais nada, aceita calorosas felicitações pela forma brilhante e expedita como agiste no teu reduto. O golpe foi eficientíssimo e de relevante significação para completo êxito do plano, no Estado.*

*Desprezando a rapidez das comunicações telegráficas, resolvi escrever-te esta com o fim de levar ao teu conhecimento uma informação de natureza inteiramente reservada. Sabedor do que se trata confio, desde já, na tua aquiescência e estou certo da orientação da tua conduta, no sentido conveniente, pela dedicação que todos devemos ter à causa comum – dedicação que em ti jamais faltou.*

*Pretendo seguir, por estes poucos dias, para o campo de operações, no Paraná ou onde for preciso. Entendo que isso, além de um dever para mim, é indispensável no momento. Não é conveniente, porém, que, durante minha ausência, assumas o Governo, o qual deverá ser ocupado pelo*

*Oswaldo Aranha. Embora esteja certo da vitória, não posso prever o desenlace do movimento, quanto à sua direção suprema.*

*Assumido o Governo, ficarias impossibilitado, desde logo, para exercer o mandato de deputado. Isso, evidentemente, não seria aconselhável, de início, porque ficaríamos privados do líder da bancada, quando ainda não sabemos qual o rumo definitivo dos acontecimentos. É, pois, de inteira conveniência permaneceres aí, por enquanto, nada dizendo a respeito, para não inspirar qualquer dúvida de nossa parte. Agora, se eu, inicialmente, for chamado a assumir o Governo do país, passar-te-ei, de imediato, o do Rio Grande, mesmo porque um dos meus primeiros atos será dissolver esse Congresso, que não representa a opinião nacional. É isso o que desejo submeter ao teu conhecimento e apreciação, a fim de nos orientarmos com segurança e na harmonia de sempre, relativamente ao momento e suas inevitáveis consequências futuras. (a) Getúlio Vargas.*

Mas a revolução marchava de vento em popa e, a 12/10/30, Vargas assumia o alto comando das tropas que marchavam sobre a Capital da República.

Vargas partiu de Porto Alegre aclamado por multidões.

Ao passar pela Estação de Cachoeira, elogiou João Neves da Fontoura com as seguintes palavras:

*Vamos cumprir a palavra solenemente empenhada e, para a satisfação dela, levo comigo João Neves da Fontoura, o grande sementeiro da idéia revolucionária.<sup>14</sup>*

Apesar do estremecimento havido dias antes, João Neves da Fontoura embarca e viaja na composição principal. Da comitiva de cachoeirenses, “companheiros de luta”, como chamou João Neves da Fontoura, participou o meu avô, pai do meu pai, Antônio Peixoto Vieira da Cunha.

A revolução avançava e, em 24/10, Washington Luís era deposto.

Vitorioso, Getúlio indaga a João Neves da Fontoura quando assumiria o governo do Estado do RS, como que esquecendo os termos da sua carta de 07/10.

João Neves da Fontoura responde:

*Mas eu não vou assumi-lo, como te escrevi de Cachoeira logo depois de 3 de outubro. Tanto que te mandei meu ofício de renúncia à Vice-Presidência. Isso, aliás, já nem tem mais sentido, pois a revolução extinguiu toda a ordem constitucional do país.*

Em 03/11/30, a “Junta Pacificadora” empossou Vargas e, no dia 04/11, João Neves da Fontoura enviou ao governador Cipriano Ferreira, então presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, o seguinte telegrama:

---

14 Ibidem. v. 2, p. 443.



*Tenho a honra de levar ao conhecimento de Vossa Excelência que, nesta data, renuncio o mandato de Vice-Presidente do nosso Estado, mandato que me foi conferido a 25 de novembro de 1927 pelo sufrágio direto de nossos cidadãos. Rogo a Vossa Excelência que aceite e transmita a todos os deputados dessa colenda Assembléia as minhas homenagens.*

Os motivos da renúncia de João Neves da Fontoura eram os desencontros com o recém-empossado presidente Getúlio Vargas.

É ele quem diz:

*Desde certa altura da campanha presidencial, minhas desinteligências com o sr. Getúlio Vargas tornaram evidente que já não éramos os mesmos amigos reciprocamente confiantes. À proporção que as dificuldades se acentuavam, nossos pontos de vista quanto à conceituação da crise e seus remédios se distanciavam de maneira alarmante. O que antes nos unia depois nos separava. Eu não o entendia, e ele muito menos a mim.<sup>15</sup>*

Mas Getúlio não desistira de ter João Neves da Fontoura a seu lado. Uma nova conversa entre ambos, com Getúlio já no Palácio do Catete – é assim narrada por João Neves:

*Eu o ouvi sem interrompê-lo. Não demorou a prosseguir, afirmando que,*

*por todos os motivos, eu não podia ficar ausente das responsabilidades do poder instituído pela revolução. Renovou-me o apelo para que fosse exercer o governo do Rio Grande.*

*Calmamente, sem o menor espírito polêmico, respondi-lhe que aquela minha deliberação estava consumada e que eu não a reconsideraria, pelos motivos que sumariamente lhe expus.*

*Tornando a falar, disse-me Vargas: “Nesse caso, faço-te uma outra proposta, e a faço com o pleno acordo do Oswaldo Aranha: tu irás para a Pasta da Justiça, e ele para a presidência do Rio Grande.*

*Agradei a ambos o convite, mas com a mesma firmeza o rejeitei com estas palavras: “Se eu aceitasse, sairíamos mal os três. Eu, porque seria tido como um ambicioso que bateu o pé para chegar ao Ministério. O Oswaldo, porque foi obrigado a ceder. E tu, porque não tiveste autoridade para conter-me”.*

*Ajuntei que, além de tudo, eu queria mesmo recolher-me à vida profissional, trabalhar, preparar o futuro da minha família e refazer-me das lutas que me haviam esgotado.*

*Conversamos ainda largo tempo amistosamente. Pouco antes de sair, disse-me que, pelo menos, já que eu ia exercer a advocacia, aceitasse o cargo de consultor jurídico do Banco do Brasil, cargo que eu tinha plena competência para desempenhar e que não dependia da política. Perguntei-lhe: “Mas vais porventura demitir o Carvalho de Mendonça para eu ocupar o lugar dele?” Contestou-me*

<sup>15</sup> Ibidem, p. 474.

*que não, que Mendonça falecera durante o curso da revolução, e não fora substituído.*

*Não querendo acrescentar outra negativa, para a qual não haveria aparente cabimento, pedi-lhe prazo para refletir. Quando altas horas regresssei à casa, depois desse encontro, estava grandemente satisfeito. Tinha atingido meu objetivo principal, sem quebra das relações pessoais com Vargas. Sinceramente, apesar de tudo, eu não desejava senão conservá-las. Jamais rompê-las por ato meu.<sup>16</sup>*

João Neves da Fontoura acabou aceitando o convite para ser consultor jurídico do Banco do Brasil no Governo Vargas.

Logo depois, em 1932, romperia novamente com Vargas, tomando partido dos constitucionalistas paulistas no levante daquele ano.

A derrota da causa levou-o ao exílio durante quase dois anos.

Regressou após a vigência da Constituição de 1934, tendo sido deputado federal em 1935/37, eleito para ocupar a 2ª cadeira da Academia Brasileira de Letras em 1937, embaixador na França em 1942 e Embaixador em Portugal em 1943/45.

Deposto em 29/10/1945, Getúlio Vargas tentou fazer de João Neves da Fontoura o seu candidato a presidente da República.

João Neves da Fontoura narra este fato histórico em suas “Memórias”:

*Não governei o Rio Grande, depois de 1930, porque não quis. E, em 1945, cheguei a ter nas mãos minha candidatura à presidência da República, que Vargas, em duas insistentes cartas, me propunha, do seu retiro de São Borja, para onde se recolhe em seguida à deposição de 29 de outubro. Naquelas mensagens, ele se declarava decidido a percorrer o país, aconselhando o povo a dar-me os seus votos.*

*Em 1929 – escreveu numa delas – eu fui o candidato, tu foste o líder. Agora, tu serás o candidato, e eu o líder.*

*No pé em que as coisas se achavam, tudo indicava que meu nome sairia vitorioso das urnas, tanto mais que eu voara dias antes ao Rio Grande, e lá o PSD gaúcho, então em plena pujança, me nomeara seu líder no âmbito federal. Ainda assim, recusei tenazmente o oferecimento e empreguei todos os meus dons de convencimento, junto de Vargas, para ele apoiar o gen. Eurico Dutra, o que afinal consegui, garantindo a este o retumbante êxito de 2 de dezembro, isto é, maioria absoluta.<sup>17</sup>*

Eleito Dutra, João Neves da Fontoura foi seu ministro das Relações Exteriores, cargo que continuou a exercer no governo democrático de Vargas, entre 1950 e 1953, até o

<sup>16</sup> Ibidem. v. 2, p. 477.

<sup>17</sup> Op. cit., p. 390.

rompimento definitivo, assim relatado por João Neves:

*A mim nunca me bastou que o chefe do partido ou o do governo confiassem em mim. A recíproca sempre me pareceu indispensável. Foi por essa razão fundamental, que, em junho de 1953, me exonerei da pasta das Relações Exteriores, na última presidência Getúlio Vargas, embora não houvesse ocorrido qualquer incidente ou fato que me impusesse aquela irrevogável iniciativa. É que, infelizmente, alguma coisa se quebrara – e para sempre – entre nós dois: a confiança mútua.<sup>18</sup>*

Vargas, porém, mais uma vez não se conformara com o afastamento de João Neves. Tentou a reconciliação quinze dias após, sem sucesso, no episódio descrito às páginas 175-176 das *Memórias*:<sup>19</sup>

*O estremecimento de Vargas com um companheiro era a véspera de novo namoro para reconquistá-lo.*

*Até comigo isso esteve a pique de acontecer mesmo depois que me exonerei da pasta das Relações Exteriores, em junho de 1953. Saí serenamente, sem bater com os pés nem com as portas, mas saí farto – e para sempre – do círculo Vargas. A segunda tentativa de colaborar com ele fora ainda pior do que a primeira*

*(1929-1930). Sem rancor, mas – repito – fui embora para sempre.*

*Uns quinze dias após, tocou-me o telefone um velho amigo, avisando de que eu iria receber convite para um almoço na Sociedade Hípica. Seria um almoço para doze pessoas, presidido por Vargas. Estranhei a notícia, e nada disse. Meia hora depois, telefonou-me o presidente da Hípica, formulando o tal convite. De início, pediu-me desculpas de fazê-lo com tão pouca antecedência (era para o dia seguinte), mas, explicou, a culpa cabia ao Palácio do Catete que só naquele momento lhe mandara a lista dos convivas, entre os quais figurava o meu nome. Não me dei por achado, e lamentei a impossibilidade de aceitá-lo, devido a compromisso anterior com uma embaixada. Compromisso que nunca existiu.*

O suicídio de Vargas, porém, a 24/08/54, pouco mais de ano depois, não mais permitiria a reaproximação dos dois grandes homens públicos.

Sobre o tiro no peito de Getúlio, assim se manifestou João Neves da Fontoura:<sup>20</sup>

*Quando, na manhã de 24 de agosto de 1954, me chegou a notícia de que ele se suicidara, minha consternação foi imensa, embora o desfecho não me surpreendesse pelos motivos que estou mencionando.*

<sup>18</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>19</sup> Op. cit., p. 175-176.

<sup>20</sup> MEMÓRIAS. v. 2, p. 418.

*Dele eu me separara coberto de razões. Nem por isso deplorei menos o seu fim: nem deixei de render-lhe, no íntimo, sincera homenagem às virtudes que não lhe poderiam ser negadas, aos serviços que prestara ao país, aos males que evitara. Em horas emocionais, só se faz o balanço positivo das qualidades e boas obras. Os defeitos, erros, faltas e imperfeições ficam para o julgamento da História.*

Era, agora sim, a separação definitiva entre ambos.

Pelo menos até 31 de março de 1963, quando, na mesma cidade do Rio de Janeiro, a morte também levou João Neves da Fontoura.

Getúlio Vargas, com certeza, recebeu João Neves da Fontoura no lugar para onde vão os que aqui na terra fazem História.

Os dois ilustres ex-alunos da nossa querida e centenária Faculdade de Direito da UFRGS, a esta altura, acho, já tiveram o tempo necessário para uma nova reconciliação.

São essas as contribuições que trago a este Ciclo de Conferências, honradíssimo e muito agradecido pela oportunidade de fazer parte – modestamente – do seletivo grupo de painelistas deste evento.

Pela atenção de todos, obrigado.



# O conceito jurídico de consumidor nos países do Mercosul

Daniela Silva Fontoura de Barcellos\*

## INTRODUÇÃO

A concepção que cada sociedade tem do Direito é resultado da configuração das esferas social, política e econômica. Por isso, têm sido cada vez mais frequentes os debates<sup>1</sup> a respeito das transformações atuais sofridas pelo Direito Privado, especialmente influenciadas pela consolidação do capitalismo como sistema e pela modificação das formas de organização estatal.

Dentre os fenômenos econômicos que provocaram alterações no perfil do Direito Civil atual destaca-se a industrialização. Esta, ao gerar os processos de produção, distribuição e consumo em massa, trouxe consigo a necessidade de mecanismos reguladores<sup>2</sup> capazes de dar soluções eficazes a uma realidade dinâmica e massificada.

Nesse contexto, como resposta à situação de desigualdade dos cidadãos no papel de consumidores frente a profissionais das mais diversas áreas,

---

\* Bacharel e mestre em Direito pela UFRGS, professora de Direito Civil e do Consumidor na graduação e na pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis, doutoranda em Ciência Política na UFRGS.

1 A esse respeito, veja: GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-55.

2 No período inicial da industrialização, DURKHEIM ressaltara que o desenvolvimento da economia necessitava de um correspondente grau de complexidade das regras jurídicas e morais. Nesse sentido, o sociólogo visualizou a criação de dois novos ramos do direito: o do Trabalho, que surge em seguida, e o do Consumidor, que se desenvolveu aproximadamente cem anos mais tarde. (DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. 5 v.).

surge o Direito do Consumidor. Este novo ramo jurídico, verdadeiro microsistema legislativo,<sup>3</sup> parte da constatação de uma desigualdade específica dos cidadãos,<sup>4</sup> e adota uma lógica própria em suas normas, possuindo inclusive doutrina e jurisprudência particularizadas. Ademais, altera profundamente a relação contratual, vinculando não apenas o fornecedor contratante, mas também responsabilizando os demais participantes da cadeia produtiva.

No âmbito do Mercado Comum do Sul, assim como nos demais processos de integração,<sup>5</sup> há uma progressiva tendência à padronização jurídica, especialmente na esfera contratual, em que se desenvolvem as principais operações econômicas.<sup>6</sup> O presente artigo objetiva analisar o regime de proteção ao consumidor nas legislações internas dos países integrantes do Mercosul. O tema concentra-se no sujeito protegido, ou seja, no consumidor enquanto partícipe de uma relação jurídica, uma vez que a opção

dos quatro países - Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai - foi o desenvolvimento de uma legislação concentrada na posição do mais frágil na cadeia produtiva.

A análise comparada que se pretende realizar é motivada, sobretudo, pela iniciativa de unificação do Direito do Consumidor no Mercosul, através de um protocolo único que pretendia revogar as legislações internas de seus países integrantes. Partindo do pressuposto de que qualquer espécie de harmonização legislativa passa, antes de tudo, pelo conhecimento aprofundado das legislações objeto de análise, o presente trabalho procura refletir a respeito da adequação de tal empreendimento. Para isso, em um primeiro momento, abordam-se as iniciativas existentes em matéria de legislação supranacional no âmbito do Mercosul. Em seguida, comparam-se as legislações brasileira, argentina, paraguaia e uruguaia, com a finalidade de visualizar os modelos legislativos existentes para, enfim, colocar em foco

---

3 Um microsistema legislativo caracteriza-se por ter a matéria mais importante em autênticos estatutos especiais separados do Código Civil ou Comercial e por possuir suas próprias fontes de criação normativa. (LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 46).

4 *Ibidem*, p. 47.

5 A esse respeito vide: WILL, Michael R. Mercado Comum e Harmonização do Direito Privado. In: *MERCOSUL e a Comunidade Européia: uma abordagem comparativa*. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1994, p. 64 et seq.

6 No dizer de ROPPO, os contratos são vistos em função da operação econômica, da qual o mesmo é seu invólucro ou veste exterior. (ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988, p. 9).

as regularidades estruturais<sup>7</sup> encontradas, bem como as peculiaridades de cada sistema jurídico. Nessa medida, buscaram-se identificar as notas distintivas<sup>8</sup> do conceito de consumidor em cada um desses países.

## PARTE I - PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NOS PAÍSES DO MERCOSUL

### A. Panorama da defesa do consumidor no Mercosul

O Mercosul é um dos blocos econômicos que nasce no pós-guerra, fruto de uma tendência em considerar insuficientes as iniciativas solitárias dos Estados nacionais no plano internacional. Formado por quatro países sul-americanos e fronteiriços – Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai - o Mercosul foi instituído pelo Tratado de Assunção em 26 de março de 1991. Após a implantação de uma zona de livre comércio, iniciou-se o processo de padronização das tarifas externas. Com uma união aduaneira até o momento imperfeita, o Mercosul tem como meta a implementação da livre circulação de serviços, pessoas e capitais, até tornar-

se, enfim, um verdadeiro mercado comum.

A fim de atingir este ambicioso objetivo, cuja maior repercussão, sem dúvida, dar-se-á na esfera econômica, é necessária uma estruturação da esfera jurídica. Por essa razão, o art. 1º do Tratado de Assunção afirma que:

Este Mercado Comum implica [...] o compromisso dos Estados partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.

Dentre as inúmeras áreas que poder-se-ia considerar relevantes à integração, está a da matéria referente ao Direito do Consumidor. De acordo com Marques,<sup>9</sup> regras internacionais sobre Direito do Consumidor interessam à competitividade do mercado interno e à competitividade internacional de um país ou bloco, pois traçam o nível de qualidade e segurança de produtos e serviços e contribuem para uma concorrência leal, bem como para uma melhor relação entre consumidores e fornecedores. Por essa razão, em abril de 1993 foi instituída a Comissão de Estudos sobre Direito do

---

7 SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 35-36.

8 LARENZ, Karl. *Metodologia na Ciência do Direito*. 2. ed. Lisboa: Calouste, 1989, p. 535.

9 MARQUES, Cláudia Lima. Regulamento comum de defesa do consumidor do Mercosul: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 80. jul-dez/1997.



Consumidor, inserida no subgrupo n.º 10 do Grupo Mercado Comum (GMC).

No ano de 1994, o GMC editou a Resolução 126/94, dispondo no art. 1º que, antes da aprovação de um Regulamento Comum, cada país aplicará sua legislação em matéria de defesa do consumidor e regulamentos técnicos pertinentes aos produtos e serviços comercializados em seu território. Tal resolução modifica a tarefa inicial da Comissão que era a de produzir “um grupo de normas que estabelecessem um patamar mínimo comum, normas básicas e não exaustivas para a proteção comum do consumidor nos quatro países”, como havia determinado a Ata n.º 08/97,<sup>10</sup> de 29 de novembro, do Comitê Técnico n.º 7 da Comissão de Comércio. De acordo com Marques,<sup>11</sup> a Resolução 126/94

provocou um verdadeiro desvirtuamento da tarefa inicialmente atribuída à Comissão de Estudos de Direito do Consumidor, uma vez que:

altera-se o nome e o espírito da legislação a ser elaborada pelo Subgrupo n.º 10, passando a ser uma norma comum, não necessariamente básica, podendo ser exaustiva [...]

Percebe-se, portanto, que houve no Mercosul uma tentativa de unificação<sup>12</sup> das legislações dos quatro países, através do Projeto de Protocolo de Defesa do Consumidor do Mercosul. Motivado por manifestações da sociedade civil,<sup>13</sup> pelas tendências internacionais,<sup>14</sup> e pela importância que atribuiu ao tema,<sup>15</sup> o Brasil, contrariando os demais países membros, recusou o projeto de protocolo e decidiu adiar a votação na

---

10 ATA n.º 08/97, de 29 de novembro, do Comitê Técnico n.º 7 da Comissão de Comércio. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23-24, p. 519-531, jul-dez/1997.

11 MARQUES, op. cit., p. 80-81. A esse respeito veja também: MANIFESTAÇÃO do Brasilcon sobre o projeto de Protocolo de 7 de dezembro de 1997. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, jul-dez/1997, p. 539.

12 O processo de unificação legislativa consiste na criação de uma norma jurídica única, que passa a valer para todos os países partícipes, geralmente viabilizados através de um tratado internacional. (SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 30).

13 Sobretudo o Brasilcon – Instituto de Política e Direito do Consumidor. A esse respeito, a entidade publicou um estudo aprofundado sobre a situação, intitulado “Manifestação...”, p. 536-560.

14 A União Européia vem procedendo a regulação em direito do consumidor através de legislação mínima e de caráter extremamente social. (MARQUES, Regulamento..., p. 81.)

15 Vide Ata 07/97 da Comissão de Comércio do Mercosul., p. 532-533.

Reunião de Montevidéu de 10 de dezembro de 1997.

O referido projeto revoga as resoluções temáticas parciais em matéria de consumo, dentre as quais se encontra a Resolução 123/96, de 13 de dezembro de 1996, a respeito dos conceitos básicos das relações de consumo. Antes de proceder a uma tentativa de unificação em matéria de consumo, faz-se necessária a reflexão a respeito de alternativas existentes a fim de não provocar o rebaixamento da proteção no âmbito nacional,<sup>16</sup> como seria, notadamente, o caso do Brasil.

Proponho-me, portanto, a um estudo prévio sobre o funcionamento da proteção ao consumidor na legislação interna dos integrantes do Mercosul, de seu contexto de surgimento e de sua posição no ordenamento, especialmente em relação às constituições de cada país.

## **B. A realidade interna da defesa do consumidor**

Pertencentes à família romano-germânica,<sup>17</sup> os países do Mercosul caracterizam-se por possuir um grau de diversidade fraco, o que possibilita, segundo Fromont,<sup>18</sup> a comparação de um conjunto de regras aplicáveis a uma determinada relação jurídica, como é o caso do Direito do Consumidor.

O surgimento da proteção ao consumidor, na América Latina, ocorreu no período de redemocratização, entre 1974 e 1990. As constituições nascidas a partir de então foram denominadas por Cappelletti<sup>19</sup> como “de segunda geração”, por contemplarem em seu texto a proteção aos consumidores e, em geral, a tutela dos interesses difusos. Destarte, a exemplo de precursores como

---

16 Vide, por exemplo, a opinião de MARQUES, op. cit., de LUCCA, Newton de. A proteção do consumidor e o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 29-36, out./dez. 1994. e de DALL'AGNOL JÚNIOR, Antônio Janyr. Cláusulas abusivas: a opção brasileira. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, n. 60, v. 21, p. 12, mar/1994.

17 A divisão em famílias jurídicas foi um recurso didático utilizado por DAVID para facilitar o agrupamento dos países, de acordo com características comuns. A família romano-germânica possui, dentre outras características, uma influência do ensino universitário do direito romano, da escola do direito natural e, mais tarde, da codificação. (DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 3. ed. Tradução Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 17-18).

18 FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 2 ed. Paris: Dalloz, 1994, p. 1.

19 CAPPELLETTI, Mauro. O Acesso dos Consumidores à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 62, p. 205-220, abr-jun/1991.

Portugal<sup>20</sup> e Espanha,<sup>21</sup> três dos quatro países do Mercosul inseriram a defesa do consumidor em suas Constituições: Brasil, Argentina e Paraguai.

A Constituição brasileira de 1988 dá especial destaque à defesa do consumidor inserindo-a como direito fundamental<sup>22</sup> e como princípio constitucional.<sup>23</sup> Além disso, há previsão expressa no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para a redação do Código de Defesa do Consumidor.

Já a Argentina refere a proteção do consumidor como um dos “novos direitos e garantias”<sup>24</sup> em sua Constituição reformada em 1994. Esta declara em seu art. 42 que:

Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a libertad de

elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios de las provincias interesadas, en los organismos de control.

Assim, uma das peculiaridades da Constituição argentina de 1994 é a declaração dos direitos do consumidor em seu próprio texto.

---

20 *Constituição Portuguesa de 1982, revisada em 1989. art. 102*: “a proteção dos consumidores é um dos objetivos da política comercial.” In: CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1984, v. 1, p. 47.

21 *Constituição Espanhola de 1978, art. 51*: “os poderes públicos garantirão a defesa dos consumidores e usuários protegendo, mediante procedimentos eficazes, a segurança, a saúde e os legítimos interesses econômicos dos mesmos”.

22 *CF-88, art. 5º XXXII*: “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

23 *CF-88, art. 170, V*: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [V.V.V.V.] V- defesa do consumidor”.

24 Esse é o título do capítulo segundo da Constituição argentina, logo após o capítulo intitulado “declarações, direitos e garantias”.

A Constituição Paraguaia de 1992, por sua vez, apesar de reconhecer a defesa do consumidor não é tão enfática, possuindo mecanismos indiretos de proteção, tais como os referentes aos interesses difusos (art. 38<sup>25</sup>) e ao controle da qualidade dos produtos alimentícios, químicos, farmacêuticos e biológicos (art. 72<sup>26</sup>).

Diferentemente dos demais, o Uruguai não contemplou a defesa do consumidor no texto constitucional de 1997. Coincidentemente, foi o último a elaborar lei específica sobre o tema. Ademais, a Lei 17.189, de 7 de setembro de 1999, é a única que tem como tema, “Normas relativas a las relaciones de consumo”, enfatizando a espécie de relação jurídica e não o sujeito mais fraco.

Em um nível de proteção oposto está o Brasil, que dez anos antes foi o precursor em matéria de defesa do consumidor na região. É de 11 de setembro de 1990 a Lei n.º 8.078/90,

intitulada Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Quatro anos depois, surge na Argentina a Lei 24.240, sancionada em 22 de setembro de 1993, denominada Ley de Defensa del Consumidor. De acordo com Vasquez e Romera<sup>27</sup> ao referir logo no art. 1º que “La presente ley tiene por objeto la defensa de los consumidores o usuarios” o legislador torna claro não apenas o objeto da lei, mas também que seu escopo é a tutela do consumidor tido como vulnerável.

Passados exatamente mais quatro anos, o Paraguai apresenta sua Lei n.º 1.334/98, denominada Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario. A mesma, assim como as leis argentina e brasileira, declara em seu art. 1º que:

La presente ley establece las normas de protección y de defensa de los consumidores y usuarios, en su dignidad, salud, seguridad e intereses económicos.

---

25 *Constitución Paraguaia de 1992, art. 38*: “Del Derecho a la Defensa de los Intereses Difusos: Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a reclamar a las autoridades públicas medidas para la defensa del ambiente, de la integridad del hábitat, de la salubridad pública, del acervo cultural nacional, de los intereses del consumidor y de otros que, por su naturaleza jurídica, pertenezcan a la comunidad y hagan relación con la calidad de vida y con el patrimonio colectivo”.

26 *Constitución Paraguaia de 1992, art. 72*: “Del Control de Calidad - El Estado velará por el control de la calidad de los productos alimenticios, químicos, farmacéuticos y biológicos, en las etapas de producción, importación y comercialización. Asimismo facilitará el acceso de factores de escasos recursos a los medicamentos considerados esenciales”.

27 VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.; ROMERA, Oscar Eduardo. *Protección y defensa del consumidor*: Ley 24.240. Buenos Aires: Depalma, 1994, p. 3-4.

Através de uma primeira aproximação, percebe-se uma tendência dos quatro países a dar um fundamento constitucional à defesa do consumidor, excetuando-se apenas o Uruguai.

Quanto a semelhanças encontradas na totalidade dos países, destacam-se duas. A primeira é que, em matéria de consumo, todos optaram pelo modelo intervencionista estatal.<sup>28</sup> Este consiste na presença de normas imperativas emanadas do Estado para controlar o relacionamento entre consumidor e fornecedor.

A segunda parecença é a promulgação de lei específica em matéria de consumo, contendo normas e princípios voltados para o tema. E, justamente por possuírem a mesma opção de proteger o sujeito em um único corpo legislativo, é que se faz útil analisar o conceito de consumidor apresentado nas respectivas leis.

## PARTE II - À PROCURA DE UM CONCEITO COMUM: PONTOS DE COMPARAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS LEGAIS

Segundo Alterini,<sup>29</sup> a noção de consumidor e a idéia de sua proteção são derivadas de uma concreta *ratio*

*legis*: a inferioridade dos leigos em relação aos profissionais, que têm uma superioridade considerável nas relações contratuais, em especial, nas que enlaçam os produtores e distribuidores, de um lado, e os consumidores de outro.

As quatro legislações nacionais dos países pertencentes ao Mercosul optaram por incluir conceitos legais de consumidor, fornecedor produtos e serviços e de relação de consumo, este último, com exceção do Brasil.

Sendo o consumidor o sujeito central das legislações consumeristas, é esta definição que:<sup>30</sup>

estabelecerá a dimensão da comunidade ou grupo a ser tutelado e, por esta via, os limites da aplicabilidade do Direito Especial. Conceituar o consumidor, em resumo, é analisar o sujeito da relação jurídica de consumo tutelada pelo Direito do Consumidor.

Passo, portanto, a análise deste conceito nas legislações internas.

### A. O conceito de consumidor na legislação interna dos países do Mercosul

A lei brasileira 8.078/90, além de ser a única com *status* de código, é a que

28 A expressão é retirada de BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. Introdução. In: GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.] *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 7).

29 ALTERINI, Atilio Aníbal. Control de la publicidad y comercialización. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.12, p. 12-16, jul-set/1995.

30 BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 628, p. 69-79, fev/1988.

apresenta uma maior abrangência protetiva. Dentre os fatores que contribuem para isso, destaca-se o fato do conceito legal de consumidor ser plurívoco,<sup>31</sup> não tendo um sujeito único como destinatário de suas normas.

O conceito adotado no Código Brasileiro de Proteção e Defesa do Consumidor pode ser dividido em dois: consumidor padrão e consumidor-equiparado. Ao consumidor padrão são garantidos todos os direitos presentes na lei, enquanto aos equiparados é dada uma proteção restrita a determinadas seções ou capítulos.

O conceito de consumidor padrão é expresso no art. 2º, *caput*, do CDC: “consumidor é toda a pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Já quanto aos consumidores equiparados, há três conceitos na lei: o do art. 2º, parágrafo único, o do art. 17 e o do art. 29. O art. 2º equipara a consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

O art. 17 estende o regime de responsabilidade civil do CDC a “todas as vítimas do evento”, ainda que não sejam consumidoras em sentido próprio. Por fim, o art. 29, amplia a proteção em relação a práticas comerciais e contratuais a “todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”. Dall’Agnol<sup>32</sup> sintetiza o pensamento da boa doutrina brasileira quanto à única restrição de aplicação do CDC no que tange aos dispositivos contratuais e comerciais: que o contratante beneficiado por sua incidência seja um vulnerável.

Quanto a outros critérios necessários para a incidência do Código brasileiro, destacam-se a presença de um fornecedor, caracterizado como um profissional,<sup>33</sup> e a de produto<sup>34</sup> ou serviço,<sup>35</sup> como objeto, este último, somente quando remunerado.

A Argentina define consumidor em dois momentos distintos na Lei de Defesa do Consumidor e no seu Decreto Regulamentador. Assim conceitua o art. 1º da Lei 24.240/93 (LDC):

---

31 A expressão acertada é de LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor: perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 38.

32 DALL’AGNOL, Antonio Janyr. “Integração econômica e defesa do consumidor: Regulamento do Mercosul”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 22, p. 103, abr-jun/1997.

33 CDC, art. 3º, *caput*: “Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolve atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

34 CDC, art. 3º, § 1º: “Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”.

35 CDC, art. 3º, § 2º: “Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista” (grifo da autora).

[...] Se consideran consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que contratan a título oneroso para su consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar o social: a) La adquisición o locación de cosas muebles; b) La prestación de servicios; c) La adquisición de inmuebles nuevos destinados a vivienda, incluso los lotes de terrenos adquiridos con el mismo fin, cuando la oferta sea pública y dirigida a personas indeterminadas.

Já o art. 2º da mesma lei apresenta uma definição negativa de consumidor:

No tendrán el carácter de consumidores o usuarios quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

Por sua vez, o Decreto 1.798, de 1994, amplia a conceituação de consumidor ao estabelecer em seu art. 1º:

Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación

a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo muestras gratis).

Excluem-se do âmbito da LDC argentina os serviços prestados por profissionais liberais, contratos entre consumidores, e imóveis usados ou destinados a instalação profissional.<sup>36</sup>

No Paraguai, a Lei 1.334/98, de “Defensa del consumidor y del usuario”, apresenta a seguinte definição em seu art. 4º, letra “a”:

Consumidor y usuario: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera que adquiera, utilice, o disfrute como destinatario final de bienes o servicios de cualquier naturaleza.

Em seguida, define fornecedor apresentando como requisito o recebimento de remuneração,<sup>37</sup> excluindo os profissionais liberais.<sup>38</sup> Como objeto, restringe os produtos<sup>39</sup> àqueles destinados ao uso pessoal familiar, e os serviços aos remunerados, excetuando os de natureza trabalhista.<sup>40</sup>

36 Ley 24.240/93, art. 2º.

37 Art. 4º, letra “b”: “Proveedor: a toda persona física o jurídica, nacional o extranjera, pública o privada que desarrolle actividades de producción, fabricación, importación, distribución, comercialización, venta o arrendamiento de bienes o prestación de servicios a consumidores o usuarios, respectivamente, por los que cobre **un precio o tarifa**” (grifo da autora).

38 Ley 1.334/98, art. 4º, letra “d”, *in fine*.

39 Ley 1.334/98, art. 4º, letra “c”: Productos: a todas las cosas que se consumen con su empleo o uso y las cosas o artefactos de **uso personal o familiar** que no se extinguen por su uso” (grifo da autora).

40 O art. 4º, letra “d”, da Ley 1.334/98 possui redação idêntica ao art. 3º, § 2º do CDC brasileiro.

Por fim, temos a definição da jovem Lei uruguaia 17.189/99, inspirada no Projeto de Protocolo Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul:

Consumidor es toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza productos o servicios como destinatario final en una relación de consumo o en función de ella.

No se considera consumidor o usuario a aquél que, sin constituirse en destinatario final, adquiere, almacena, utiliza o consume productos o servicios con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación o comercialización.

Exclui os serviços de natureza trabalhista. Os serviços devem ser remunerados,<sup>41</sup> mas os produtos e serviços gratuitos oferecidos em função de um eventual vínculo equiparam-se às relações de consumo.<sup>42</sup>

Após a apresentação dos conceitos legais de consumidor, passemos à exposição de seus caracteres distintivos, bem como à análise de

semelhanças e diferenças dos conceitos nos quatro países do Mercosul.

### **B. Caracteres construtivos da noção de consumidor: convergências e divergências**

A partir da concepção legal dos quatro países integrantes do Mercosul, percebe-se como relevante ao conceito jurídico de consumidor sua “delimitação subjetiva individual”,<sup>43</sup> dotada de três elementos subjetivos.

1. Pessoa física ou jurídica: A despeito das tendências européias que, por vezes, restringem o consumidor à pessoa física,<sup>44</sup> as quatro legislações estendem à pessoa jurídica a proteção como consumidora.

Vázquez Ferreyra e Romera,<sup>45</sup> comentando a Lei argentina, afirmam que a expressão pessoa jurídica está sendo utilizada em sentido amplo, em oposição à pessoa de existência visível.<sup>46</sup> Por tal expressão

41 Lei 17.189/99, art. 5º, *in fine*.

42 Lei 17.189/99, art. 4º, *in fine*.

43 Sistematização criada por LORENZETTI, Ricardo Luís. La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del Mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 14, jan-mar/1997.

44 De acordo com BOURGOIGNIE, a exclusão das pessoas morais é a hipótese mais freqüente encontrada na doutrina e na legislação (BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 49, abr-jun/1993).

45 VÁZQUEZ FERREYRA; ROMERA, *Protección...*, p.6.

46 O Código Civil Argentino segue a classificação do Esboço de Teixeira de Freitas ao utilizar a oposição pessoas de natureza visível e pessoas de natureza ideal, equivalentes respectivamente a pessoas físicas e jurídicas. (veja: Código Civil Argentino arts. 31 e 32).



compreendem-se as sociedades, as associações, fundações, pessoas jurídicas propriamente ditas, ou seja, todas as pessoas de existência ideal.

No Brasil, entende-se que a pessoa jurídica receberá a proteção do CDC somente se estiver na condição de fragilizada no mercado de consumo. É nesse sentido que o STJ vem reconhecendo a presença de relação de consumo entre um fornecedor e um consumidor pessoa jurídica. Exemplo disso<sup>47</sup> é o caso em que se reconhece o *status* de consumidor a uma empresa que comercializa pescados em relação à empresa concessionária de fornecimento de água.

Já no Uruguai e no Paraguai, parece que os critérios são análogos, não havendo restrição à atividade da pessoa jurídica. O que se exige sempre é que à relação jurídica, para ser de consumo, se dê entre um fornecedor e uma pessoa jurídica, adquirente ou usuária de produto ou serviço fora de sua atividade fim.

2. Adquirente ou usuário: Embora todas as legislações refiram-se a adquirentes ou a usuários, percebe-se

que há um entendimento diferenciado quanto à extensão das duas expressões.

No Paraguai, “usuário” é sinônimo de consumidor, tanto é que o art. 4º da Lei 1334/98, apresenta a definição de “consumidor e usuário”. Mais adiante, define relação de consumo:

La relación jurídica que se establece entre quien, a título oneroso, provee un producto o presta un servicio y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final.

As leis argentina e uruguaia vinculam o consumidor, adquirente ou usuário a uma relação jurídica. A expressão “*quien contrata*”, utilizada na LDC argentina, é empregada no sentido de restringir a utilização dentro de uma relação contratual. Por isso, de regra, a expressão “usuário” parece estar vinculada apenas ao consumidor de serviços dotado de relação jurídica com o fornecedor. É o que se depreende do comentário de Vázquez Ferreyra e Romera.<sup>48</sup>

Al mencionar la prestación de servicio la ley alude a un amplísimo

---

47 “Administrativo. Empresa concessionária de fornecimento de água. Relação de consumo. Aplicação dos arts. 2º e 42, parágrafo único, do CDC. Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público à empresa que comercializa pescados. A empresa utiliza o produto como consumidora final. Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º do CDC. Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único do CDC. Recurso Provido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RESP.n. 263299. Relator: Min. José Delgado. J. 14 nov. 2000, unânime. DJU 09 abr. 2001).

48 VÁZQUEZ FERREYRA; ROMERA, *Protección...*, p. 7.

campo de actividades que son aproveitados por los usuarios.

Contudo, com a Lei argentina 24.999/98, que reformou a “*Ley de defensa del consumidor*”, alguns artigos, antes vetados, foram reincorporados ao texto, destacando-se especialmente o art. 40 que atribui solidariedade a todos os fornecedores da cadeia produtiva.

No Brasil, as expressões adquirente e usuário parecem abarcar um maior número de situações. Se, de um lado, adquirente é o que estabelece uma relação jurídica com o fornecedor, o usuário é compreendido de forma ampla, não ficando adstrito a um contrato. Assim, o CDC exclui o elemento de natureza contratual, abrangendo situações em que o consumidor se encontra numa situação extracontratual. Este entendimento é sintetizado por Bourgoignie:<sup>49</sup>

A definição de consumidor deve compreender todo o usuário de um produto ou serviço, sem ter que considerar a natureza da relação jurídica ocorrida pela transferência do bem ou

da prestação, nem mesmo a existência de tal transação.

3. Destinatário final: A destinação final também é ponto comum de todas as legislações. Ser destinatário final significa estar graficamente situado como último elo da cadeia de consumo, ou seja, os bens e serviços serão produzidos para a distribuição ou utilização de forma imediata ou continuada para benefício próprio, familiar ou social. E é justamente neste sentido que os países do Mercosul utilizam a expressão.

4. Não profissional: além disso, deve-se entender, o consumidor como um não-profissional,<sup>50e51</sup> que adquire os bens de consumo para uso individual, familiar ou privado. Quando tratar-se de pessoa jurídica ou pessoa física empresária, a mesma deverá estar adquirindo ou utilizando produtos e serviços fora de sua atividade profissional e apresentar-se vulnerável frente ao outro contratante. Assim, excluem-se implicitamente nas legislações brasileira e paraguaia, e expressamente nas leis argentina e uruguaia,

---

49 BOURGOIGNIE, Thierry. O conceito de abusividade em relação aos consumidores e a necessidade de seu controle através de uma cláusula geral. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 8, abr/jun. 1993.

50 e 51 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no CDC*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 99 e ALMEIDA, Carlos Ferreira. Os direitos dos consumidores. Coimbra: Almedina, 1982, p. 215.) “Já se viu que o consumidor é um não-profissional ou quem como tal atua, isto é, fora do âmbito da sua actividade profissional.

os consumidores-empresários<sup>52</sup> que consomem bens ou serviços para integrá-los em processos de produção, transferência, comercialização ou prestação a terceiros.

5. Mais fraco: Outra importante característica comum é o restabelecimento do equilíbrio entre os contratantes através da proteção da parte mais fraca. Por isso, a doutrina argentina almeja a tutela do “más débil”, enquanto a lei brasileira, presume o consumidor ora como mais fraco, seja através do princípio da vulnerabilidade – art. 4º, I –, ora inclusive como hipossuficiente no plano processual- art. 6º, VIII do CDC .

6. Dimensão relacional: Por fim, além de todas as características inerentes ao conceito de consumidor, há de se destacar sua dimensão relacional. Isso porque só haverá tutela legal, no âmbito do Direito do Consumidor, se houver no outro pólo da relação jurídica um fornecedor, tal como exigem os critérios das respectivas legislações.

Por essa razão, no que tange ao fornecedor, as leis argentina e paraguaia excluem os profissionais liberais de sua tutela. É o que determina o disposto no §1º do art. 2º da Lei 24.240

e no art. 4º, letra “d” da Lei 1.334/98, com igual redação:

No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento.

As leis brasileira e uruguaia, ao contrário, visam a ampliar mais seus respectivos campos de aplicação a fim de incluir um grande número de prestadores de serviço sob sua tutela, à dependência única de ser o contratante um consumidor. Nesse sentido, até mesmo um tipo mais informal de prestação de serviços ou de comércio, estará sujeito à proteção que o código impõe às atividades dos profissionais.

## CONCLUSÃO

Constata-se um parentesco jurídico estreito entre Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai. Isso se dá não apenas pelo fato de pertencerem à família romano-germânica de direito, mas também devido a tradições comuns, especialmente na área do direito privado. Tal característica facilita o

---

52 A expressão “consumidores-empresários” é utilizada na Argentina. (STIGLITZ, Gabriel A. La defensa del consumidor en Argentina. In: *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1990, p. 144. Quanto ao conteúdo da afirmação, veja art. 2º, parágrafo 1º da Ley 24.240.; art. 2º da Lei 17.189).

entendimento e a aplicação da legislação estrangeira, e, principalmente, a tarefa do legislador supranacional.

A partir do exercício comparativo, constata-se que o direito do consumidor dos países do Mercosul acaba adotando normas de proteção específicas, que levam em conta a debilidade do consumidor frente ao fornecedor. Estas perseguem a equidade através da interpretação e aplicação, possuindo caráter preventivo e efetivo, ou seja, possuem mecanismos instrumentais de implementação das demais normas.

Por essa razão, o direito do consumidor se apresenta nos países-membros do Mercosul como um verdadeiro microssistema. Isso porque possuem normas dos mais variados tipos – civil, penal, administrativo, processual – cujo objetivo é tutelar, da maneira mais completa possível, o consumidor. A fim de proteger esse sujeito fluido, de caráter relacional, tanto o Código de Defesa do Consumidor como as Leis de Defesa do consumidor argentina, paraguaia e uruguaia, podem se ocupar de sua tutela em diferentes pólos, por exemplo, como autor ou como réu na relação processual.

Justifica-se, assim, a necessidade do estudo detalhado dos elementos que compõem a relação contratual de consumo nestes ordenamentos, pois o seu domínio é a chave para entendimento e correta aplicação das leis do consumidor. Sob esse aspecto, percebem-se divergências importantes nos quatro países integrantes do Mercosul, tendendo o sistema de proteção ao consumidor brasileiro apresentar caráter mais abrangente, sendo o único a possuir proteção ao equiparado. No entanto, é preciso não deixar de lado o fato de que cada uma dessas leis especiais está inserida em um ordenamento jurídico nacional, mais amplo e que pode trazer outras proteções aos cidadãos no papel de consumidores, além das que se lêem nas normas de defesa do consumidor.

Por essa razão, antes de se procurar normatizar o direito do consumidor no âmbito do Mercosul, há de se fazer um estudo detalhado dos ordenamentos jurídicos como um todo. Após esse passo, o caminho é a harmonização das legislações, garantindo um patamar mínimo de proteção comum, e permitindo uma eventual proteção mais elevada no âmbito nacional.

## REFERÊNCIAS

ATA n.º 08/97, de 29 de novembro, do Comitê Técnico n.º 7 da Comissão de Comércio. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 23-24, p. 519-531, jul./dez. 1997.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Os Direitos dos Consumidores*. Coimbra: Almedina, 1982.

ALTERINI, Atilio Aníbal. *Os contratos de Consumo e as Cláusulas*

- Abusivas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.15, p. 5-19, jul./set. 1995.
- ALTERINI, Atilio Aníbal. Control de la Publicidad y Comercialización. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.12, p. 12-16, jul./set. 1995.
- BADIE, Bertrand e HERMET, Guy. *Política Comparada*. Tradução Mercedes Córdoba. México: Fondo de Cultura Económica, 1993.
- BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. *Proteção Civil do Consumidor Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.mestredir.ufrgs.br>>
- BENJAMIN, Antônio Herman Vasconcelos e. O Conceito Jurídico de Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 628, p. 69-79. fev/1988.
- BERGEL, Salvador D.; PAOLANTONIO, Martín E. Anotaciones sobre la nueva ley de la defensa del consumidor de la República Argentina. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 92, p. 21-51, out./dez. 1993.
- BOURGOIGNIE, Thierry. O Conceito de Abusividade em Relação aos Consumidores e a Necessidade de seu Controle Através de uma Cláusula Geral. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 6, p. 7-16, abr./jun. 1993.
- \_\_\_\_\_. O Conceito Jurídico de Consumidor. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 2, p. 7-51, abr./jun. 1992.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. 2. ed. Introdução e tradução Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste, 1996.
- CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1984. v. 1.
- CAPPELLETTI, Mauro. O Acesso dos Consumidores à Justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 62, p. 205-220, abr./jun. 1991.
- COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 15-16, p.89-105, 1974.
- COSTA, Philomeno. O Contrato de Compra e Venda Mercantil em Face ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n. 83, p. 5-10, jul./set. 1991.
- COUTO E SILVA, Clóvis. *A Obrigação como um Processo*. Porto Alegre: Meridional Emma, 1964.
- DALL'AGNOL, Antônio Janyr. Cláusulas Abusivas: a opção brasileira. *Revista AJURIS*, Porto Alegre, n. 60, v. 21, p. 124-142, mar. 1994.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. 3. ed. Tradução Hermínio Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- DONATO, Maria Antonieta Zanardo. *Proteção ao Consumidor: conceito e extensão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

- DURKHEIM, Émile. *Da Divisão do Trabalho Social*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- FROMONT, Michel. *Grands systèmes de droit étrangers*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1994.
- GHERSI, Carlos Alberto. La contradicción entre la reformulación de la categoría jurídica del daño resarcible y el acceso al daño resarcible en el final del siglo XX. *Revista da Faculdade de Direito UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, p. 24-39, 1996.
- GIORGIANNI, Michele. O Direito Privado e suas Atuais Fronteiras. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 747, p. 35-55.
- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 2. ed. Tradução José de Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- LEÃES, Luiz Paes de Barros. As Relações de Consumo e o Crédito ao Consumidor. *Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, n.82, p. 13-23, abr./jun. 1991.
- LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos de Direito Privado*. Tradução Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- \_\_\_\_\_. La relación de consumo: conceptualización dogmática en base al derecho del Mercosur. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 21, p. 9-31, jan./mar. 1997.
- LUCCA, Newton de. O CDC: discussões sobre o seu âmbito de aplicação. *Revista do Direito Mercantil*, São Paulo, n.85, p. 81-89.
- \_\_\_\_\_. *Direito do Consumidor: Aspectos práticos: perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- \_\_\_\_\_. A Proteção do Consumidor e o Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 12, p. 29-36, out./dez. 1994.
- MANIFESTAÇÃO do Brasilcon sobre o Projeto de Protocolo de 7 de Dezembro de 1997. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 536-560, 1997.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- \_\_\_\_\_. *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.
- \_\_\_\_\_. Novas Regras sobre a Proteção do Consumidor nas Relações Contratuais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 1, p. 27-54, jan./mar. 1992.
- \_\_\_\_\_. Regulamento Comum de Defesa do Consumidor do Mercosul: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da

- proteção ao consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 23-24, p. 79-103, jul./dez. 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. O Princípio da Vinculação Contratual da Publicidade: características e interpretações do negócio jurídico da oferta no microsistema do Código de Defesa do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima (Org.) *Estudos sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994. p. 47-59.
- MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1984.
- MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Portugal: Coimbra, 1988.
- NÉRY JÚNIOR, Néilson. Os Princípios Gerais do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 44-77, set./dez. 1992.
- NICOLAU, Noemi. Un código de los contratos para el Mercosur. *Revista La Ley*, Buenos Aires, n. 73, p. 1-2, abr. 1996.
- PASQUALOTTO, Adalberto. Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 658, p. 52-72, ago. 1990.
- ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.
- SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Tradução Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- STIGLITZ, Gabriel A. O Direito do Consumidor e as Práticas Abusivas: Realidade e Perspectivas na Argentina. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 3, p. 27-35, set./dez. 1992.
- \_\_\_\_\_. La defensa del consumidor en Argentina. In: ESTUDOS sobre a Proteção do Consumidor no Brasil e no Mercosul. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1990.
- \_\_\_\_\_. O Direito Contratual e a Proteção Jurídica do Consumidor. Tradução Vera Jacob de Fradera. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n.1, p.184-201, jan./mar. 1992.
- \_\_\_\_\_. *Reglas para la defensa de los consumidores y usuarios*. Rosario: Editorial Juris, 1997.
- TEPEDINO, Maria Celina B. M. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. *Revista de Direito Civil*, São Paulo, n. 65, p. 21-32, 1993.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A.; ROMERA, Oscar Eduardo. *Protección y defensa del consumidor: Ley 24.240*. Buenos Aires: Depalma, 1994.
- WILL, Michael R. Mercado Comum e Harmonização do Direito Privado. In: MERCOSUL e a Comunidade Européia: uma abordagem comparativa. Porto Alegre: Ed. da Universidade, 1994.

# Reflexões sobre a aplicabilidade da *doutrina das questões políticas* à realidade brasileira

Fabício Dani de Boeckel\*

## INTRODUÇÃO

É tema palpitante, nos dias atuais, a “importação” de doutrinas e institutos jurídicos estrangeiros, que passam a ser aplicados em nosso país, por vezes sem o devido cuidado no sentido de adaptá-los à realidade brasileira. Esse “transplante” de doutrinas e instituições é ainda mais questionável quando os países de origem e de destino pertencem a famílias distintas (*Common Law* e *Civil Law*). A doutrina das questões políticas, surgida e desenvolvida numa realidade anglo-americana, é claro exemplo disso.

Mostra-se oportuno, então, verificar as diferenças de contexto existentes entre esses países, sejam elas de natureza cultural, sociológica, institucional, etc. Essa análise permitirá uma

reflexão acerca da conveniência e da possibilidade de aplicação da doutrina ou instituto estrangeiro a uma realidade geralmente bastante diversa.

Por essas razões, o presente trabalho tem como foco principal o estudo das condições sob as quais se criou e se desenvolveu a “doutrina das questões políticas”, bem como da realidade existente nos países integrantes da família *Civil Law*, tudo com o objetivo de extrair algumas conclusões concernentes à possibilidade de aplicação da mencionada doutrina no contexto brasileiro.

Portanto, as reflexões constantes do trabalho buscam, antes de mais nada, analisar a viabilidade de importação da referida doutrina, sem a pretensão de conceituar, de forma definitiva, o que sejam “questões políticas” e “questões

---

\* Advogado formado e laureado pela Faculdade de Direito da UFRGS; mestrando e professor substituto na mesma Faculdade; juiz leigo do 2º Juizado Especial Civil.



jurídicas”, definição essa que daria margem a infundáveis discussões, distantes do objetivo traçado e incompatíveis com os limites estabelecidos para o trabalho.

Assim, optou-se por dividir o estudo em duas partes, na primeira delas abordando a doutrina das questões políticas em seu contexto de origem, isto é, nos países de *Common Law*, enquanto na segunda será examinada a realidade dos países de *Civil Law*, especificamente naqueles aspectos que têm relevância para a aferição da (in)compatibilidade com a mencionada doutrina, entre eles a cumulação das funções de criar direito e fazer política, presente no modelo romano-germânico e ausente no anglo-americano.

## PARTE I - A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NOS PAÍSES DE COMMON LAW

A *political question doctrine* tem origem anglo-americana. Portanto, foi desenvolvida tendo em vista a realidade própria do *Common Law*.

Na verdade, mais correto seria apresentar as peculiaridades atinentes

a cada um dos principais países de *Common Law*, nomeadamente Estados Unidos e Inglaterra, devido às inúmeras diferenças que poderiam aqui ser exploradas. Entretanto, em razão dos limites impostos ao trabalho, uma simples análise genérica, das mais elementares características comuns a essa família anglo-americana, já será suficiente para o efeito de possibilitar uma comparação frente ao *Civil Law*, o que é o verdadeiro objetivo deste estudo.<sup>1</sup>

Apenas ressalte-se que a separação entre matérias de governo e matérias de direito surgiu no período medieval inglês, com a distinção entre *gubernaculum* e *jurisdictio*, assim delimitando o campo de atuação do Rei e oferecendo obstáculo ao absolutismo monárquico. Porém, foi nos Estados Unidos que a *political question doctrine* se desenvolveu, até tomar os contornos atuais, após o julgamento de inúmeros casos que expressamente consagraram essa doutrina.<sup>2</sup>

Feitos esses breves registros, passa-se a examinar algumas características gerais próprias do modelo anglo-americano.

---

1 Diante dessa intencional omissão, remete-se o leitor à seguinte obra, que analisa com precisão o assunto: McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo Antigo y Moderno*, traduzido para o espanhol por Juan José Solozábal Echavarría. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

2 Para uma análise mais aprofundada dos aspectos históricos e dos julgados mais importantes a respeito do tema: McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo Antigo y Moderno*, traduzido para o espanhol por Juan José Solozábal Echavarría. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, e; MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

### 1. A não cumulação das funções de criar direito e fazer política

Examinando a divisão das funções a serem exercidas pelos vários poderes estatais, facilmente percebe-se que nos países de *Common Law* há nítida separação entre as atribuições de criar direito e de fazer política.<sup>3</sup>

O direito, nesses Estados, tem grande enraizamento cultural, sendo produto da argumentação racional que se desenvolve no campo do “processo devido” (*due process of law*), constituindo-se ao mesmo tempo fruto e também fator viabilizador do consenso social.<sup>4</sup> Em um segundo momento, os precedentes assim obtidos passam a de certo modo orientar comportamentos, embora isso ocorra de forma muito mais branda (e por que não dizer mais “precária”?) do que nos países de *Civil Law*. Portanto, considerando que ao Poder Judiciário cabe a condução do processo e a resolução do conflito, a esse mesmo poder resta garantida a primazia na criação do direito.

A política, por outro lado, é matéria reservada às instâncias representativas

da população, compostas de forma eletiva. Nesse campo concentram-se as discussões de natureza ideológica, caracterizadas por uma maior mobilidade de opiniões, assim submetendo os rumos políticos da sociedade às escolhas feitas pela maioria parlamentar.

A distinção entre as questões políticas e as questões jurídicas decorre, no *Common Law*, de um consenso social. Mais do que isso, a separação entre essas questões de natureza diversa é facilitada pela circunstância de que cada um dos poderes estatais adota uma postura contida, de não intervenção nas esferas próprias dos outros poderes. Assim, a simples pesquisa a respeito da “fonte” emanante de certo ato/decisão ajuda a decifrar sua natureza.

Por óbvio, tal critério distintivo não oferece garantias no sentido de impedir os excessos por parte de cada um dos poderes estatais, mas representa elemento simplificador e, por consequência, facilitador dessa postura de auto-restrição, uma vez que já embasado na presunção de que as

---

3 SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Tese para concurso a professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Porto Alegre, novembro de 2002, p. 120/121.

4 SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Tese para concurso a professor titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Porto Alegre, novembro de 2002, p. 122.

questões políticas são tratadas pelo Parlamento e as questões jurídicas estão restritas ao campo judicial. Parte-se já da idéia de que existe uma separação de funções, e os excessos são excepcionais, ao contrário do que ocorre no *Civil Law*, onde é indispensável a análise, sempre mais profunda e difícil, da natureza de cada “questão”, pois tanto as jurídicas quanto as políticas têm origem num mesmo poder do Estado, impedindo a utilização desse critério formal.

Entretanto, não se pode negar que esse critério deve, necessariamente, ser aliado a outros mais complexos, capazes de demonstrar os excessos cometidos por qualquer dos poderes, assim possibilitando o exercício de controle por parte dos demais.

Como já foi ressaltado na parte introdutória, o objetivo do presente estudo não envolve a propositura de conceito ou definição a respeito de o que sejam questões jurídicas e questões políticas (e para tanto seria obrigatória a análise de todos esses critérios distintivos), mas sim a demonstração de que a diversidade social, cultural, institucional, etc. deve ser considerada antes da importação de doutrina estrangeira. Portanto, extrapola os limites do trabalho o exame acerca dos critérios viabilizadores de um conceito

abstrato das questões políticas e das questões jurídicas. Mais importante, de acordo com a linha de raciocínio estabelecida para o estudo, é a análise dessas diferenças contextuais entre o *Common Law* e o *Civil Law*.

## 2. *Self restraint*

Para o normal funcionamento do *Common Law* é necessário que cada Poder Estatal adote postura auto-restritiva, respeitando os limites divisórios em relação aos demais.

Por um lado, isso significa que o Judiciário deve restringir sua atuação ao campo do direito, sobre o qual possui primazia, não adentrando em questões de natureza política,<sup>5</sup> que competem ao Parlamento. E inúmeras são as justificativas para essa postura contida da Justiça, dentre as quais se pode mencionar, exemplificativamente: a) o processo judicial, meio através do qual atua, não se presta à definição dos objetivos a serem alcançados pela sociedade, muito menos é apto para a ampla e irrestrita concretização desses fins, após definidos; b) falta legitimidade aos órgãos jurisdicionais para realizar essas tarefas, que devem ser desempenhadas, em uma sociedade democrática, pelos representantes do povo, devidamente eleitos; c) as moti-

---

5 Quando se aborda exclusivamente a auto-restrição por parte do Poder Judiciário, pode-se utilizar a expressão judicial *self restraint*. Sobre o tema: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1170/1171.

vações ideológicas, próprias da política e imprescindíveis à realização do bem comum, são incompatíveis com uma das principais características do Judiciário, consistente na imparcialidade.

O Parlamento, por outro lado, limita sua atuação às questões políticas, não tendo qualquer pretensão no sentido de criar direito. Este último surge a partir do devido processo jurídico, e não do processo legislativo, como ocorre nos países que seguem a tradição romano-germânica.

A auto-restrição do Parlamento é consequência da idéia de que a tarefa de dizer e criar o direito cabe aos juízes. As decisões judiciais passam a ser vistas como paradigmas para a solução dos casos surgidos posteriormente, sendo desnecessária a atividade legislativa sob esse aspecto, pois a noção de justiça no *Common Law* está dissociada de uma obrigatória vinculação ao princípio da legalidade, estando condicionada, isto sim, à observância do devido processo jurídico.

Essa postura também se justifica através de vários fatores, entre os quais dois merecem especial destaque: a) as escolhas feitas pelo Parlamento representam (ou ao menos deveriam representar) a vontade da maioria do povo, enquanto o ordenamento jurídico de uma sociedade democrática tem como pressuposto inarredável também o respeito às minorias. A confusão entre essas esferas poderia acarretar uma ditadura da maioria, em que esta detivesse o monopólio tanto da criação do direito quanto das escolhas políticas;

b) os juízes têm conhecimento técnico que lhes permite chegar mais próximo da efetiva realização da justiça (valor intimamente ligado à idéia de direito) do que os representantes eleitos pelo povo às vezes com base em aspectos meramente ideológicos, de carisma, etc.

Tudo que foi mencionado acima serve para demonstrar uma característica própria e fundamental do *Common Law*: a existência de uma *self restraint* recíproca entre os poderes estatais. Isso significa que a auto-restrição adotada por um poder frente às funções atribuídas aos demais é uma “via de mão dupla”. É condição para o equilíbrio e para a harmonia entre os poderes estatais que não apenas um deles se porte de forma contida, mas sim que essa postura seja a regra entre todos eles.

## **PARTE II - APLICABILIDADE DA DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS AOS PAÍSES DE CIVIL LAW**

Analisada a problemática das questões políticas e das questões jurídicas no âmbito do *Common Law*, local de surgimento da doutrina em pauta, convém agora comparar as principais características acima estudadas com a situação existente nos países que seguem o modelo romano-germânico. Essa tarefa será realizada nos dois próximos capítulos.

O terceiro e último capítulo desta segunda parte do trabalho tem objetivo um pouco diverso, qual seja, o de

apresentar os mecanismos adotados por países de *Civil Law* para permitir certa separação no trato dessas questões, assim procurando evitar maiores conflitos entre os Poderes Estatais.

### 1. Cumulação de funções no Poder Legislativo

Ao invés da nítida separação entre as funções de fazer política e de criar direito, típica do *Common Law*, nos países que seguem o modelo romano-germânico percebe-se que essas duas funções são tradicionalmente atribuídas, com primazia, a um único poder estatal: o Legislativo.

Quanto à política, inexistente diferença significativa entre o *Civil Law* e o *Common Law*, pois em ambos o desempenho de tal função compete ao Poder Legislativo. O que realmente diferencia esses dois modelos é o fato de que, no primeiro deles, também ao Congresso é atribuída, com primazia, a tarefa de criar o direito.

Ao princípio da legalidade é conferida maior importância pelos

países de modelo romano-germânico, que adotam a lei como fonte primeira do direito. Não se pretende negar, com isso, que o Judiciário também crie direito;<sup>6</sup> apenas se afirma que a primazia no exercício dessa função é atribuída ao Legislativo.

Em geral, a tarefa desempenhada pelo Poder Judiciário consiste em aplicar ao caso concreto as normas de um ordenamento jurídico criado primordialmente através do processo legislativo. O exercício da função criadora de direito pelo juiz em regra é subsidiário, ou seja, admitido quando a lei não forneça os elementos necessários ou suficientes ao julgamento da causa, pois ao magistrado é defeso abster-se de proferir decisão, esteja o caso devidamente regado ou não. Afora isso, evidente que a própria interpretação exige escolhas a serem feitas pelo magistrado, porém sempre devendo se manter dentro dos limites traçados pela lei.

O Legislativo, por outro lado, exerce ambos os papéis: cria direito e faz política. Surge, então, a primeira

---

6 A respeito da criação do direito pelo juiz, destaque-se a lição de Mauro Cappelletti: “A resposta dada neste ensaio à indagação de se a tarefa do juiz é interpretar ou criar o direito, posiciona-se no sentido de que o juiz, inevitavelmente, reúne em si uma e outra função, mesmo no caso – que constitui, quando muito, regra não sem muitas exceções – em que seja obrigado a aplicar lei uma (sic) preexistente. Nem poderia ser de outro modo, pois a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha e, portanto, de criatividade (...)”. Ainda segundo o consagrado processualista italiano, o “verdadeiro perigo a prevenir não está, portanto, em que os juízes sejam criadores do direito e como tais se apresentem, mas que seja pervertida a característica formal essencial, isto é, o ‘modo’ do processo jurisdicional” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993/Reimpressão 1999, p. 128/129 e 132, respectivamente).

dificuldade para distinguir as questões jurídicas das questões políticas em um contexto de *Civil Law*, uma vez que a “fonte” de todas elas concentra-se num mesmo órgão. Esse critério, portanto, deixa de ter qualquer utilidade para averiguar a natureza de uma determinada questão, quando se trata de Estado que segue o modelo romano-germânico.

## **2. Equilíbrio entre os poderes e legitimidade democrática do Judiciário**

Evidente que essa cumulação de funções pode ter reflexos sobre o equilíbrio entre os Poderes. Afinal, inegavelmente o Legislativo assume dimensão maior nos Países que adotam o *Civil Law*.

Mas não é apenas essa cumulação das funções de criar direito e fazer política que tem acarretado o crescimento do Poder Legislativo. Outro aspecto a considerar é o aumento das

funções (e conseqüente maior intervencionismo) do Estado contemporâneo, em que o rol de direitos fundamentais é cada vez mais extenso e sua concretização mais dependente de ações governamentais positivas.<sup>7</sup> O governo passou a tratar de matérias que antes estavam fora de sua esfera de atuação. Por óbvio, essa postura mais intervencionista do Executivo e do Legislativo ressalta a importância de um controle eficiente, a ser exercido sobre esses poderes.

O Judiciário, responsável por essa fiscalização, deve acompanhar o crescimento dos demais poderes, sob pena de não mais conseguir conter os excessos dos outros dois gigantes (Legislativo e Executivo-).<sup>8</sup> Tal atitude é necessária ao equilíbrio dos Poderes Estatais. Com isso não se pretende insinuar, todavia, que o Judiciário deva fazer uso dos meios próprios da política para se igualar aos demais poderes.

---

7 Nesse sentido: “(...) uma das características comuns à sociedade moderna consiste no extraordinário crescimento do Poder Judiciário. Esse fenômeno é paralelo a outro crescimento, pelo qual o primeiro foi em muitos modos estimulado ou verdadeiramente causado: o crescimento – em dimensões sem precedentes – dos ‘poderes políticos’ no moderno estado ‘social’ ou ‘promocional’ (...)” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*, traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989, p. 19).

8 Ao descrever a encruzilhada em que se encontravam os tribunais diante do crescimento acelerado dos demais poderes, Cappelletti afirma: “Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador” (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?*, traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993/Reimpressão 1999, p. 47).

Ou seja, deve se manter dentro da sua esfera de competências, consistente na proteção do ordenamento jurídico vigente, das coletividades e dos indivíduos aos quais são outorgados direitos subjetivos, bem como exercer esse controle segundo as normas que disciplinam sua atuação, sempre preso às limitações que o processo judicial lhe impõe: condicionado ao princípio dispositivo (*ne procedat iudex ex officio*), garantindo às partes envolvidas ampla defesa e contraditório, tudo através do devido processo jurídico.

Por outro lado, o desenvolvimento do campo da política, ocasionando maior intervencionismo, acaba por acarretar maiores conflitos entre as ações legislativas ou executivas (especialmente em se tratando de realizações de natureza social, que dependem de prestação positiva do Estado, destinada a suprimir desigualdades, proporcionar melhores condições de vida aos necessitados, garantir oportunidade de trabalho ao maior número de cidadãos possível, etc.) e alguns direitos subjetivos constitucionalmente albergados. E para que esses direitos sejam efetivamente protegidos, o Poder Judiciário não pode ser afastado

completamente da discussão acerca das conseqüências da decisão política.

Ao Judiciário cabe a constatação de que determinada política pública fulmina direitos individuais, devendo oferecer, ao indivíduo, a proteção contra esses excessos. A circunstância de não ser composto por representantes eleitos pelo povo não retira do Poder Judiciário a legitimidade para se contrapor a atos políticos, que dizem com os objetivos traçados para a sociedade, pois sua legitimidade não assenta na vontade da maioria, mas sim está embasada em outro aspecto igualmente fundamental numa democracia: o respeito às minorias,<sup>9</sup> que no campo político geralmente são derrotadas (exceto quando uma minoria tiver interesses similares a outras minorias, e, unidas, acabem formando uma maioria).

É altamente questionável se todo e qualquer juiz ou tribunal tem idêntica legitimidade para exercer esse tipo de controle sobre os atos políticos, mas esse assunto não será tratado no presente capítulo, e sim no próximo. Por ora, apenas interessa fomentar a discussão sobre a possibilidade de controle das decisões políticas no âmbito do *Civil Law*, a ser exercido pelo

---

9 Ruy Rosado de Aguiar Júnior assim justifica a legitimidade democrática do Judiciário: “A opinião da maioria pode ser incoerente com o sistema, e por isso desconsiderada pelo Juiz, que tem um compromisso de coerência. É por isso que o Juiz pode decidir contra a opinião pública, ou afastar a lei, ainda que representem a vontade da maioria, pois aquela pode ofender a lei, e esta, vulnerar a Constituição. Ao lado do princípio democrático de respeito à vontade da maioria, também existe o que impõe o respeito à minoria” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Responsabilidade Política e Social dos Juizes nas Democracias Modernas*. In.: *Ajuris*, n. 70, julho de 1997, p. 31).

Judiciário ou parte dele (por exemplo, o Supremo Tribunal Federal), para que no capítulo seguinte se possa questionar as formas pelas quais isso pode ser feito sem prejuízo do equilíbrio entre os poderes e sem intromissão indevida em funções alheias.

Para finalizar este capítulo, importante destacar que o controle judicial das leis e dos atos administrativos não pode, de forma alguma, estar embasado na discordância em relação às motivações que levaram o legislador ou o administrador a agir. O juiz não pode aplicar o “preciso raciocínio jurídico” (do certo-errado, lícito-ilícito, válido-inválido) às questões políticas, pois esse método só admite uma resposta correta para cada caso: não oferece solução para casos em que se lida com situações igualmente boas, ou ainda quando se tem que optar por um “mal menor” dentre os muitos males iminentes.<sup>10</sup> De outra parte, ao Judiciário não é facultado exercer raciocínio político, sob pena de exorbitar as atribuições decorrentes de sua legitimidade democrática. Daí a conclusão de que a atividade do Judiciário deve se limitar à aplicação

do “raciocínio jurídico” às questões jurídicas. Todavia, por vezes estas últimas se originam de atos políticos que contrariam preceitos éticos (valores albergados pelo ordenamento), e a avaliação da compatibilidade do ato com o direito é inafastável do controle judicial. Mas ainda resta saber de que forma isso deve ser feito, bem como se essa atribuição deve ser conferida a todo e qualquer juiz ou apenas a uma parte do Poder Judiciário.

### **3. Tentativas de separação entre as questões políticas e as questões jurídicas**

Nos dois capítulos anteriores, procurou-se trazer à tona elementos que de certa forma pudessem justificar, no *Civil Law*, uma interferência do Judiciário em questões de natureza política. Entretanto, ao longo do trabalho foram sendo também mencionadas restrições que afetam a atividade jurisdicional, por exemplo: subordinação a normas de processo civil, condições exigidas para que a atuação do juiz tenha um lastro de legitimidade democrática, etc.

---

10 Manoel Gonçalves Ferreira Filho, após destacar que os magistrados, em regra, não estão preparados para decidir conforme reclama a judicialização, especialmente por lhes faltar o tino administrativo, que é adquirido com a experiência, não através do estudo dos livros, conclui: “*Ora, o juiz está habituado a essa separação radical, preparado que foi para separar o legal do ilegal. Em razão disto, costuma ter uma visão maniqueísta das coisas. Ignora que a opção do administrador sopesa alternativas complexas, às vezes entre vários males*” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 12, p. 194, 1996.



Agora serão expostas algumas tentativas (já experimentadas) no sentido de separar o tratamento das questões políticas e das questões jurídicas, ainda no âmbito da Família romano-germânica. Trata-se, basicamente, de soluções institucionais adotadas por certos países, que igualmente devem ser muito bem analisadas antes de se pretender aplicá-las à realidade brasileira. Contudo, evidentemente são soluções mais próximas de nossa realidade do que a norte-americana ou a inglesa, nações pertencentes à família do *Common Law*.

Um dos exemplos mais nítidos, no *Civil Law*, dessa preocupação com os limites do Poder Judiciário e do cuidado em evitar a interferência deste em questões de natureza política é o francês. Inicialmente, importante destacar um aspecto histórico característico da França, qual seja, a desconfiança presente na sociedade em relação aos juízes e o medo de que eles exorbitassem as suas funções. Aqui uma primeira diferença existente entre Brasil e França: em nosso país, o Judiciário tradicionalmente goza de conceito infinitamente mais elevado

junto à população se comparado aos demais Poderes Estatais, sempre vistos com extrema reserva e descrédito.<sup>11</sup>

Independentemente dessa ressalva, deve-se analisar a (tentativa de) solução adotada pelo referido país europeu, com o objetivo de impedir (ou ao menos atenuar) a chamada “judicialização da política”.

Na França foi criado um modelo de “dualismo jurisdicional”, pretendendo que o contencioso administrativo significasse um campo próprio à resolução das questões mais próximas da política e impedindo que ao Poder Judiciário chegassem litígios envolvendo assuntos dessa natureza. Existe, também na França, uma distinção entre “lei” e “regulamento”:<sup>12</sup> o que não está expressamente sob o domínio da lei é matéria regulamentar e, por consequência, passível de controle somente por parte dos tribunais administrativos/Conselho de Estado.

Além disso, o controle prévio de constitucionalidade existente na França restringe, ainda mais, os poderes do Judiciário, uma vez que a discussão sobre a compatibilidade das leis em relação à Carta Constitucional é

---

11 É essa a constatação feita por Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “No Brasil, como já apontei no artigo mencionado, o apelo à judicialização tem algumas razões fáceis de identificar”. E continua: “Embora não haja – que se saiba – qualquer doutrina por detrás disto, o Judiciário goza de uma confiabilidade que os Poderes ‘políticos’ Legislativo e Executivo perderam. Estes são olhados com desconfiança pela opinião pública, alimentada pelos meios de comunicação de massa” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política*. In.: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 12, p. 193, 1996.

12 Sobre o tema: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*, 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 172-182.

esgotada antes que pudesse ser levada ao âmbito judicial, ou seja, antes mesmo da promulgação da lei. Posteriormente, é vedado aos juízes afastar a aplicação das leis sob o argumento da inconstitucionalidade.

Esses, em suma, os principais mecanismos criados na França para coibir a judicialização da política. Outros países, contudo, resolveram adotar soluções diversas quanto a esse problema, típico do *Civil Law*. A Alemanha, por exemplo, criou um “órgão de controle geral de poderes”, o Tribunal Constitucional. Tal órgão tem atribuições próprias, destacando-se a aferição de compatibilidade das regras jurídicas em face de normas superiores albergadas pela Constituição, tarefa que, segundo Otto Kimminich, é a pedra angular do Estado de Direito, impedindo a existência de uma ditadura imposta pela maioria parlamentar.<sup>13</sup>

Inegavelmente, a esfera de atuação do *Bundesverfassungsgericht* abrange tanto questões jurídicas quanto políticas. A “judicial self restraint” aplicada ao Tribunal Constitucional não implica em que o mesmo deixe de exercer o controle sobre as decisões políticas; significa, isto sim, que não deve dar início a processos políticos, não

empreender iniciativas movido por razões políticas. A prática reiterada da “interpretação conforme a Constituição”, bem como o entendimento consolidado no Tribunal Constitucional quanto à impossibilidade de se apreciar, no âmbito jurisdicional, a conveniência e a adequação de uma lei (limitando a discricionariedade do legislador apenas nos casos de notória arbitrariedade ou de ofensa às decisões valorativas do constituinte) demonstram, de acordo com Otto Kimminich, a auto-restrição do *Bundesverfassungsgericht*.<sup>14</sup> Destaque-se, ainda, outra limitação imposta ao Tribunal Constitucional, consistente na dependência de que seja provocado para só então poder atuar.

Além de ser o guardião da Constituição e de ter parte da sua legitimidade democrática embasada na função de assegurar o respeito às minorias (como é próprio de todo o Poder Judiciário), deve-se mencionar ainda outro fator que legitima a atuação do Tribunal Constitucional alemão também em temas políticos: sua forma de composição é, de certo modo, política; existe a preocupação em manter o equilíbrio entre as diversas correntes políticas na composição do *Bundesverfassungsgericht*.<sup>15</sup>

---

13 KIMMINICH, Otto. *Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes*. In.: *Revista de Direito Público*, n. 92, outubro-dezembro de 1989, p. 19.

14 KIMMINICH, Otto. *Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes*. In.: *Revista de Direito Público*, n. 92, outubro-dezembro de 1989, p. 27.

15 A respeito da forma de composição do Tribunal Constitucional alemão: HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, traduzido para o português (a partir da 20ª edição alemã) por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 488/489.

Restaria discutir, agora, se o Tribunal Constitucional integra o Poder Judiciário ou se constitui um poder autônomo, estranho a ele. Entretanto, por óbvio não há como resolver essa questão, extremamente controvertida, no presente trabalho, que tem objeto diverso. Essa discussão exigiria complexa e demorada análise, incompatível com os limites traçados para este estudo. O que importa, de fato, é registrar que a primazia dos poderes políticos no trato de questões dessa mesma natureza não exclui, por completo, a possibilidade de controle externo, realizado por órgão cuja natureza não é essencialmente política, e sim jurídica.

## CONCLUSÕES

É evidente a diferença entre o modelo romano-germânico e o anglo-americano. No primeiro, o Congresso acumula as funções de criar direito e fazer política. Ambas são realizadas através do processo legislativo, cuja importância ganha maior vulto em razão do destaque que é conferido ao princípio da legalidade. No segundo, o direito é criado pelos juízes, através do devido processo jurídico, enquanto a política é tarefa atribuída ao Parlamento.

Assim, nos Estados Unidos e na Inglaterra, diante dessa clara divisão de funções entre os poderes estatais, é possível exigir destes uma postura de auto-restrição, para o efeito de que cada um limite sua atuação apenas ao campo que lhe é próprio. Portanto, a

*selfrestraint* é, acima de tudo, recíproca. Além disso, é condição para que seja mantido o equilíbrio entre os poderes.

No Brasil e nos demais países de *Civil Law*, onde o Poder Legislativo concentra essas funções (criar direito e fazer política), é inviável pretender que o Judiciário não aprecie a lei, pois este é o meio através do qual se produz tanto o direito quanto a política. E aí surge a dificuldade em distinguir o que seja questão política e o que seja questão jurídica, já que a fonte é a mesma. Por outro lado, o pressuposto lógico da *self restraint*, isto é, a reciprocidade, fica de certo modo abalada nesse contexto, uma vez que não há como vislumbrar auto-restrição por parte do Legislativo, poder hipertrofiado que detém a primazia na criação do direito e da política.

Talvez esses fatores já fossem suficientes para demonstrar a impossibilidade de aplicação da *political question doctrine* à realidade brasileira. Porém, ressalte-se que as conclusões da mencionada doutrina vêm sendo atenuadas até mesmo nos países de *Common Law*, onde se reconhece que, ao menos quando direitos fundamentais forem ameaçados ou violados, o Judiciário deve atuar, importe isso em restrição a medidas políticas ou não.

Afinal, o direito, enquanto ponte que harmoniza ética e política, tem seu espaço de atuação limitado às situações em que esses dois campos da natureza humana entram em conflito. Havendo colisão entre eles, é inafastável a

atuação judicial com o objetivo de eliminar as arestas e garantir a coexistência de ambos. Por isso, não se pode, *a priori*, impedir que o Judiciário aprecie todas as questões que lhe forem submetidas, verificando, caso a caso, se os valores éticos não estão sendo totalmente desconsiderados por determinada política, ou vice-versa. Isso é assegurado pelo princípio do *judicial review*, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser excluída da apreciação do Judiciário. Assim, é condição indispensável para o exercício da função harmonizadora entre política e ética, que a atuação judicial não seja previamente excluída, em abstrato, sem análise do caso concreto eventualmente violador desse equilíbrio.

Além dessa função, o direito ainda exerce outra de fundamental importância: serve de instrumento para a atuação política do Estado. Portanto, mesmo que a questão discutida não contrarie valores éticos (e, por consequência, não exija harmonização a ser exercida pelo direito quanto ao seu “conteúdo”), sob o aspecto “formal” as decisões ou escolhas políticas encontram-se inteiramente submetidas ao direito, pois para que

este instrumento possa ser utilizado devem ser obedecidas as formalidades que lhe são próprias. Daí conclui-se que, mesmo quando o conteúdo da questão é “exclusivamente político”, sua validade fica condicionada à observância das formalidades estabelecidas pelo direito, cujo controle compete ao Judiciário. Exemplo claro disso é a decisão política adotada através de Medida Provisória, que deve atender aos pressupostos de relevância e urgência.

Apesar das várias tentativas no sentido de proporcionar tratamento distinto às questões políticas e às questões jurídicas, nos países de *Civil Law* essa separação é praticamente impossível, já que grande parte dos dispositivos legais traz carga política e jurídica misturadas. Entretanto, a solução alemã, de criação de um Tribunal Constitucional, em parte atenua os problemas resultantes dessa confusão, na medida em que impede a pulverização do controle das medidas políticas, concentrando-o num único órgão, cuja composição respeita equilíbrio entre as diversas correntes políticas. Agora fica a pergunta: deve-se importar o modelo alemão para o Brasil? A resposta ensinaria outro trabalho...

## REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Política e Social dos Juízes nas Democracias Modernas. *In Ajuris*, n. 70, p. 7-33.: jul. 1997.

BALEEIRO, Aliomar. A Função Política do Judiciário. *In.: Revista dos Tribunais*, v. 756, out. 1998, p. 731-745.

- CAENEGEM, R. C. van. *Judges, Legislators and Professors: chapters in European legal history*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?*, traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989.
- \_\_\_\_\_. *Juízes Legisladores?*, traduzido por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993/Reimpressão 1999.
- CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o Juízo de Constitucionalidade de Políticas Públicas. *In Revista dos Tribunais*, v. 737, março de 1997, p. 11-22.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*, 9. ed. Cambridge: Harvard University Press, 2000.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A Constituição de 1988 e a Judicialização da Política. *In Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, v. 12, 1996, p. 189-197.
- \_\_\_\_\_. *Do Processo Legislativo*, 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*, traduzido para o português (a partir da 20. edição alemã) por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
- KIMMINICH, Otto. Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes. *In Revista de Direito Público*, n. 92, outubro-dezembro de 1989, p. 17-33.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Commentarios à Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1918.
- McILWAIN, Charles Howard. *Constitucionalismo Antigo y Moderno*, traduzido para o espanhol por Juan José Solozábal Echavarría. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- MEDINA, Llewellyn Davies A. As Chamadas 'Questões Políticas' no Direito Constitucional Brasileiro. *In Revista dos Tribunais*, v. 685, novembro de 1992, p. 259-261.
- MELLO, Cláudio Ari. *Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MENAUT, Antonio-Carlos Pereira. *Rule of Law o Estado de Derecho*. Madri: Marcial Pons, 2003.

SILVA, Carlos Augusto. *O Processo Civil como Estratégia de Poder: reflexo da judicialização da política no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A Supremacia do Direito no Estado Democrático e seus Modelos Básicos*. Tese para concurso a Professor Titular, junto ao Departamento de Direito do Estado – Área de Teoria Geral do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Porto Alegre, nov./ 2002.



# As concepções do Direito de Ronald Dworkin e a liberdade sindical no Brasil

Gilberto Stürmer\*

Olga Maria Boschi Aguiar de Oliveira\*\*

## INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a examinar, à luz das concepções do direito propostas por Ronald Dworkin,<sup>1</sup> o sindicalismo no Brasil do início do terceiro milênio e a (ainda ausente) liberdade sindical. A obra examinada é *O Império do Direito (Law's Empire)*.

Na obra, Dworkin discute as seguintes questões, divididas em onze capítulos: o que é o direito?; conceitos de interpretação; a jurisprudência revisitada; convencionalismo; pragmatismo e personificação; integridade; integridade no direito; o *common law*;

as leis; a constituição; e, o direito além do direito.

Inicialmente busca-se apresentar a idéia de Dworkin sobre o direito.

Posteriormente são examinadas as concepções do direito denominadas “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”.

É traçado o panorama do sindicalismo no Brasil, bem como os conceitos de liberdade sindical. Destacam-se os motivos da ausência de liberdade sindical no Brasil, fazendo um comparativo com as três concepções do direito propostas por Dworkin.

---

\* Advogado, Professor de Direito do Trabalho na PUCRS e na UNISINOS, Mestre em Direito pela PUCRS, Doutor em Direito do Trabalho pela UFSC.

\*\* Coordenadora do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, Vice-diretora do Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, Consultora INEP/MEC, SESU/MEC, CAPES e Fundação Carlos Chagas, Mestre e doutora em Direitos Sociais pela UNAM/México.

1 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.



Por fim, como conclusão, aborda-se a liberdade sindical inserindo-a nas referidas concepções do direito.

## 1. O IMPÉRIO DO DIREITO

Com efeito é importante esclarecer que, do ponto de vista objetivo, a obra de Dworkin não faz qualquer referência à América Latina ou ao Brasil. Todos os exemplos por ele apresentados referem-se aos Estados Unidos da América e à Grã-Bretanha.

A idéia é, contudo, extrair aspectos conceituais dos escritos deste importante filósofo do direito, para que, com tais idéias, se possa cotejar a situação contemporânea da realidade brasileira.

No primeiro capítulo de *O Império do Direito*, denominado “O que é o direito?”, Dworkin traça os fundamentos básicos de todas as ilações apresentadas nos seguintes.

Registra que o direito é importante sob o ponto de vista financeiro, tratando da subsistência social e do ponto de vista moral, cuidando das questões sociais. É abordado o aspecto da fidelidade ao legislador (democracia) e de se os juízes criam ou encontram o direito.

Examina-se a simples questão de fato, trazendo como fundamentos do direito a circunstância deste ser aquilo que as instituições jurídicas decidiram no passado ou de simplesmente existir como fato. São apresentados casos do mundo real e, em relação a eles, as controvérsias sobre a natureza da lei.

Estes são os pontos destacados da obra naquilo que interessa à abordagem feita no presente artigo. Afinal, discutir liberdade sindical interessa ao mundo do direito e ao mundo dos fatos.

## 2. BREVE VISÃO DAS CONCEPÇÕES DO DIREITO NA VISÃO DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin entende que as concepções do direito aprimoram a interpretação, o que proporciona o conceito de direito por ele proposto.

No referido conceito o autor apresenta três questionamentos: a) Justifica-se o suposto elo entre o direito e a coerção? Faz algum sentido exigir que a força pública seja usada somente em conformidade com os direitos e responsabilidades que decorrem das decisões políticas anteriores? b) Se tal sentido existe, qual é ele? c) Que leitura de “decorrer” – que noção de coerência com decisões precedentes – é a mais apropriada?

Dworkin chama as concepções referidas de “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”. Entende que o convencionalismo é a mais vulnerável das concepções e que o pragmatismo jurídico a mais poderosa. O direito como integridade é a melhor interpretação do que fazem e dizem os estudiosos do direito.

Para o convencionalismo, o direito é o direito. Não é o que os juízes pensam ser, mas aquilo que realmente é. O convencionalismo corrige a opinião particular do leigo, para quem sempre

existe um direito a ser aplicado. Assim, os juizes devem respeitar as convenções jurídicas em vigor na sua comunidade. Nesse contexto, a política do passado é fundamento para os direitos do presente.

O convencionalismo estrito restringe a lei de uma comunidade à extensão explícita de suas convenções jurídicas. O convencionalismo moderado entende que o direito de uma comunidade inclui tudo o que estiver dentro da extensão implícita dessas convenções.

O convencionalismo se ajusta mal às práticas jurídicas. Faz-se o cotejo do convencionalismo à teoria tridimensional do direito, de Miguel Reale.<sup>2</sup> O convencionalismo de Dworkin equivale, para Reale, ao direito como norma.

A segunda concepção de direito de Dworkin é o pragmatismo. É a mais poderosa das concepções e só pode ser vencida quando a esfera de debates se amplia para incluir também a filosofia política.

Para o pragmatismo não se justifica o elo entre direito e coerção, não há sentido ou conexão entre a exigência da força pública em conformidade com as decisões tomadas no passado e os juizes devem tomar decisões que lhes parecem melhores para o futuro da

comunidade, sempre ignorando o passado. Assim, o pragmatismo é uma visão cética do direito.

Cada intérprete tem e deve ter uma concepção diferente do que uma boa comunidade. Os juizes devem decidir conforme seus próprios pontos de vista. Na teoria tridimensional do direito de Reale,<sup>3</sup> o pragmatismo seria o fato, pois o fato é a própria realidade. O fato é inexorável.

Por fim, a terceira concepção do direito proposta por Dworkin é o direito como integridade.

Em relação à integridade trata-se de suas exigências, tais como equidade, justiça e devido processo legal adjetivo. A integridade é a virtude e destrói a idéia de equidade política obtida através da participação da vontade de todos na decisão legislativa quando está em jogo questão de princípio. Nesses casos as decisões devem ser coerentes, não admitindo concessões. A integridade condena a incoerência e promove a autoridade moral da comunidade para “assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva”, porque faz com que a comunidade seja fiel a um sistema de princípios identificável por cada cidadão.

Em resumo a integridade efetivamente é a resposta e a

---

2 Ver REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 65: Na visão do jusfilósofo brasileiro, o direito tem um aspecto normativo (ordenamento e sua respectiva ciência), um aspecto fático (aspecto fático ou em sua efetividade social e histórica), e um aspecto axiológico (direito como valor de justiça).

3 *Ibidem*, p. 65.

interpretação da comunidade às outras concepções de direito. Na visão de Miguel Reale<sup>4</sup> o direito como integridade seria o valor, que confere determinada significação ao fato, inclinando ou determinando a ação dos homens no sentido de atingir ou preservar certa finalidade ou objetivo.

### **3. O SINDICALISMO E A LIBERDADE SINDICAL NO BRASIL**

É livre a associação em sindicato, para fins de estudo, defesa e coordenação de interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos, ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas.<sup>5</sup> A disposição legal define o sindicato.

Analisa-se a realidade constitucional brasileira, a evolução do sindicalismo no Brasil e suas perspectivas para o futuro. O fundamento conceitual da liberdade sindical encontra-se insculpido nas regras e orientações da Organização Internacional do Trabalho – OIT, criada em 1919 pelo Tratado de Versailles e da qual o Brasil é signatário desde então. Prepondera no particular, a Convenção número 87, de 1948.

A participação institucional do sindicato nos movimentos sociais revela

a liberdade de ação. É no local de trabalho que as consciências se formam e, quando já formadas, exercem a cidadania plena. O sindicato é o legítimo representante de classe e as relações coletivas são destinadas à defesa dos interesses coletivos.

O interesse coletivo não é a soma dos interesses individuais, mas a sua combinação, sendo, portanto, indivisível, no sentido de que satisfaz não diversos bens destinados às necessidades individuais, mas um único bem apto a satisfazer as necessidades de uma coletividade. O objeto do sindicalismo é regular as condições de trabalho de uma categoria (de interessados, independentemente de local de trabalho ou de atividade) através das normas coletivas e exercer a atividade sindical plena, no sentido de regular os interesses gerais da classe e dos trabalhadores como um todo, aspecto não encontrado nas relações individuais.

Discute-se o constitucionalismo de valores e os mecanismos de concreção da razoabilidade e da proporcionalidade, a efetividade das normas constitucionais, em geral, e dos direitos sociais, em especial. Ainda, no que diz respeito à construção e à dogmática dos direitos fundamentais, aborda-se a inserção do trabalhador (pessoa humana) na sociedade através do seu órgão máximo de representação e de cidadania: o sindicato. Nesse contexto, há de se inserir

---

4 REALE, *Lições...*, p. 65.

5 Art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho.

o direito à liberdade sindical (seja no plano individual, seja no plano coletivo), nos chamados direitos de segunda dimensão.<sup>6</sup>

---

6 Veja-se a propósito, SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 49: “O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva destes direitos é sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um *direito de participar do bem-estar social*. Não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado. Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como oportunamente observa P. Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos de liberdade e igualdade formal, nasceram *abraçados ao princípio da igualdade*, entendida esta num sentido material.

Ainda na esfera dos direitos da segunda dimensão, há que atentar para a circunstância de que estes não englobam apenas direitos de cunho positivo, mas também as assim denominadas *liberdades sociais*, do que dão conta os exemplos de *liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como de reconhecimento de direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como o direito a férias e ao repouso remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho, apenas para citar alguns dos mais representativos* (grifei). A segunda dimensão dos direitos fundamentais abrange, portanto, bem mais do que os direitos de cunho prestacional, de acordo com o que ainda propugna parte da doutrina, inobstante o cunho *positivo* possa ser considerado como marco distintivo desta nova fase na evolução dos direitos fundamentais, Saliente-se, contudo, que, a exemplo dos direitos de primeira dimensão, também os direitos sociais (tomados no sentido amplo ora referido), se reportam à pessoa individual, não podendo ser confundidos com os direitos coletivos e/ou difusos da terceira dimensão. A utilização da expressão *social* encontra justificativa, entre outros aspectos que não nos cabe aprofundar neste momento na circunstância de que os direitos da segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.”

Sérgio Pinto Martins define “liberdade sindical como o direito dos trabalhadores e empregadores de se organizarem e constituírem livremente as agremiações que desejarem, no número por eles idealizado, sem que sofram qualquer interferência ou intervenção do Estado, nem uns em relação aos outros, visando à promoção de seus interesses ou dos grupos que irão representar. Essa liberdade sindical também compreende o direito de ingressar e retirar-se dos sindicatos”.

A liberdade sindical, significa, pois, o direito de os trabalhadores e os empregadores se associarem, livremente, a um sindicato. Todo aquele que tiver interesse profissional ou econômico a ser discutido poderá reunir-se num sindicato. Os interesses profissionais ou econômicos serão, assim, dos empregados, dos empregadores e dos trabalhadores autônomos, como se observa no art. 511 da CLT.

Os trabalhadores do serviço público também terão o direito de livremente constituir sindicato. A exceção à regra diz respeito aos membros das forças armadas, da polícia e aos servidores ou empregados públicos de alto nível, assim considerados aqueles que têm funções com caráter decisório, ou seja, de confiança, o que poderá ser feito mediante exclusão pela legislação nacional (Convenção nº 151 da OIT, de 1978, arts. 1º, 2º e 3º). Para que haja autonomia e liberdade sindical, é preciso

que exista uma forma de custeio da atividade das entidades sindicais, o que deveria ser feito por intermédio de contribuições espontâneas dos filiados e não por intermédio de contribuições compulsórias. Seria, por exemplo, a mensalidade dos sócios e a contribuição decorrente do custo da negociação coletiva.”<sup>7</sup>

Mozart Victor Russomano define assim a liberdade sindical: “Se os institutos jurídicos podem ser representados geometricamente, diremos, de início, que a liberdade sindical é uma figura triangular. Na verdade, ela é formada, conceitualmente, de três partes distintas, que se tocam nas extremidades, dando-nos idéia de um perfeito triângulo jurídico”.

Não se pode falar em liberdade sindical absoluta sem se admitir que exista, em determinado sistema jurídico, *sindicalização livre, autonomia sindical e – em nosso juízo – pluralidade sindical*. Por outras palavras: a liberdade sindical pressupõe a sindicalização livre, contra a sindicalização obrigatória; a autonomia sindical, contra o dirigismo sindical; a pluralidade sindical, contra a unicidade sindical.

É essa a posição adotada pela grande maioria dos escritores estrangeiros, inclusive Rouast e Paul Durand, na França. Não foi outra a razão pela qual, na Itália, Ferruccio Pergolesi e Francesco Santoro-Passarelli definiram-na como uma

---

7 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 581.

‘liberdade complexa’. Se tomarmos a liberdade sindical no seu conceito mais amplo, necessariamente encontraremos, no fundo desse instituto, aquelas três idéias básicas, sem as quais não existe liberdade plena, nem para o sindicato, nem para os trabalhadores que nele encontram os pulmões da sua vida profissional.”<sup>8</sup>

Com efeito, como já foi dito, quando se fala em “liberdade sindical”, não se pode olvidar da Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Este órgão, do qual o Brasil é signatário (embora não tenha ratificado a referida Convenção), delibera, discute e determina regras e condições individuais e coletivas de trabalho aos países filiados.

#### **4. LIBERDADE SINDICAL E CONVENCIONALISMO**

Por que, à luz do convencionalismo, não há liberdade sindical no Brasil?

Como dito anteriormente, a Convenção nº 87 trata exatamente da “liberdade sindical”, propugnando, dentre outros aspectos, o regime pluralista, ou seja, a possibilidade de criação de mais de um sindicato da mesma categoria econômica e/ou profissional na mesma base territorial. No Brasil, o princípio adotado é o da unicidade sindical (art. 8º, II, da Constituição Federal). A regra entra em choque com o *caput* e o inciso I do

mesmo artigo, que vislumbram um sistema livre para o sindicalismo.

Também não se enquadram no conceito de liberdade sindical outros comandos previstos no ordenamento jurídico pátrio.

A Constituição da República assegura o direito de greve (art. 9º). Entretanto, a legislação infraconstitucional que trata da matéria (Lei nº 7.783/89) limita o referido direito.

Determina-se a participação dos trabalhadores nas empresas (art. 11 da Constituição Federal). Este comando, contudo, não é observado no país do ponto de vista prático. Ademais, entra em choque com o artigo 8º, inciso VI, que determina a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

Foram mantidas, ainda, as regras corporativistas da contribuição sindical compulsória (art. 8º, IV, da Constituição Federal c/c art. 581 da CLT), do poder normativo da Justiça do Trabalho (art. 114, § 2º, da Constituição Federal) e do enquadramento sindical por categoria (art. 570 da CLT).

Efetivamente não há liberdade sindical no Brasil.

#### **5. LIBERDADE SINDICAL E PRAGMATISMO JURÍDICO**

O pragmatismo é uma visão cética do direito. O sindicalismo brasileiro contemporâneo também é cético.

---

<sup>8</sup> RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 54-66.

Não importa como cresceu e floresceu o sindicalismo no Brasil. Não interessam aos pragmáticos, aspectos como intervenção, como fascismo e corporativismo. A realidade atual é o que deve ser considerado.

Neste contexto, fatores como a globalização, a flexibilização das condições de trabalho, o desemprego estrutural, a mudança de paradigmas das relações sociais e trabalhistas, as crises sociais e econômicas mundiais e brasileiras e, a partir de tais circunstâncias, a realidade de que os fundamentos básicos e históricos do sindicalismo (melhores condições de trabalho e melhores salários) têm sido trocados por um fundamento real (manutenção do emprego), são o que realmente têm importância.

É importante registrar que no Brasil existem aproximadamente dezenove mil sindicatos, dos quais os efetivamente representativos talvez não sejam mil. Esta realidade, claramente existe em função da inexistência de liberdade sindical. Em um ambiente de pluralismo, onde não existe contribuição sindical compulsória, indiscutivelmente sobreviverão apenas aqueles sindicatos que realmente representam a sua categoria.

No exame do fato social não é demais lembrar as centrais sindicais que, apesar de não serem órgãos de direito no sindicalismo nacional e não terem a prerrogativa de representatividade de classe e de negociação coletiva de trabalho, têm o real valor da sociedade, mantendo-se única e exclusivamente por interesse das classes que

representam. Falar de centrais sindicais denota, inclusive, uma simbiose entre pragmatismo e integridade.

## **6. LIBERDADE SINDICAL E DIREITO COMO INTEGRIDADE**

As classes seriam melhor representadas em um âmbito de liberdade sindical. Como dito acima, a existência de centrais sindicais é prova cabal e inequívoca de que as relações trabalhistas têm melhor trânsito em um regime de liberdade sindical. E é assim que as centrais têm valor da sociedade, inserindo-se na concepção do direito como integridade.

Ao examinar-se a origem do sindicalismo no Brasil, pretende-se refletir e discutir se e por que, o sindicalismo emergiu a partir dos movimentos sociais ou por imposição estatal. A partir desta premissa, buscase resposta para o seguinte problema: Já houve liberdade sindical no Brasil? Há liberdade sindical no Brasil? Em que medida o sindicalismo, regulado essencialmente pela Constituição Federal, tem condições e dinamismo para adequar-se aos movimentos sociais? Qual é o futuro do sindicalismo, e conseqüentemente da liberdade sindical no Brasil?

Em um regime de liberdade sindical plena, mais trabalhadores estarão inseridos no contexto de busca de melhores condições de vida, na medida em que o sindicato deverá ser efetivamente um representante de classe, sob pena de desaparecer.

A partir da liberdade sindical plena e da maior inserção dos trabalhadores nos sindicatos, a sociedade terá maiores resultados, diminuindo a desigualdade social.

## CONCLUSÃO

1. Em *O Império do Direito*, Dworkin não faz qualquer alusão à América Latina ou ao Brasil.

2. No exame de casos reais não se tratou de sindicalismo. Todavia, ao elaborar conceitos, Dworkin citou aspectos relativos às relações de trabalho e a acidentes de trabalho.

3. O fundamento para a utilização da obra de Dworkin para o cotejo com o princípio da “liberdade sindical”, inexistente no Brasil, é filosófico. A abordagem conceitual do direito e, principalmente as concepções de direito apresentadas pelo autor, se enquadram no exame da matéria.

4. As concepções de direito apresentadas em *O Império do Direito* são as seguintes: “convencionalismo”, “pragmatismo jurídico” e “direito como integridade”.

5. O convencionalismo trata das regras aplicáveis à comunidade. Traz-se a teoria tridimensional do direito de Miguel Reale, onde o direito é fato, valor e norma. O convencionalismo equivaleria à norma.

6. O pragmatismo trata da realidade. O que ocorre no seio da sociedade é a visão e interpretação que o juiz deve ter desta realidade. Na

teoria tridimensional do direito, o pragmatismo corresponde ao fato.

7. O direito como integridade trata da axiologia. Aborda o valor emprestado pela sociedade a aspectos como equidade, justiça e outros. Assim, para a teoria tridimensional do direito, a integridade é o valor.

8. O sindicalismo é a reunião de interessados (trabalhadores ou empregadores) para fins de representatividade de classe e negociação coletiva de trabalho.

9. A liberdade sindical, à luz da Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, pretende um sindicalismo sem qualquer intervenção estatal na atividade e na organização sindical.

10. No Brasil não há liberdade sindical. Aspectos constitucionais e legais, tais como a unicidade sindical, a contribuição sindical compulsória, a inexistência de representatividade de trabalhadores nas empresas, o poder normativo da Justiça do Trabalho, o enquadramento sindical por categoria e as restrições ao direito de greve, deixam clara esta realidade.

11. A ausência de liberdade sindical no Brasil está exposta na concepção do direito denominada convencionalismo.

12. O pragmatismo também registra esta realidade: O fato social pressiona a pretensão à liberdade sindical.

13. Por fim, como pretensão social para uma sociedade melhor, mais justa, equitativa e ética, a abordagem da liberdade sindical à luz da concepção do direito como integridade.



**REFERÊNCIAS**

- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. *Princípios Gerais de Direito Sindical*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

# O artigo 461 do CPC e a ruptura do paradigma conhecimento-execução

Guilherme Puchalski Teixeira\*

## 1. INTRODUÇÃO

O presente artigo inicia-se com uma abordagem preliminar sobre aspectos da evolução de tutela jurisdicional, especialmente no que se refere à repercussão do pensamento liberal no ordenamento jurídico brasileiro, e a constatação da insuficiência da proteção jurisdicional gerada pelo binômio conhecimento-execução. Intenta-se com isto nomear alguns dos principais aspectos responsáveis pela inexistência, até aquele momento, de um mecanismo de tutela apto a eficazmente reproduzir o resultado específico dos deveres descumpridos, especialmente em relação às obrigações de *fazer, não fazer e dar*.

A *instrumentalidade* como fase científico-dogmática surge, então, como diretriz delimitadora de toda a atividade

processual. Impôs-se aos operadores do direito o desafio de munir o processo de técnicas que atenuassem a crise da *ineficácia* do sistema processual.

## 2. A INFLUÊNCIA DO LIBERALISMO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. O DOGMA DE INTANGIBILIDADE DA VONTADE HUMANA

Como ciência intimamente ligada à realidade político-social – e mais que isto, produto dela – é importante dedicar atenção especial aos valores que serviram de alicerce à implementação do chamado Estado Liberal, em meio ao século XIX. Neste peculiar, dá-se ênfase à repercussão direta destes ideais na evolução do ordenamento jurídico-positivo pátrio.

---

\* Pós-graduando em Processo Civil pela PUC/EAD; Pós-graduando em Direito Empresarial pela UFRGS.

Como bem enfoca Arruda Alvim,<sup>1</sup> o movimento que resultou na Revolução Francesa foi, sem dúvida alguma, um dos mais bem sucedidos e melhor implantados da história. Pode-se afirmar que grande parte dos ideais ali difundidos estão, ainda, profundamente enraizados nas civilizações ocidentais contemporâneas.

Partindo dos valores mais exaltados pelo movimento reformista sentia-se reflexão clara daquele momento nos ordenamentos jurídicos, tanto na Europa como no Brasil.

No seio do pensamento liberal estava a idéia da *liberdade do indivíduo*, fruto da concepção de um Estado diminuto, apequenado frente às relações entre particulares, com mínima intervenção social, econômica e, conseqüentemente, jurídica.<sup>2</sup>

A bandeira da *liberdade humana* acobertava desejada preservação do *individualismo* do ser humano, trazia em seu espírito evidente propósito de romper com o velho regime aristocrá-

tico, em prol do desenvolvimento da classe burguesa, fato que veio a consumir-se com a derrubada da monarquia e o progressivo enriquecimento da classe insurgente (burguesia).

A máxima da *liberdade absoluta do indivíduo* passava, progressivamente, a dominar a teoria dos negócios jurídicos em geral. De modo finalístico, a lei passou a conferir tratamentos opostos aos *direitos obrigacionais* em comparação aos *direitos reais*.

No campo *obrigacional*, visando a estimular o enriquecimento daqueles que detinham o capital, a ordem jurídica tratou de conferir absoluta autonomia aos jurisdicionados, especialmente na celebração de contratos (formação e execução).

Em contrapartida, o tratamento conferido aos *direitos reais* buscava conferir proteção patrimonial máxima, por meio de uma tipologia nitidamente rígida e fechada, em prol da preservação do patrimônio da burguesia endinheirada.<sup>3</sup> Aqui, vigia o *princípio*

---

1 ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 170.

2 ALVIM, *Direito processual...*, p. 170 refere que o pensamento central da obra de Rousseau, *Contrato Social*, afirmava que os homens encontrariam a felicidade diante da diminuição do Estado.

3 NETTO, Nelson Rodrigues. *Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva lato sensu*. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 88 *apud* ALVIM, Arruda. *Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós*, p. 60, nota 16). [...] “Não poucos autores observaram a diferença, sensível, entre a disciplina dos direitos obrigacionais, exercidos no campo social em que o direito conferia aos partícipes quase uma liberdade absoluta, ao que se contrapunha a disciplina dos direitos reais, sempre só existentes e formados a partir da lei, em face do princípio da legalidade, e, ainda só existentes em face de tipos rígidos e com elementos normativos exaurientes; o direito real haveria somente quando a situação concreta se enquadrasse nesse tipo, com o que se proporcionava à burguesia segurança máxima, na guarda dos seus valores.”

da legalidade, no sentido de que a proteção jurídica própria ao direito real apenas se estenderia às hipóteses que se alinhasssem perfeitamente à definição legal ditada pela ordem jurídico-positiva.<sup>4</sup>

Esta nítida dualidade de tratamento se fez sentir no ordenamento da imensa maioria dos países da Europa Central. Ideologicamente espelhava preocupações da classe burguesa, muito bem delineadas: o direito obrigacional *livre* se prestaria a sua expansão, o direito real *rígido*, serviria para garantir o patrimônio da classe enriquecida.

Sobre tais premissas sedimentou-se o direito da época.

Neste panorama, o Processo Civil desenvolveu-se voltado a conferir *certeza e segurança* - ao menos à classe burguesa -, pautado no dogma da *intangibilidade da vontade humana* e sob a bandeira da prevalência da vontade.

Resultado desta concepção de *liberdade plena do indivíduo e res-*

*peito máximo à autonomia da vontade*, nasceu incólume o entendimento de que frente ao inadimplemento das obrigações - conquanto fosse entendido como um ilícito - ao direito não era dado coagir o inadimplente ao cumprimento daquela obrigação, tal como convencionalmente se obrigara a realizar.

Neste contexto, constatava-se que o único caminho indicado para a solução do litígio seria a via indenizatória (tutela ressarcitória). Conseqüentemente, a *tutela* proporcionada à época - esta entendida como resposta ou proteção conferida pela atividade jurisdicional através do processo<sup>5</sup> - jamais atingiria o cumprimento específico da obrigação (*tutela específica*), com a reprodução do resultado *in natura* da obrigação, tal como prevista no plano material.<sup>6</sup>

Com igual percepção, afirma Arruda Alvim:<sup>7</sup> “[...] em termos práticos, o inadimplemento de tais obrigações era, sempre ‘na ordem prática’, redutível a perdas e danos, cuja

---

4 A *tipicidade* (princípio da legalidade) expressa no Código Civil de 2003, nada mais fez do que repetir o modelo adotado pelo Código de 1916. A previsão de rol exaustivo de direitos reais (art. 1225 do CC/2003), vedando-se a criação de novos direitos por convenção privada, é exemplo marcante deste fenômeno.

5 Conforme doutrina MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica*, p. 61, tutela jurisdicional desdobra-se em mais de um significado: “[...] em uma perspectiva, é o resultado que o processo proporciona no plano material; em outra, é o conjunto de meios processuais estabelecidos para que tal resultado possa ser obtido”.

6 Como *tutela específica* entenda-se aquela que visa a propiciar ao titular do direito exatamente o bem da vida por ele buscado, pois como bem afirmara Carlyle Pop “*entregar-lhe menos é favorecer o inadimplente, é conceder-lhe uma decisão inútil*”. (*Execução da obrigação de fazer*. Curitiba: Juruá, 1995, p.35).

7 ALVIM, *Direito processual...*, p. 171.

sentença condenatória era a base da tutela ressarcitória.”<sup>8</sup>

Percebe-se, então, que os ideais de *liberdade e autonomia da vontade*<sup>9</sup> refletiam-se na inexistência de mecanismos de coerção que pudessem definitivamente influir sobre a vontade do devedor, com vistas a forçá-lo ao cumprimento específico da obrigação (convencional ou legal) descumprida.

Neste sentido, ao pensamento da época era incogitável compelir o devedor a fazer ou deixar de fazer aquilo que não estivesse disposto ou não desejasse, mesmo que anteriormente já houvesse se comprometido no plano obrigacional.

O Processo Civil *clássico* ou *tradicional* - sabidamente voltado aos ideais destacados - ao não prever instrumentos hábeis a compelir o inadimplente a cumprir com aquilo que materialmente se obrigara (noção de cumprimento específico da obrigação), ou, nas sábias palavras de Arruda Alvim,<sup>10</sup> “*a fazer vergar essa vontade contrária ao cumprimento da obrigação*”, acabava por, inevitavelmente, conduzir o credor a contentar-se com a injusta, é muitas vezes incompatível, solução via perdas e danos.<sup>11</sup>

No entender de Marcelo Lima Guerra, *verbis*:

---

8 Como bem notado por THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *GENESIS, Revista de Direito Processual Civil*, Curitiba, n. 22, p. 741-763, out./dez. 2001: “*Na plenitude do liberalismo, então, não havia lugar para a execução específica das prestações de fazer e não fazer. Por ser intocável em sua liberdade pessoal, uma vez recalitrante em não cumprir esse tipo de obrigação, outro caminho não restava ao credor senão conformar-se com as perdas e danos*”. Acrescenta o eminente processualista que “*àquela época o direito processual praticamente inexistia como técnica autônoma ou ciência autônoma, apresentava-se como mero apêndice do direito material.*”

9 Uma análise sobre o direito comparado bem evidencia a ausência de *mecanismos de influência*. Objetivamente, os efeitos jurídicos decorrentes do pensamento liberal se fizeram sentir profundamente no Direito francês, no Direito brasileiro, e em todos os países adeptos do sistema romano-germânico, porém não influenciaram sobre o ordenamento jurídico alemão, que se manteve alheio aos reflexos normativos do movimento. Lá se mantiveram presentes, até os dias atuais, mecanismos sancionatórios de *coerção* – v.g. multa diária e prisão civil –, intimamente ligados a uma noção *publicista* do processo, a qual gerava a punição de todo aquele que violasse a autoridade do Estado.

10 ALVIM, *Direito processual...*, p. 172.

11 Discorrendo sobre o obstáculo gerado pela máxima liberal da *intangibilidade da vontade humana*, enfatiza Frederico Campos que “*a regra da limitação da sanção executiva recaindo exclusivamente sobre o patrimônio do devedor impunha barreira intransponível quanto às obrigações de fazer, dependendo diretamente de um ato pessoal do devedor, este não poderia ser compelido fisicamente ao seu cumprimento.*”

As mesmas idéias que na França negaram preferência à *tutela específica*, especialmente das obrigações de fazer e de não fazer, em proteção da liberdade individual, exerceram grande influência no direito brasileiro. Segundo essa mentalidade, sendo a liberdade um valor absoluto, negava-se que a vontade do devedor fosse constringida, de qualquer maneira, a fazer ou não fazer algo, mesmo que a tanto estivesse obrigado por contrato ou lei.<sup>12</sup>

Tão diminuta deveria ser a margem de intervenção estatal sobre a esfera jurídica dos particulares, que seria incompatível atribuir ao juiz poderes para a imposição de *ordens* aos jurisdicionados.

A consagração da *intangibilidade da vontade humana* como verdadeiro dogma processual, refletia a inade-

quação da utilização de qualquer instrumento de coerção sobre a conduta desrespeitosa adotada pelo inadimplente. Tal impossibilidade veio a ser consagrada pela máxima *nemo ad factum praecise cogi potest* (ninguém pode ser constringido a fazer alguma coisa).<sup>13</sup>

Aprofundando a análise sobre o fenômeno, logo se percebe que o *dogma da intangibilidade* acabava por comprometer a *validade* e a própria *existência* do princípio consagrado na expressão *pacta sunt servanda*,<sup>14</sup> diretriz máxima do direito obrigacional. A bem dizer, a não coercibilidade da vontade humana acabou por privilegiar o inadimplemento das obrigações, na medida em que ao devedor era permitido optar pelo cumprimento da obrigação ou simplesmente responder por perdas e danos (equivalente pecuniário).<sup>15</sup>

---

12 GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 149.

13 Tradução livre. Como veremos adiante, tal princípio encontra-se desativado em relação ao cumprimento das obrigações de fazer, não fazer, e dar, por ocasião das inovações trazidas pela nova redação do art. 461 e inclusão do artigo 461-A no CPC, Leis 8.952/94 e 10.444/02, respectivamente.

14 Com extrema perspicácia Arruda Alvim aponta para tal contradição: [...] *Poder-se-á, mesmo, vislumbrar certa incompreensão em relação a um ângulo do princípio 'pacta sunt servanda', pois que, em termos práticos, admitia-se o descumprimento do contrato ou da obrigação, ainda que coubessem perdas e danos. Por outras palavras, o 'pacta sunt servanda' encontrava limite nesse entendimento da idéia e da práxis da liberdade. [...] pois, se esse princípio era tão importante, constituindo mesmo o referencial inafastável de todo o raciocínio, haver-se-ia, congruentemente, de ter dotado as ordens jurídicas de instrumentos aptos e eficientes para coarctar o inadimplemento dessas modalidades de obrigação, o que de modo geral não ocorreu.* (ALVIM, *Direito processual...* p. 172).

15 Com convicção, pode-se afirmar, que, àquele momento, a *tutela ressarcitória* era a *via geral* absoluta oferecida em proteção aos direitos lesados.

Em lúcido raciocínio, Ovídio Baptista da Silva traz a lume esta grave contradição:

A impossibilidade de execução específica das obrigações de fazer, envolvendo originariamente tanto as prestações infungíveis quanto as fungíveis, oculta uma grave contradição, relativamente a outro princípio fundamental e dominante nos sistemas jurídicos ocidentais, qual seja o da força obrigatória dos contratos, representada pela fórmula *pacta sunt servanda*. Quer dizer, a liberdade humana é intangível, mas o indivíduo poderá livremente perdê-la ao obrigarse, firmando contrato, de modo que ficará irremediavelmente vinculado ao seu cumprimento. Todavia, se a obrigação constituir-se num *facere* infungível ele somente o cumprirá *in natura* se quiser. Ao devedor – e não ao credor – caberá a escolha entre cumprir a obrigação ou indenizar perdas e danos.<sup>16</sup>

Como já afirmado, os valores liberais foram sendo gradativamente transplantados para o direito positivo dos

países ocidentais. Como genuíno precursor da positivação dos ideais liberais, veio à tona o Código francês napoleônico (*Code Napoleon*), cujo artigo 1.142 bem retratava o pensamento da época: “Toda obrigação de fazer ou não-fazer, se resolve em perdas e danos, no caso de inexecução por parte do devedor”.<sup>17</sup>

No direito brasileiro, tais reflexos foram sentidos na redação do art. 880, do Código Civil de 1916, textualmente repetido no Código Civil de 2003, em seu art. 247: “Incorre em perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.”

Como expresso na redação da norma supramencionada, nosso direito material tratou de claramente privilegiar a *tutela ressarcitória* ou *indenizatória* – em consonância aos valores pregados pelo Liberalismo – em detrimento de um esforço normativo pelo cumprimento específico (*in natura*) das obrigações.<sup>18</sup>

Com precisão, Araken de Assis aborda o fenômeno da incolumidade física no campo dos deveres:

---

16 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

17 Diferentemente do que se passou na Alemanha, onde os meios de coerção, inclusive a possibilidade de prisão civil, jamais deixaram de ser aplicados como instrumento de afirmação da autoridade do Estado.

18 Como se verá adiante, a evolução metodológica do processo, nos trouxe a afirmação de que o direito deve preferencialmente entregar ao credor exatamente o bem de vida por ele perseguido. Como salienta POP, Carlyle. *Execução de obrigação de fazer*. Curitiba: Juruá, 1995, p.35, “*entregar-lhe menos é favorecer o inadimplente, é conceder-lhe uma decisão inútil*”, ideologia bem estampada na redação dos arts. 461 e 461-A.

Rompendo com as tradições do direito comum, o CC de Napoleão adotou, como princípio ideológico fundamental, a incolumidade física no terreno das obrigações. Por consequência, obrigando-se a pessoa a prestar obrigação somente por ela exequível, o art. 1.142 proibiu seu constrangimento físico. É o velho adágio *nemo potest cogi ad factum*. Por conseguinte, semelhante classe de prestações não comportava execução específica, transformando-se, na hipótese de inadimplemento, na prestação substitutiva de perdas e danos. Neste mesmo sentido, o art. 880 do CC de 1917, o devedor que descumprir “obrigação a ele só imposta, ou só por ele exequível”, incorre no dever de indenizar perdas e danos.<sup>19</sup>

### 3. INSUFICIÊNCIA DA TUTELA GERADA PELO BINÔMIO CONHECIMENTO-EXECUÇÃO. SITUAÇÕES CARENTES DE TUTELA

A dinâmica do processo civil clássico – construído em cima dos

valores da sociedade burguesa revolucionária e que perdurou até duas ou três décadas atrás – apresentava, em sua essência, modelo processual rígido e desdobrado, compreendido pela fase de conhecimento e subsequente processo de execução.

Dentro de sua lógica estrutural, no processo de conhecimento, após exercer atividade cognitiva exauriente, conferindo às partes direito ao contraditório e aprofundada dilação probatória, ao juiz caberá puramente *declarar*<sup>20</sup> o titular do direito reclamado. Esgotados os recursos cabíveis, com o *trânsito em julgado* da ação, a decisão tornar-se-á definitiva, ressalvada a via rescisória é claro.

Os efeitos concretos da sentença condenatória – excluídas as hipóteses de sentença dotada de eficácia exclusivamente *declaratória* ou *constitutiva*<sup>21,22</sup> – far-se-ia sentir somente no subsequente processo de execução. Até este momento, decorridos longos anos de espera, o

19 ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br>>

20 A carga *declaratória* da sentença, traduz mera definição sobre quem é o titular do direito controvertido, declarando a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Observa Nelson Rodrigues Netto, que “*toda a decisão judicial está impregnada de uma declaração que determina quem efetivamente possui um direito subjetivo a ser amparado. [...] emprestando certeza à relação.*” (NETTO, Nelson Rodrigues. *Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva lato sensu*. Rio de Janeiro : Forense, 2002, p. 27).

21 Como eficácia constitutiva da sentença enquadram-se aqueles provimentos que, além de certa dose de declaração, por si só acabam por constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica.

22 Cabe referir que ambas as eficácias, a constitutiva e a declaratória, exaurem satisfativamente a pretensão do autor independentemente de processo de execução posterior, diferentemente do que ocorre com as ações ou sentenças preponderantemente condenatórias.



privilegiado devedor mantinha-se inerte, totalmente alheio à necessidade de dar cumprimento à obrigação que, contratual ou legalmente, estava obrigado a atender. Nisto reside o que, usualmente, se refere como *insuficiência da tutela condenatória*.

Nesta sistemática – que privilegiava a eficácia condenatória dos provimentos – dentre outros aspectos negativos, afastava do alcance do julgador qualquer mecanismo ou instrumento apto a gerar *satisfatividade* ao titular do direito em meio à própria fase de conhecimento.<sup>23</sup> Os aspectos abordados no tópico anterior assumem enorme responsabilidade por esta notável crise de ineficácia em que se encontrava o direito processual civil. A impossibilidade de influir sobre a vontade do devedor inadimplente acabava por retirar qualquer margem de *executoriedade* às decisões proferidas no processo de conhecimento.

Bem observou Nelson Rodrigues Netto, resgatando resquícios históricos do direito romano, que se tratava, na realidade, de negar força de *imperium* aos atos proferidos pelo juiz. Cabia ao magistrado somente *declarar* aquilo que estava positivado na lei (*jurisdictio*).

Em igual sentido, Arruda Alvim<sup>24</sup> realça que a realização do direito “era sempre e necessariamente sucessiva ao término da cognição, o que, como regra geral, pressupunha a ocorrência de coisa julgada”. Eis a coisa julgada, funcionando como um verdadeiro *divisor de águas* (expressão do autor), a separar as já distantes atividades de *cognição* e execução *stricto sensu*.

Evidentes, pois, a insuficiência e a falta de dinâmica da tutela gerada pelo binômio conhecimento-execução.<sup>25</sup> A via única de solução apresentada pelo modelo (perdas e danos) traduzia-se, ao fim, na injusta *substituição* do resul-

---

23 Aí se compreendam os *mecanismos sancionatórios*, que podem ser de *coerção* - que influenciem sobre a vontade do devedor, a exemplo da multa e a prisão civil – e de *sub-rogação* – que independem da vontade do obrigado, a exemplo da busca e apreensão, cumprimento por terceiro, entre outros – bem como *mecanismos próprios de tutela*, como a possibilidade de antecipação liminar dos seus efeitos.

24 ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 3, [s.d].

25 Barbosa Moreira destaca que “*sobremaneira insatisfatório mostra-se o mecanismo que se pode representar por meio do esquema processo de condenação + execução forçada, máxime quando se reserva, conforme sucede as mais das vezes, para o tratamento exclusivo de situações que se caracterizam pela existência de lesão já consumada.*” (MOREIRA, Barbosa. *Tutela sancionatória e tutela preventiva*. TEMAS de direito processual. 2. ed.. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 22).

tado específico da obrigação pretendida pelo credor (dever contratual) ou pelo direito (dever legal) pelo *equivalente pecuniário*, relegando ao total desamparo situações externas ao âmbito patrimonial, *in casu* as obrigações de fazer, não fazer e dar.<sup>26</sup>

Aliada à *incapacidade* e à *inadequação* da tutela gerada por este modelo, saltava aos olhos a inaptidão das modalidades de eficácia até aquele momento conhecidas, a saber: a declaratória, a constitutiva e a condenatória (classificação trinária das ações). A falta de *executoriedade* das sentenças condenatórias, aliada ao não reconhecimento de modalidades de eficácia capazes de conferir *satisfatividade* imediata ao direito do autor, acabavam por engessar, ou aprisionar, a prestação da tutela jurisdicional. Diante desta realidade, a solução concreta pretendida pelo autor postergava-se ao distante momento da execução da sentença.

Esta dura realidade estava na contramão de um ideal de resposta jurisdicional *útil e eficaz* buscado pelos processualistas modernos. Para estes,

o escopo da ciência convergia finalisticamente em conferir *instrumentalidade* ao processo.<sup>27</sup>

A inaptidão da ação condenatória, especialmente em relação às demandas que exigissem um *provimento de repercussão física* (obrigações de fazer, não fazer e dar), foi um dos principais aspectos responsáveis pela falência do modelo processual clássico.<sup>28</sup>

Oportunas as conclusões de Arruda Alvim:

a) havia separação e alheamento do processo em relação a situações específicas de direito material, o que vale dizer que o grande número de conflitos de interesses haveria de ser necessariamente acomodado dentro do processo tradicional ou clássico, independentemente das peculiaridades de alguns desses conflitos, que poderiam justificadamente exigir uma proteção processual maior; b) disso decorria a marginalização absoluta das chamadas *tutelas diferenciadas*; c) à classificação trina das ações/sentenças, obstáculo à tutela diferenciada, atribuía-se a tarefa

---

26 Méritos para José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 27-42).

27 O sentido da *instrumentalidade* do processo, se aproxima da percepção deste não como um fim em si mesmo, mas meio de alcançar-se um fim, através de uma tutela útil e efetiva. A respeito, José Eduardo Carreira Alvim (ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003).

28 Situação que veio a refletir-se negativamente na própria afirmação e legitimidade do Poder Judiciário, na medida em que não mais correspondia aos anseios da coletividade.

exauriente de resolver a contento todos os conflitos de interesse; d) à tutela condenatória não se reconhecia aptidão para ordenar *eficazmente* um fazer ou um não fazer, e a tutela mandamental era praticamente desconhecida; f) a matriz da tutela ressarcitória é expressada pelo art. 1.142 do Código Civil francês, em que está disposto que “*toda obrigação de fazer ou não fazer resolve-se em perdas e danos e juros, em caso de descumprimento pelo devedor*”, claramente inspirado na máxima *nemo ad factum potest cogi*; f) com a tutela ressarcitória está implicado um pensamento distanciado do direito material.<sup>29</sup>

Dentre outras carências, formava-se a convicção de que a eficácia declaratória, constitutiva e condenatória, não eram aptas a gerar o desejado *cumprimento específico das obrigações*, especialmente àquelas que exigissem provimentos de atuação concreta (deveres de dar, fazer e não fazer), de caráter não pecuniário.

Em relação às sentenças condenatórias, elas tão-somente viabilizavam

o ajuizamento do processo de execução forçada,<sup>30</sup> desenvolvendo, pois, função meramente processual de *preparação* a outro procedimento.<sup>31</sup>

Conforme explica Eduardo Talamini, “a incompletude da proteção gerada pela sentença condenatória reside na exigência de que aqueles atos materiais (de concreção da tutela) ocorram em outro processo”.<sup>32</sup>

Por essas coordenadas, conclui-se que a *insuficiência* da tutela gerada pelas ações condenatórias residia justamente no fato de que, diferentemente do que ocorre com as modalidades auto-executivas de eficácias (declaratória e constitutiva), esgotam-se sem a *efetivação do resultado prático* pretendido, remetendo o credor, em caso de recalcitrância do devedor, a processo subsequente de igual ou maior complexidade.

A tutela gerada pela eficácia condenatória mostra-se ainda mais insuficiente e inadequada quando direcionada à tutela dos deveres infungíveis (i), de não fazer (ii), e ou preventivos de ilícito<sup>33</sup> (iii), hipóteses

29 ALVIM, *Direito processual...*, p. 165.

30 Entenda-se como *forçada* toda aquela execução voltada a obter o resultado pretendido através de mecanismos *sub-rogatórios* – os quais independem da vontade do devedor obrigado para a sua efetivação.

31 TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e a sua extensão aos deveres de entregar coisa* (CPC arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84). 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 189.

32 *Ibidem*.

33 Tutela Inibitória, na linguagem adotada por MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998 e SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista pelo art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

enquadráveis como *situações carentes de tutela*.

#### 4. PROCESSO CIVIL MODERNO. SURGIMENTO DA TUTELA EX ARTIGO 461

Desde muito, os processualistas se preocupam com o problema da *efetividade do processo*.

Ainda na metade do Séc. XIX, quando do surgimento do Código Italiano de 1865, com base na constatação de elementos comuns às modalidades típicas de tutela cautelar então reconhecidas, Chiovenda – revelando o avanço do seu pensamento em relação aos parâmetros da época – já pugnava, ou melhor, profetizava o reconhecimento de um *poder geral de cautela*. Atento estava, pois, à necessidade de conferir-se maior efetividade ao processo

Para ele (Chiovenda), estando suficientemente demonstrado, em juízo de aparência, a existência do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, seria viável a concessão da tutela cautelar àquela situação concreta, mesmo que processualmente não se adequasse às modalidades típicas previstas pelo legislador.

Em última análise, o pensamento Chiovendiano – apenas exemplificado na forma acima – primava por conferir

maior *efetividade* ao processo, de forma com que o sistema processual conferisse àquele que tem razão e na medida máxima possível, uma situação equivalente àquela que adviria do cumprimento normal e tempestivo da obrigação.

Ao admirável sentir do mestre Giuseppe Chiovenda, *Il processo deve dare per quanto possibile praticamente a chi ha un diritto tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire*.<sup>34</sup>

Aproximadamente a partir da metade do Séc. XX, percebeu-se que o processo não poderia desenvolver-se através de mecanismos estanques de tutela, alheios à complexidade do mundo moderno, e principalmente às normas previstas pelo direito material.

Percebeu-se que, muito embora representassem disciplinas autônomas do ponto de vista estrutural, *direito e processo* deveriam estar intimamente ligadas de forma a conferir efetividade à prestação da tutela, “de maneira que nenhum dos dois segmentos possa ser visualizado isoladamente, se não como aspectos indissociáveis de uma única realidade normativa.”<sup>35</sup>

A *instrumentalidade* como fase científico-dogmática do processo, ganha peso e força como diretriz delimitadora de toda a atividade processual. Percebeu-se que o processo jamais poderá ser entendido como *um fim em*

34 Tradução livre: O processo deve dar no que é possível, a quem tem direito, tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tem direito de obter. Célebre reflexão do autor.

35 THEODORO JÚNIOR, Tutela específica..., p. 741-763.

*si mesmo*, mas um meio de alcançar-se um fim desejado, qual seja: a pacificação do conflito por meio de uma solução mais justa, útil, eficiente, célere e econômica possível.<sup>36</sup>

Como bem afirmam Luiz Rodrigues Wambier e Tereza Arruda Alvim Wambier:

A instrumentalidade, como ‘marca’ do processo, leva a que dele se espere resultado absolutamente compatível com o objetivo perseguido pela parte que vai à juízo. Resultado diverso, isto é, que não respeite a máxima (Chiovendiana) de que o processo deve proporcionar à parte exatamente aquilo que ela obteria se do processo não necessitasse, determinaria a frustração do sistema.<sup>37</sup> (parênteses nosso).

Sob esta nova ótica processual, a garantia universal do *acesso à justiça*, como anotam Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier, passou a ser agora compreendida como “direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, ou seja, direito à obtenção de provimentos que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as alterações requeridas pelas partes e garantidas pelo sistema.”<sup>38</sup>

Para compreender-se a exata dimensão em que deve ser entendido o *princípio universal do acesso à justiça*, tal como retratado nas lições de Cappelletti e Danti,<sup>39</sup> nunca é demais referir as sábias palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “acesso à justiça equivale à obtenção de resultados

---

36 Vale fazer algumas observações em relação ao direito norte-americano. A dualidade de regimes jurídicos, própria do direito inglês (*courts of common law* e *courts of equity*), não vinha refletida no direito norte-americano que possuía um único conjunto normativo, o *Federal Rules of Civil Procedure* (“FRCP”). A concepção instrumentalista do processo, já vinha bem retratada logo no artigo 1º desta Lei, que representava o código processual civil federal norte-americano: “*as normas devem ser interpretadas e aplicadas para assegurar a justa, rápida e barata resolução de qualquer ação*”. Como bem salienta, Nelson Rodrigues Netto, “*é extremado o relevo em que é colocada a função instrumental do processo no âmbito do direito norte-americano, cujos procedimentos bastante aderentes ao direito substancial, procuram obter o máximo rendimento do processo para a consecução de um resultado útil e prático.*”

37 WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 814, p. 63-70, 2003.

38 *Ibidem*.

39 O conceito de *acesso à justiça* sob o ponto de vista processual e não meramente material (de ajuizar uma ação), como geralmente divulgado, deve-se a dois pensadores italianos, Mauro Cappelletti e Vottorio Denti. Ao sentir dos renomados doutrinadores, o sistema processual deveria, além de acessível a todos (sentido material), produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos (sentido processual).

justos.[...] Não tem acesso à justiça aquele que pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem.”<sup>40</sup>

Por tal prisma, não proporcionar um provimento antecipado à parte que aparentemente apresenta melhor direito (não concessão da tutela antecipada), ou conferir a esta resultado diferente daquele que realmente pretendia, representaria “*negar acesso, ou, não proporcionar o adequado acesso à justiça*”.<sup>41</sup>

Como magistralmente definem os citados autores:

Os anseios universais por sistemas processuais que garantam o efetivo acesso à justiça são hoje as grandes diretrizes da conduta legislativa e dos esforços da doutrina e da jurisprudência. Está superada e completamente afastada a noção de que a antiga tutela formal dos direitos seria resultado satisfatório da atividade da jurisdição. Para que essa atividade estatal se realize em plenitude (vale dizer, para que o Estado-Juiz cumpra seu papel na sociedade), é necessário que ao seu resultado formal se acrescente a aptidão para produzirem-se efeitos práticos, em tempo hábil. Ao

contrário, isto é, sem que possa promover um processo efetivo, haverá o rompimento da garantia constitucional do acesso à justiça, pois o direito ao processo quer dizer, nada mais, nada menos, que direito a um processo cujo resultado seja útil em relação à realidade dos fatos.<sup>42</sup>

À luz destes novos valores e princípios, em razão da crescente demora na prestação da tutela jurisdicional, como entende Donaldo Armelim<sup>43</sup> – ou talvez muito mais pela conseqüente *inutilidade* gerada por um provimento tardio – impôs-se, aos operadores do direito em geral, o desafio de munir o processo de técnicas que erradicassem, ou ao menos atenuassem, a crise de *ineficácia* do sistema processual, tal como posto.

Sob outro prisma, acreditam alguns<sup>44</sup> que a possível solução para a problemática da ineficácia do processo judicial não escapa de um esforço crescente pela eleição – especialmente pelo legislador - de *tutelas jurisdicionais diferenciadas*.

Segundo doutrina Arruda Alvim,<sup>45</sup> a *tutela jurisdicional diferenciada* deverá ser buscada toda a vez que se

40 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 37.

41 ALVIM, Tutela específica..., p.5).

42 WAMBIER; WAMBIER, Anotações..., p. 63-70.

43 ARMELIM, Donaldo. *Tutela jurisdicional diferenciada: o processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 45.

44 Donaldo Armelim, José Roberto dos Santos, Nelson Rodrigues Netto.

45 ALVIM, Obrigações..., p. 33.

estiver diante de determinada situação de direito material *valorizada* pela sociedade, que por não possuir guarida ou proteção suficiente dentro do modelo tradicional do processo deve ser *privilegiada* pelo legislador, seja no âmbito material, como veio a ocorrer com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor, seja através de técnica processual inovadora que confira maior proteção à situação tutelanda.

As *tutelas jurisdicionais diferenciadas* passaram a bem ilustrar uma moderna visão do processo como sendo um *instrumento de resultados*, onde o dever maior da jurisdição vincula-se à preocupação da *efetividade*, ou seja, na obtenção de resultados práticos que correspondam à solução mais justa do conflito.

Sob outro enfoque, o Direito viu-se obrigado a preocupar-se com uma nova gama de bens jurídicos que passaram a ganhar relevância no contexto social, sejam eles: o meio ambiente, o consumidor, a ordem econômica, a cultura, passaram a ser entendidos como bens de interesse social, na medida em que transcendem àqueles que justificariam apenas uma proteção individual. Tais bens, estavam ainda desprotegidos, ou mesmo fora do alcance da ordem jurídica vigente.

A ciência jurídica viu-se então forçada a disciplinar novas técnicas, voltadas a conferir proteção a estes

novos valores surgidos do seio social. Como bem retrata Arruda Alvim: “Uma renovada valoração do direito material exigiu um aparato processual diferenciado, preordenado a proteger mais eficientemente tais bens.”<sup>46</sup>

Neste particular, duas realidades recentes do nosso ordenamento jurídico nasceram, desde o início, privilegiadas por uma tutela que primava pelo cumprimento específico das obrigações: é o caso do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n.º 8.078/80) e da Lei da Ação Pública – LACP (Lei n.º 7.347/85).

Vale dizer que tanto o Código de Defesa do Consumidor como a Lei da Ação Civil Pública já primavam normativamente pelo cumprimento específico das obrigações, inclusive sob a ameaça de *multa*.

Neste cenário, por ocasião do primeiro movimento reformista do vigente Código de Processo (Lei n.º 5.896/1973), com redação dada pela Lei n.º 8.952/1994, fomos então brindados com a tutela *ex art. 461* do CPC (via geral de tutela específica).

Tal técnica dotou o juiz de instrumentos capazes de gerar o adimplemento “precisamente como fora pactuado”, de forma a que “o resultado jurisdicional seja igual ou o mais próximo possível do adimplemento se este houvesse ocorrido tempestivamente.”<sup>47</sup>

---

46 ALVIM, *Direito processual...*, p. 175.

47 *Ibidem*, p. 169.

Valendo-se de todo este aparato – medidas coercitivas sub-rogatórias exemplificativamente previstas pelo § 5º; multa periódica coercitiva (§ 4º), emprego de força policial, dentre outros mecanismos – ao juiz caberá constranger, eficazmente, o devedor para o *cumprimento específico* da obrigação a que estava comprometido, seja ela decorrente de lei ou de contrato.

De forma didática, Nelson Rodrigues Netto define a *tutela específica* como sendo “o conjunto de remédios jurisdicionais tendentes a proporcionar, dentro do praticamente possível, ao titular de um direito exatamente aquela fruição que ele teria caso não tivesse havido a violação do seu direito.”<sup>48</sup>

A inovação processual trazida pelos arts. 461 e 461-A, veio mostrar que nova exigência processual não mais se ajustava à rígida estrutura anterior, que impunha ao credor contentar-se com a tardia e injusta *conversão* em perdas e danos (tutela indenizatória).

Por fim, a retratar a visão científico-dogmática que aqui se pretendeu demonstrar, vale a lição de Humberto Theodoro Júnior, *ipsis verbis*:

Tudo isto é muito importante para ter-se uma visão moderna do entrelaçamento profundo e indissociável que há entre direito e processo, e para compreender como é

decisivo o enfoque do direito processual moderno sobre a instrumentalidade e efetividade da prestação jurisdicional. Foi nesse ambiente que se desenvolveu a política legislativa das tutelas diferenciadas, com o nítido propósito de adequar os procedimentos às necessidades de situações particulares do direito material e propiciar meios mais eficientes de tutela.<sup>49</sup> (destaque nosso)

## 5. EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TUTELA RELATIVA ÀS OBRIGAÇÕES DE FAZER E NÃO-FAZER E DAR

Conforme já destacado, os valores axiológicos ligados ao pensamento liberal, em especial aqueles que acabaram por consagrar o dogma da *intangibilidade da vontade humana*, foram amplamente referendados pelo ordenamento positivo brasileiro. Esta circunstância acabou por afastar a previsão de qualquer procedimento ou técnica processual capaz de compelir o devedor ao cumprimento específico da obrigação.

Rompendo sutilmente com esta perspectiva, o Código de Processo de 1939 previu ação que competia a quem de direito pudesse “exigir de outrem que se abstenha de ato ou preste fato dentro de certo prazo”,<sup>50</sup> ação esta denominada *cominatória*.

48 NETTO, Tutela jurisdicional..., p. 166.

49 THEODORO JÚNIOR, Tutela específica..., p. 741-763.

50 Art. 302, inciso XII, do CPC de 1939.



Todavia, a mencionada inovação possuía diminuta utilidade. Muito embora representasse a enunciação de um preceito com vistas a dar cumprimento a uma obrigação de fazer, tal cominação era dotada apenas de eficácia condenatória, circunstância que prejudicava a satisfatividade da medida, dada a necessidade da prévia formação de título judicial para posterior execução, passado o trânsito em julgado da ação.

Inovação relevante trazida pelo Código de 1939, era a possibilidade da cominação de multa para o caso de descumprimento da obrigação fixada em sentença cominatória (art. 302). Tal sanção destinava-se a compelir o devedor à prática ou abstenção de determinado ato (art. 999),<sup>51</sup> mesmo que de natureza infungível, *ex vi* art. 1000.<sup>52</sup>

Ao que tudo indica, o instrumental colocado à disposição, na época, já possibilitaria mecanismo efetivo de pressão sobre o devedor. No entanto, a mentalidade então dominante - presa aos comandos do direito material vigente, o qual apontava no sentido de

que todo inadimplemento deveria resolver-se em perdas e danos (art. 880 do Código Civil de 1916) – não permitia aos operadores enxergar a natureza mandamental coercitiva do referido preceito (ordem direta sob pena de sanção).<sup>53</sup> Por tal razão, seguiam orientação de que a multa possuía natureza indenizatória, valendo como cláusula penal compensatória. Por não esclarecer a que finalidade se prestava – se *coercitiva* ou *indenizatória* – o código de 1939 também contribuiu para que os doutrinadores da época a relegassem à condição de parcela indenizatória, a ser deduzida do valor final fixado a título de perdas e danos.

Com o advento do Código de 1973, a ação cominatória deixou de figurar entre os procedimentos especiais previstos no sistema. Neste peculiar, os artigos 287 e 645, este último referente ao processo de execução, estabeleciam que:

Art. 287. Se o credor pedir a condenação do réu a abster-se da prática de algum ato, a tolerar alguma atividade, ou a prestar fato que não possa ser

---

51 Art. 999. Se o executado não prestar o serviço, não praticar o ato ou dele não se abster no prazo marcado, o exequente poderá requerer o pagamento da multa ou das perdas e danos, prosseguindo a execução nos termos estabelecidos para a de pagamento de quantia em dinheiro líquida, ou ilíquida, conforme o caso.

52 Art. 1005. Se o ato só puder ser executado pelo devedor, o juiz ordenará, a requerimento do exequente, que o devedor o execute, dentro do prazo que fixar, sob cominação pecuniária, que não exceda o valor da prestação.

53 Conforme observa Araken de Assis, “*de fato e na prática, o mecanismo se desfigurou, porquanto o órgão judiciário, raramente, cominava a pena pecuniária. É provável que tivessem os juízes em mente o princípio enraizado no art. 880 do CC de 1917. (ASSIS, O contempt of court...)*”.

realizado por terceiro, constará da petição inicial a cominação da pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença (art. 644 e 645).

Art. 645. Na execução de obrigação de fazer e não fazer, fundada em título extrajudicial, o juiz, ao despachar a inicial, fixará multa diária por dia de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.

A redação dos citados artigos já apontava que as cominações neles previstas em nada se confundiam com o ressarcimento ao credor dos prejuízos gerados pelo inadimplemento, visto que, com este, não mais haveriam de confundir-se. Neste sentido, se o artigo 287 estivesse se referindo ao ressarcimento, sua redação não expressaria literalmente, *cominação de pena para o descumprimento da sentença* (natureza processual coercitiva), mas sim a *cominação de pena pelo descumprimento da obrigação* (natureza material indenizatória).

Todavia, ainda presa à exegese histórica, bem como à literalidade da legislação material então vigente (art. 880 do CC), parcela da doutrina teimou em atribuir caráter *indenizatório* às sanções previstas. Tal exegese, pode-se convir, esvaziaria a parca eficácia

da multa então prevista, pois além de tardia, compensar-se-ia com o valor fixado a título de perdas e danos.

Felizmente, a despeito de respeitadas vozes, preponderou na doutrina o entendimento de que a multa diária prevista em tais dispositivos possuía natureza preponderantemente *processual coercitiva*, viabilizando, desta forma, a sua cumulação com a quantia posteriormente arbitrada a título de perdas e danos.

Por expressa previsão legal, porém, a multa ficava condicionada a *pedido expreso do autor*, assim como a sua fixação ocorreria apenas quando da prolação da sentença, uma vez que ainda não havia a possibilidade de antecipar os efeitos da sentença (art. 273).<sup>54</sup> A insuficiência da técnica disponibilizada pelo regime original do CPC de 1973, conforme destaca Araken de Assis, revelava, ao menos, dois defeitos expressivos:

Em primeiro lugar, o emprego da pena pecuniária vinculava-se à previa condenação do obrigado, e, portanto, a execução baseava-se, exclusivamente, em título judicial; ademais, não cabia ao juiz da execução alterar o valor posto na sentença, aumentando-o ou reduzindo-o, conforme as circunstâncias.<sup>55</sup>

---

54 Vale referir preciosa lição de Barbosa Moreira: “*Cabe lamentar que o vigente Código, em vez de reagir contra a deturpação (aplicação liminar da multa), restaurando em sua dignidade a ação cominatória, se haja dobrado a essa funesta orientação, tornando certo, no art. 287, que a pena pecuniária só era devida no caso de descumprimento da sentença.*” (MOREIRA, Tutela..., p. 21-29).

55 ALVIM, *O contempt of court...*

Saltava aos olhos a obsolescência da técnica disponibilizada pela primitiva redação do art. 287.<sup>56</sup> Neste peculiar, também apropriada a doutrina de Joel Dias Figueira Júnior:

Basta fazer uma leitura do dispositivo em questão para se verificar, sem maiores problemas, que a técnica de coerção utilizada (multa pecuniária) somente teria incidência após a prolação da sentença, mediante a constatação do seu descumprimento, ocasião em que o título judicial haveria ainda de ser executado nos moldes do Livro II, Título II, Capítulo III do CPC (arts. 632 e segs.).

Ora a efetividade, a praticidade, e a satisfatividade buscadas pelo autor, através das demandas cominatórias (...), frustravam-se por completo, tendo em vista ancorar-se em processo que jamais admitiu a subversão da ordem do juízo privado por intermédio de qualquer espécie de técnica de tutela antecipatória incidental provisional (...).<sup>57</sup>

Para ilustrar a ineficácia deste modelo, tomemos como exemplo uma demanda ajuizada com base no art. 287 (ação cominatória), em que o autor pretendesse ver reconhecida a obri-

gação da empresa jornalística (ré) em abster-se de divulgar determinada matéria, entendida como deturpadora da imagem da parte autora, requerendo-se ao juiz a fixação de multa diária para a hipótese de descumprimento. Como inexistente a possibilidade de antecipação dos efeitos da sentença, é evidente que a proteção oferecida já terá perdido a sua *utilidade* ao tempo da prolação da sentença. Com efeito, ao momento em que finalmente estivesse reconhecido o direito do autor (prolação da sentença), com a imposição de multa somente exigível após o trânsito em julgado, a imagem da autora já fora desde muito denegrida com a veiculação do material que, inutilmente, se tentara evitar.

Diante deste quadro, resta-nos concordar com a lamentável realidade traçada por Joel Dias Figueira Júnior: “percebe-se que para coisa alguma servia a técnica definida no art. 287, no tocante à efetividade do processo, tendo-se em conta que frustrava por completo a satisfação perseguida pelo autor.”<sup>58</sup>

À vista deste cenário, após a promulgação do CPC de 1973, viu-se

---

56 Em breve aparte, vale referir que naquele momento, a ausência de uma tutela que atuasse *preventivamente* à ocorrência do ilícito, protegendo de modo inibitório o direito material do autor – não somente pretendendo assegurar a eficácia do processo principal – dentre outros motivos, foi determinante para a utilização deturpada da tutela cautelar.

57 FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC: Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 156-157.

58 *Ibidem*, p. 157.

a formação de movimento reformador,<sup>59</sup> com objetivos bem definidos, no sentido de identificar e conter os focos de retardamento na prestação da tutela jurisdicional através de mini-reformas, sem contudo gerar grandes alterações na sistemática processual já codificada. Tal movimento, dentre outras inovações pontuais, veio a consagrar, no art. 461 do CPC, o primado pelo cumprimento específico das obrigações.

Seguiu-se um segundo movimento reformador, sentido no ano de 2002, intitulado doutrinariamente como *A reforma da reforma*. Aquém das chamadas mini-reformas apresentadas

pelo movimento anterior, provocou alterações pontuais em questões sensíveis do ordenamento. Como bem retrata Cândido Rangel Dinamarco,<sup>60</sup> o espírito das reformas era mesmo o de aperfeiçoar o código no sentido de remover óbices à ampla realização do *acesso à justiça*.<sup>61</sup> Dentre outras inovações, houve um grande esforço para dotar o sistema de medidas capazes de, mesmo que por técnicas diversas, produzir “a mesma relação jurídica final (resultado) que ao credor era lícito esperar.”<sup>62</sup>

Era então instituída a tutela do art. 461,<sup>63</sup> ponto de relevo da reforma, a

---

59 Nominado pelos doutrinadores em geral como *a reforma do processo civil*, o primeiro movimento reformista foi composto por comissão revisora presidida pelo Min. Sálvio de Sá Figueiredo (STF), e integrada por estudiosos de notável saber jurídico, entre estes: Ada Pellegrini Grinover, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe, Humberto Theodoro Júnior e José Eduardo Carreira Alvim.

60 Em sua obra *A Reforma da Reforma*, Dinamarco afirma que “o movimento reformador trouxe a bandeira da efetividade do processo e condiz com o método que privilegia o consumidor dos serviços judiciais, num processo civil de resultados.” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 36).

61 No entender do ilustre processualista “*não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue ser ouvido em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem.*” Id. *ibid.*, p. 37.

62 *Ibidem* p. 221.

63 Necessário esclarecer que anteriormente à consagração da *tutela específica* como *via geral* de solução apresentada pelo Código de Processo Civil (art. 461 do CPC), em proteção aos novos interesses coletivos surgidos na esfera social (Estado Social), justamente por representarem bens intangíveis e de caráter não patrimonial, nosso ordenamento processual já os havia presenteado com modalidades próprias de tutela específica. Cronologicamente, o primeiro passo neste sentido foi dado pela Lei da Ação Civil Pública, promulgada em 11 de julho de 1985. Em seguida, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), em seu artigo 84, veio a também consagrar modalidade especial de tutela específica, naturalmente voltada às relações consumeiristas. Em momento ainda anterior a alteração sentida no CPC, os artigos 213 e 62 do Estatuto da Criança e do Adolescente e da Lei Antitruste, respectivamente, da mesma forma vieram a priorizar o cumprimento específico das obrigações que dispõem.

seguir textualmente reproduzida, já com as alterações introduzidas pela Lei n.º 10.444/02.<sup>64</sup>

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação, ou se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (Redação dada pela Lei n.º 8.952/94).

§ 1º A obrigação somente será revertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 8.952/94).

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 8.952/94).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 8.952/94).

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença,

impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente e compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 8.952/94).

§ 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. (Redação dada pela Lei n.º 10.444/02).

§ 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Parágrafo acrescentado pela Lei n.º 10.444/02).

Resumidamente, pode-se ressaltar os principais aspectos e inovações geradas pela nova técnica de tutela:

a) a consagração de modelo *sincrético* de ação, por dispensar a necessidade de instauração de processo subsequente de execução para a efetivação do comando sentencial;

---

64 Especificamente, as modificações geradas pela Lei n.º 10.444/02 inovaram no sentido de incluir expressamente a multa coercitiva ao rol das medidas exemplificadas no § 5º, bem como por acrescentar o § 6º na redação do art. 461.

b) tutela jurisdicional que privilegia a obtenção do *resultado específico* da obrigação, seja pelo *cumprimento específico*, seja através do *resultado prático equivalente*;

c) autorização para a utilização de mecanismos sancionatórios coercitivos, com vistas a reforçar a *executoriedade* dos provimentos *ex art. 461*;

d) cominação de multa processual coercitiva, alterável em sua periodicidade e valor caso venha a revelar-se inadequada ou insuficiente;

e) imposição de mecanismos executivos de sub-rogação, gerados através da aplicação de medidas capazes de reproduzir o resultado específico da obrigação, independentemente da vontade do réu;

f) antecipação dos efeitos da sentença (*tutela antecipada específica*), visando a preservar a utilidade da prestação jurisdicional específica (§ 3º, art. 461 c/c art. 273), cumulável com a aplicação de mecanismos coercitivos e subrogatórios para a efetivação da decisão;

g) subsidiariedade da solução indenizatória (tutela ressarcitória), reservada às hipóteses de simples opção pelo credor e em casos de *impossibilidade* da reprodução do resultado específico ou prático equivalente da obrigação.

Este novo ferramental passou a contemplar técnicas distintas, com o propósito de dobrar a recalitrância do

devedor, ao prever: (i) mecanismos coercitivos ou de pressão psicológica; (ii) e mecanismos de sanção subrogatórios.<sup>65</sup>

Uma vez implantada esta nova modalidade de tutela, sentiu-se necessidade de estendê-la às obrigações de entregar coisa (dar), alteração ocorrida com a 2ª fase da Reforma (Lei n.º 10.444/02), nestes exatos moldes:

Art. 461-A. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. (Artigo acrescentado pela Lei n.º 10.444/02).

§ 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.

§ 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel.

§ 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.

65 Vale referir, conforme lição de DINAMARCO, *A reforma...*, p. 224 que historicamente “o primeiro e mais civilizado entre todos os modos de executar uma obrigação é o adimplemento”. [...] “Caracterizado o inadimplemento é que se ativam os meios processuais destinados a propiciar ao credor os bens ou situações a que ele tem direito”.

Sob outro aspecto, cabe também ressaltar que, com o advento da tutela *ex art. 461* estabeleceu-se flagrante dualidade de regimes visando ao cumprimento das obrigações, visto que permaneceram vigentes as normas próprias voltadas ao processo de execução, estas trazidas pelos artigos 632 -638 (execução das obrigações de fazer), artigos 644/645 (execução das obrigações de não fazer), e artigos 621-631 (execução para entrega da coisa certa e incerta).

Todavia, deve-se afastar, desde logo, o aparente conflito existente entre tais modalidades de tutela. Do contrário, convivem em plena harmonia.

A este respeito, esclareça-se que, quando em jogo prestações de *fazer*, *não fazer* ou de *entregar coisa*, as normas do processo executivo têm aplicabilidade somente em relação às obrigações representadas por títulos executivos extrajudiciais. O regime implantado pelo art. 461 atraiu para si a efetivação das obrigações oriundas de título judicial, reconhecidas por sentença ou decisão interlocutória (concessiva de antecipação de tutela), conforme definitivamente esclarecido pelos arts. 644<sup>66</sup> e 621 do CPC (redação dada Lei 10.444/02).<sup>67</sup> Exceção deve ser feita, é claro, em

relação às obrigações genuinamente pecuniárias, estas ainda regidas pelo Capítulo IV, Título II, Livro II, do Diploma Processual Civil (*Da execução por quantia certa contra devedor solvente*).

Dentre outros aspectos, a tutela *ex art. 461* representou grande avanço por eliminar a possibilidade de oposição de embargos à execução, via paralela ordinária que implicava em suspensão do processo de execução e, conseqüentemente, da concessão da tutela desejada.

Sob um enfoque geral, o modelo rígido de separação entre conhecimento e execução, restringe-se agora aos deveres de pagamento de quantia.

## 6. CONCLUSÕES

A tutela específica dos deveres de fazer, não fazer e entregar coisa, disciplinada pelos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil, indubitavelmente representa uma das inovações mais ousadas surgidas com a reforma do Diploma Processual. Os inúmeros institutos de que trata – criando-os ou recriando-os em face da tradicional acepção que usualmente lhes era atribuída – e a quebra de um verdadeiro paradigma enraizado nos ideais

---

66 Art. 644. A sentença relativa à obrigação de fazer e não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se, subsidiariamente, o disposto neste capítulo.

67 A nova redação do artigo 644 veio por colocar verdadeira ‘pá de cal’ sobre a controvérsia que girava em torno da efetivação dos provimentos *ex art. 461*. A consolidação deste entendimento acabou por extirpar os títulos judiciais da competência do processo executivo, exceto em relação às obrigações de natureza pecuniária.

que ensejaram a Revolução Francesa, representam alguns dos motivos primordiais que nos incentivaram à realização deste trabalho.

Como se pode verificar, a *tutela específica dos deveres* acabou por ser introduzida em nosso ordenamento como manifestação de repúdio às posições jurídico-dogmáticas do Século XIX, impregnadas por valores de raízes liberais.

O destaque conferido ao princípio da *intangibilidade da vontade humana*, acabou por afastar do Poder Judiciário a possibilidade de penetrar na autonomia da vontade dos jurisdicionados. O dogma da intangibilidade, traduzido pela máxima *nemo ad factum praecise cogi potest*, acabava por privilegiar a prática do ilícito, relegando o devedor à única alternativa de tutela possível, até aquele momento: o ressarcimento por perdas e danos.

A ausência de mecanismos processuais aptos a conferir efetividade a sentença condenatória, bem como a complexidade, morosidade e falta de imperatividade própria ao processo executivo, evidenciavam a necessidade de criar-se um procedimento apto a dar resposta judicial satisfatória, que não a mera indenização pelos danos sofridos.

A afastar uma visão excessivamente dogmática do processo, aproximando-o a uma funcionalidade essencialmente instrumental, acabou-se por desencadear uma busca desen-

freada para conferir maior *efetividade* ao processo. A falta de *utilidade*, passou a ser encarada como um dos grandes vilões responsáveis pelo descrédito do Poder Judiciário. Ao credor era reservada a tutela do ressarcimento, em detrimento da reprodução de um resultado específico por este desejado, porém ainda não privilegiado pela ordem jurídica.

À vista destes fatores, não mais se divergia que a resposta gerada pelo binômio conhecimento-execução já não mais atendia aos anseios da coletividade.

Na esteira dessas reflexões, a tutela proporcionada pelo artigo 461, surge como inovação positiva, refletindo uma nova realidade que não mais se acomoda à estrutura anacrônica anterior, responsável pela divisão absoluta entre conhecimento-execução – fracionamento este somente existente no plano abstrato das idéias, como bem salienta Tereza Arruda Alvim Wambier.<sup>68</sup>

Hoje, uma das principais tônicas dos processualistas, ditos modernos, consiste em romper com a idéia – já ultrapassada – da separação estanque e absoluta entre condenação (processo de conhecimento) e posterior execução, em processo autônomo subsequente (processo de execução). Evolui-se para um modelo *sincrético* de ação, a cumular tais atividades em um único expediente.

---

68 WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 9.



## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. *Direito processual civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ALVIM NETTO, José Manuel Arruda. Anotações sobre alguns aspectos das modificações sofridas pelo processo hodierno entre nós. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 3, [s.d].
- ARMELIM, Donald. *Tutela jurisdicional diferenciada: o processo civil contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994.
- ASSIS, Araken de. *O contempt of court no direito brasileiro*. Disponível em: <<http://www.abdpc.com.br>>
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma da reforma*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Comentários à novíssima reforma do CPC : Lei 10.444, de 07 de maio de 2002*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução indireta*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Notas sobre o problema da 'efetividade' do processo. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1984.
- \_\_\_\_\_. Tutela sancionatória e tutela preventiva. TEMAS de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.
- NETTO, Nelson Rodrigues. *Tutela jurisdicional específica: mandamental e executiva lato sensu*. Rio de Janeiro : Forense, 2002.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SPADONI, Joaquim Felipe. *Ação inibitória: a ação preventiva prevista pelo art. 461 do CPC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer: e a sua extensão aos deveres de entregar coisa (CPC arts. 461 e 461-A, CDC, art. 84)*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *GENESIS*, Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 22, p. 741-763, out./dez. 2001.
- WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Anotações sobre a efetividade do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 814, p. 63-70, 2003.

# Repensando o ensino do Direito para sociedades multiculturais - da Pedagogia ao currículo

José Alcebíades de Oliveira Júnior\*

## INTRODUÇÃO

Este texto tem a pretensão de propor uma alteração pedagógica e curricular importante para os cursos de Direito. A partir de nossa experiência como docente/pesquisador por mais de 20 anos, bem como em decorrência de nossa atividade profissional como advogado, assim como em função de atitudes enquanto integrante de comissões da OAB, do MEC e da CAPES, chegamos à conclusão que está mais do que na hora de modificações substanciais nos cursos de Direito.

Embora se constate um processo evolutivo/progressivo nessa área, resta por ser realizada uma mudança paradigmática ou pelo menos importantes ajustes, capazes de atender as principais características do mundo atual globalizado e em transformação:

a diversidade cultural – grupal e individual – que, por via de conseqüência, está trazendo consigo uma maior complexidade para as relações sociais, relações essas que estão à base do Direito.

De modo a introduzir o assunto, pode-se afirmar que as faculdades de Direito no Brasil passaram por dois momentos significativos aos quais deve-se juntar um terceiro: de cursos eminentemente técnicos (o que não tem nenhum mal em si, muito antes pelo contrário), passou-se a cursos que procuraram dar ênfase à inter-relação do Direito com as Ciências Sociais, num processo que visou a evidenciar as profundas imbricações sociais e políticas do Direito. Decorreu daí, um importante momento crítico de denúncia e caracterização do ensino e do saber como atividade de poder. Agora, é

---

\* Professor titular da Faculdade de Direito da UFRGS e da URI - Universidade Regional Integrada em Santo Ângelo.

preciso ir além da denúncia e da crítica.<sup>1</sup> Com efeito, são necessárias alterações metodológicas e de conteúdo para que os profissionais da área do Direito tenham condições de cumprir com as suas finalidades, realizando aquilo que as sociedades multiculturais esperam deles: por um lado, numa perspectiva conservadora, tolerância e aceitação, mas, por outro e fundamentalmente, realização de aspirações relativas à dignidade humana, que necessariamente não passam mais por aquilo que entendem as maiorias. Minorias ansiosas e já não tão silenciosas clamam por respeito, cuidado e realização de suas dignidades humanas, apesar de muitos, consciente ou inconscientemente, não as verem assim. De modo que, passemos por alguns relatos históricos para, então, chegarmos às considerações sobre o tema propriamente dito.

### **BREVE HISTÓRICO DOS CURSOS DE DIREITO NO BRASIL, CURRÍCULO MÍNIMO E PORTARIA 1886 DO MEC**

Os tempos atuais, nos quais uma série muito grande de “fronteiras” estão

sendo demolidas ou pelo menos alteradas, quer na Ciência, na Política, na História ou no Direito, necessário se faz repensar também o ensino do direito como um dos tantos olhares possíveis e importantes sobre o mundo.

Como nos lembram Aurélio Wander Bastos<sup>2</sup> e Horácio Wanderlei Rodrigues em conjunto com Eliane Junqueira,<sup>3</sup> a Lei de 11 de agosto de 1827 criou os primeiros cursos de Direito no Brasil, em São Paulo e Olinda, decorrentes de longas discussões políticas no Império, preliminares e posteriores, sobre as relações entre o Direito e o Poder.

Mas como assinalam Horácio e Junqueira,<sup>4</sup> já em 1869 começam as reformas, para o bem ou para o mal, dos cursos de Direito, de vez que se implantou o dito ensino livre, segundo o qual o aluno não era obrigado a freqüentar as aulas, mas apenas a prestar os exames e obter aprovação.

Em suas grandes linhas, como relatam os professores citados,<sup>5</sup> no Império o ensino do direito se caracterizou por:

- a) ter sido controlado pelo governo central, quer em aspectos metodológicos quanto de conteúdo;

1 Consigne-se, por direito e por respeito à História, que esse momento deve muito aos trabalhos de Roberto Lyra Filho em Brasília, Luis Alberto Warat em Florianópolis e Aurélio Wander Bastos no Rio de Janeiro, dentre tantos outros, é bem verdade.

2 Cfe. o seu já clássico *O Ensino Jurídico no Brasil*, RJ: Lúmen Júris, 1998, p. 1 e ss.

3 Cfe. seu alentado estudo *O Ensino do Direito no Brasil*, diretrizes curriculares e avaliação das condições de ensino, Florianópolis, José Boiteux, p.19 e ss.

4 Op.cit.p.19.

5 Op.cit.p.19 e ss.

b) ter sido o jusnaturalismo a doutrina dominante, até 1870, quando foram introduzidos o positivismo e o evolucionismo;

c) haver predominância das aulas-conferência, no estilo de Coimbra;

d) ter sido o local de formação das elites econômicas para os cargos políticos;

e) não ter acompanhado as mudanças que ocorriam na estrutura social.

Por outro lado, já no início da República surgem as faculdades livres particulares ao lado das públicas federais, elevando o número de cursos, dando-se início ao crescimento quantitativo que hoje já atinge as raias da exacerbação quanto ao número de faculdades. Também como salientam Horácio e Junqueira,<sup>6</sup> a desvinculação dos cursos com a realidade social embora se iniciasse nessa época, haveria de percorrer praticamente toda a República Velha. E, com efeito, esse parece ser um mal que nos afeta até os dias de hoje. Lembram ainda os autores que, em 1931, a reforma Francisco Campos trouxe aos cursos o caráter profissionalizante que também até hoje predomina e caracteriza, de forma indelével, os currículos e as faculdades de Direito.

Ainda como registram Horácio e Junqueira, a sensação que hoje vivemos de falta de credibilidade dos cursos

jurídicos já havia sido apontada por Santiago Dantas em 1955 quando, na Faculdade Nacional de Direito do Rio de Janeiro, marcadamente caracterizada pelo aprendizado teórico de um conjunto de doutrinas e teorias, assinalou que parecem nada ter a ver com os problemas reais da sociedade.

O que importa registrar para os fins de demonstração de nossa proposta é que, em 1962, pela primeira vez implantou-se um currículo mínimo para os cursos de direito, substituído em 1972 por um outro proposto através da Resolução 003 e que, por seu turno, foi substituído pelo conteúdo da Portaria 1886/94 do MEC, em dezembro de 1994. Com efeito, segundo nossa leitura, em meio a esse movimento, temos, na verdade pelo menos um ponto significativo a ressaltar: que é a passagem de um currículo mais técnico e profissionalizante que caracterizou os estudos do Direito até os anos 80 para, com a portaria 1886, passar-se a um currículo mais atento ao processo formativo interdisciplinar do aluno, com significativas preocupações com as relações do Direito com o poder e com a ideologia.

Ilustre-se, com base na análise de muitos estudiosos do ensino do Direito, mas especialmente em relação àquela desenvolvida por José Geraldo de Souza Junior,<sup>7</sup> que essa portaria veio retratar muitos dos aspectos discutidos

---

6 Op.cit.p. 20.

7 Ver "Ensino Jurídico: conhecimento do Direito e suas formas sociais de produção". In: *Sociologia Jurídica: condições sociais e possibilidades teóricas*, POA: Sergio Fabris, 2002, p. 109-132.

e levantados por um vastíssimo movimento que veio sendo articulado pelas comissões de especialistas no ensino do Direito, quer ligados aos organismos federais, quer a entidades de classe como a OAB.

Não foi por outra razão que nesse meio tempo – mais precisamente a partir de 90 –, o ensino jurídico também passou a ser alvo específico da OAB/Federal que, analogamente ao MEC, também criou uma comissão para questões de ensino jurídico, a qual, como relata José Geraldo,<sup>8</sup> realizou em 1992 uma cartografia dos problemas do ensino do Direito, ressaltando a necessidade de se associar a tradição com a inovação.

Por fim, como resumem Horácio e Junqueira,<sup>9</sup> com a entrada em vigor da nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) introduziu-se no Direito Educacional brasileiro a figura das Diretrizes Curriculares em substituição à idéia de Currículo Mínimo. Com base nessa alteração e na necessidade de adaptação da matéria, o CNE expediu o parecer 146/2002, buscando uma flexibilização da Portaria 1886 e praticamente almejando retirar a sua força principalmente no que se refere ao avanço interdisciplinar e de aprofundamento da relação ensino/pesquisa, o que têm sido alvo de grande discussão pelos setores interessados e pertinentes de vez que, para alguns, esse

parecer se apresenta como um retrocesso em aspectos importantes relativos à educação como pesquisa, representado pela desobrigação da monografia ao final do curso.

Recentemente, em junho de 2004, houve uma nova tomada de posição do CNE que, num diálogo com as partes, houve por bem manter as principais conquistas da Portaria 1886, porém flexibilizando-a em alguns dos seus aspectos, tais como o de tornar o trabalho de conclusão de curso optativo, isto é, não necessariamente deverá ser uma monografia nos moldes da atual metodologia da pesquisa vigente. Enfim, em verdade, a discussão sobre como deveriam ser os cursos jurídicos está em aberto. Pois é diante dessa indeterminação que julgamos poder dar um passo adiante como se verá logo mais. Antes, porém, vejamos alguns aspectos específicos da riqueza do sistema de avaliação de cursos implantado no Brasil.

## **OS AVANÇOS DO PROCESSO DE AVALIAÇÃO NA GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO**

De maneira concomitante com as questões mais gerais de criação e estabelecimento de padrões curriculares dos cursos de Direito do Império até hoje, existem as relativas ao processo de avaliação e aperfeiçoamento do que existe.

---

8 Op.cit.p. 110.

9 Op.cit.p. 22.

Partindo de reflexões realizadas por Lyra Filho sobre o ensino jurídico, quando advertia sobre o Direito que se ensina errado, que poderia ser entendido tanto como uma forma errada de ensinar direito quanto como uma concepção errada do direito que se ensina, a Comissão de Ensino Jurídico – segundo José Geraldo – ao discutir a função do direito e o papel do jurista, construiu categorias a partir das quais o direito deveria ser pensado e realizado para atender certas demandas, dentre elas as seguintes:<sup>10</sup>

a) demandas sociais; b) demandas dos novos sujeitos; c) demandas tecnológicas; d) demandas éticas; e) demandas técnicas; f) demandas de especialização; g) demandas de novas formas organizativas do exercício profissional; h) demandas de efetivação do acesso à Justiça; i) demandas de re-fundamentação científica e de atualização dos paradigmas.

Esses pontos de vista posteriormente foram incorporados aos indicadores estabelecidos pelo MEC para avaliar as condições de oferta dos cursos. Para Álvaro Melo Filho, essas seriam as condições para se romper com alguns preconceitos reducionistas do tipo, somente uma posição positivista-normativista seria aceitável, profissional do direito é apenas o que

exerce atividade forense, as disciplinas não podem ser vistas desde um ponto de vista autônomo, educação não se dá só na sala de aula, é preciso um profissional com formação interdisciplinar, teórico, crítico, dogmático e prático.<sup>11</sup>

Por outro lado, a idéia de quantidade *versus* qualidade no processo avaliativo parece continuar sendo uma das grandes dificuldades das comissões de avaliação. A imaginação – a pausa, a capacidade de ouvir o outro – discutir as tensões essenciais, como diria Thomas Kuhn, entre tradição e inovação é fundamental. E é aqui que vemos um dos pontos mais importantes de interseção entre graduação e pós-graduação: “a pós” tem de ser vista como o lugar onde se produz a oxigenação dos cursos de graduação em direito, quer em matéria curricular, quer em relação à “cabeça” dos professores e suas atitudes pedagógicas. Felizmente, essa integração, pouco a pouco se consolida no cenário acadêmico brasileiro.

### **DOGMATISMO E INOVAÇÃO NOS CURSOS DE DIREITO OU O RESGATE DE UMA TENSÃO ESSENCIAL NA PERSPECTIVA DE THOMAS KHUN**

Relendo Thomas Khun, em seu livro *A tensão Essencial*, sobretudo no seu ensaio sobre “A tensão essencial:

---

10 Op.cit.p. 114.

11 Cfe.José Geraldo, op.cit.p. 115.

tradição e inovação na investigação científica”,<sup>12</sup> pode-se perceber o quanto nós, do mundo do Direito, comparamos problemas comuns aos físicos. Comentemos alguns deles, com a finalidade de buscarmos apoio para a proposta a ser feita.

Convidado a fazer uma palestra na Universidade de Utah, em 1959, para psicólogos, Khun iniciava dizendo não ser psicólogo e perguntava-se sobre o que teria a dizer um ex-físico, que agora trabalhava na história da ciência, aos novos estudantes dos problemas da personalidade e da criatividade, bem como das possibilidades de sua identificação e resolução? Por isso, de imediato reconhecia, nesse convite, a sensibilidade desses estudantes para abordagens diferentes. Por certo, a criatividade é um tema que interessa tanto a um físico quanto a um psicólogo, mas, certamente, de maneiras diferentes. Diante disso, nos perguntemos de imediato: poderíamos falar de uma “sensibilidade” semelhante nos alunos dos cursos de Direito? Com certeza, generalizações não levam a nada, mas, indiscutivelmente, quem convive o cotidiano dessas faculdades, rapidamente pode constatar o quanto, os juristas em formação, têm dificuldades para escapar de um “registro” técnico jurídico extremamente especializado, que, ao fim e ao cabo, praticamente veta ou desmerece as demais ciências co-irmãs do Direito, mormente as

integrantes da grande área das ciências sociais e humanas.

De modo oportuno, Khun afirmava também que, “se uma pessoa com a sua preparação e interesses tivesse qualquer coisa de importante a sugerir não seria sobre os interesses principais desses estudantes, isto é, sobre a personalidade criativa e a sua identificação precoce, mas, uma outra coisa que, tal como acontece também na física, poderia atrapalhar a criatividade na psicologia, qual seja, a de que a continuidade e a convergência, muito freqüente na maneira de se entender cada ciência, conduz a um dogmatismo bastante resistente à inovação, e, portanto, à adequação da ciência à realidade social.

Ora, é preciso reconhecer que o que Thomas Khun está a dizer sobre a Física e a Psicologia, tem muito a ver com a Ciência Jurídica, uma das ciências mais reconhecidas como dogmática e infensa às inovações. Cabe salientar que Khun chegou a essas conclusões a partir da observação empírica do que estava implícito nas numerosas comunicações de trabalho distribuídas aos participantes na referida Conferência, e que para ele portariam uma *imagem* do processo científico e do cientista daquela área. Dizia Khun, essa imagem, quase de *certeza* “sobre tudo e sobre todos”, condiciona muitas das experiências que vocês tentam fazer, assim como as

---

12 Cfe. *A Tensão Essencial*, trad. Rui Pacheco. Lisboa: Edições 70, 1989, p.275-291.

conclusões que estabelecem. E sobre isso o historiador-físico pode bem ter algo a dizer. Limitando a sua atenção a um aspecto dessa imagem, – um aspecto condensado como se segue numa das comunicações de trabalho –, diz Kuhn: o cientista básico deve carecer de preconceitos a um grau em que possa olhar para os fatos ou conceitos mais “auto-evidentes” sem que os aceite necessariamente e, ao invés, deve permitir que a sua imaginação jogue com as possibilidades mais improváveis.

Resta claro que Khun, do alto de sua experiência está a chamar a atenção para a importância de uma visão crítica, e isso nos parece uma postura essencial aos cursos de Direito. Felizmente, a portaria 1886 tem nos oportunizado essa sacudida. Mas atenção: se, por um lado, é um ponto essencial para nós do direito refletirmos sobre a nossa cultura das certezas e da segurança jurídica, isto não quer dizer simplesmente que nos baste o maniqueísmo do tudo ou nada, de sermos a favor ou contra. Que esse papel teve seu lugar na história estamos de acordo. Mas agora, é preciso dar as respostas e apontar os caminhos que a sociedade anseia.

E aqui, mais uma vez Khun nos oferece argumentos de sustentação. Quem conhece o pensamento do professor em referência sabe que as Revoluções Científicas são raras. Mesmo Gaston Bachelard já falava nas dificuldades de um “grau zero” do conhecimento. Portanto, o que se passa,

no mais das vezes, em relação à ciência, e que discutíamos com o prof. Nelson Boeira, tradutor de Khun no Brasil é que, na verdade, o movimento científico se dá a partir de uma “ciência normal” que trata de problemas típicos, discutindo teorias, práticas de pesquisa, exemplos clássicos, usando até mesmo manuais, mas que, pouco a pouco, vai perdendo sua condição de ser aplicada a novos problemas e áreas. Como diz o prof. Boeira, vão surgindo “restos” não explicados que, pouco a pouco, vão colocando em crise o paradigma vigente.

Assim, o que nos parece genial é que na verdade, o pensamento científico não evolui pura e simplesmente da substituição de um pensamento convergente por outro divergente, senão que a evolução se dá num “fundir de horizontes”, fruto de muitas discussões da comunidade científica, e que termina por ser levado adiante por alguns desses membros, talvez por aqueles que, como diria Kuhn, insistem na presença de restos a serem explicados, quer do lado convergente, quer do lado divergente.

Com efeito, se tomamos em conta a perspectiva kuhniana, veremos que não por acaso a graduação, pelo menos no Direito, está mais afeita a levar adiante o pensamento convergente, mais conservador, enquanto que a pós-graduação (e não que isso seja sempre assim ou aconteça) possui um perfil mais adequado para levar adiante o pensamento divergente, de modo a adequar ou modificar as noções que permeiam o paradigma dominante. E é disso que resulta, como vimos anterior-



mente, a importância da integração entre graduação e pós-graduação.

É ilustrativo também o quanto esse historiador da ciência chama a atenção para o fato de que a pós-graduação tem algo a dizer aos alunos de graduação, na direção de que aqueles que querem divergir profundamente e academicamente do que aí está e se acham capazes de fazê-lo, não esmoreçam, poderá estar aí uma revolução científica; porém, a vida cotidiana não é feita só de grandes revoluções, e mesmo muitas vezes é melhor fazer o que se pode com as ferramentas à disposição do que fazer uma pausa para contemplar abordagens diferentes, a partir de um tempo que não dispomos.

Por fim, o que Khun se indaga e que cremos fundamental para nós é se, por vezes, a abertura de espírito (daqueles que se dispõem a isso) não teria sido demasiada como característica de uma investigação básica, tendo assim desprezado o pensamento convergente e por isso terminando por não conduzir a nada (lembramos de determinadas teorias críticas do Direito). Com efeito, a partir de seu estudo histórico e visão interna das revoluções científicas, conclui que o pensamento convergente (dominante – dogmático ) é tão essencial para o

avanço científico como o divergente. E dado que estes dois modos de pensamento estão inevitavelmente em conflito, segue-se que a capacidade para suportar a tensão que se pode tornar ocasionalmente insuportável é um dos principais requisitos para o melhor gênero de investigação científica.

### **PROPOSTA DE ATUALIZAÇÃO DOS CURSOS DE DIREITO PARA SOCIEDADES MULTICULTURAIS<sup>13</sup>**

Como dito na introdução, entende-se chegado o momento de pelo menos se começar a pensar numa terceira “revolução” para os cursos de Direito, justamente na direção de uma adequação desses cursos à realidade mundial globalizada e culturalmente diversificada, integrada por sujeitos cuja identidade se encontra em crise, como diria Stuart Hall em obra recém referida.

E é nesse sentido, dirigindo-nos às figuras humanas envolvidas no processo, que primeiramente se justifica um repensar do “ato pedagógico” nos cursos de Direito, isto é, das relações professor/aluno. Seguramente, há um descrédito do modelo vigente, decorrente do fato de que em muitos dos seus

---

13 Como bibliografia básica de nossa proposta, considere-se os seguintes títulos e autores: *Multiculturalismo*, Charles Taylor et alli. Trad. Marta Machado. Lisboa: Instituto Piaget, 1994 – p.45-94; *A identidade cultural na pós-modernidade*, Stuart Hall. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. RJ: DP&A, 1999; *Documentos de Identidade*, Tomaz Tadeu da Silva. BH: Autêntica, 2004; *Ações Afirmativas e o princípio da igualdade* Renata Malta Vilas-Bôas. RJ: América Jurídica, 2003.

aspectos, essa relação é hipócrita, com o perdão da veemência.<sup>14</sup>

Embora seja quase um refrão de senso comum, pois desde os 70 Paulo Freire já a denunciava, nos cursos de Direito predomina uma forma bancária de educação, traduzida pela presença massificante de “aulas magnas” e “conferências de notáveis”. O mal disso, em muitos casos, não está no conteúdo dessas aulas e conferências, que em muitos casos são bons, mas no modelo de submissão que inculca, desresponsabilizando o aluno, que passa cada vez mais a esperar por um saber pronto e acabado.

Por outro lado, mesmo que importantes, as experiências alheias constantes como conteúdos das aulas funcionam, como diz Luís A. Warat,<sup>15</sup> como simulacros da realidade cuja conseqüência – para a qual deve ser chamada a atenção – é a de que termina-se por formar um operador do Direito com capacidade técnica insuficiente “para enfrentar o mundo dentro do próprio mundo”, o que pode parecer redundante, mas não é. O simulacro pode fornecer conhecimento acumulado, mas não propicia a vivência, fundamental para a compreensão integral daquilo que é o humano, em todas as suas idiossincrasias

e complexos, decorrentes muitas vezes de uma história que o conduz, mas que ele não controla.

Percebe-se, que tal como o mundo do professor aparece como distinto do aluno na sala de aula, o advogado se apresentará, aos olhos da sociedade, como sendo um não integrante dela, sociedade, como se pairasse acima do bem e do mal e, portanto, seguramente tendo dificuldades para compreendê-la e oferecer-se como um possível solucionador dos seus problemas. O capítulo final dessa história todos nós conhecemos: a maioria dos advogados acabam por ser relegados à desenvolver atividades jurídicas de menor importância e complexidade, num mundo superlotado de concorrentes. O saldo dessa situação também é conhecido: ao ter que enfrentar uma disputa de baixo nível para a obtenção de clientes termina por ter de aceitar uma sub-remuneração, o que o rebaixa e a toda a classe.

Com efeito, necessita-se, hoje, de cursos de direito que não sejam ou funcionem como uma reprodução caricatural do mundo, senão que através de um repensar das relações professor/aluno, criem-se condições para o desenvolvimento de um espírito crítico e de engajamento dos alunos

---

14 Gostaria de lembrar que um grupo de recém mestrados, nos idos de 1981, na PUC do RJ, num Congresso da ALMED, teve a ousadia, apoiada em Luis Warat, de apresentar uma comunicação intitulada “A didática da sedução”. Não seria preciso dizer, mas nos ficou indelevelmente marcado, o reboiço que essas idéias causaram à época.

15 Cf. Vários aspectos do seu livro *Semiótica Ecológica y Derecho*. B.A. Asociacion Latinoamericana de Mediacion, Metodologia e Enseñanza Del Derecho, 1997.

com o mundo, o que pode ser feito, por exemplo, com um incentivo a um maior diálogo, num debate franco, no qual professor e aluno enfrentem questões polêmicas, tais como a da “avaliação” recíproca, por exemplo. Uma outra bastante importante, diz respeito ao tipo de material utilizado em aula, sempre dominado por cópias xerox de proporções mínimas, disponibilizadas “facilmente” aos alunos, em locais pré-determinados. Em termos de uma sadia provocação, embora isto sirva para muitas faculdades: seria possível, nas Faculdades de Direito, informar a bibliografia no início do curso e aguardar que o aluno faça a pesquisa necessária para o desenvolvimento do tema?

Como se vê, mais do que o repensar das relações professor/aluno enquanto passagem do modelo de aulas conferência para modelos tais como “dinâmica de classes”, é preciso rever os pressupostos éticos e morais dessas relações, num reconhecimento recíproco das deficiências na atuação de ambos os lados.

Mas, por outro lado, sucedâneo ao movimento na pedagogia, uma reforma deverá andar na direção de uma atualização curricular, que torne possível o aprendizado dos problemas atuais que os advogados e futuros promotores ou juizes terão de enfrentar nas atuais sociedades complexas e multiculturais.

Embora as questões nessa direção sejam muitas, propomos três eixos para

um repensar. Primeiro e sem querer ser redundante, é certo que os problemas jurídicos cada vez mais são problemas coletivos, sociais, de massa, e que, para enfrentá-los, cada vez mais uma formação interdisciplinar se faz necessária, assim como uma formação técnica adequada das “ações coletivas”, por exemplo. As sociedades complexas atuais passaram a ter problemas de interesse massificado, podendo-se observar que o desenvolvimento de uma consciência ecológica e solidarista requerem um aprofundamento em Direitos como o ambiental e do consumidor. Contudo, até onde se pode ver, a grande maioria dos cursos trata essas questões de modo marginal, continuando a ênfase na compreensão da conflituosidade como algo particular e individual. No máximo, o que se observa é a abertura de espaços opcionais aos alunos para o estudo dos problemas coletivos.

Em segundo lugar, o grande desenvolvimento da ciência em várias áreas, da tecnologia da informação, da alteração do jogo de forças político, da globalização que, ao contrário do que se pensa, aprofunda a desigualdade social e mostra a fratura exposta da diversidade e da dominação cultural, embora amplie o espectro dos negócios internacionais, além de muitos outros fatores, estão a exigir um “novo direito”,<sup>16</sup> que em muitos dos casos faz referência mais a “princípios” do que a

---

16 Sobre o tema, ver nosso livro *Teoria Jurídica e Novos Direitos*, RJ: Lúmen Júris, 2000.

“regras”, o que exige uma preparação cultural muito maior daquele que irá operá-lo ou que tiver que fazer o manejo desse paradigma. A título de exemplo, citemos o Biodireito, as relações entre Direito e Realidade Virtual, os Institutos da Mediação e da Arbitragem, dentre outros. Quanto às soluções alternativas (ao Estado) de controvérsias, não só as disciplinas referentes a elas são marginalizadas, senão que integram uma cultura, como um todo, marginalizada, e que diria respeito às possibilidades da própria sociedade desenvolver mecanismos de resolução de seus conflitos, sem aguardar pelo Estado.

Por fim, em terceiro lugar, haveria necessidade de uma reforma que tomasse em consideração a grande transformação nos costumes que estamos vivendo, e que segundo alguns estaria no bojo de uma grande transformação das sociedades, que estariam se encaminhando para uma configuração multicultural, diversidade de modos de pensar, de viver, de agir, de pensar a moral, etc.

Assim, se trataria com esse eixo, dentre outras coisas, de trazer à tona questionamentos que as sociedades estão a se fazer, acerca da base comum dos currículos universitários nacionais de Direito, que, privilegiam, por exemplo, dentre outras coisas, a cultura branca, o masculino, a visão européia, a heterossexualidade, etc,<sup>17</sup>

não deixando dúvidas de que é preciso diversificar essa matriz unitária, obstaculizadora de um necessário “sentido plural” para os currículos universitários.

Tomando aqui colocações de Tomaz Tadeu da Silva<sup>18</sup>, embora várias perspectivas multiculturalistas aceitem esse princípio mínimo comum, elas divergem, entretanto, em aspectos importantes. A perspectiva liberal ou humanista enfatiza um currículo multiculturalista baseado nas idéias de tolerância, respeito e convivência harmoniosa entre as culturas. Da perspectiva mais crítica, entretanto, essas noções deixariam intactas as relações de poder que estão na base da produção da diferença. Apesar de seu impulso aparentemente generoso, a idéia de tolerância, por exemplo, implica também uma certa superioridade por parte de quem mostra tolerância. Por outro lado, a noção de respeito implica um certo essencialismo cultural, pelo qual as diferenças culturais são vistas como fixas, como já definitivamente estabelecidas, restando apenas respeitá-las”.

Assim, um pouco na perspectiva de T. Kuhn, mas tomando em conta as transformações multiculturais, é preciso repensar os currículos jurídicos em uma perspectiva de fusão entre o que existe de adequado e o que é preciso rever. Entretanto, se certos pontos de vista são

---

17 Cf. *Documentos de Identidade*, Thomaz, op.cit. p. 88.

18 Idem, op. cit. 88 e ss.

necessários, e são mesmo, há que se cuidar para que eles não obstruam nem parcialmente a inovação científica nem as transformações nos costumes, diante das quais é certo que não devemos perder o senso crítico, mas muito menos assumir a confortável postura da negação. Com efeito, é necessário que os currículos passem a tratar de modo explícito do problema racial, sexual, de gênero, etc.

Por tudo isso é que entendemos importantes as mudanças metodológicas e curriculares nos cursos de Direito, tudo em nome de um profissional melhor que, ao fim e ao cabo, se não é, pelo menos deveria ser o objeto principal de toda educação jurídica.

Para finalizar, se tivermos conseguido apresentar neste breve artigo pelo menos um alerta da necessidade da mudança, assim como pelo menos algumas presumidas linhas para as modificações necessárias dos currículos, certos de que não estamos falando de algo puramente original, mas que pelo menos temos a obrigação de lembrar, nos daremos por satisfeitos. Assim, se fizer algum sentido o que dissemos, provavelmente poderemos começar a assistir um incremento do debate entre as partes interessadas na construção de cursos melhores, e isto sem querer desmerecer os debates e as iniciativas já existentes.

# Carreiras exclusivas de Estado e relações administrativas mais de Estado do que de governo

Juarez Freitas\*

## 1. INTRODUÇÃO

As relações de Direito Administrativo devem ser pronunciadamente mais de Estado do que de governo.<sup>1</sup> Assegurar a obrigatória continuidade das políticas públicas, para além do carácter episódico dos governos, figura entre as missões primordiais desse nobre ramo do sistema jurídico. No atual contexto, não há exagero em asseverar que a própria viabilidade das parcerias público-privadas, por exemplo, depende do efetivo reconhecimento da

indelegabilidade de determinadas funções estatais. O Direito Administrativo afirma-se, nessa perspectiva, menos como aquele Direito da Administração executora ou prestadora direta dos serviços públicos ou universais, convertendo-se precipuamente em Direito do Estado Democrático e Regulador, num decisivo movimento transformador, mormente no presidencialismo que se caracteriza pela exacerbada concentração unipessoal das chefias de Estado e de Governo. Com efeito, a continuidade pós-

---

\* Professor de Direito Administrativo da UFRGS, professor e coordenador do Mestrado e do Doutorado em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, professor da Escola Superior da Magistratura-AJURIS, presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo, professor de Pós-Graduação em Direito no país e no exterior, pesquisador associado na Universidade de Oxford, advogado e parecerista.

<sup>1</sup> Vide FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, revisando categorias à luz da premissa mencionada. Para cotejo, sobre as mudanças em curso, vide CASSESE, Sabino. *Tendenze e Problemi del Diritto Amministrativo*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 54, p. 901-912, 2004.

governamental e o planejamento passam a exercer papéis maiúsculos na efetivação do complexo de princípios e regras que regem as relações de administração.

Noutros termos, mais do que nunca, indispensável a máxima (re)valorização das carreiras de Estado, robustecidas e consolidadas em regime institucional que confira estímulos e garantias compatíveis. Justamente a última asserção é que abre ensejo à reflexão sobre as carreiras de Estado, tema do presente estudo, que tem por objeto o exame do caso emblemático da Administração Tributária.<sup>2</sup>

## 2. REGIME INSTITUCIONAL E CARREIRAS DE ESTADO

Quando o constitucionalismo e o próprio Direito Administrativo ainda se achavam em fase inicial de desenvolvimento, muitos, na falta de conceitos mais apropriados, cederam à tentação de pedir auxílio às categorias do Direito Privado,<sup>3</sup> optando pelas discutíveis virtudes do método extrapolativo, cuja

lógica consiste em elucidar um ramo do Direito a partir do observado em outro mais antigo. Foi Paul Laband quem ressaltou que, nesse período embrionário, a literatura, cedendo às meras semelhanças, resolveu buscar nas figuras negociais do mandato (Harprech, Eybel, Troplong, Merlin e Laurent), da locação de serviços (Paul Kress, Wilhelm Neumann e D. Strube) – e até no contrato inominado<sup>4</sup> (J. C. Leist e J. A. Feurbach) – a inspiração para discernir a essência da relação jurídica articulada entre o Poder Público e seus funcionários. Depois de rechaçar, uma a uma, as alternativas de cunho privatista – por definição, precárias –, Laband, procurando harmonizar a idéia de bilateralidade com os princípios do Direito Público, animou-se a propor que tudo não passava de um contrato de direito público *sui generis*. Em seu entender, “a relação de serviço do funcionário público repousa sobre um contrato pelo qual, ..., o servidor se devota ao Estado, assume um particular dever de serviço e de fidelidade, engaja-se em um dever

---

2 Alinha-se o presente estudo com o Parecer que emiti, em junho de 2004, a convite honroso da Febrafite sobre aspectos da Emenda Constitucional 42/2003.

3 MIRANDA Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, v. 3, p. 418, já notara: “como acontece quando a qualquer relação jurídica menos conhecida, procurou-se explicar a relação jurídica entre o funcionário público e o Estado, assimilando-a a algumas das relações mais vulgares no mundo do direito, em subordinação do direito público ao direito privado, característica de séculos em que o direito civil representou a preocupação principal da burguesia, após a derrocada das instituições monárquico-feudais”.

4 LE DROIT Public de L'Empire Allemand. Tradução C. Gandilhon e TH. Lacuire. Paris: V. Giard, E. Brière, 1901, v. 2, p. 114-115.

de obediência, e pelo qual o Estado, por sua vez, aceita tal promessa, assim como a singular relação de poder que lhe é oferecida, assegurando ao funcionário, em contrapartida, proteção e, também, sustento”.<sup>5</sup>

Graças a esse pronunciamento, Laband acabou se tornando o precursor e um dos maiores expoentes da chamada teoria contratualista que, influenciada pela atmosfera liberal reinante na segunda metade do século XIX, elegeu o princípio da autonomia como sua principal pedra de alicerce. Ocorre que as notórias inconsistências da teoria bilateral cedo vieram à tona: como compatibilizar o largo espectro das intervenções unilaterais do Poder Público, inclusive no plano dos direitos e obrigações dos servidores, com a máxima sinalagmática da mútua pactuação dos vínculos? Ainda quando se cogitasse de um “contrato *sui generis*”,<sup>6</sup> o certo é que, antes de se incorporar ao serviço público, o funcionário, nesse regime bilateral, teria a possibilidade de debater as condições

do trabalho, as quais, uma vez acordadas, fariam lei entre os contraentes, não podendo ser modificadas pela vontade exclusiva do Estado. Ora, salta aos olhos que esse resultado nunca refletiu a realidade que, já então, marcava as relações entre o Poder Público e seu corpo de funcionários.

O passo seguinte, nesse renhido debate, coube à criatividade de Otto Mayer. Insurgindo-se, de um lado, contra a tese contratualista de seu colega Laband e, de outro, contra a anacrônica influência privatista da época, alertou para a circunstância de que o vínculo entre Estado e servidor público não tinha, propriamente, origem em um contrato de trabalho (público ou privado). Repousava, antes, numa “obrigação de servir de direito público”.<sup>7</sup> Rejeitando, assim, as antigas concepções da gestão de negócios, da locação de serviços e do mandato, Mayer adverte que “a função é um círculo de atividades do Estado que devem ser geridas por uma pessoa

---

5 Ibidem, p. 119-120: “Le rapport de service du fonctionnaire de l’Etat repose sur un contrat par lequel, ..., contracte un devoir particulier de service et de fidélité, s’engage à un dévouement particulier, à une obéissance particulièr, et par lequel l’Etat accepte cette promesse, ainsi que le rapport de puissance particulier qui lui est offert et assure en retour au fonctionnaire protection et, d’ordinaire, entretien”.

6 Entre nós, M. I. Carvalho de Mendonça e Clóvis Beviláqua se incluem no rol dos juristas que acolheram a concepção do “contrato *sui generis*”. Sobre o tema, vide MIRANDA, *Comentários...*, p. 428.

7 MAYER, Otto. *Droit Administratif Allemand*. Paris: V. Giard; E. Brière, 1906, v. 4, § 42, p. 8: “La fonction publique, au contraire, est essentiellement liée à obligation de servir du droit public”.



ligada por uma obrigação de direito público de servir ao Estado”.<sup>8</sup>

Mas o passo crucial no sentido de superar, ao se cogitar de servidores tipicamente estatais, a noção de contrato foi dado por uma triade de renomados juristas franceses: Léon Duguit, Maurice Hauriou e Gaston Jèze. Ao dissociarem a realidade jurídica dos servidores públicos daquela de outras espécies de empregados da Administração, cujas relações de trabalho eram disciplinadas por regras do direito privado, em unísono, trataram de repudiar o processo de colonização do Direito Público pela doutrina privatista, demarcando, ato contínuo, as características assaz peculiares do estatuto publicista reservado

aos “funcionários propriamente ditos” (*fonctionnaire proprement dit*).

Duguit, aludindo à “situação geral dos funcionários”,<sup>9</sup> escreveu que a palavra estatuto designa a situação especial constituída para os funcionários pela aplicação das disposições legais ou regulamentares editadas para protegê-los contra todos os atos arbitrários dos governantes ou de seus agentes diretos. Esta definição do estatuto basta para mostrar que ele constitui, essencialmente, uma situação de direito objetivo resultante, diretamente, da aplicação do direito objetivo formulado pelas leis e pelos regulamentos do serviço público considerado.<sup>10</sup>

É o que, com idêntico sentido e com linguagem assemelhada, enunciou Hauriou, ressaltando que se a

---

8 Ibidem, p. 8: “La fonction est un cercle d'affaires de l'Etat, qui doivent être gérées par une personne liée par l'obligation de droit public de servir l'Etat”. Sobre o confronto entre Laband e Otto Mayer vide, por exemplo, FLEINER, Fritz. *Droit Administratif Allemand*. Tradução Dh. Eisenmann. Paris: Librairie Dalegrave, 1933, que, por sua vez, seguiu o pensamento de Otto Mayer, sustentando que a opinião de Laband “ne peut cependant pas être acceptée. La nomination du fonctionnaire comme la naturalisation de l'étranger sont l'oeuvre d'une disposition unilatérale de l'autorité, mais d'une disposition que l'autorité ne peut édicter qu'avec l'assentiment de l'intéressé” (p. 123). Na década de 50, Friedrich Giese in *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1952, p. 55, também acolheu a ótica de que “die Ernennung ist kein öffentlich-rechtlicher Vertrag, sondern ein einseitiger Staatshoheitsakt”. Atualmente, a visão que prevalece é a de que se trata de ato administrativo, como mostra MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck'sche, 1985, p. 146.

9 DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930, v. 3, p. 159: “[...] situation générale des fonctionnaires...”.

10 Ibidem, p. 159: “Le mot statut désigne la situation spéciale qui est faite aux fonctionnaires par l'application des dispositions légales ou réglementaires édictées pour les protéger contre tous actes arbitraires de la part des gouvernants et de leurs agents directs. Cette définition du statut suffit à montrer qu'il constitue essentiellement une situation de droit objectif résultant directement de l'application du droit objectif formulée par les lois e règlements du service public considéré”.

concepção do contrato de serviço público deve ser afastada para os funcionários propriamente ditos e se, inclusive, se deve evitar dizer que, no todo de sua relação, o funcionário se liga à Administração como uma parte à outra parte, pela boa razão de que funcionário e Administração são um dentro da instituição administrativa, não resta outra solução jurídica possível senão a de que o funcionário seja incorporado à Administração por uma requisição consentida que lhe confere um estatuto legal regulamentar e moral.<sup>11</sup>

Gaston Jèze, com seu inconfundível estilo oratório, também reproduziu esse

prisma, consoante o qual, “na França, os agentes do serviço público propriamente ditos estão em uma situação jurídica legal e regulamentar. Isso significa que o sistema do contrato não intervém em nenhum momento. Não é um contrato que incorpora o agente ao serviço público. Não é um contrato que regula os direitos e obrigações dos indivíduos no serviço público. Não é um contrato que fixa a duração das funções e as condições de exoneração do serviço público. A sanção dos direitos e das obrigações dos agentes do serviço público não é aquela dos direitos e obrigações resultantes de um contrato”.<sup>12</sup>

---

11 HARIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1938, p. 72: “Si la conception du contrat de service public doit être écartée pour le fonctionnaire proprement dit et si même on doit éviter de dire que, pour l’ensemble de sa situation, le fonctionnaire soit lié à l’administration comme une partie à une autre partie, pour la bonne raison que fonctionnaire et administration ne font qu’un dans l’institution administrative, il reste qu’une solution juridique possible, à savoir que le fonctionnaire soit rattaché à l’administration par une réquisition consentie lui conférant un statut légal réglementaire et moral”.

12 JÈZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. Paris: Marcel Giard, 1930, p. 244 e 145: “En France, les agents au service public proprement dits sont dans une situation juridique légale et réglementaire. Cela signifie que le procédé du contrat n’intervient à aucun moment. Ce n’est pas un contrat qui fait entrer les agents au service public. Ce n’est pas un contrat qui règle les droits et obligations des individus au service public. Ce n’est pas un contrat qui fixe la durée des fonctions et les conditions de la sortie du service public. La sanction des droits et obligations des agents au service public n’est pas celle des droits et obligations résultant d’un contrat”. André de Laubadère, em 1968 (num trabalho que foi publicado nos *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Économiques de Toulouse* – faculdade em que lecionara Maurice Hauriou – e, também, no volume I, das *Pages de Doctrine*. Paris: LGDJ, 1980) lembrou, com lucidez, que, apesar das abertas divergências, sobretudo quanto ao modo de pensar a ciência jurídica, “c’est également un accord des deux grands maîtres [Duguit e Hauriou] que l’on rencontre, dans la théorie de la fonction public, sur des points fondamentaux, considérés depuis lors comme acquis: le rejet de la notion de contrat pour définir le lien unissant des fonctionnaire à l’intérieur de l’administration [...]” (HARIOU, Maurice. *Pages de Doctrine*. Paris: LGDJ, 1980, v. 1, p. 27).

Como não poderia deixar de ser, o eco das concepções francesa e alemã repercutiu entre nós. No Brasil, foi Pontes de Miranda um dos que mais profundamente meditaram sobre a matéria. Embora o sistema constitucional brasileiro – de 1946<sup>13</sup> para cá – tenha sofrido abrangentes mutações na seara do regime jurídico dos servidores públicos, não se pode negar que, no plano das linhas mestras, a reflexão ponteana sobre o trabalho público ostenta o raro mérito de resistir a sobressaltos e às mudanças circunstanciais, transformando-se, em questões nevrálgicas, numa fonte preciosa, não só de orientação segura para os administradores, mas, igualmente, de esclarecido alerta para os legisladores.

Depois de investigar as diferentes teorias que disputavam a preferência da comunidade jurídica, detendo-se na polêmica que acirrara os ânimos entre os adeptos do regime contratual (bilateralidade) e da corrente estatutária (unilateralidade), Pontes pondera, com sagacidade, que para discernir qual o enfoque mais correto, convém, antes de mais nada, ter presente que, enquanto “a relação jurídica é sempre bilateral, porque exige, pelo menos, dois pólos”, apenas “a fonte da relação

jurídica é que pode ser unilateral, ou bilateral, ou plurilateral”.<sup>14</sup> Quer dizer: embora toda relação jurídica seja bilateral, nem todas as relações jurídicas vêm ao mundo unidas pela bilateralidade. É preciso não confundir a necessária bilateralidade dos efeitos com a eventual bilateralidade das fontes. Não se deve negligenciar a evidência de que a polaridade na relação é um *a posteriori* cujo *a priori*, não raro, é a unilateralidade. Segundo Pontes, esse parece ser, sem rasuras, o caso da relação entre Estado e servidor público. Trata-se, de modo nítido, de posição jurídica da qual emergem incontáveis efeitos bilaterais. Todavia, não há como despistar o dado concreto de que, lá no princípio, no bojo originário de suas fontes, “a vontade dos figurantes como que desaparece: não só a vontade do funcionário público, ou do candidato à investidura, nos cargos públicos, mas, também, a do próprio Estado [...]”.<sup>15</sup> É por isso que Pontes, armado de bons argumentos, afirma que “o elemento institucional é predominante, quase exclusivo”, motivo pelo qual “trata-se de relação jurídica (portanto, bilateral), mas institucional, o que repele a noção de pura contratualidade”.<sup>16</sup>

---

13 A escolha da Constituição de 46 como marco se explica pelo fato de que foi ao comentá-la que Pontes parece haver amadurecido o seu posicionamento sobre o tema dos funcionários públicos. Não se olvida, portanto, que Pontes, antes da Constituição de 46, já comentara a de 34.

14 MIRANDA, *Comentários...*, p. 432.

15 *Ibidem*, p. 431.

16 MIRANDA, *Comentários...*, p. 431.

Como se nota, a conclusão de Pontes, a despeito de divergências laterais, não desmente, no geral, o entendimento, quase em tudo convergente, de Mayer, Duguit, Hauriou e Jèze, vale dizer: à diferença do chamado empregado público, cujo contrato de trabalho é regido basicamente pela CLT,<sup>17</sup> a situação jurídica do servidor público “propriamente dito” é, sim, estatutária ou legal.

Com efeito, a disciplina em vigor não tornou obsoletas, no particular, nenhuma das observações doutrinárias

mencionadas. Ninguém ignora que a modificação do art. 39 da CF/88, promovida pela Emenda 19/98, tentou, de modo formalmente inconstitucional, descontinuar o “regime jurídico único”, ampliando, em contrapartida, o âmbito de utilização da figura do empregado público, cujas relações com o Estado são disciplinadas, basicamente, pelas regras constantes da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Afigura-se irretorquível, entretanto, que subsiste, incólume, o regime institucional. Não deixam margem para maior dúvida as

---

17 O dualismo entre servidores públicos estatutários (vínculo institucional de Direito Público) e empregados públicos (contrato de trabalho) conserva-se na Alemanha, na França e, também, no nosso sistema. Entre os alemães, HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer, 1978, p. 218 e ACHTERBERG, Norbert. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Heidelberg: Decker, C. F. Müller, 1982, p. 194) confirmam esse dualismo entre “Beamter” (servidor público estatutário) e “Angestellte” (empregado público), que vem de longe (Constituição de Weimar). Entre os franceses, Yves Gaudemet, ao atualizar o Tratado de André de Laubadère, esclarece que “a la différence du personnel fonctionnaire, uniformément soumis à une situation légale ou réglementaire de droit public, le personnel non fonctionnaire relève de régimes juridiques divers” (*Traité de Droit Administratif*. Paris: L.G.D.J., 1998, p. 40). Entre nós, a doutrina é uniforme no sentido de reconhecer que “a Constituição admite, na própria Administração direta, nas autarquias e fundações públicas, que certas atividades possam ser desenvolvidas sob regime de emprego” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 240). Isso quer significar que, “embora o regime de cargo tenha que ser o normal, o dominante, na Administração direta, autárquica e fundações de Direito público, há casos em que o regime trabalhista (nunca puro, mas afetado, tal como se averbou inicialmente, pela interferência de determinados preceitos de Direito Público) é admissível para o desempenho de algumas atividades; aquelas cujo desempenho sob regime laboral não compromete os objetivos que impõem a adoção do regime estatutário como normal, o dominante” (Ibidem, p. 242). São do mesmo entendimento, por exemplo, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 383; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 333; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 424 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 276.

inúmeras alusões, no texto da Lei Fundamental, à categoria dos servidores titulares de cargos públicos na Administração direta, nas autarquias, nas fundações de Direito Público e na esfera administrativa do Poder Legislativo e do Poder Judiciário.

Do regime estatutário ou institucional decorre bom número de conseqüências dignas de registro. É auspicioso que o constituinte derivado, apesar das vastas reformas que vem promovendo na esfera dos direitos dos servidores públicos – não raro, desafiadoras, para dizer o mínimo, da resiliência constitucional –, felizmente não abandonou o reconhecimento de que, para a segurança da sociedade e para a eficiência do serviço público, convém reservar aos ocupantes de certos cargos efetivos um tratamento especial, apto a propiciar a formação de uma carreira com o irrenunciável e profissional atributo da competência e capaz de colocar seus membros a salvo das cooptações partidárias,<sup>18</sup> da descontinuidade governativa, assim como das

ásperas angústias relacionadas à subsistência incerta na velhice.

Alexander Hamilton, faz tempo, observou: só o que detém controle sobre o próprio sustento mantém altivo domínio sobre a vontade.<sup>19</sup> Pessoas cuja sobrevivência depende da maré oscilante e fortuita da sorte ou da ascendência calculista de terceiros transformam-se, às vezes, em servos indefesos, no mercado opressivo dos interesses econômicos e políticos. Dessa maneira, ontem como agora, perdura intacta, no fundamental, a idéia de “que o melhor meio de assegurar um bom funcionamento dos serviços públicos é conferir aos funcionários, legalmente, uma situação estável”.<sup>20</sup>

O trágico inventário das tentativas de supressão radical do regime estatutário e de suas respectivas garantias institucionais, sobretudo a da estabilidade, atesta que jamais foram bem-sucedidas. Um caso notável foi o de Andrew Jackson nos EUA. Apesar daquele célebre alerta de Hamilton no final do século XVIII, chamando

---

18 Como lembra FLEINER, *Droit administratif...*, p. 66-67, na Alemanha, já “la Constitution d’Empire a cherché à parer au danger d’une introduction de la politique dans l’administration (Politisierung der Verwaltung) et de l’exercice d’influences de parti sur les fonctionnaires en proclamant le principe – qui va de soi – que ‘les fonctionnaires sont les serviteurs de la collectivité, non d’un parti’ (art. 130, al. 1)”.

19 Como sublinha HAMILTON, Alexander. *The Federalist*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952, v. 43, nº 79, p. 233, “In the general course of human nature, a power over a man’s subsistence amounts to a power over his will”.

20 DUGUIT, *Traité du droit...*, v.3, p. 149-150: “Alors est née cette idée éminemment juste que le meilleur moyen d’assurer un bon fonctionnement des services publics, c’est de conférer légalement aux fonctionnaire une situation stable”.

atenção para que se cuidasse de resguardar a independência dos servidores, o Presidente Jackson, em 1829, desnaturando o sistema da *due participation* criado por Thomas Jefferson, houve por bem introduzir a doutrina do *spoils system*. Tal sistema conseguiu ser pior do que a mais equivocada aplicação da fórmula da “devida participação” que, concebida por Jefferson em bases de estrita igualdade entre os partidos, logo se converteu em reflexo proporcional ao desempenho nas eleições. O mecanismo da “devida participação” estava longe de ser o ideal, contudo o substitutivo posto em voga por Jackson sobrepujou-o, em muito, nas mazelas. Em contraste com o sistema da “devida participação”, a alternativa prescrita por Jackson “degenerou em mero partidarismo”.<sup>21</sup>

O critério adotado por Jackson, sem apreço pela idéia de profissionalismo, foi, em resumo, o da simples rotatividade nos cargos. Como bem percebeu Gaston Jèze, “Jackson preconizava a seguinte regra: a cada um a sua vez”.<sup>22</sup> Vale a pena

transcrever o juízo que o eminente jurista francês formou a respeito dessa proposta indefensável: “O certo é que os resultados do sistema dos despojos foram deploráveis. Em poucos anos, os hábitos de concussão, imoralidade, introduziram-se na administração americana. Os abusos foram tais que levaram, em 1883, a uma reação que operou uma mudança radical no recrutamento da função pública (sistema do concurso)”.<sup>23</sup>

Atualmente, no Brasil dos escândalos, convém não perder de vista tal advertência histórica. As emendas constitucionais n.ºs 19, 20 e 41 promoveram sucessivas e substanciais alterações (intertemporalmente geradoras de tumulto), criando perigosos mecanismos de relativização da estabilidade e até reformando o que já havia sido reformado: novas regras aplicáveis às aposentadorias do setor público. Do ponto de vista publicista, as mudanças, no geral, não foram de boa filosofia. Mal compostas, algumas das modificações merecem severas críticas, tanto jurídicas como políticas. Nada obstante, seria unilateralismo

---

21 WHITE, Leonard. *Introduction to the Study of Public Administration*. New York: The Macmillan, 1957, p. 18: “Contrary to Jackson’s expectation, rotation degenerated into mere partisanship”

22 JÈZE, *Les Principes...*, p. 405: “En termes plus nets, Jackson préconisait la règle: chacun son tour!”

23 *Ibidem*, p. 405: “Ce qui est certain, c’est que les résultats du système des dépouilles furent déplorables. En quelques années, les habitudes de concussion, l’immoralité, s’introduisirent dans l’administration américaine. Le abus furent tels qu’ils amenèrent en 1883 une réaction et firent opérer un changement radical dans le recrutement de la fonction public (système du concours)”.

negar que o constituinte teve alguns acertos. Assim, consciente de que o futuro das instituições depende, em larga medida, da salvaguarda de algumas carreiras de Estado, sem as quais periclitam a continuidade e o funcionamento da Administração Pública (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios), o Congresso Nacional deixou, aqui e acolá, sinais de cautela e prudência.

É precisamente nesse rol em que se encaixam o acréscimo do inciso XXII ao art. 37 e a nova redação conferida ao inciso IV do art. 167, todos da Constituição Federal (EC 42/2003). Deveras, o sentido finalístico e sistemático de ambos os dispositivos é confluyente com a perspectiva de estatuir tratamento diferenciado para determinadas carreiras de cuja atuação eficiente, proba e estável depende o funcionamento não só de todas as instituições públicas, mas, também, e sobretudo, da sociedade civil: o mundo contemporâneo assemelha-se a um complexo sistema vivo e não é preciso grande argumentação para se convencer que determinados órgãos são mais vitais do que outros.

A propósito, o estudo da situação jurídica da “Administração Tributária” constitui boa e emblemática ilustração da necessidade de fortalecimento institucional. De fato, quando se lança o olhar investigativo em direção ao

passado, observa-se que certas idéias constituem a culminância de processo evolutivo que remonta a longes tempos. Não se trata, aqui, do apego supersticioso a velhos hábitos. Não. É apenas o reconhecimento de que, sob vários aspectos, não se faz viável compreender o presente sem consultar a provada sabedoria dos que nos antecederam. Ora, a decisão de conferir às “Administrações Tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” a elevada dignidade de “atividades essenciais ao funcionamento do Estado” e, nessa medida, de permitir, excepcionalmente, “a vinculação de receita de impostos... para realização de atividades de administração tributária”, só experimenta nitidez se projetada sob o pano de fundo histórico que, de forma quase ininterrupta, conservou-se fiel à idéia de que os *organi essenziali e principali dell'attività tributaria*<sup>24</sup> reclamam, para a defesa e para o guarnecimento da sociedade, uma disciplina normativa especial.

Não é de hoje, com efeito, que as atividades que gravitam em torno da gestão e da fiscalização tributárias gozam de status jurídico eminente. Assim a Roma da República, assim a do Principado, aquela com o *aerarium* e os *quaestores*, esta com as novidades do *fiscus* e dos *praefecti aerarii* (sem falar nos *procuratores fisci*, no

---

24 GANGEMI, Lello. *Elementi di Amministrazione Finanziaria Pubblica*. Padova: CEDAM, 1934, p. 109 et seq.

*praetor fiscalis* e nos *advocati fisci*), conheceram a preocupação, essencial para o resguardo do *vigor romani*, de manter aparato burocrático e administrativo eficiente e estável, ao mesmo tempo.

Para se ter precisa idéia da relevância das funções desempenhadas, no início do período da República, pelos *quaestores*, basta lembrar que o cônsul – a mais alta magistratura de então – era obrigado a se fazer assistir pelo *questor* toda vez que retirasse dinheiro do tesouro, provavelmente seguindo um procedimento no qual o *questor* remetia os recursos financeiros solicitados pelo cônsul e registrava em seus livros a soma desembolsada.<sup>25</sup> Isso significa que, eleito “pelo mérito”,<sup>26</sup> “o *questor* exerce, nesse primeiro caso, uma representação indispensável...”,<sup>27</sup> de cuja mediação até o cônsul depende.

Como uma magistratura patricia, ordinária e *cum potestas* – isto é, com a “faculdade de exprimir, com a própria vontade, a vontade do Estado, criando direitos e obrigações”<sup>28</sup> –, os *questores* ocupavam o ápice da estrutura administrativa romana, ficando abaixo somente das magistraturas *cum império*.<sup>29</sup>

No Principado, a partir de Augusto, surge, ademais, o *praefectus aerarii*. Àquela altura, entre os funcionários romanos, a categoria do *praefectum* (prefeito) é de todas a mais relevante.<sup>30</sup> O significado da palavra *praefectum*, que designa o “representante de uma autoridade superior”, já denuncia a situação de destaque dos *praefecti aerarii*, que, escolhidos diretamente pelo *princeps*, representam-no na gestão do *aerarium*, bem como na do *fiscus*, podendo, o que o distingue de semelhantes magistraturas, receber

25 MOMMSEN, Théodor. *Manuel des Antiquités Romaines*. Tradução Paul Frédéric Girard. Paris: Thorin et Fils, 1894, v. 4, p. 244: “[...] le consul était obligé de se faire assister du questeur toutes les fois qu’il retirait de l’argent du trésor, probablement sous cette forme que le questeur remettait l’argent au consul sur l’ordre de celui-ci et inscrivait sur ses livres la somme déboursée”.

26 TACITO. *The Annals*. Tradução Alfred John Church e William Jackson Brodrick. Chicago: Great Books, [s.d.], v. 15, p. 106: “[...] the quaestorship was obtained, ..., by merit in the candidates ...”.

27 MOMMSEN, op. cit., p. 244: “Par conséquent, le questeur qui exerçait dans le premier cas une représentation indispensable ...”.

28 ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Storia del Diritto Romano*. Napoli: Eugenio Jovene, 1968, p. 31: “[...] la facoltà di esprimere con la propria volontà quella dello Stato, creandogli diritti ed obblighi; [...]”.

29 Vide MOREIRAALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 1, p. 30.

30 Ibidem, p. 50.



“recompensas especiais ... em caso de boa administração”.<sup>31</sup> A independência desses funcionários responsáveis pela condução dos negócios públicos pode ser aquilatada pelo fato de que, “mesmo durante a mais turbulenta luta pelo poder... o aparato administrativo continuou a desenvolver com notável regularidade as suas funções, [...]. E se isso vale para a administração em geral, vale, ainda mais, para a administração financeira”.<sup>32</sup>

A melhor parcela da herança portuguesa não destoa dessa antiga orientação de atribuir altos galardões aos funcionários encarregados de gerir as contas públicas. Em Portugal, na

hierarquia da Administração do Rei D. Afonso V, logo abaixo do Alferes-mor – o cargo mais elevado –, encontrava-se, então, Senex ou Calculus,<sup>33</sup> servidor responsável pelo controle das receitas e das despesas da Casa Real. Segundo o texto das Ordenações Afonsinas, tal condição se justificava pelo fato de que “todos os haveres passavam pelas suas mãos, e isso é coisa que move muito o coração dos homens”.<sup>34</sup>

Seis séculos depois dessa lúcida advertência constante das Ordenações Afonsinas, Andrew Jackson, desafiando a tradição americana que remontava a Alexander Hamilton, deliberou fazer ouvidos moucos às lições da

---

31 MOMMSEN, *Manuel...*, p. 260-161: “La perspective de récompenses spéciales leur était ouverte au cas de bonne administration”.

32 ORESTANO, Ricardo. *Il Problema delle Persone Giuridiche in Diritto Romano*. Torino: G. Giappichelli, 1968, p. 255: “[...] anche durante le più turbinose lotte per il potere ... , l'apparato amministrativo há continuato a svolgere con notevole regolarità le sue funzione, ... . E se questo vale per l'amministrazione in generale, vale ancor più per l'amministrazione finanziaria”. Como ressalta Orestano, “no exercício de sua atividade o aparato fiscal opera, de fato, como organização em larga medida independente da pessoa imperador, por meio de uma vastíssima burocracia cujos membros são escolhidos entre os adictos da casa imperial [...], aos quais é reconhecido um poder de iniciativa assaz extenso, confirmado por vários princípios” (“Nell'espletamento delle sua attività l'apparato fiscale opera infatti come organizzazione in larga misura indipendente dalla persona del princeps attraverso una vastissima burocrazia i cui membri sono scelti tra gli addetti alla cassa imperiale [...], alla quale è riconosciuto un potere d'iniziativa abbastanza esteso, confermato da vari principi” (Ibidem, p. 255).

33 De acordo com as Ordenações Afonsinas, Livro I, Título LVII, o mordomo-mor também era chamado de Senex, que em latim quereria dizer velho, pelo fato de que desempenhava officio honrado. Já o designativo Calculus, ainda com base nas Ordenações Afonsinas, evocava a pedra com que os antigos faziam suas contas.

34 PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Lisboa: Calouste, 1984, v. 1, Livro 1, Título LVII, p. 337: “..., porque todo o haver paffa per fua maaõ, que he coufa, que move muito os corações dos homees”. Sobre a condição de superioridade do Mordomo-mor, vide, ainda, MIRANDA, *Comentários...*, p. 440-441.

história e duvidar da vulnerabilidade daqueles que zelavam pelo destino das receitas públicas. O desfecho, como enfatizado, sobretudo no que concerne à Administração Tributária, foi um constrangedor desastre. O desprestígio inoculado pelas reformas de Jackson no âmbito do serviço público, além de responsável pelo rápido declínio da eficiência administrativa, acabou por ensejar episódios estrepitosos. “Desses – conta Leonard White – o mais notável foi o caso do [...] coletor de impostos nomeado por Jackson para o Porto de New York, o qual fugiu para Espanha, em 1837, com algo em torno de \$1.250.000”,<sup>35</sup> uma cifra, sem dúvida, nababesca para os padrões da época.

Foram precedentes do gênero que estimularam a doutrina, em décadas mais recentes, a recomendar, como forma de prevenir fraudes e corrupção na área das contas públicas, que o pessoal ligado ao controle e à fiscalização esteja protegido por uma relação especial, estável e bem remunerada. Adolf Wagner, um dos clássicos da Ciência das Finanças, sublinhava, a propósito, que bons resultados nesse campo só seriam obtidos “organizando logicamente o

serviço e concedendo uma situação conveniente aos servidores”,<sup>36</sup> os quais deveriam ser “bem pagos e bem treinados”.<sup>37</sup>

Em termos de “organização lógica do serviço” e de garantia de “uma situação conveniente aos servidores”, um dos princípios universalmente adotados foi o de que as atividades de fiscalização tributária (no exercício de indelegável poder de polícia fiscal) deveriam ser, sempre e sempre, desempenhadas por pessoas jurídicas de direito público, valendo-se, nessa medida, da performance profissional e segura de servidores ocupantes de cargos efetivos, vale dizer, cargos que, em nosso ordenamento, gozam das garantias peculiares do regime institucional.<sup>38</sup> Em grau diferenciado, o trabalho da Administração Tributária costuma ser fustigado pela influência de dois fortes grupos de pressão: de um lado, “os partidos políticos” que a “cercam por todos os lados” e, de outro, “fora da política”, mas por ela secundada, a sedutora persuasão dos fiscalizados, “cujos interesses são, por vezes, atingidos pelas deliberações administrativas”.<sup>39</sup> Assim, numa ordem

---

35 In op. cit., p. 309: “Of these perhaps the most remarkable was the case [...] collector of the port of New York, who fled to Spain in 1837 with something over \$1.250.000”.

36 WAGNER, Adolf. *Traité de la Science des Finances*. Tradução Jules Ronjat. Paris: V. Giard, E. Brière, 1909, p. 482: “[...] en organisant logiquement le service et en donnant une situation convenable aux employés, [...]”.

37 Ibidem, p. 468: “[...] bien payés et bien instruits”.

38 Sobre garantias institucionais, em sentido largo, há lições preciosas do mestre BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996, p.492.

39 MIRANDA, *Comentários...*, p. 418.

constitucional em que a Administração Tributária tem por *munus* garantir a máxima eficácia da rede de tributos, conferindo de perto a regular incidência, admitir-se que as suas funções possam ser exercidas por entidades de direito privado ou por empregados não-estatutários (ainda que concursados), ou por meros ocupantes de cargo de confiança, representa quebrar o sistema pela base.

A par disso, depois de lastimar que a moralidade média ainda não estivesse elevada o suficiente para erradicar os efeitos perversos da malícia, Albert Hensel mostrou que a Administração Tributária, como “representante da autoridade do Estado”,<sup>40</sup> serve para impedir que “nenhuma pretensão de imposto, por menor que seja, se subtraia, em qualquer caso, ao pagamento”.<sup>41</sup> Com acerto, o Professor da Universidade de Königsberg destaca que, no moderno Estado de Direito, “também a administração tributária (ou sobretudo ela!) serve, enfim, à realização do ordenamento jurídico objetivo”,<sup>42</sup> motivo pelo qual, “livre de qualquer

influência”<sup>43</sup> deve estar, efetiva e materialmente, em condições de se sobrepor, quer ao arbítrio da política, quer ao estigma da condescendência. A verdade é que um aparelho estatal incapaz de se proteger das investidas dos agentes políticos transitórios ou das perversões do mercado acaba oscilando, como pêndulo, entre os extremos deletérios da interpretação *pro fisco* ou da interpretação *contra fiscum*. Ocorre que uma e outra não se amoldam aos desígnios imparciais e superiores do Estado de Direito.<sup>44</sup> Nem *pro fisco*, tampouco *contra fiscum*. Antes, a atuação da “Administração Tributária do Estado” (*amministrazione tributaria dello Stato*) há de ser, de forma isenta, *pro lege*, constitucionalmente justificável no primado dos direitos fundamentais.

Pois bem, semelhante mescla de rigor e de equidade na ação apenas se oferece em contexto jurídico singular. Foi o que percebeu, há muito, a melhor doutrina ao discutir a possibilidade do exercício do “poder de polícia” por pessoas jurídicas de direito privado.

40 HENSEL, Albert. *Diritto Tributario*. Tradução Dino Jarach. Milano: Giuffrè, 1956, p. 165: “[...] rappresentante dell’ autorità dello Stato [...]”.

41 Ibidem, p. 163: “... che nessuna pretesa d’ imposto, anche solo possibile, si sottragga in nessun caso al soddisfacimento”.

42 Ibidem, p. 165: “Anche l’ attività amministrativa tributaria (o piuttosto proprio questa!) serve infine alla realizzazione dell’ ordinamento giuridico obbiettivo”.

43 Ibidem, p. 169: “... sottratta ad ongi ... influenza, ...”.

44 Sobre o excesso de exação da Administração Tributária, vide, por exemplo, MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 188 et seq.

Contra tal hipótese se pronunciou o entendimento majoritário da comunidade científica, impugnando-a com argumentos, já de ordem moral e administrativa, já de caráter jurídico e constitucional.<sup>45</sup> Mas isso foi também o que os legisladores enxergaram e, sem demora, consagraram, de maneira expressa, no texto do Código Tributário Nacional, declarando, no seu art. 7º, § 3º, que: A competência tributária é indelegável, salvo atribuição das funções de arrecadar ou fiscalizar tributos, ou de executar leis, serviços, atos ou decisões administrativas em matéria tributária, conferida por uma pessoa jurídica de direito público a outra. “[...] § 3º Não constitui delegação de

competência o cometimento, a pessoas de direito privado, do encargo ou da função de arrecadar tributos. Como se constata, somente pessoa jurídica de direito público pode desempenhar atividades próprias da fiscalização tributária.

Aliomar Baleeiro, desde o início, observara, ao comentar o Código Tributário Nacional, que “a delegação para... fiscalização é restrita às pessoas de Direito Público”,<sup>46</sup> o que importa dizer que a delegação à pessoa jurídica de direito privado encontra-se vedada.<sup>47</sup> O máximo que pode haver é transferência à pessoa de direito privado da mera função instrumental de arrecadar,<sup>48</sup> como, aliás, em visível simetria com o Direito

---

45 Vide FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 54: “Outra característica nodal é a de que a polícia administrativa há de ser exercício privativo do Poder Público, [...]”. É o que também ensinava Ruy Cirne Lima, quando escreveu que “traço característico da limitação ou restrição policial é o de ser imposta pelo poder público privativamente” (LIMA, Ruy. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 107).

46 BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 80.

47 A propósito, vide MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2003, v. 1, p. 156: “A resposta afirmativa à última daquelas questões pode ser sustentada, especialmente tendo-se em vista que a atribuição das funções em tela [atividade de fiscalização] não pode ser feita a pessoa jurídica de Direito Privado”. Vide, ainda, MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 256. Com igual ponto de vista, vide, ademais, MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, v. 1, p. 269.

48 A tal respeito, MACHADO, *Curso de...*, p. 256, assim se posiciona: “Não constitui delegação de competência tributária o cometimento a pessoas de direito privado do encargo ou da função de arrecadar tributos (CTN, art. 7º, § 3º). Simples função de caixa, que hoje é atribuída aos estabelecimentos bancários”.

Romano,<sup>49</sup> tem acontecido, atualmente, com vários estabelecimentos bancários, cuja rede de agências, mais próxima do contribuinte, permite eficiência, agilidade e conforto no recolhimento dos tributos em geral.

Mas o caráter diferenciado das regras disciplinadoras do exercício do “poder de polícia” – e a fiscalização tributária configura somente uma das espécies –, também implicou a peculiar condição jurídica dos servidores

incumbidos de representar o Estado no manejo dos instrumentos de intervenção reguladora na esfera dos interesses particulares. Nesse sentido, o entendimento majoritário nunca deixou de proclamar que o desempenho profícuo do “poder de polícia” reclama, em face das injunções políticas e das sedições do mundo do mercado, uma blindagem em torno do servidor, que só as garantias do cargo de carreira estatutária podem erigir.

---

49 Aqui reaparece o fio contínuo da história. Apesar dos inegáveis contrastes entre os contextos institucionais, as semelhanças com o Direito Romano outra vez vêm a lume. Enquanto a função fiscalizatória propriamente dita ficava nas mãos de um Magistrado (do *quaestor* na República e dos *praefecti aerarii* no Principado), a função arrecadatória era desempenhada pelos *publicani*, que operavam no seio de uma *societas publicanorum* por eles constituída (v. KASER Max. *Das Römische Privatrecht*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1955, p. 263 et seq.; e KUNKEL, Wolfgang. *Römische Rechtsgeschichte*. Köln: Böhlau, 1956, p. 26). No primeiro caso, tratava-se de típica relação de direito público, em que a “posizione ‘pubblicistica” (v. ORESTANO, *Il Problema...*, p. 256) que vincula o *quaestor* ao *aerarium* e os *praefecti aerarii* ao *princeps* saltava aos olhos. No segundo caso, ao contrário, já se localiza também a presença do direito privado, com a intervenção de particulares, os *publicani* e as *societates publicanorum*, em vínculo de colaboração com o Poder Público. O nítido paralelismo entre os *quaestores*, os *praefecti aerarii* e os atuais fiscais de tributos é tão saliente quanto a clara parecença entre os *publicani*, as *societates publicanorum* e os modernos estabelecimentos bancários. Ontem como agora, enquanto uns fiscalizavam, outros arrecadavam. Lá como aqui, uns agiam sob o aguilhão vigilante do direito público, enquanto os outros com a presença coadjuvante e auxiliar do direito privado. Em certo período da história de Roma, como entre nós, o regime especial da *potestas* (o poder de declarar a vontade do Estado), somente aos primeiros restava garantido. Todavia, para que não haja mal-entendido, convém, desde logo, ressaltar a existência de contrastes. Para não alongar a exposição, suficiente recordar que os publicanos (*societates publicanorum*) tinham a possibilidade, por força de uma *lex censoria*, de manejar medidas executivas – agindo em nome próprio, jamais como substituto processual do povo romano –, podendo-se valer, contra os devedores de impostos (*vectigalia*), da *legis actio per pignoris capionem*, conforme o testemunho, entre outros, de Gaius em suas *Institutionum*, Livro IV, § 28 (v. ZULUETA, Francis de. *The Institutes of Gaius: Commentary*. Oxford: Clarendon, 1967, v. 2, p. 248-249; Vide, ainda, MOREIRA ALVES, *Direito...*, p. 228, mais TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO Luis Carlos. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 70).

Convém realçar que até os defensores de regime jurídico uniforme e indistinto para servidores públicos e trabalhadores particulares não deixam de conceder a imperiosa necessidade, em certos casos, “de se examinar, cuidadosamente, quais seriam os postos da função pública que requerem especiais direitos e deveres e como deveriam esses direitos e deveres ser constituídos e matizados em vista de cada tarefa e cargo”.<sup>50</sup> Afinal, como pondera Martin Bullinger – um dos grandes defensores daquele mencionado regime uniforme –, “seria inoportuno que um oficial de portaria e um alto funcionário de Ministério fossem eventualmente submetidos a um regime jurídico substancialmente idêntico”.<sup>51</sup>

Pois bem, com o advento da Emenda Constitucional 19 e, posteriormente, com a entrada em vigor da Lei 9.986/2000, o Poder Judiciário teve oportunidade de examinar a constitucionalidade de dispositivo que

conferia aos servidores das Agências Reguladoras a condição de meros empregados públicos, justamente ao atuarem como reguladores. É que a EC 19, ao tentar extinguir o “regime jurídico único”, supostamente teria aberto espaço para que o art. 1º da Lei 9.986, curvando-se às conveniências da hora, pudesse, sem considerações de fundo, determinar que “as Agências Reguladoras terão suas relações de trabalho regidas pela Consolidação das Leis do Trabalho, ..., em regime de emprego público”.

Submetido, entretanto, à apreciação do Supremo Tribunal Federal (ADI n. 2.310), esse dispositivo, tamanha a gritante incompatibilidade com a Lei Fundamental, felizmente teve sua eficácia, desde logo, suspensa.<sup>52</sup>

Com muita freqüência, o ponto de melhor visibilidade só se deixa alcançar pela arte da comparação e, por conseguinte, pelo respeito à regra de que aquilo que vale ou repugna a uma

---

50 BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1968, p. 101: “[...] müsste sorgfältig geprüft werden, für welche Positionen des öffentlichen Dienstes besondere Beamtenrechte und Beamtenpflichten überhaupt erforderlich und wie diese Rechte und Pflichten je nach der besonderen Aufgabe und Stellung verschieden zu gestalten sind”.

51 Ibidem, p. 101: “So erweist es sich u.U. als nicht angebracht, einen technischen Hausmeister und den höheren Beamten eines Ministeriums im wesentlichen demselben Beamtenrecht zu unterwerfen”.

52 ADI n. 2.310. Foi por esse motivo que a Constituição Alemã, de 23 de maio de 1949, no seu art. 33, alínea 4, preceituou que “l’exercice des droits de souveraineté doit être confié à titre permanent à des fonctionnaires publics ...”, sendo que, neste mesmo artigo, a alínea 5 determina, ainda, que “le droit de la fonction publique doit être réglementé en tenant compte des principes traditionnels du fonctionnariat” (DUVERGER, Maurice (Org.) *Constitutions et Documents Politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1981, p. 468).

relação jurídica em particular, vale ou repugna a qualquer outra relação eventualmente assemelhada ou idêntica. Nessa ótica, o status dos servidores responsáveis pela Administração Tributária – *munus* relevante e desafiador – guarda semelhança, no âmago, com a situação jurídica descrita pela doutrina e chancelada pelo STF, na aludida ADIn 2.310. Com efeito, se no caso das Agências Reguladoras, em que havia regra legislada prescrevendo o contrário, já se afastou a possibilidade de utilização exclusiva do regime celetista, *a fortiori* se deve bani-lo, por inteiro, na seara da Administração Tributária, cujas funções exigiram, ao longo da história, um regime jurídico peculiaríssimo, atualmente reafirmado pelo inciso XXII acrescentado pela Emenda 42 ao art. 37 da Lei Fundamental. Em outras palavras, o caráter especial e estatutário das funções de “polícia administrativa”, desempenhadas pela vinculada e indelegável fiscalização de tributos obteve sua máxima e palpável consagração com a regra que confirmou, quanto à Administração Tributária, a sua natureza de “atividade essencial ao funcionamento do Estado”. É em tal contexto e com tal espírito que se deve interpretar, quer o inciso XXII do art. 37, quer o inciso IV do art. 167, ambos da CF.

Assim, dando continuidade, apesar de inúmeras variações políticas e

ideológicas, a uma trajetória de resguardo dos núcleos estratégicos da Administração Pública, a EC 42, de modo não-excludente, imprimiu à atuação de determinados servidores o selo de “atividade essencial”, coroando, com esse título, uma carreira de deveres austeros, de cujo serviço depende não só o financiamento do Estado, mas, em igual medida, o bem-estar da sociedade e a eficácia direta e imediata, no núcleo forte, dos direitos fundamentais de todas as dimensões.

Cumprir notar que o emprego da palavra “carreira” não constitui licença retórica, divorciada de fundamentos normativos ou constitucionais. Antes, a escolha dessa categoria deve ser creditada ao próprio constituinte que, em confluência com o atributo da essencialidade, consignou o alerta de que o quadro de pessoal da Administração Tributária da União, dos Estados e dos Municípios deve ser formado por “servidores de carreiras específicas”. Aqui, a expressão “carreira” apresenta sentido técnico assaz preciso, querendo designar aqueles cargos de provimento efetivo – portanto estatutários – que, à diferença dos denominados “cargos isolados”, se escalonam em classes hierarquizadas segundo o grau de responsabilidade ou de complexidade das atribuições funcionais.<sup>53</sup>

Tal, porém, não é tudo. Há outra relevante perspectiva a ser investigada.

---

53 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 398, e BANDEIRA DE MELLO, *Curso de...*, p. 276.

Decididamente, a alusão à carreira é mais rica do que se afigura à primeira vista. Ao que tudo indica, o uso do termo tem o fito de reforçar aquele almejado ambiente de “institucionalização da independência” (*Institutionalisierung der Unabhängigkeit*)<sup>54</sup> com o escopo de erradicar, pelo menos em determinados domínios da Administração Pública, o regime de emprego celetista,<sup>55</sup> no caso das funções essenciais que exigem o vínculo institucional.

Não foi por outro motivo que, na Alemanha, o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), referiu-se ao “servidor público de carreira como uma instituição que, com fundamento em conhecimentos técnicos, desempenho profissional e leal cumprimento do dever, garante uma Administração estável, representando um fator de compensação em face das forças políticas conformadoras da vida do Estado”.<sup>56</sup> Mas o intento de consolidar o lastro de proteção jurídica imprescindível ao pleno e regular exercício da Administração marchou mais longe.

No caso da Administração Tributária, aqui tomado como caso emble-

mático, por se tratar de segmento administrativo cuja performance repercute, em última instância, no custeio das atividades do Poder Público, o constituinte, numa inovação complementar, culminou por prescrever, em apoio àquela atmosfera de estabilidade, que “as administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ... terão recursos prioritários para a realização de suas atividades”. Para tanto, o constituinte derivado tornou-a exequível – essa reserva de “recursos prioritários” –, com o alargamento das exceções constantes do inciso IV do art. 167 da CF. Como se vê, desde a promulgação da EC 42, viabilizou-se “a vinculação de receita de impostos ... para realização de atividades da administração tributária”.

O que se observa, portanto, é que todas essas modificações, somadas às conquistas sedimentadas pela doutrina e pela jurisprudência, exprimem, da parte do Congresso Nacional, uma inegável – quiçá surpreendente – solicitude no sentido de alargar a rede de proteção em torno do “poder de polícia” tributária.

---

54 ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre*. München: C.H. Beck'sche, 1999, p.382.

55 A despeito de também os empregados públicos serem concursados e de terem algumas garantias que decorrem de princípios de direito público que incidem em tais relações. Sobre o tema, vide FREITAS, Ney. *Dispensa de Emprego Público e o Princípio da Motivação*. Curitiba: Juruá, 2002.

56 In *BverfGE*, 7, 162: “... Berufsbeamtentum als eine Institution ..., die gegründet auf Sachwissen, fachliche Leistung und loyale Pflichterfüllung, eine stabile Verwaltung sichern und damit einen ausgleichenden Faktor gegenüber den das Staatsleben gestaltenden politischen Kräften darstellen soll.”



Cuida-se de bom exemplo do zelo com setores estratégicos da Administração na luta brava contra a intrépida inventividade das fraudes e sonegações. Daí a unidade finalística das mudanças, cujo alvo está em fundar, com firmes declarações de estatura constitucional, a independência dos fiscais de tributo, incluindo-os, desde já, no rol das carreiras de Estado, e, de outro lado, irrigando-os com dotações orçamentárias capazes de arcar, pela via da vinculação de receitas fiscais, com os custos do aparato fiscalizatório e de suas inerentes garantias.

Em síntese, é da essência do “poder de polícia”, em qualquer das instâncias da Federação, estruturar-se a partir de carreira de servidores públicos estatutários, formada por cargos de provimento efetivo, devidamente concursados e dotados das garantias aptas a minimizar os efeitos deletérios da política episódica. Se é verdade que a função fiscalizatória ajuda a consolidar, no exemplo dado, a arrecadação de tributos e, por conseguinte, a eficiência do sistema tributário, não menos verdade que à fraqueza dos instrumentos de controle também se pode imputar o progressivo exaurimento das reservas públicas.

Privados, simultaneamente, de servidores estatutários e de rubricas de custeio autônomas, os órgãos de controle fiscal poderiam acabar vítimas da inanição orçamentária ou dos famigerados contingenciamentos (que ameaçam, assinale-se de passagem, mortalmente, a independência das

agências reguladoras) e das conveniências externas, cumulativamente espoliados pelos interesses partidários ou pela insopitável astúcia.

Como se percebe, afortunadamente, o ordenamento brasileiro, no concernente à Administração Tributária, premuniu-se contra tais riscos por meio de quatro disposições com eficácia imediata e vinculante em todas as esferas da Federação. Primeira: as competências da Administração Tributária só podem ser exercidas por pessoas jurídicas de direito público. Verdade que o caput do art. 7º do CTN já não deixava margem para maior controvérsia: quando se trata de fiscalização tributária, somente instituições de direito público podem desempenhá-las. Segunda: à luz da Constituição emendada (inciso XXII, art. 37), apenas o servidor público estatutário (estável, nos termos do art. 41 da CF) e de carreira reúne as credenciais necessárias e suficientes para se desincumbir das tarefas da Administração Tributária. O que a EC 42 teve em vista, com a ressalva de que o trabalho de fiscalização deve ser conduzido por servidores públicos, foi criar situação independente e garantida, capaz de propiciar o desenvolvimento de uma carreira de Estado (não meramente “governativa”), com os atributos do profissionalismo e da estabilidade, sem os quais se corre o risco de transformar a máquina pública em presa das apreensões com a subsistência. Terceira: o inciso XXII acrescentado ao art. 37 da CF não visou

a, tão-somente, impor o regime estatutário de carreira. O seu intuito foi também de conceder às carreiras da Administração Tributária o status de “atividades essenciais ao funcionamento do Estado”. Isso significa que o constituinte, antecipando-se lucidamente a Projetos que versam sobre as carreiras de Estado, atribuiu aos fiscais de tributos da União, dos Estados e dos Municípios, de forma cogente e auto-aplicável, o título de “Carreira de Estado”, com todos os consectários jurídico-constitucionais. Quarta: o inciso IV do art. 167, combinado com a parte final do citado inciso XXII do art. 37, ambos da CF, asseguram às administrações tributárias da União, dos Estados e dos Municípios, pela via da “vinculação de receita de impostos”, a destinação orçamentária de “recursos prioritários para a realização de suas atividades”. É como se a administração de tributos passasse a desfrutar de fonte orçamentária específica, destinada a cobrir o custeio, inclusive salarial e previdenciário, da estrutura afeita à fiscalização e cobrança. Como o poder de tributar nada seria sem o eficiente poder de fiscalizar, o constituinte houve por bem garantir à federação, em todos as instâncias, uma administração independente, não só do ponto de vista funcional, mas, também, no campo econômico-financeiro. Autonomia real, espera-se. Com efeito, se a administração de tributos não gozasse de independência quanto às dotações orçamentárias, aquela outra independência, a de natureza funcional,

restaria prejudicada, em todos os sentidos, dado que o livre manejo das verbas de custeio poderia comprometer qualquer autonomia estatutária fundada em abstratas prescrições. Logo, buscando inspiração novamente em Alexander Hamilton, é o caso de assinalar: o poder sobre a subsistência da Administração implica o poder sobre a eficácia da Administração Pública.

Mais: os administradores tributários mantêm vinculação institucional, que supõe tratamento prudente e diferenciado (sem configuração de qualquer privilégio), preservadas as garantias que fazem as vezes de escudos contra a falta de continuidade das políticas públicas e a precariedade de regime que, não raro, propicia o tormentoso arbítrio. Em outras palavras, o administrador, que entretém vínculo institucional (não-contratual), é aquele concursado que pode aspirar, diferentemente do empregado, uma estabilidade no serviço público (e não no cargo), um dos elementos constitutivos do regime estatutário. O tema merece breve tratamento em tópico específico.

### **3. ESTABILIDADE E CARREIRAS DE ESTADO**

A estabilidade na carreira de Estado, para além das mudanças pontuais no tocante a regras, deveria ser vista como qualificada, desempenhando valiosa tríplice função. De fato, tal proteção de alçada constitucional colima garantir a manutenção das políticas públicas, uma vez que são

os servidores estáveis que asseguram a permanência das metas do Estado (de longo prazo), sem prejuízo das alterações conjunturais, a cargo dos agentes políticos, transitórios por definição. A estabilidade oferece, ainda, ao servidor que responde por atividade essencial de Estado a salvaguarda contra a prepotência dos mandantes de turno, não raro travestida de “discricionariedade”. Como acentuado, sem a independência e a segurança oferecidas pela garantia da estabilidade, o cidadão logra ter menores chances de prestação adequada dos serviços essenciais. A terceira função da estabilidade reside na contrapartida que o regime institucional (não-contratual) oferece à vista da periclitante lâmina posta à disposição do Poder Público sob a forma de poderio unilateral (ainda que mitigado) de alteração das regras do regime.

No intuito de cumprir a tríplice função, a estabilidade no serviço público deve ser compreendida como proteção de alçada constitucional contra a perda do cargo, conferida a titular de cargo efetivo, nomeado em razão de concurso público, após o desenrolar do período de estágio probatório (presentemente, a regra é de três anos de real exercício no cargo) e mediante avaliação exitosa ao cabo do aludido estágio. Indispensável a conjugação do prazo e da aprovação por intermédio de comissão de estáveis, designada para tal fim (CF, art. 41, § 4o).

A calhar, de passagem, convém passar ao exame das situações de

perda do cargo do servidor estável oriundas da Emenda Constitucional 19/98. À primeira vista, exsurtem quatro hipóteses para a referida perda do cargo. Contudo, uma delas resulta apenas aparente, de maneira que, a bem do rigor, são mais propriamente três as situações em que se admite a desvinculação compulsória do agente dotado dessa garantia. Uma a uma, cumpre fazer menção às circunstâncias de perda do cargo público. A primeira hipótese, nitidamente de cunho punitivo, segue da sentença transitada em julgado (art. 41, § 1o, I): invalidada por sentença a demissão do servidor estável aplica-se, nesse caso, a regra prevista no § 2º, cumprindo reintegrar o servidor no cargo. A segunda hipótese (não necessariamente de penalidade demissória) concerne ao processo administrativo, assegurada a ampla defesa (art. 41, § 1o, II). A terceira hipótese é a relacionada à insuficiência de desempenho, matéria pendente de regulamentação por intermédio de lei complementar (CF, art. 41, § 1o, III), que não deve resvalar para o alargamento das sombrias veredas do arbítrio (discrção não-motivável) ou da violação do devido processo (material e formalmente considerado).

Tais hipóteses decorrem, no geral das vezes, de penalidades demissórias, porém a segunda hipótese pode abarcar situação de mera desinvestidura, desde que conjugada ou entrelaçada à dicção do art. 169, § 4º, CF. Na leitura

sistemática,<sup>57</sup> revela-se aconselhável \* compreender que o constituinte quis apenas punir severamente o servidor público que, de modo culposo grave ou doloso, tornar insustentável a manutenção do vínculo institucional. Nada obstante, o aludido liame perece somente se o laço com o Poder Público restar, de modo irremissível, maculado pela conduta inaceitável do agente público, no caso das carreiras de Estado. Note-se que a suposta quarta hipótese autônoma do deslocado art. 169, § 4º,<sup>58</sup> em realidade encontra-se absorvida na segunda possibilidade elencada, pois também aí se exige processo administrativo cercado de todas as garantias. A “quarta” hipótese, trazida pelo art. 169, traduz desligamento sem conteúdo punitivo (dado que inexistente caráter sancionatório), oriundo do enxugamento de despesas, e requer o processo administrativo estatuído no art. 41, § 1º, II, sem embargo de relevantes acréscimos de cautelas, mostrando-se, na prática, inviável para os ocupantes de cargos essenciais ao funcionamento do Estado.

Apresenta-se a hipótese do art. 169, § 4º, CF, como recurso derradeiro para

fazer observar os limites de despesas com pessoal, estatuídos em lei complementar (Lei Complementar 101/2000). Assim, se medidas prévias não renderem resultado suficiente, o servidor estável poderá, em última instância, perder o cargo, “desde que ato normativo motivado de cada um dos poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal”, vedada a discricionariedade pura.<sup>59</sup> Todavia, uma motivação congruente, clara e aceitável será virtualmente impossível para o enxugamento de servidores que desempenharem atividades essenciais ao funcionamento estatal, sob pena de destruição do próprio Estado! O constituinte não pode ter pretendido pedir que, em nome da austeridade fiscal, o Estado se destrua.

Vai daí a implicação decisiva do argumento: mostra-se factível, por meio de interpretação sistemática, acentuar a concordância prática dos preceitos em tela, de modo a salvaguardar a proporcionalidade e a afastar a aplicação do art. 169 da CF em relação

---

57 Para uma visão mais aprofundada do tema, vide FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

58 Art. 169, § 4º, CF “Se as medidas adotadas com base no parágrafo anterior não forem suficientes para assegurar o cumprimento da determinação da lei complementar referida neste artigo, o servidor estável poderá perder o cargo, desde que ato normativo motivado de cada um dos Poderes especifique a atividade funcional, o órgão ou unidade administrativa objeto da redução de pessoal.”

59 Toda discricionariedade está vinculada aos princípios fundamentais. A propósito, vide FREITAS, J., *O Controle dos Atos...*,

aos ocupantes de cargos essenciais ao funcionamento do Estado. Eis o caminho mais equilibrado, que produz a tranqüilização do servidor de carreira exclusiva de Estado. Reiterando: a obediência aos limites da Lei de Responsabilidade Fiscal, nos termos preconizados pelo art. 169 da CF, não pode conduzir o Estado ao suicídio.

Inquestionável que se encontra subjacente ao asseverado o forte apreço devotado aos que deliberaram investir suas energias numa carreira pública árdua, a qual, bem entendida, demanda pronunciada abnegação, mormente em face das múltiplas restrições iminentes ao regime publicista. Ao fim e ao cabo, a estabilidade nada mais representa do que contrapartida para as sérias restrições e desvantagens trazidas por relação não-contratual. Por idêntico motivo, é pertinente afirmar que, no caso emblemático dos fiscais tributários, não faz sentido admitir ocupante de cargo de confiança para o desempenho das funções inerentemente de Estado. Os cargos em comissão podem ser direcionados para funções de apoio, tão-somente. Por isso, os cargos de direção, na Administração Tributária, devem ser reservados apenas aos servidores de carreira.

Tudo considerado, os administradores que exercerem funções típicas e finalísticas de Estado (funções essenciais), além de terem a garantia de acesso impessoal do concurso público, merecem a proteção adicional de robustos anteparos formais e substanciais contra voluntarismos

persecutórios ou enxugamentos fiscais lineares e destituídos de motivação razoável. Tais anteparos não devem servir, está claro, para acomodação dos agentes públicos, mas para que possuam uma couraça protetiva. Essa segurança mínima, em vez de estimular a indolência, é benfezeja para o cumprimento fiel dos princípios constitucionais, em lugar da obediência acrítica aos ditames ou influências dos chefes ou poderosos da hora. Vez por todas, a garantia patrocinada pela estabilidade do art. 41 da CF deve ser concebida como proteção oferecida à sociedade, donde segue não haver motivo para antagonizar os qualificados estáveis. Em lugar da hostilidade, a estabilidade peculiar da carreira de Estado deve ser entendida como requisito para impedir que se torne postiço o Estado democrático, sem prejuízo da luta contínua para que os agentes estatais pautem as suas condutas sob o manto sagrado dos princípios e da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais.

#### 4. CONCLUSÕES

Tendo em conta o articulado, eis as principais proposições conclusivas:

a) Há carreiras essenciais ao funcionamento do Estado (por exemplo, auditores fiscais), o que determina regime peculiar de natureza institucional, com a estabilidade qualificada do art. 41 da CF, sem aplicação plausível, nesse caso, da hipótese trazida pelo art. 169, § 4º, CF.

b) Somente pessoa jurídica de direito público pode exercer competências privativas da Administração, uma vez que se inserem no âmbito indelegável da “utilização de poderes de soberania” (*Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse*).<sup>60</sup>

c) Apenas servidor de carreira e, por conseguinte, ocupante de cargos de provimento efetivo, pode executar as funções peculiares à fiscalização, haja vista que as suas tarefas são de cunho permanente (*ständige Aufgabe*)<sup>61</sup> e, ao pressuporem “utilização de poderes de soberania” (*Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse*), exigem, por simetria, o arrimo estatutário de um “status especial” (*besonderen status*).<sup>62</sup>

d) Cumpre registrar que a alusão à carreira constante do inciso II, do art. 37 da CF designa, antes de mais nada, aqueles cargos estatutários de provimento efetivo que, em contraste com os cargos isolados, são escalonados

em classes hierarquizadas de acordo com o grau de responsabilidade e de complexidade das funções. Mas não é só. Tal referência também exprime a preocupação do constituinte de criar ambiente institucional propício ao desenvolvimento de carreira cercada das garantias de direito público, capazes de situar determinados agentes públicos a salvo dos incidentes da política governamental transitória.

e) O legislador infraconstitucional, ao definir as carreiras de Estado, deveria, por exemplo, deixar estampada a interpretação aqui defendida quanto às hipóteses de perda do cargo elencadas no art. 169, com a redação dada pela EC 19. Deve, ademais, deixar claro que os cargos de direção e de chefia, diretamente envolvidos com “atividade-fim”, precisam ser ocupados por membros de carreira, dada a natureza das tarefas e das garantias correspondentes.

## REFERÊNCIAS

ACHTERBERG, Norbert. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. Heidelberg: Decker, C. F. Müller, 1982.

ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. *Storia del Diritto Romano*. Napoli: Eugenio Jovene, 1968.

---

60 HESSE, *Grundzüge...*, p. 218. Vide, também, as alíneas 4 e 5 do art. 33 da Constituição Alemã, as quais determinam que o exercício de poderes ou de direitos de soberania deve ser confiado exclusivamente a funcionário público regido pelos princípios tradicionais do funcionalismo.

61 *Ibidem*, p. 218.

62 *Ibidem*, p. 218. Nesta mesma linha, vide WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto. *Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck'sche, 1976, v. 2, p. 486: “[...] einen besonderen rechtlichen Status”.

- BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BULLINGER, Martin. *Öffentliches Recht und Privatrecht*. Stuttgart: W. Kohlhammer, 1968.
- CASSESE, Sabino. *Tendenze e Problemi del Diritto Amministrativo*. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 54, p. 901-912, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001.
- DUGUIT, Leon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing, 1930. v. 3.
- DUVERGER, Maurice (Org.) *Constitutions et Documents Politiques*. Paris: Presses Universitaires de France, 1981.
- FLEINER, Fritz. *Droit Administratif Allemand*. Tradução Dh. Eisenmann. Paris: Librairie Dalegrave, 1933.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.
- \_\_\_\_\_. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FREITAS, Ney. *Dispensa de Empregado Público e o Princípio da Motivação*. Curitiba: Juruá, 2002.
- GANGEMI, Lello. *Elementi di Amministrazione Finanziaria Pubblica*. Padova: CEDAM, 1934.
- HAMILTON, Alexander. *The Federalist*. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1952. v. 43.
- HARIOU, Maurice. *Pages de Doctrine*. Paris: LGDJ, 1980. v. 1.
- HARIOU, Maurice. *Précis Élémentaire de Droit Administratif*. Paris: Recueil Sirey, 1938.
- HENSEL, Albert. *Diritto Tributario*. Tradução Dino Jarach, Milano: Giuffrè, 1956.
- HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller Juristischer, 1978.
- JÈZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. Paris: Marcel Giard, 1930.
- KASER Max. *Das Römische Privatrecht*. München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1955.
- KUNKEL, Wolfgang. *Römische Rechtsgeschichte*. Köln: Böhlau, 1956.
- LE DROIT Public de L'Empire Allemand. Tradução C. Gandilhon e TH. Lacuire. Paris: V. Giard, E. Brière, 1901. v. 2.

- LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Estudos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.
- MAURER, Hartmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck'sche, 1985.
- MAYER, Otto. *Droit Administratif Allemand*. Paris: V. Giard; E. Brière, 1906. v. 4.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MIRANDA Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº 1 de 1969*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. v. 3.
- MOMMSEN, Théodor. *Manuel des Antiquités Romaines*. Tradução Paul Frédéric Girard. Paris: Thorin et Fils, 1894. v. 4.
- MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Compêndio de Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 1993. v. 1.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ORESTANO, Ricardo. *Il Problema delle Persone Giuridiche in Diritto Romano*. Torino: G. Giappichelli, 1968.
- PORTUGAL. *Ordenações Afonsinas*. Lisboa: Calouste, 1984. v. 1. Livro 1.
- TACITO. *The Annals*. Tradução Alfred John Church e William Jackson Brofriibb. Chicago: Great Books, [s.d.]. v. 15.
- TUCCI, José Rogério Cruz e; AZEVEDO Luis Carlos. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- WAGNER, Adolf. *Traité de la Science des Finances*. Tradução Jules Ronjat. Paris: V. Giard, E. Brière, 1909.
- WHITE, Leonard. *Introduction to the Study of Public Administration*. New York: The Macmillan, 1957.
- WOLFF, Hans J.; BACHOF, Otto. *Verwaltungsrecht*. München: C.H. Beck'sche, 1976. v. 2.
- ZIPPELIUS, Reinhold. *Allgemeine Staatslehre*. München: C.H. Beck'sche, 1999.
- ZULUETA, Francis de. *The Institutes of Gaius: Commentary*. Oxford: Clarendon, 1967. v. 2.





# La ley francesa 98.389 del 19 de mayo de 1998 de responsabilidad por el hecho de productos defectuosos. Sus fuentes principales

Luis O. Andorno\*

## INTRODUCCIÓN

La especial circunstancia de haberse dictado en Francia la ley n.º 98-389 del 19 de mayo de 1998 referida a la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos, nos ha llevado a considerar conveniente efectuar un comentario comparativo de la misma con las soluciones de la Convención del Consejo de Europa de 1977 relativa a la responsabilidad por el hecho de productos en caso de lesiones corporales o de deceso y de la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas del 25 de julio de 1985.

Ello así por cuanto entre estos tres instrumentos legales existen numerosos aspectos comunes cuyo análisis conducirá a una mejor comprensión

acerca de la letra y el espíritu de la referida ley del 19 de mayo de 1998.

Mas aún. Puede decirse que esta ley n.º. 389 del 19 de mayo de 1998 procura aplicar en Francia la referida Directiva del 25 de julio de 1985, según autorizadas opiniones vertidas en dicho país ( Henri, Léon et Jean Mazeaud et Francois Chabas, *Lecons de Droit Civil*. T. II, vol. I, *Obligations. Théorie générale*, 9e. édition por Francois Chabas, Montchrestien, Paris, 1998, n.º. 381). De allí por tanto el interés especial que representa el análisis de aquella normativa.

Todo ello, como se verá luego, se halla orientado a brindar una adecuada protección al consumidor o usuario al facilitar el resarcimiento por los daños que pudiese sufrir en su persona o

---

\* Professor de Direito Constitucional da Universidade Nacional de Rosário, Argentina.

bienes. La idea básica – además de otras circunstancias – consiste en prescindir de lo que en tiempo pasado fue un elemento fundamental para la atribución de responsabilidad cual es “la culpa” para reemplazarla por un concepto “objetivo”.

En nuestro anunciado propósito de análisis comparativo de los referidos regímenes legales vamos a considerar distintos aspectos vinculados con esta cuestión.

## **I. LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR**

Y así tenemos en primer lugar que el artículo 1386-1 del Código Civil francés, incorporado por la ley nº. 98-389 del 19 de mayo de 1998 reza: “El productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto, esté o no ligado por un contrato con la víctima”.

Podemos encontrar un antecedente de dicho precepto en el artículo 3º, inc. 1º. de la mencionada “Convención Europea sobre la responsabilidad por el hecho de los productos en caso de lesiones corporales o de deceso” de 1977, llamada Convención de Estrasburgo, que dice: “El productor está obligado a reparar los daños resultantes de un deceso o de lesiones corporales causadas por un defecto de su producto”.

También la Directiva de 1985 dispone en su art. 1º. que el productor es responsable por el daño causado “por un defecto de su producto”.

Refiriéndose a este precepto señala Yván Markovits en su libro : “La Directiva de la C.E.E. del 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos” que dicha Directiva contempla en realidad una responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos y no por el hecho del productor, lo cual es muy importante a los fines de determinar la responsabilidad consiguiente (op.cit., Paris, 1990, p. 162 y ss.).

Ello es muy interesante a los fines del presente comentario comparativo que estamos efectuando, pues tanto en la Convención de Estrasburgo de 1977, cuanto en la Directiva de 1985, cuando en el texto del referido artículo 1386-1 del Código Civil francés, agregado por la ley nº. 98-389 de 1998, se consigna de modo expreso que el productor es responsable por el daño causado por un defecto “de su producto”.

Por lo demás, la responsabilidad en cabeza del productor no surgirá del daño causado por cualquier producto, sino de un producto “defectuoso”, cuyo alcance determinaremos más adelante.

Resulta asimismo de interés poner de resalto que este nuevo precepto del Código Civil francés, trae como novedad el hecho de que el productor será responsable por el daño causado por un defecto de su producto “esté o no ligado por un contrato con la víctima”. Ello amplía notoriamente el campo de aplicación de dicho precepto, al no requerir necesariamente la existencia de un vínculo contractual entre el responsable y la víctima. Ello

contribuirá sin dudas a aventar algunas dificultades que se presentaron en el pasado respecto de esta cuestión.

## II. DAÑOS A LOS BIENES O A LA PERSONA

El nuevo artículo 1386-2 del Código Civil francés, agregado por dicha ley 98-389, prescribe que: “Las disposiciones del presente título se aplican a la reparación del daño que resulte de un ataque a la persona o a un bien distinto que el propio producto defectuoso”.

En cambio, la Convención de Estrasburgo de 1977, tenía un alcance más limitado toda vez que: “el productor está obligado a reparar los daños resultantes de un deceso o de lesiones corporales causadas por un defecto de su producto”. Aquí no figuran los daños resultantes a los bienes, sino solamente los perjuicios resultantes de un deceso o de lesiones corporales.

Por su parte, conforme al artículo 9 de la Directiva de 1985, en forma coincidente con el nuevo precepto del Código Civil, transcripto precedentemente, la responsabilidad surge por el daño causado por la muerte o por lesiones corporales, como asimismo por el daño causado a una cosa, distinta naturalmente al mismo producto.

Para los daños causados a las cosas la responsabilidad no tiene límites, aun cuando se aclara que no están cubiertos sino los daños causados a las cosas “de un tipo normalmente destinado al consumo o al uso privados”.

Por lo demás, la Directiva de 1985 solamente comprende los daños patrimoniales, estando por ende excluido el daño moral, en el caso de muerte o lesiones corporales. No obstante, la misma deja a salvo las disposiciones nacionales relativas a los “daños inmateriales”. Y en este sentido, en Francia, la legislación nacional protectora del consumidor y del usuario, ha ampliado la noción de daño también al perjuicio moral resultante de la muerte o de lesiones corporales. El texto de dicho artículo 1386-2 del Código Civil permite una interpretación amplia en este sentido, toda vez que el mismo recoge pacífica doctrina autoral y jurisprudencial y textos legales anteriores, en el sentido de que son resarcibles tanto los daños patrimoniales cuanto los extrapatrimoniales causados por el uso o consumo de productos defectuosos.

## III. CONCEPTO DE PRODUCTO

El artículo 1386-3 del Código Civil francés, agregado por la ley 98-389, reza: “Es un producto todo bien mueble, aun cuando esté incorporado en un inmueble, comprendiendo asimismo los productos del suelo, de la ganadería, de la caza y de la pesca. La electricidad es considerada como un producto”.

De su lado, el artículo 2º, inciso a) de la Convención Europea de 1977, consigna que “el término “producto” designa todo mueble, natural o industrial, sea el mismo bruto o manufacturado, aun cuando esté

incorporado a otro mueble o a un inmueble”, en tanto que la Directiva de 1985, consigna en su artículo 2º que: “A los efectos de la presente Directiva se entiende por producto cualquier bien mueble, excepto las materias primas agrícolas y los productos de la caza, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un inmueble”. Además, conforme a dicha Directiva, se entiende por “materias primas agrícolas” a los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, exceptuando aquellos productos que hayan sufrido una transformación inicial. Por producto se entiende también la electricidad”.

De un simple cotejo entre algunos de los distintos textos transcritos precedentemente, aparece neta la superioridad del concepto de producto plasmado en la redacción del referido art. 1386-3 del Código Civil francés, como resultante de una evolución experimentada en este campo, hacia una ampliación del concepto de “producto”.

Así mientras en la Directiva de 1985 se excluyen de modo expreso a las materias primas agrícolas y a los productos de la caza, que no hubieran experimentado una primera transformación; en dicho artículo 1386-3 del Código Civil, se hallan incluidos explícitamente “los productos del suelo, de la ganadería, de la caza y de la pesca”. Se trata de un razonable ensanchamiento del concepto de “producto” que indudablemente repercutirá favorablemente en el propósito del legislador de proteger

cada vez más adecuadamente a los consumidores y usuarios por los daños que pudieren sufrir en su persona o bienes.

Resulta asimismo importante poner de resalto que si bien la Convención de Estrasburgo no incluye dentro de la caracterización del “producto” a la electricidad, sí en cambio lo hacen, tanto la Directiva de 1985, cuanto el referido artículo 1386-3 del Código Civil. Ello coincide con el artículo 2311 del Código Civil argentino, luego de la redacción sustitutiva dispuesta por la ley 17711 en cuanto prescribe que “las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”. Resulta también de interés destacar que la doctrina y jurisprudencia francesas han considerado que también pueden ser incluidos en la categoría de “productos”, en un plano similar al de la electricidad, tanto al gas como a los productos radioactivos.

Añádase que el art. 14 de la Directiva de 1985 excluye de su ámbito de aplicación a los daños resultantes “de accidentes nucleares que son cubiertos por convenciones internacionales ratificadas por los Estados miembros”.

En síntesis, pues, conforme al referido art. 1386-3 del Código Civil, se considera producto a todo bien mueble, aun cuando estuviere incorporado a un inmueble, comprendiéndose asimismo los productos del suelo, de la ganadería, de la caza y de la pesca, como así también la electricidad.

Tanto en dicho Código Civil francés, cuanto en la Directiva de 1985, se excluyen de modo implícito los inmuebles, pues no están mencionados en las respectivas definiciones de “producto”.

Ello ha sido criticado, pues los inmuebles habían sido incluidos en la primera propuesta de Directiva Europea presentada en 1976. La razón de la exclusión de los inmuebles en la Directiva de 1985, parece haberse debido a la existencia de regulaciones particulares en todos los Estados miembros de la entonces Comunidad Europea (hoy Unión Europea) acerca de los vicios de la construcción.

Cabe recordar en el presente comentario que el art. 2º, párrafo 1º del Código de Protección y Defensa del Consumidor del Brasil (ley nº. 8078 del 11 de setiembre de 1990), vigente a partir de 1991, prescribe: “Producto es cualquier bien, mueble o inmueble, material o inmaterial”. Creemos sería el criterio adecuado.

#### IV. PRODUCTO DEFECTUOSO

Conforme a lo consignado en los párrafos precedentes resulta importante caracterizar al producto defectuoso.

En este sentido, el art. 1386-4 del Código Civil francés, agregado por la ley 98-389, prescribe: “Un producto es defectuoso en el sentido del presente título cuando no ofrece la seguridad a la que se puede legítimamente esperar. En la apreciación de la seguridad a la que se puede legítimamente esperar, deben tenerse en cuenta todas las

circunstancias y principalmente la presentación del producto, el uso que puede razonablemente esperarse y el momento de su puesta en circulación.

Un producto no puede ser considerado como defectuoso por el solo hecho de que otro, más perfeccionado, haya sido posteriormente puesto en circulación”.

El mismo reproduce en forma prácticamente textual el art. 6º. de la Directiva de 1985, que a su vez tiene como antecedente el art. 2º., inc. c, de la Convención de Estrasburgo de 1977, que dice: “el producto presenta un ‘defecto’ cuando no ofrece la seguridad que se puede legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias, comprendida entre ellas, la presentación del producto”.

A fin de mejor aprehender el concepto de producto defectuoso, nos parece importante reproducir la fundamentación que sobre el punto es dable advertir en la Directiva de 1985. Allí se sostuvo que “para proteger la integridad física y los bienes del consumidor, la determinación del carácter defectuoso de un producto debe hacerse no en función de la inaptitud del producto para el uso, sino en función del defecto de seguridad a la cual el gran público puede legítimamente esperar; la cual seguridad se apreciará además excluyendo todo uso abusivo del producto o de modo irracional en el caso concreto” (*Journal officiel des Communautés européennes*, num. L 210/29, 7/8/1985).

Como lo señalamos oportunamente en nuestro trabajo: Responsabilidad por los productos defectuosos (La Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas vista desde la República Argentina), La Ley, 1986-E, doctrina, ps.948/49, pensamos que la mencionada definición legal de “defecto” en cuanto “ausencia de seguridad a la cual puede legítimamente esperarse”, recogida en los distintos instrumentos legales analizados precedentemente, resulta adecuada, no obstante algunas críticas que se han formulado a la misma para el supuesto de desconocerse la causa del perjuicio o bien para la hipótesis de daños causados por un producto no defectuoso en razón de sus características peligrosas.

Cabe recordar que la jurista española Parra Lucan expresa que el concepto de “defecto” era ajeno a la normativa continental de responsabilidad civil. Sin embargo, la referida Directiva de 1985, siguiendo el criterio estadounidense adopta la categoría de “defecto” como noción esencial del sistema de responsabilidad civil. De este modo, conforme a la Directiva, el productor no será responsable de cualquier daño ocasionado en el uso o consumo de un producto, sino únicamente de los que tengan su origen en un defecto del mismo. En este sentido, la doctrina norteamericana ha puesto de relieve cómo la necesidad de que un producto sea defectuoso para que su fabricante sea responsable de los daños ocasionados en su uso o consumo responde a la idea de que,

suprimida la exigencia de culpa como presupuesto de la responsabilidad, es preciso adoptar un límite, de tal manera que no se responda por la simple puesta en circulación de un producto. Algo parecido ha sido por tanto lo ocurrido en la elaboración del art. 6º. de la referida Directiva comunitaria europea (M.A. Parra Lucan, Daños por productos y protección del consumidor, Barcelona, 1990, p. 497).

Cabe señalar asimismo que un concepto similar en el punto ha plasmado en el art. 5º de la ley argentina de Defensa del Consumidor y del Usuario No. 24240 vigente a partir de 1993, que dice: “Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios”.

El artículo habla de utilización en condiciones previsibles o normales del producto o servicio. Se ha señalado que para determinar dichos extremos resulta de fundamental importancia tener presente el público al cual cada producto o servicio va dirigido, pues en determinados casos la información y presentación puede llegar a requerir condiciones específicas. Así, por ejemplo, en los productos o servicios destinados a los llamados subconsumidores, es decir, aquellas personas que por diversas razones están en una situación de debilidad mayor que el común de la gente (v.gr.: los niños, ancianos, analfabetos o personas poco

instruidas, extranjeros, etc. (Roberto A. Vázquez Ferreyra y Oscar E. Romera, Protección y defensa del consumidor, Ley 24.240, Depalma, Bs. As., 1994, p. 26).

Por lo demás, dicho art. 5º de la ley 24.240 armoniza con los arts. 4º. y 6º. de dicha ley en cuanto procuran una adecuada protección para la salud y seguridad de los consumidores y usuarios contra los riesgos derivados de los denominados accidentes del consumo. *Brevitatis causa*, remitimos a nuestro trabajo: “Responsabilidad por daño a la salud o la seguridad del consumidor”, publicado en el libro: “La responsabilidad” en homenaje al Profesor Dr. Isidoro H. Goldenberg, dirigido por los Dres. Atilio Aníbal Alterini y Roberto M. López Cabana, Abeledo Perrot, Bs. As., 1995, p.479).

Resulta asimismo de interés poner de resalto que tanto en la Convención de Estrasburgo de 1977, cuanto en la Directiva de 1985, como así en el referido art. 1386-4 del Código Civil francés, exigen que a los fines de apreciar la existencia de un defecto en el producto deben apreciarse distintas circunstancias.

Entre ellas, naturalmente la presentación del producto, es decir, su etiquetaje, su embalaje, el envase, las instrucciones para su utilización, etc.

Se hace referencia asimismo al uso que razonablemente puede esperarse del producto en cuestión. De este modo, si el consumidor o usuario efectuar un uso del producto inadecuado o inesperado, forzoso será concluir que

el daño no podrá atribuirse a un defecto del producto.

También deberá tomarse en cuenta el momento de la puesta en circulación del producto-problema del que nos ocuparemos más adelante-habida cuenta que el máximo de rendimiento y seguridad que puede razonablemente esperarse del producto lo será justamente al momento de su puesta en circulación, pudiendo aquellos factores ser menores luego de algún tiempo de uso del mismo.

Volviendo al referido art. 1386-4 del Código Civil francés, cabe señalar que el mismo dispone en su parte final que un producto no podrá ser considerado como defectuoso por el solo hecho de que otro, más perfeccionado, ha sido puesto en circulación con posterioridad.

Ello significa por tanto que se permite a los fabricantes exonerarse de los daños derivados del denominado riesgo del desarrollo.

En efecto, con la expresión riesgo del desarrollo se hace referencia al riesgo de daños como consecuencia del insuficiente desarrollo de la ciencia o de la técnica en el momento en que el producto ha sido puesto en circulación.

De este modo, los llamados riesgos del desarrollo suponen el carácter defectuoso de un producto del que, sin embargo, no se conocía ni se podía conocer la potencialidad dañosa. Esto es de aplicación, por ejemplo, en materia de productos farmacéuticos, cuya morbosidad suele ser descubierta mucho tiempo después de habérselos puesto en el comercio (Atilio Aníbal



Alterini, Oscar Jose Ameal y Roberto M. López Cabana, *Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1995, p. 808).

Ahora bien, se ha recordado que el problema de tales riesgos del desarrollo fue en el proceso de elaboración de la referida Directiva de 1985, uno de los puntos que más discusiones produjo, poniendo de relieve de manera evidente la contraposición de intereses entre los consumidores y los productores.

Frente a ello, esta Directiva, adoptó en el punto, una solución de compromiso, permitiendo a los distintos Estados miembros apartarse de la regla de responder por los daños derivados del mencionado riesgo del desarrollo (Parra Lucan, *op.cit.*, p. 519 y ss.).

Y como acaba de verse, el mencionado artículo 1386-4 del Código Civil francés, agregado por la ley 98/386, siguiendo una tradicional corriente de doctrina autoral y jurisprudencial de dicho país, adoptó el criterio de no responsabilizar al fabricante por los daños derivados del riesgo del desarrollo. Añádase que en el derecho alemán impera un criterio contrario, toda vez que se hace responsable al fabricante por los daños derivados de dicho riesgo del desarrollo. Lo mismo ocurre en Luxemburgo y Finlandia.

Debe decirse asimismo que en el Proyecto de Código Unico argentino de 1987 (hoy ley vetada) se propició descartar la puesta en cabeza del productor de tales riesgos del desarrollo (art. 1113, *in fine*). El mismo criterio fue seguido por el Proyecto del Poder

Ejecutivo de 1993, al propiciar que: “El elaborador responde por los daños causados por el defecto del producto por él fabricado”, pero “podrá liberarse probando las siguientes circunstancias:.....4º.) Los conocimientos científicos y técnicos no permitían suponer la existencia del defecto al momento de la puesta en circulación del producto”.

En cambio, en las Jornadas Marplatenses de Responsabilidad Civil y Seguros, realizadas en Mar del Plata en el año 1989, se sostuvo un criterio contrario, al recomendar poner a cargo del productor tales riesgos, en su carácter de garante de la inocuidad de los bienes lanzados al mercado.

## V. LA PUESTA EN CIRCULACIÓN DEL PRODUCTO

El art. 1386-5, incluido también en el Código Civil francés por la ley del 19 de mayo de 1998, dice: “Un producto es puesto en circulación cuando el productor se ha desprendido voluntariamente del mismo. Un producto no puede ser objeto sino de una sola puesta en circulación”.

En forma más o menos similar, el art. 2º., inciso d) de la Convención de Estrasburgo 1977, había propiciado a su turno la siguiente fórmula: “un producto ha sido “puesto en circulación” cuando el productor lo ha remitido a otra persona”.

Por su parte, el art. 7º. a) de la Directiva de 1985 señala que el productor no será responsable “cuando

no ha puesto en circulación el producto defectuoso”.

Un análisis comparativo de estos distintos instrumentos legales, permite diferentes conclusiones.

Así, en primer lugar, parece natural sostener que ninguna responsabilidad tendrá el productor que no hubiera puesto el producto defectuoso en circulación, es decir, cuando no lo hubiera lanzado al mercado, esto es, al circuito de distribución.

En segundo lugar, por el contrario, deberá considerarse que un producto ha sido puesto en circulación cuando el productor se ha desprendido voluntariamente del mismo, como por ejemplo, en el caso en que ha perdido su poder de mando o de control sobre el mismo, por transportarse un producto no terminado aun sobre la vía pública, a fin de que se complete el proceso de su fabricación.

También, cuando ha vendido o transferido el producto por cualquier causa a otra persona.

En tercer lugar, de lo expuesto se desprende, como bien lo consigna el referido art. 1386-5 del Código Civil francés, que un producto solamente podrá ser objeto de “una sola puesta en circulación”.

Pero, comentando este precepto, los hermanos Mazeaud y Chabas, señalan que aquí se presenta una dificultad para los productos compuestos, a propósito de lo cual hay que remitirse asimismo a los arts. 1386-3, art. 1396-11, último párrafo y art. 1386-8, del Código Civil francés, a cuyos

respectivos comentarios remitimos en el presente trabajo. Pero aclaran que dicha definición del referido art. 1386-5, tiene la ventaja de excluir la hipótesis del robo o del objeto confiado a un dependiente.

La referida dificultad se presente, según dichos distinguidos juristas, en el caso de un automóvil que ha sido el causante de un accidente por cuanto uno de sus neumáticos, que tenía un defecto, reventó. Este neumático fue fabricado por la empresa A y vendido al fabricante del automóvil B, en una fecha x. B pone en circulación el automóvil nuevo en una fecha y. Si se considera que el neumático permanece siendo el mismo producto, todo el mundo será liberado a partir de x más diez años. Pero si se considera que el neumático se ha transformado en un nuevo producto, B no será liberado sino a partir de y más diez años. Pero frente a los terceros, ¿quedará liberado a partir de la fecha x más diez años? Se nos responde que conforme al art. 1386-8 del Código Civil, los dos fabricantes son solidariamente responsables. Es exacto. Pero ello no impide que el primer fabricante A se ha “desprendido voluntariamente”, esto es, ha puesto en circulación la pieza con fecha x. Además, la lectura del art. 1386-3-a cuyo comentario remitimos-nos conduce a pensar que el producto incorporado permanece siendo “el” producto. ¿Habrán que concluir que A y B no incurrirán en responsabilidad a fecha x más diez años? Así, a mérito de las primeras (y únicas) puestas en

circulación de las piezas, el plazo de diez años variará para un mismo producto compuesto? (Mazeaud y Chabas, op.cit., Paris, 1998, No. 558-2, nota 5). Dificultad esta última que deberá solucionar la jurisprudencia en base a los distintos textos legales involucrados.

## VI. CARACTERIZACIÓN DEL PRODUCTOR

Parece obvio destacar la importancia que tiene el productor y sus asimilados, en el ámbito de la responsabilidad por productos elaborados que estamos considerando.

En este sentido, el artículo 1386-6 del Código Civil francés, agregado por la reforma de 1998, dice: "Es productor, cuando actúa a título profesional, el fabricante de un producto terminado, el productor de una materia prima, el fabricante de una parte componente del producto".

Está asimilado a un productor para la aplicación del presente título toda persona que actúa a título profesional:

1º) Que se presenta como productor colocando sobre el producto su nombre, su marca u otro signo distintivo.

2º) Que importa un producto en la Comunidad Europea en vista de una venta, de una locación, con o sin promesa de venta, o de toda otra forma de distribución.

No son considerados productores, en el sentido del presente título, las personas cuya responsabilidad puede

ser atribuida con fundamento en los arts. 1792 y 1646-1".

De su lado, el art. 2, inc. b) de la Convención de Estrasburgo de 1977, con un alcance más reducido señala que "el término "productor" designa a los fabricantes de productos terminados o de partes componentes y a los productores de productos naturales".

Por su parte, el art. 3º. de la Directiva de 1985, guarda similitud con el referido art. 1386-6 del Código Civil, al considerar como productor al fabricante del producto, al que se presenta como productor en razón de colocar sobre el producto, su nombre, su marca u otro signo distintivo. También se asimila al productor, el importador comunitario del producto y eventualmente a todo proveedor en la cadena de distribución.

Por ser dicho precepto del Código Civil el más claro y completo nos ha parecido conveniente glosar el mismo.

Así se tiene en primer lugar que será considerado productor aquel que actuar "a título profesional", es decir, con conocimientos o aptitudes especiales en la materia, frente al "consumidor o usuario" que son considerados la parte débil de la relación de consumo y que merecen por tanto la protección del ordenamiento jurídico (cf. Aída Kemelmajer de Carlucci, La responsabilidad colectiva y los daños producidos por los productos elaborados, *Revista Jurídica de San Isidro*, t. 24, p. 135; Gabriel A. Stiglitz, Efectos relativos de los contratos y responsabilidad del fabricante, L.L.

1986-C-2, Atilio A. Alterini, La reponsabilidad civil por productos: estado de la cuestión en el derecho argentino, L.L. 1989-E-1178).

De esta manera, será así productor el fabricante real de un producto terminado. En la misma categoría será productor el que lo sea de una “materia prima”, como así el que lo sea de “una parte componente” del producto.

Luego se tienen otros protagonistas que de acuerdo a dicho precepto son “asimilados” al productor.

En este sentido se tiene por ejemplo a aquel que presentarse como productor “colocando sobre el producto su nombre, su marca u otro signo distintivo”. Es lo que cierto sector de la doctrina francesa ha denominado productor “putativo”, en razón de aparecer como colocando sobre el producto su nombre, su marca u otro signo distintivo, aun cuando no haya sido el fabricante del producto.

También el referido artículo 1386-6, ha asimilado al productor, en cuanto a su responsabilidad por los daños emergentes del producto defectuoso, al que hubiera importado un producto en la Comunidad Europea “en vista de una venta, de una locación, con o sin promesa de venta, o de toda otra forma de distribución”.

Con ello se quiere procurar el máximo de garantías al consumidor o usuario por los daños que pudiere haber sufrido en su persona o bienes. En efecto, a través de la responsabilidad del importador se procura facilitar el acceso a la justicia de aquellos

damnificados por productos fabricados en otro país.

También se establece la responsabilidad de los proveedores en este artículo, que a diferencia de la Directiva de 1985, ya no es subsidiaria (para el caso de no indicar la identidad del productor, del eventual importador o proveedor del producto, en un plazo razonable), sino que se halla ubicado en un plano de igualdad con los otros responsables.

Los hermanos Mazeaud y Chabas, manifiestan que tanto las personas mencionadas en dicho art. 1386-5 del Código Civil, cuanto las mencionadas en el artículo siguiente, del que nos ocuparemos inmediatamente, serán probablemente consideradas responsables in solidum frente a la víctima. Creemos se trata de un criterio razonable.

En cuanto al párrafo final del art. 1386-6, transcripto precedentemente, piensan se trata del caso de los constructores y de los vendedores de inmuebles a construirse que tienen un régimen especial de responsabilidad frente al damnificado (Mazeaud y Chabas, *op.cit.*, Paris, 1998, N°. 558-3).

Para completar el presente comentario queremos recordar que el art. 40 de la ley argentina de Defensa del Consumidor y del Usuario N°. 24240, en la redacción dada por la ley 24.999, promulgada el 24 de julio de 1998, que puso adecuado remedio al injusto veto del P.E. a dicho precepto y que mereciera la crítica generalizada de nuestra doctrina y jurisprudencia, dice:

“ Si el daño al consumidor resulta del vicio o riesgo de la cosa o de la prestación del servicio, responderán el productor, el fabricante, el importador, el distribuidor, el proveedor, el vendedor y quien haya puesto su marca en la cosa o servicio. El transportista responderá por los daños ocasionados a la cosa con motivo o en ocasión del servicio. La responsabilidad es solidaria, sin perjuicio de las acciones de repetición que correspondan. Sólo se liberará total o parcialmente quien demuestre que la causa del daño le ha sido ajena”. Más adelante volveremos sobre este precepto.

## VII. OTROS RESPONSABLES ASIMILADOS AL PRODUCTOR

Sin lugar a dudas un artículo novedoso lo es el 1386-7 del Código Civil francés, pues no tiene precedentes ni en la Convención de Estrasburgo de 1977 ni en la Directiva de 1985. El mismo recoge precedentes de la doctrina autoral y jurisprudencial, al prescribir que: “El vendedor, el locador, con excepción del otorgante de un *leasing* o del locador asimilable a dicho otorgante de un *leasing*, o todo otro proveedor profesional es responsable del defecto de seguridad del producto en las mismas condiciones que el productor.

El recurso del proveedor contra el productor obedece a las mismas reglas que la demanda promovida por la víctima directa del defecto. No obstante, debe accionar dentro del año

siguiente a la fecha de su citación ante la justicia”.

Si se compara este precepto con la Convención de Estrasburgo de 1977 y con la Directiva de 1985, puede decirse que se trata de una norma original, pues los responsables mencionados en el mismo – excepción hecha del proveedor en la cadena de distribución referido en dicha Directiva, solamente responsable para el supuesto de que el productor o el importador no fueren identificados por dicho proveedor en un plazo razonable – no figuran en tales instrumentos legales.

De esta manera, según dicho artículo 1386-7 del Código Civil francés, el vendedor (con excepción del otorgante de un *leasing* o del locador asimilable a éste) o todo otro proveedor profesional es responsable del defecto de seguridad en las mismas condiciones que el productor.

Opinan los Mazeaud y Chabas que las mencionadas personas seguramente serán consideradas responsables in solidum frente a la víctima. No obstante dicho proveedor tiene un recurso contra el productor, recurso que, según la ley, obedece a las mismas reglas que pudiese intentar la víctima directa. Señalan asimismo dichos juristas, que si el texto legal no habla de subrogación, es sin dudas por que el plazo para esta acción recursoria es aquí diferente de aquél que dispone la víctima: el *solvens* debe accionar dentro del año siguiente al de la fecha de su citación en justicia. Parece que la naturaleza (subrogatoria o autónoma) de esta citación en justicia

no ha sido suficientemente precisada. (Mazeaud y Chabas, op. cit., Nº. 558-3).

### **VIII. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA**

El artículo 1386-8 del Código Civil francés, agregado por la ley 98-389, dispone que: “En caso de daño causado por el defecto de un producto incorporado en otro, el productor de la parte componente y quien ha realizado la incorporación son solidariamente responsables”.

Ya hemos visto anteriormente que de acuerdo a la Convención de Estrasburgo de 1977, el termino “productor” designa a los “fabricantes de productos terminados o de partes componentes y a los productores de productos naturales”.

Además, conforme al art. 3, inc. 4º de la misma, “en caso de daños causados por un defecto del producto incorporado en otro producto, el productor del producto incorporado y quien ha realizado la incorporación serán responsables”.

Por su parte, la Directiva de 1985, luego de establecer también una responsabilidad tanto del productor del producto incorporado y de quien realizó dicha incorporación, prescribe que el fabricante de una “parte componente” puede exonerarse de su responsabilidad si prueba que el defecto es imputable a la concepción del producto al cual fue incorporada dicha parte o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto (art. 7.f).

Como se desprende de lo expuesto, el referido art. 1386-8 del Código Civil francés, sin dudas, reconoce como antecedentes tanto a la referida Convención de 1977, cuanto a la Directiva de 1985.

Se establece así que en caso de daño causado por el defecto de un producto incorporado en otro, tanto el productor de dicha parte componente cuanto quien ha realizado la correspondiente incorporación, son solidariamente responsables.

Se trata de un principio razonable que procura brindar mayor protección a la víctima del daño.

Se ha señalado con acierto que en la hipótesis de dicho precepto del Código Civil, una misma cosa, esto es, el producto terminado, puede hacer nacer la responsabilidad de varios productores (Mazeaud y Chabas, op.cit., No. 558-3).

### **IX. PRUEBA A CARGO DEL ACTOR**

El artículo 1386-9 del Código Civil francés reza: “El actor debe probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño”.

El mismo reconoce como antecedente inmediato el art. 4 de la Directiva de 1985 en cuanto prescribe que: “La víctima está obligada a probar el daño, el defecto y la relación de causalidad entre el defecto y el daño”.

Comentando dicha directiva en nuestro trabajo: “La responsabilidad civil por los daños causados por los

productos elaborados en el ámbito del Mercosur” en el libro en homenaje al Prof. Dr. Félix A. Trigo Represas, hemos tenido ocasión de sostener que la misma significa por tanto que la víctima no se halla obligada a acreditar la culpa del causante del daño. En la exposición de motivos de dicha directiva se dice que: “..solamente la responsabilidad sin culpa del productor” permite resolver de modo adecuado el problema, propio a nuestra época de tecnicidad creciente, de una atribución justa de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna” (*Journal officiel des Communautés européennes*, núm. L 210/29, 7/8/1985) (Cf. nuestro referido trabajo publicado en L.I. 1986-E-946).

En efecto, tanto dicha Directiva cuanto el mencionado art. 1386-9 del Código Civil francés, siguiendo la tendencia general imperante en el mundo, se inclinan por un sistema de responsabilidad objetiva en materia de responsabilidad por daños derivados de productos elaborados. Volveremos luego sobre este punto. Solamente queremos significar asimismo que es el criterio adoptado por el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor y del Usuario No. 24240 y modificatorias posteriores, transcripto precedentemente. En forma coincidente se tiene que el art. 12 del referido Código de Defensa del Consumidor del Brasil, vigente desde 1991, prescribe que: “El fabricante, o productor, o constructor, nacional o extranjero, y el importador responden, independientemente de la

existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos derivados del proyecto, fabricación, construcción, montaje, fórmulas, manipulación, presentación o acondicionamiento de sus productos, como así en razón de informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su utilización y riesgos”. En comentario a dicho precepto se ha sostenido que en el derecho brasileño, el régimen de responsabilidad del fabricante no es más el régimen común. La responsabilidad por culpa en este ámbito cede su espacio a la responsabilidad objetiva (José Reinaldo de Lima López, *Responsabilidade Civil do Fabricante e a Defesa do Consumidor*, Biblioteca do Direito do Consumidor, Editora Revista dos Tribunais, San Pablo, Brasil, 1992, p. 145). También recordamos que en el Brasil, de acuerdo a la ley número 7347 de 1985 se ha instituido una acción pública para la defensa de diversos intereses difusos, entre los cuales deben mencionarse los relativos a la protección del medio ambiente, del patrimonio cultural y a la defensa de los derechos del consumidor, entre otros (Vasto della Giustina, *Responsabilidade civil dos grupos*. Inclusive no Código do Consumidor, Aide Editora, Rio de Janeiro: 1991, p. 145).

Añádase, que tal tendencia a objetivar la responsabilidad civil en materia de productos elaborados, como así a invertir la carga de la prueba a fin de defender a los consumidores o usuarios, se mantiene en líneas

generales en las leyes específicas de protección de los consumidores vigentes en distintos países. Entre ellos, naturalmente, el nuestro, desde que el art. 40 de la ley 24.240 – transcrito precedentemente – debe considerarse incluido dentro de esta corriente.

En nuestro comentario al artículo siguiente del Código Civil francés, ampliaremos nuestro análisis sobre este tema.

## **X. EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD EXCEPCIONES**

El artículo 1386-11 del Código Civil francés, agregado por la ley 98-389, dispone lo siguiente: “El productor es responsable de pleno derecho a menos que pruebe:

1º) Que no haya puesto el producto en circulación;

2º) Que, tomando en cuenta las circunstancias, pudiere estimarse que el defecto causante del daño no existía en el momento en que el producto fue puesto en circulación por el mismo o que el defecto nació posteriormente;

3º) Que el producto no haya sido destinado a la venta o a toda otra forma de distribución;

4º) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes al momento en que fue puesto en circulación el producto, no haya permitido descubrir la existencia del defecto;

5º) Que el defecto se haya debido a la conformidad del producto con

reglas imperativas de orden legislativo o reglamentario.

El productor de la parte componente no es más responsable si establece que el defecto es imputable a la concepción del producto en el cual esta parte ha sido incorporada o a las instrucciones dadas por el productor de ese producto”.

Podemos rastrear como fuente del presente artículo – entre otras – al art. 5º, primera parte, de la Convención de Estrasburgo de 1977, que dice: “1. El productor no es responsable, en los términos de la presente Convención, si prueba: a) Que el producto no había sido puesto en circulación por el mismo; o b) que tomando en consideración las circunstancias, pudiere estimarse que el defecto causante del daño no existía al momento en el que el producto fue puesto en circulación por el mismo o que ese defecto nació posteriormente; o c) que el producto no haya sido fabricado ni para la venta, la locación o toda otra forma de distribución con un propósito económico por parte del productor ni fabricado o distribuido en el ámbito de su actividad profesional.”

En el comentario que efectuaremos seguidamente haremos asimismo referencia a la Directiva de 1985, que por cierto también contempla causales de exclusión de responsabilidad similares a las expuestas.

Dicho artículo nuevo del Código Civil francés corrobora lo afirmado precedentemente en el sentido de que se ha implementado un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa.



En efecto, si el productor logra acreditar alguna de las causales contempladas por el mismo se eximirá de responsabilidad. Ellas significan la existencia de una causa extraña. Ello así por cuanto se está en presencia de situaciones que implican una ruptura del nexo de causalidad y que en algunos casos tienen vinculación con el carácter defectuoso del producto e inclusive con la propia definición de producto que también hemos considerado anteriormente.

Así se tiene en primer término que de acuerdo al inciso 1º.) del mencionado artículo, el productor se eximirá naturalmente de responsabilidad, si probare que no “puso el producto en circulación”. Ya nos hemos ocupado de este tema en nuestro comentario al art. 1386-5 de dicho cuerpo legal, por lo que nos remitimos al mismo.

Por lo demás, conforme al inciso 2º.), también se liberará el productor en el supuesto de que el defecto causante del daño no existiere al momento en que el producto hubiera sido puesto en circulación. Ello coincide con el art. 7.b) de la Directiva de 1985, que precisa asimismo que el juez no debe exigir una prueba absoluta, debiendo conformarse con un grado de probabilidad suficiente. O bien, cuando dicho defecto hubiere nacido con posterioridad. Parece obvio que en tales casos sería injusto responsabilizar al productor.

También se exonerará de responsabilidad el productor cuando el producto no hubiera sido destinado a la venta o a toda otra forma de distribución.

En efecto, el sistema de responsabilidad establecido en los distintos cuerpos legales que estamos examinando parte del presupuesto de que el producto defectuoso estuviere destinado a la venta o a toda otra forma de distribución entre los consumidores o usuarios.

El inciso 4º. del artículo 1386-11 del Código Civil francés refiere a los denominados riesgos del desarrollo, tema del que también nos hemos ocupado anteriormente, en nuestro comentario al art. 1386-4, in fine, al que también nos remitimos en mérito a la brevedad. Se trata, como se ha recordado de riesgos causados por una insuficiencia del desarrollo de la ciencia o de la técnica al tiempo en que el producto hubiera sido puesto en circulación. De este modo, dicho nuevo texto, fiel a la constante tradición francesa en la materia – a diferencia de lo que ocurre en el derecho alemán, como así en el derecho de Finlandia y de Luxemburgo – pone tales riesgos a cargo de los damnificados potenciales. Ello coincide con lo preconizado por la Directiva de 1985, que establece la posibilidad de eximición de responsabilidad por parte del productor, en una solución de compromiso con el Parlamento europeo que deja librado esta cuestión a la solución que puedan adoptar cada uno de los países. En efecto, dicha Directiva de 1985, señala que el productor podrá eximirse de responsabilidad si prueba que el estado de conocimientos “científicos y técnicos al momento de la puesta en circulación

del producto por el mismo no le haya permitido descubrir la existencia del defecto”.

Podrá también eximirse de responsabilidad el productor si el defecto se hubiere debido a la conformidad del producto “con las reglas imperativas de orden legislativo o reglamentario” (art. 1386-11, inc.5º). Ello coincide con el art. 7 de la Directiva de 1985. Se trata de un supuesto en el cual el productor ha tenido que ajustarse obligatoriamente a normas legales imperativas, sin margen para apartarse de ellas. El defecto no resulta por tanto del producto en sí mismo sino de tales normas legales. Siendo ello parece justo que no podrá responsabilizarse a dicho productor. De cualquier modo, debe decirse que se trata de un supuesto de exoneración de rara aplicación en la práctica.

Finalmente, conforme a la última parte de dicho art. 1386-11, el productor de la parte componente no será responsable si establece que el defecto del producto causante del daño fuere debido a dos circunstancias: a) a la concepción del producto en el cual esta parte ha sido incorporada y b) a las instrucciones dadas por el fabricante de dicho producto.

Tal norma reconoce como antecedente inmediato art. 7.f) de la Directiva de 1985, que se reproduce en forma prácticamente textual.

Parece justa esta disposición habida cuenta del papel protagónico que tiene el productor en la fabricación integral del producto final, esto es, en

cuanto fabricante del producto y de su gestión decisiva en la incorporación de la parte componente. Obviamente, si el defecto de la parte componente reconociere como causa la concepción del producto en el cual aquella ha sido incorporada o bien las instrucciones dadas por el productor, sería injusto responsabilizar al productor de la parte componente, por cuanto no podría hablarse de defecto de esta última.

Debe destacarse no obstante que el art. 1386-12 del Código Civil francés contempla un par de excepciones a algunas de las causales de exoneración enumeradas en el artículo anterior, que acabamos de comentar.

Así se señala en primer lugar que el productor no podrá invocar la causal de exoneración prevista en el inciso 4º de dicho artículo – daños derivados del denominado riesgo del desarrollo – cuando el daño hubiere sido causado por un elemento del cuerpo humano o bien por productos salidos del mismo. Se trata de una excepción original, que por cierto no figuraba ni en la Convención de Estrasburgo de 1977 ni en la Directiva de 1985. Parece natural que en los supuestos contemplados por la primera parte de dicho artículo 1386-12 del mencionado cuerpo legal, no sería adecuado ampararse en la referida causal de liberación de responsabilidad basada en los daños derivados del llamado riesgo del desarrollo.

Por su parte, conforme al párrafo segundo de dicho artículo 1386-12 del Código Civil francés, el productor no

podrá invocar las causas de exoneración previstas en el mencionado inciso 4º. del artículo anterior – al que acabamos de referirnos – ni en el inciso 5º. del artículo 1386-11, que prevé el caso del defecto del producto debido a la conformidad a reglas imperativas de orden legal o administrativo, cuando en presencia de un defecto que se hubiere revelado en un plazo de diez años luego de la puesta en circulación del producto, no hubiere adoptado las disposiciones adecuadas a prevenir las consecuencias dañosas.

Añádase que esta excepción a la regla de la exoneración de responsabilidad contemplada por este segundo párrafo del art. 1386-12, reconoce como antecedentes a la Convención de Estrasburgo de 1977 (art. 7) y a la Directiva de 1985 (art. 11).

Respecto de este último precepto de la Directiva de 1985 hemos sostenido oportunamente que en rigor de verdad nos encontramos aquí frente a un verdadero plazo de caducidad en virtud del cual la víctima vería extinguido su derecho luego de transcurrido un plazo de 10 años a partir de la fecha de puesta en circulación del producto, a menos que durante ese período hubiera entablado una acción judicial.

Además, hecho señalado también que tal plazo de 10 años tendría igualmente la ventaja de facilitar los seguros y la amortización del capital. Asimismo dicho plazo de caducidad constituiría un período aceptable “teniendo en cuenta que una gran gama de productos diferentes se supone

pueden durar más de 10 años (por ejemplo ciertos productos mecánicos), en tanto que otros están destinados a ser consumidos en un plazo muy breve (como por ejemplo los productos alimenticios)”, según se indicó en la Exposición de Motivos de la mencionada Convención de Estrasburgo de 1977 (“*Rapport explicatif concernant la Convention européenne sur la responsabilité du fait des produits en caso de lésions corporelles et de décès*”, p. 20, Estrasburgo, 1977. Vide nuestro referido trabajo publicado en L.L.1986-E-947).

Pensamos así que el referido plazo de caducidad de 10 años debe reputarse aceptable, pues contempla adecuadamente los intereses de los consumidores y los de los productores, asegurando un justo equilibrio entre los mismos.

Creemos también que las razones expuestas pueden asimismo resultar de aplicación, *mutatis mutandis*, al segundo párrafo del presente artículo 1386-12 del Código Civil francés.

Volveremos sobre estas cuestiones al analizar el art. 1386-16 de dicho cuerpo legal.

## **XI. LIMITACIÓN O SUPRESIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR**

El artículo 1386-13 del Código Civil francés, agregado por la ley 98-389 del 19 de mayo de 1998, dice: “La responsabilidad del productor puede ser

reducida o suprimida, teniendo en cuenta todas las circunstancias, cuando el daño ha sido causado conjuntamente por un defecto del producto o por la culpa de la víctima o de otra persona por la cual la víctima debe responder”.

El mismo tiene una redacción similar al artículo 4 de la Convención de Estrasburgo de 1977, como así al art. 8.2 de la Directiva de 1985.

Acerca de dicho artículo 1386-13 del Código Civil francés, podemos decir que en rigor de verdad será el juzgador quien en cada caso particular deberá decidir en función de las distintas circunstancias que rodean al mismo.

Así, en algunos casos la responsabilidad del productor podrá ser reducida o directamente suprimida, cuando el daño hubiere sido causado conjuntamente por un defecto del producto o por la culpa de la víctima o de otra persona por la cual la víctima debe responder.

En los distintos casos a decidir parece obvio decir que jugará un papel muy importante la equidad, tomando en cuenta la naturaleza del defecto del producto y la naturaleza de la culpa en que hubiere incurrido la víctima o el tercero por quien ésta deba responder.

Se trata de un principio similar al incorporado al art. 1113 del Código Civil argentino, luego del agregado introducido por la ley 17711 en cuanto prescribe que “En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el

daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder” (art. 1113, 2º. párrafo, Código Civil argentino).

En mérito a la brevedad, remitimos al comentario a dicho precepto en nuestro libro “El artículo 1113 del Código Civil . Comentado. Anotado”, Ed. Hammurabi, Bs.As., Ed. 1983, p. 467 y ss., en colaboración con Roque Garrido.

Desde luego que en todos los casos también podrá eximirse de responsabilidad el productor o dueño o guardián de la cosa, tanto en el derecho argentino, cuanto en el derecho francés, frente a supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que ello significará la ruptura del nexo de causalidad adecuada.

## **XII. HECHO DEL TERCERO QUE CONCURRIÓ A LA PRODUCCIÓN DE UN DAÑO**

El artículo 1386-14 del Código Civil francés prescribe que “La responsabilidad del productor frente a la víctima no se reduce por el hecho de que un tercero haya concurrido a la realización del daño”.

Un antecedente de este artículo podemos encontrarlo en el artículo 5º, apartado 2º. de la Convención de Estrasburgo de 1977 que dice:”La responsabilidad del productor no se reduce cuando el daño ha sido causado

conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero”.

También debe decirse que de acuerdo a la Directiva de 1985, cuando el daño resultare de manera conjunta de un defecto del producto y de la intervención de un tercero, la responsabilidad de este último estará totalmente sometida al derecho nacional, toda vez que ella no deriva de la Directiva, por lo que la regla de la solidaridad establecida por ésta no se aplicará en este caso.

De este modo, conforme al mencionado artículo 1386-14 del Código Civil francés no habrá reducción de la responsabilidad del productor frente a la víctima por el hecho de que un tercero haya concurrido a la realización del daño.

Aun cuando dicho precepto no lo diga de modo expreso como ocurre en la mencionada Convención de Estrasburgo de 1977 y con la Directiva de 1985, lo que el mismo quiere significar es que el productor no podrá reducir su responsabilidad cuando el daño fuere causado por el producto defectuoso, aun cuando un tercero haya concurrido a la realización del perjuicio. Y es lógico que ello sea así, por cuanto la concurrencia de este tercero en la producción del daño no podría tener la virtualidad de reducir la responsabilidad que recae sobre el mencionado productor, por cuanto el daño ha sido causado por su producto. Debe quedar bien en claro desde luego que el productor no podrá beneficiarse con

reducción alguna de la responsabilidad que le corresponda en tal caso, frente a la víctima. Ello no impedirá desde luego que dicho productor pueda reclamar a dicho tercero lo que pueda corresponder en razón de la intervención que correspondió al mismo en la producción del evento dañoso.

### **XIII. INEFICACIA DE LAS CLAÚSULAS EXONERATORIAS O LIMITATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DERIVADOS DE PRODUCTOS DEFECTUOSOS**

El artículo 1386-15 del Código Civil francés reza: “Las cláusulas que tienden a descartar o a limitar la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos están prohibidas y se reputan como no escritas. No obstante, para los daños causados a los bienes que no son utilizados por las víctimas de modo principal para su uso o consumo privado, las cláusulas estipuladas entre profesionales son válidas”.

Dicho texto coincide en líneas generales con el art. 8 de la Convención de Estrasburgo de 1977 y con el art. 12 de la Directiva de 1985.

Nos parece de interés recordar en el presente comentario que el importante anteproyecto de ley de defensa del consumidor preparado oportunamente en nuestro país, por los distinguidos juristas Atilio A. Alterini, Roberto M. López Cabana y Gabriel

A. Stiglitz propiciaba en su artículo 12 que “ se tendrán por no convenidas... las cláusulas que... limiten la responsabilidad por daños corporales; o la limiten por daños materiales, sin una adecuada equivalencia económica”.

En este orden de ideas cabe recordar asimismo que el capítulo IX de la ley argentina de Defensa del Consumidor y del Usuario No. 24240 se titula “De los términos abusivos y cláusulas ineficaces”. El mismo comprende los arts. 37 a 39. En modo especial nos interesa destacar que dicho artículo 37 de la ley prescribe que: “Sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas: a) las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; b) las cláusulas que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; ...”.

Comentando el punto recuerdan Gabriel A. y Ruben S. Stiglitz en su conocida obra sobre la materia que la cláusula limitativa de responsabilidad importa una renuncia, antes de verificarse el daño, a los derechos de ejercer una pretensión resarcitoria o, con más precisión, una renuncia a un derecho eventual en los términos del art. 872 del Código Civil. Agregan asimismo que tales cláusulas limitativas de responsabilidad quedan descalificadas en razón de que el deudor se beneficia de la impunidad o de una responsabilidad cuyas consecuencias económicas se han limitado convencionalmente. Sobre el particular

se sostiene que el deudor no pondría la misma diligencia para ejecutar sus obligaciones que la que debería adoptar sabiéndose responsable. Es por ello que estas cláusulas han sido calificadas como una auténtica invitación a la impericia y a la negligencia (*Derechos y defensas del consumidor*, Ed. La Rocca, Bs. As.: 1994, p. 261/62).

Cabe recordar que tales cláusulas limitativas de responsabilidad son consideradas como cláusulas abusivas y por ende se tendrán por no convenidas, sin perjuicio de la validez del contrato.

Lo expuesto, aun cuando no se haya mencionado de modo expreso en la ley argentina, resulta de aplicación con mayor razón en el caso de las cláusulas exonerativas de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Ello contaba con pacífico sustento de doctrina autoral y jurisprudencial en nuestro país, aun antes del dictado de la ley.

Lo expuesto resulta perfectamente de aplicación en el derecho francés frente a la redacción del mencionado art. 1386-15 que considera prohibidas y por ende como no escritas, las cláusulas que descartaren o limitaren la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos. Con ello se procura defender adecuadamente a los consumidores y usuarios frente a los abusos contractuales que pudieren cometer los profesionales al obligar anticipadamente a aquéllos a limitar o renunciar a sus pretensiones resarcitorias.

Añádase, que con buen criterio, la parte final del mencionado artículo 1386-15, dispone que no obstante lo dispuesto como regla general en la primera parte del mismo, para los daños causados a los bienes que no fueren utilizados por la víctima de modo principal para su uso o su consumo privado, serán válidas las cláusulas estipuladas entre profesionales.

Es natural que ello sea así por cuanto en este caso, a diferencia del anterior, las relaciones contractuales se entablan entre profesionales, a quienes se supone en un plano de igualdad y de equivalencia de poderío económico, que tornaría innecesario tutela alguna.

Comentando el punto sostienen los Mazeaud y Chabas que dicho texto es el único que en el título IV bis del Código Civil, hace un trato diferenciado distinto a la situación general del consumidor, pues sólo refiere a las relaciones entre profesionales.

De este modo, tales cláusulas exonerativas o limitativas de responsabilidad, solamente serán válidas en las relaciones entre profesionales. Además, tales cláusulas sólo deben referirse a los daños causados a los bienes utilizados a título principalmente profesional (lo que quiere decir por ejemplo que los daños derivados de los productos defectuosos que pudieren tener incidencia en lo que refiere al *lucrum cessans*, esto es, al perjuicio comercial, no podrán constituir el objeto de cláusulas exoneratorias o limitativas de responsabilidad (Mazeaud y

Chabas, op. cit., Paris, 1998, No. 558-9, p. 647).

#### **XIV. DURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y PRESCRIPCIÓN**

Dos artículos se ocupan de estas cuestiones. El primero de ellos, es el 1386-16 del Código Civil francés que dice: “Salvo culpa del productor, la responsabilidad de éste, fundada en las disposiciones del presente título, se extingue luego de transcurrido diez años posteriores a la puesta en circulación del producto que ha causado el daño, a menos que, durante dicho período, la víctima hubiere entablado una acción judicial”.

El artículo siguiente de dicho cuerpo legal, esto es, el 1386-17 prescribe: “La acción de reparación fundada en las disposiciones del presente título prescribe en un plazo de tres años a contar de la fecha en la cual el actor haya tomado o podido tomar conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor”.

Trataremos separadamente las situaciones contempladas por ambos preceptos. Así tenemos:

1. Conforme lo hemos adelantado en nuestro comentario al art. 1386-12, segundo parte, al que remitimos, en rigor de verdad el artículo 1386-16 contemplaría un supuesto de caducidad de la acción para reclamar por los daños causados, luego de transcurridos diez años a partir de la puesta en

circulación del producto defectuoso. Pasado dicho lapso se produce la extinción de los derechos de la víctima para efectuar tal clase de reclamos, a menos que durante dicho período hubiere entablado alguna acción judicial. Debemos buscar sus antecedentes inmediatos en la Convención de Estrasburgo de 1977 (art. 7) y en la Directiva de 1985 (art. 11). Ello significa por tanto que si la cosa ocasionara un daño luego de transcurrido más de diez años a partir del momento de la puesta en circulación de la cosa, el productor no culpable, no responderá. Piensan los Mazeaud y Chabas, que quizás se haya querido tomar en consideración el tiempo de duración media de las cosas muebles en nuestros días. Por lo demás, luego de transcurridos diez años sería muy difícil probar si el defecto proviene de la vetustez o si el mismo era “congénito” (condición requerida para la responsabilidad de la cosa). A fin de evitar los problemas que pudieren presentarse cabe recordar que el art. 1386-5, in fine, del Código Civil francés, a cuyo comentario remitimos, no puede ser puesto en circulación sino solamente una vez. Asimismo, el productor de la parte componente defectuosa debería ver extinguida su responsabilidad luego de transcurridos diez años a partir de la entrega de dicha parte al fabricante que la transforma o la incorpora en un conjunto, toda vez que la puesta en circulación consiste en su desprendimiento voluntario (Mazeaud y Chabas, op.cit., N°. 558-10). Remitimos

asimismo a nuestros comentarios a los arts. 1386-6 y 1386-8 de dicho cuerpo legal.

2. El otro supuesto contemplado por el art. 1386-17 se refiere al caso de prescripción de la acción para entablar la correspondiente acción resarcitoria pasado los tres años a partir de la fecha en la cual el actor hubiere sabido o debido saber acerca del daño, el defecto y la identidad del productor. Deben buscarse como antecedentes de la norma al art. 6 de la Convención de Estrasburgo de 1977 y al art. 10 de la Directiva de 1985. Comentando este último precepto – reproducido en forma prácticamente textual por dicho art. 1386-17 – hemos sostenido oportunamente que nos encontramos aquí en presencia de un verdadero plazo de prescripción de tres años a contar desde el momento en que la víctima ha tenido o podido tener conocimiento acerca del daño causado, del defecto y de la identidad del productor. (cf. nuestro referido trabajo publicado en L.L. 1986-E-947). Resulta asimismo importante tener en cuenta las razones dadas en los fundamentos de la norma también similar de la mencionada Convención de Estrasburgo de 1977, en relación al plazo de prescripción de tres años, cuando se sostuvo que “el comité estimó oportuno establecer tres criterios (conocimiento del daño, del defecto y de la identidad del productor), a fin de prever en el interés de la víctima, todas las hipótesis posibles. En efecto, frecuentemente, una persona conoce el daño y la identidad del productor pero



no tiene conciencia del hecho de que el daño deriva de un defecto que se descubre tiempo después que el perjuicio haya sido causado”.

Para finalizar recordamos que en el derecho argentino, el plazo de prescripción en el ámbito de la responsabilidad extracontractual es de dos años (art. 4037, C. C.), en tanto que en el ámbito de la responsabilidad contractual es de diez años (art. 4023).

En cambio, en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1987 (hoy ley vetada), con buen criterio, se había propiciado un plazo único de prescripción de cinco años.

**XV. VÍCTIMA QUE PUEDE PREVALERSE DEL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL O DE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE RESPONSABILIDAD. CULPA DEL PRODUCTOR Y DE SUS DEPENDIENTES**

El último artículo del título que estamos comentando, esto es, el art. 1386-18 del Código Civil francés, prescribe que: “Las disposiciones del presente título no implican ataques a los derechos de la víctima de un daño cuando la misma pudiere prevalerse del derecho de la responsabilidad contractual o extracontractual o de un régimen especial de responsabilidad. El productor continúa siendo responsable por las consecuencias de su culpa y de las personas por las cuales debe responder”.

Podemos encontrar antecedentes de esta disposición en el art. 12 de la Convención de Estrasburgo de 1977 como así también en el art. 13 de la Directiva de 1985.

A la luz de dicho art. 1386-18 podemos decir que su alcance no es otro que el dejar establecido que las pertinentes disposiciones del Código Civil francés incorporadas por la ley N°. 98-389 del 19 de mayo de 1998, que acabamos de comentar, no significan en modo alguno privar de la posibilidad que tienen las víctimas de daños derivados de productos defectuosos para acudir al derecho común de la responsabilidad contractual y extracontractual o bien a algún régimen especial de responsabilidad.

En efecto, en determinadas circunstancias puede ser más conveniente y beneficioso para los damnificados acudir al derecho común de la responsabilidad contractual y a la aquiliana. También puede resultarle más ventajoso acudir a regímenes especiales de responsabilidad, como pudiere ser algún régimen particular que pudiere haberse establecido, por ejemplo, en materia de responsabilidad del productor de medicamentos. En todos los casos se procura por tanto proteger de la mejor manera posible a los damnificados por los daños que pudieren derivarse de productos defectuosos.

El último párrafo contiene una regla que resulta fácilmente comprensible y que no requiere por tanto de mayores explicaciones. En efecto, conforme al mismo el productor continuará siendo

responsable de las consecuencias derivadas de su culpa en la producción del evento dañoso como así de la culpa en que pudieren incurrir las personas que de él dependieren. Ello no es más que la aplicación de principios generales que establecen la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. En general se considera que se trata de una responsabilidad objetiva o sin culpa fundada en el factor de atribución garantía.

Con lo expuesto damos por terminado el presente comentario

relativo a los agregados introducidos al Código Civil francés por la ley 98-389 del 19 de mayo de 1998, respecto de la responsabilidad por el hecho de los productos defectuosos, que por cierto deben ser considerados adecuados, en una línea generalmente coincidente con los valiosos precedentes en la materia representados por la Convención de Estrasburgo de 1977 y por la Directiva de 1985 que en cada caso particular nos hemos preocupado de destacar en modo especial.



# Direitos fundamentais e Bioética

Luiza Matte\*

## 1. INTRODUÇÃO

O crescente interesse do *staff* jurídico, mormente da comunidade acadêmica, nas questões bioéticas, por si só justificaria o presente artigo.

De outra banda, a íntima conexão entre uma “ética da vida” e o maior princípio do ordenamento constitucional brasileiro, qual seja, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, centra o foco deste trabalho nas relações entre os direitos fundamentais, derivados de tal dignidade, e a Bioética.

Assim, necessário se faz que iniciemos por conceituar e definir os campos próprios aos direitos fundamentais e à Bioética. Antes, porém, de debruçar-nos sobre as conexões entre estes campos, é preciso que se dediquem algumas palavras ao papel

determinante da ética nos dias atuais e sobre sua vinculação às demais ciências.

Uma vez estabelecidos pontos comuns entre direitos fundamentais e Bioética, analisa-se o caso específico de nosso país, passando-se a estudar, de forma breve, concisa e exemplificativa, o elenco de direitos fundamentais constantes da Constituição brasileira de 1988. Com isto, busca-se identificar os problemas e as conseqüências trazidos pelo avanço da técnica biomédica em relação a estes direitos, e procura-se definir o papel do sistema de direitos fundamentais da Constituição frente às questões bioéticas.

Chega-se, deste modo, à conclusão de que, para além da importante função que desempenha a própria Constituição Federal, seus princípios e sua

---

\* Bacharel em Direito pela UFRGS; mestre pela PUCRS; professora de Direito na PUCRS e na Faculdade de Direito São Judas Tadeu, em Porto Alegre.

interpretação pelos tribunais neste assunto, é urgente a instauração do debate sobre o desenvolvimento de normas infraconstitucionais e instituições aptas a permitir a concretização, em termos jurídicos, das soluções para os problemas em tela.

## 2. DEFINIÇÕES E ALCANCE DOS CAMPOS DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 2.1 Dos Direitos Fundamentais

Ao iniciarmos o tópico acerca dos direitos fundamentais, o primeiro ponto a que devemos atentar é a questão da *terminologia*. Há, em verdade, grande celeuma em relação a este ponto, apontando a maioria dos autores outras expressões, que, ainda que guardem diferenças, são corriqueiramente usadas como sinônimos de “direitos fundamentais”. Entre essas expressões podemos citar: direitos humanos, direitos individuais, liberdades públicas, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, etc.

No presente trabalho, opta-se por não aprofundar tal questão, vez que suficientemente esclarecida pela

doutrina e de caráter acessório ao tema principal que aqui pretendemos abordar. Esclarece-se, então, que usaremos a expressão “direitos fundamentais” por ser esta a empregada na Constituição brasileira e por considerar-se sua ampla aceitação no meio jurídico.

Como se disse, a Constituição brasileira de 1988 traz, como sempre trouxeram nossas constituições, uma declaração de direitos e garantias considerados *fundamentais*. Segundo Luiz Araújo e Vidal Nunes Júnior, “[...] o termo fundamental destaca a imprescindibilidade desses direitos à condição humana.”<sup>1</sup> Estes direitos são considerados fundamentais porque, sem eles, a pessoa não tem as condições mínimas de viver em sociedade.

Como ensina José Afonso da Silva,<sup>2</sup> o pensamento cristão e a concepção de direitos naturais são as principais fontes de inspiração das declarações de direitos e muitos entendem que os direitos fundamentais são direitos que derivam diretamente da natureza humana.

Na verdade, podemos compreendê-los como “irradiações” da dignidade da pessoa humana, como vários autores fazem.<sup>3</sup> Assim, eles não são “concedidos” pelo Estado, o Estado

---

1 ARAÚJO, Luiz Alberto David e NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 92.

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo, Malheiros, 2003, p. 172.

3 Neste sentido: “Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões.” (ARAÚJO; NUNES JÚNIOR, op. cit.).

simplesmente tem de reconhecer a sua existência, se objetivar ser um Estado democrático e que efetivamente sirva a seu fim: a própria pessoa humana.

O fato de virem enunciados na Constituição em primeiro lugar, antes mesmo da organização do Estado, evidencia que a pessoa humana é o fim do Estado, é sua causa material, ontologicamente superior ao ente “Estado”.

Como os direitos fundamentais historicamente derivam do *liberalismo individualista*, outra dificuldade a superar é a sua identificação com os direitos de defesa do indivíduo em relação ao Estado, os direitos individuais por excelência, e os primeiros a serem incorporados às Constituições. Entretanto, sabe-se que tais direitos individuais de cunho negativo provaram-se insuficientes para garantir o pleno desenvolvimento da personalidade de cada um e do bem comum em sociedade. Assim, foram sendo paulatinamente incluídos sob a efígie de fundamentais, outros direitos de feição econômica, social, cultural, etc., enriquecendo a enunciação clássica dos primeiros tempos do constitucionalismo. Tal caminho é adotado também na Constituição brasileira, como se observa da análise dos capítulos listados sob o título de direitos e garantias fundamentais (direitos e deveres individuais e coletivos, direitos sociais e de nacionalidade, e direitos políticos).

É, aliás, da ampliação da gama de direitos fundamentais que derivam as várias *classificações* que encontramos na doutrina.

Outra consequência desta ampliação dos direitos fundamentais é a *abertura material do catálogo constitucional destes direitos*. Como se vê da sua própria evolução, os direitos fundamentais são também direitos históricos, que surgem aos poucos das lutas por liberdade e pelo aprimoramento das condições de vida, sendo produto da civilização e do progresso humanos. A idéia de liberdade, por exemplo, foi se tornando cada vez mais específica, diferenciando-se a idéia abstrata, de liberdades concretas (de expressão, de associação, etc.). O mesmo ocorreu com relação aos titulares dos direitos, que, de genéricos, passaram a ser cada vez mais específicos, diferenciando-se mulheres de homens, crianças de idosos e assim por diante. Nota-se, ainda, um aumento na quantidade de bens considerados merecedores de tutela. E, por fim, ocorreu a passagem dos chamados direitos de liberdade para os direitos políticos e sociais, que requerem intervenção direta do Estado.

Os direitos fundamentais, portanto, estão em permanente renovação, daí a abertura preconizada na Constituição ser algo lógico, pois, com relação ao conteúdo ou à quantidade dos direitos elencados, as declarações constitucionais de direitos não podem ter pretensão de ser definitivas. Neste sentido, conforme o § 2º do art. 5º da Constituição, o catálogo de direitos fundamentais não se esgota na enumeração feita por este artigo, pois admite-se a possibilidade de existência

de outros direitos fundamentais decorrentes dos próprios princípios enunciados na Constituição ou de tratados internacionais adotados pelo Brasil.

Uma vez adjetivados os direitos fundamentais como históricos e evolutivos, uma das classificações mais difundidas modernamente é a que atenta justamente a estes fatores, organizando os direitos fundamentais em gerações ou dimensões, conforme tenham sido reconhecidos ao longo do tempo pelas constituições.

A doutrina, então, tem dividido os direitos fundamentais em três gerações e cogita-se, atualmente, de uma quarta geração. Vejamos uma por uma, conforme colocadas na obra de Ingo Wolfgang Sarlet.<sup>4</sup>

Os direitos de *primeira dimensão*, ou a primeira geração de direitos são aqueles que surgiram da filosofia liberal, inspirada no individualismo, são direitos *de defesa do indivíduo perante o Estado*, direitos que servem para criar uma esfera de autonomia ao indivíduo onde o Estado não possa intervir. Por este motivo, diz-se que estes direitos são de *cunho negativo*, pois exigem do Estado uma abstenção (não intervir) e não uma ação positiva. São direitos baseados também, como vimos, no jusnaturalismo e na filosofia cristã, ressaltando-se o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade

perante a lei. Os desdobramentos da liberdade e da igualdade (liberdade de expressão, de crença, de associação, igualdade entre sexos, raças, etc.) incluem-se nesta primeira geração, bem como os direitos de participação política e algumas garantias constitucionais a estes direitos, como o *habeas corpus* e o devido processo legal. São, em suma, os chamados direitos civis e políticos.

A *segunda geração* de direitos compreende aqueles direitos reivindicados a partir da constatação da ineficácia do sistema liberal clássico, das dificuldades advindas da industrialização e de idéias socialistas, que são os chamados *direitos sócio-econômicos e culturais*.

A nota distintiva destes direitos é a sua *dimensão positiva*, pois não mais se busca evitar a intervenção do Estado na esfera de liberdade individual. O que se busca é uma ação positiva do Estado para que todos possam participar do bem-estar social. O Estado deve garantir prestações sociais como previdência social, saúde, educação, trabalho, etc. As liberdades sociais envolvem o direito de greve, a liberdade de sindicalização e os direitos dos trabalhadores, como férias, salário mínimo, limitação de jornada, etc. Não é mais uma questão de liberdade perante o Estado, mas, sim, de liberdade por intermédio do Estado.

Os direitos sociais buscam equilibrar o interesse do grupo e o

---

4 Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

interesse particular do homem; são, portanto, *direitos meta-individuais*.

No Brasil, são direitos relativamente novos, que passaram a ser regulados principalmente a partir da Constituição de 1934. A Constituição de 1988 trouxe algumas conquistas legislativas, como, por exemplo, a licença paternidade, o direito ao lazer e outras.

Como se disse, os direitos sociais têm cunho positivo, ou seja, na maioria das vezes, requerem ações por parte dos poderes públicos e o sujeito passivo destes direitos é o Estado. Daí que, como ensina Ingo Sarlet,<sup>5</sup> a efetividade destes direitos enfrenta uma série de problemas, pois depende da tomada de providências por parte do Estado.

Precisamos frisar que, ainda que sejam chamados de direitos sociais, os direitos da segunda geração ainda contemplam o indivíduo e não podem ser confundidos com os direitos difusos ou coletivos, que integram a terceira dimensão.

Então, *os direitos da terceira dimensão* ou geração são aqueles que se desprendem da figura individual como seu titular, visando a proteção de grupos humanos (família, nação, povo) e caracterizando-se, conseqüentemente, como *direitos de titularidade difusa ou coletiva*.

Os direitos da terceira geração são também chamados de *direitos de solidariedade ou fraternidade*,

porque são transindividuais e por exigirem esforços e responsabilidade em escala até mundial para a sua efetivação. São exemplos destes direitos o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio-ambiente e à qualidade de vida, bem como o direitos à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.

Ainda quanto à terceira dimensão, muitos dos direitos que a compõem ainda não têm previsão constitucional, estando, por outro lado, em fase de consagração no âmbito do direito internacional, principalmente no que tange à qualidade de vida e ao meio-ambiente, que, como se disse, são questões mundiais.

E é neste ponto que surge uma zona de direitos que causa dúvida na doutrina, alguns sustentando que já se trataria de uma quarta geração de direitos, e outros colocando dentro da terceira geração aqueles direitos relativos às novas tecnologias biomédicas e de informação. Outros, ainda, como o jurista cearense Paulo Bonavides,<sup>6</sup> dizem que a quarta geração de direitos diria respeito ao direito à democracia, que envolve direito de pluralismo e de informação. A quarta geração seria fruto da globalização dos direitos e valores fundamentais à pessoa humana.

---

5 SARLET, *A eficácia...*

6 BONAVIDES, *Curso de...*, p. 525.



Na realidade, todos os direitos fundamentais derivam da dignidade da pessoa humana e das tentativas que se fazem de respeitá-la sempre e cada vez mais; portanto, sejam três, quatro ou cinco dimensões ou gerações, isto é um pouco secundário. O importante é que vemos o direito evoluindo neste sentido da preservação da dignidade da pessoa humana, incorporando e especializando novos direitos, aceitos, na maior parte das vezes, de forma mundial.

## 2.2 Da Bioética

O termo Bioética surgiu no início da década de 1970,<sup>7</sup> construindo-se, a partir daí e até hoje, o seu conceito. Trata-se, portanto, de um termo novo e de um conceito novo da ciência contemporânea. A preocupação com as questões que ela suscita, porém, nada tem de nova, remetendo-nos, por exemplo, ao famoso médico grego Hipócrates, que viveu no século V a.C.

De acordo com Joaquim Clotet, que nos traz um conceito simples e abrangente, “a Bioética poderia ser definida brevemente como a abordagem dos problemas éticos ocasionada pelo avanço extraordinário das ciências biológicas, bioquímicas e médicas.”<sup>8</sup>

Já no que tange ao alcance da Bioética, adentramos em seara mais controversa, eis que a opinião dos autores costuma dividir-se neste tópico. A julgar por algumas posições e pelo próprio sentido da palavra “Bioética”, derivado da soma das palavras gregas “bios” (vida) e “ethiké” (ética), seu objeto seria extremamente amplo. Parece-nos, contudo, que tal posicionamento não seja o mais adequado no sentido do desenvolvimento desta ciência.

Há unanimidade quanto a considerar-se a Bioética, metodologicamente, como um saber multi e interdisciplinar, denotando a importância do valor “vida” para todos os campos do conhecimento humano. Assim, muita vez se vêem incluídos em seu esteio questões relativas a todas as formas de vida, por exemplo, à vida animal e ao meio ambiente. Tal visão não é errônea. Crê-se, entretanto, que a Bioética poderia ser melhor desenvolvida, especialmente na sua ligação com o Direito, se os assuntos por ela tratados fossem de certa maneira restringidos. Esta restrição dar-se-ia, primeiramente, no sentido de relacionar a Bioética especialmente à forma de vida *humana*. Ainda assim,

---

7 A doutrina aponta o médico americano Van Rensselaer Potter como criador do termo, utilizado pela primeira vez em um artigo intitulado “Bioethics, the science of survival”, publicado em 1970. (cf. DURAND, Guy. *Introdução geral à Bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003. p. 19).

8 CLOTET, Joaquim. *Bioética: uma aproximação*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 27.

restam nebulosos os limites entre vida humana e outras formas de vida a ela interligadas inevitavelmente. Por isso, achamos especialmente interessantes as idéias de Guy Durand neste ponto. Este autor canadense, ao tratar do objeto da Bioética, divide os temas por ela abraçados em um núcleo central, temas periféricos e questões subjacentes.<sup>9</sup>

O núcleo central da Bioética, para Durand, trata dos seguintes temas:

- aborto, diagnóstico pré-natal, aconselhamento genético, eutanásia fetal;
- inseminação artificial, fecundação artificial, bancos de esperma, bebês de proveta, “barriga de aluguel”;
- manipulação genética, registro de genes, clonagem;
- critérios de esterilização, eugenismo;
- transexualismo;
- doação de órgãos humanos, transplantes entre espécies diferentes;
- HIV, AIDS;
- tratamentos no fim da vida, obstinação terapêutica, interrupção de tratamento, eutanásia, suicídio assistido;
- neurocirurgia, psicotrópicos, química do sistema nervoso;
- experimentação com o ser humano, com o embrião, com os tecidos humanos;
- pesquisa sobre o genoma;
- saúde pública, pesquisas epidemiológicas, etc. ;
- alocação de recursos e políticas da saúde.

Os temas periféricos seriam:

- contracepção;
- controle demográfico;
- pesquisa e desenvolvimento de armas biológicas e químicas;
- guerra, tortura e pena de morte;
- patenteamento de seres vivos;
- pesquisa com animais;
- ecologia e meio ambiente.

Como questões subjacentes, surgem:

- concepção da saúde e da doença;
- sentido do corpo humano;
- sentido da reprodução;
- sentido da medicina;
- relação entre ética e direito;
- relação entre ética e tecnologias, etc.

A classificação de Durand leva em consideração, obviamente, os problemas com que nos deparamos no momento atual, sem pretensões de esgotá-los. E, como se disse, o autor reconhece, como aqui também se faz, a dificuldade em precisar os limites entre estas áreas.

De qualquer modo, parece-nos adequada a fixação de um núcleo central de temas objeto da Bioética, para que o seu estudo não se perca em um espaço por demais amplo e para que, no afã de integrar as ciências e os diversos ramos destas ciências, terminemos por descentralizar a discussão a ponto de não conseguirmos aprofundá-la.

---

9 DURAND, *Introdução...*, p.115-116.

### 3. A ÉTICA E AS CIÊNCIAS

Antes de passarmos a abordar a ligação da Bioética e dos direitos fundamentais, quando começaremos a pensar no papel do Direito em relação à biotecnologia, parece-nos interessante dedicar algumas palavras sobre a aplicação da Ética à técnica e às ciências em geral.

Na fase histórica em que nos encontramos atualmente, parece haver um renascimento da Ética, fato que não escapa à maioria dos filósofos contemporâneos, vide, no Direito, por exemplo, o crescente interesse na ética aristotélico-tomista e nos conceitos de *phronesis* ou prudência,<sup>10</sup> muito úteis, aliás, ao deslinde das questões Bioéticas.

A própria existência da Bioética evidência, após décadas de rigor e “neutralidade” científicos, um apelo às considerações filosóficas e axiológicas. María Casado resalta este aspecto, dizendo que “resulta claramente constatable una tendencia a la revalorización de todo aquello que tiene que ver con la Ética”.<sup>11</sup>

Hans Jonas é um dos autores que procura responder por que a técnica moderna é objeto da filosofia, questão que inaugura o primeiro capítulo de seu livro *Técnica, Medicina e Ética*. Desta obra, retiramos as seguintes passagens, por considerá-las bastante esclarecedoras:

Dado que hoy en día la técnica alcanza casi todo lo que concierne a los hombres – vida y muerte, pensamiento y sentimiento, acción y padecimiento, entorno y cosas, deseos y destino, presente y futuro – en resumen, dado que se há convertido en un problema tanto central como apremiante de toda la existencia humana sobre la tierra, ya es un asunto de la filosofía, y tiene que haber algo así como una filosofía de la tecnología.<sup>12</sup>

Dicho de forma muy general, que la ética tiene algo que decir en las cuestiones relacionadas con la técnica o que la técnica está sometida a consideraciones éticas se desprende del sencillo hecho de que la técnica es un ejercicio de poder humano, es decir, una forma de actuación, y toda actuación humana está expuesta a su examen moral.<sup>13</sup>

---

10 Destaca-se o trabalho do filósofo do Direito e professor Luís Fernando Barzotto, em, por exemplo, *Prudência e jurisprudência – uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudencia romana a partir de Aristóteles* (BARZOTTO, Luís Fernando. Prudência e jurisprudência: uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em Direito/ Unisinos*. São Leopoldo, 1999).

11 CASADO, María. Nuevo derecho para la nueva genética. In: CASADO, María (Org.). *Bioética, derecho y sociedad*. Valladolid: Simancas, 1998.

12 JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética*, Barcelona, Paidós, 1997, p. 15.

13 JONAS, *Técnica...*, p. 33.

A antiga incomunicabilidade da ciência com os valores, portanto, vem sendo visivelmente substituída pela procura de pautas éticas de comportamento, vicejando nas diversas áreas do conhecimento os comitês de ética, os códigos profissionais de ética e o ensino da ética nas universidades. No dizer de Edna Hogemann, “o interesse nas questões éticas surge a partir das situações nas quais os indivíduos não se sentem completamente seguros em relação a qual direção é a correta a seguir”.<sup>14</sup>

A busca de modelos de comportamento, de respostas para como agir em relação aos conhecimentos frente a casos concretos, denota que o profissional e o cientista realmente operam sua ciência ou técnica através desta função valorativa, que, em última análise, busca o bem comum. Surge, então, a filosofia moral, que, como estudo da conduta humana, visando ordená-la a seu fim,<sup>15</sup> possui caráter informativo das demais ciências, em especial das ciências práticas. Sabe-se, ainda, que a filosofia moral está condicionada pela ética e pela filosofia

geral, completando-se, assim, a evidente ligação entre estes saberes.<sup>16</sup>

Por outro lado, as ciências sociais, e mesmo aquelas de natureza mais “técnica”, estão condicionadas por epistemologias e modelos filosóficos. O método e a epistemologia de uma ciência dependem de respostas no campo da filosofia na sua feição de saber teórico.

Deste modo, como hoje parece imperar o relativismo e a fragmentação moral, sente-se a necessidade de dialogar sobre grandes temas que afetam a humanidade, buscando princípios que possam ser compartilhados por pessoas e culturas diferentes, o que é o grande desafio da nossa época.<sup>17</sup>

A função do Direito neste horizonte é essencial e inegável, bem como, para o desagrado dos racionalistas tradicionais, o resgate da metafísica, no momento em que a realidade fundante destas ciências, técnicas e princípios é a pessoa humana. Na verdade, de outra forma não poderia ser, pois, sendo o ser humano o mais perfeito dos entes e estudando a metafísica o ser enquanto

---

14 HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. *Conflitos bioéticos: o caso da clonagem humana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 4-5.

15 A tridimensionalidade que se observa no Direito também pode se aplicar à normatividade ética. Segundo Guy Durand, “o fato não é normativo em si mesmo. Para que ele se torne normativo deve ocorrer um julgamento de valor, um julgamento ético.” (DURAND, *Introdução...*, 128) A razão opera sobre o fato, reconhecendo sua natureza e normatizando-o.

16 Sobre a ligação dos diversos saberes com a Ética e a Filosofia, vide MASSINI, Carlos Ignacio. *La prudencia jurídica*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1982.

17 Cf. CLOTET, *Bioética...*, p. 30.

ser, fica claro que temos que recorrer a ela. A transcendência do ser humano, o que o faz pessoa, nos remete, então, não somente à ética, mas também à metafísica.<sup>18</sup>

#### 4. CONEXÕES ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A BIOÉTICA

É o apelo feito à metafísica<sup>19</sup> que nos conduz ao próximo tópico deste trabalho: as conexões entre os direitos fundamentais e a Bioética. Isto porque vamos tratar diretamente com a questão da dignidade da pessoa humana e porque, neste particular, concordamos com José Luis del Barco, quando afirma que: “la pura vida biológica es demasiado poco para dar cuenta hasta el fondo de la digna vida humana”.<sup>20</sup>

Nos artigos 1º a 4º da Constituição brasileira encontram-se seus princípios fundamentais, os “princípios dos princípios”, ou seja, aquelas normas que

traduzem as opções políticas e valorativas fundamentais da Constituição e do povo, já que captados da moralidade dominante na sociedade.<sup>21</sup>

A Constituição espanhola foi a primeira a inserir em seu texto a expressão “valores superiores”. Estes “valores superiores” referidos pela Lei Maior da Espanha constituem-se, segundo Gregorio Peces-Barba, em uma “moralidade legalizada”,<sup>22</sup> pauta axiológica esta, portanto, aceita majoritariamente.

Isto significa que, desde que dizem com a dignidade da pessoa humana, os valores superiores e especialmente a própria dignidade presentes nas Constituições são o substrato donde se extraem “as razões éticas para a obediência ao direito”.<sup>23</sup> Eles são, portanto, a base e ao mesmo tempo o fim de todo o sistema jurídico.

Certo é, contudo, que, mesmo que não sejam expressamente mencionados valores, é claro o conteúdo axiológico

18 Vide CATURELLI, Alberto. Premissas metafísicas da Bioética. In: LADUSÃNS, Stanislavs (Coord.). *Questões atuais de Bioética*. São Paulo: Loyola, 1990 e MONDIN, Battista. A metafísica da pessoa como fundamento da Bioética. In: LADUSÃNS, Stanislavs (Coord.). *Questões atuais de Bioética*. São Paulo, Loyola, 1990.

19 Para Tomás Melendo, “sin metafísica no cabe fundamentación definitiva de la bioética” (MELENDO, Tomás. *Dignidad humana y bioética*. Navarra, Euns, 1999, p. 184).

20 DEL BARCO, José Luis. *Bioética de la persona: fundamentos éticos y antropológicos*. Santafé de Bogotá D.C.: Universidad de La Sabana, 1998, p. 319.

21 São claramente valores morais, por exemplo, os incisos III e IV do art. 1º; o art. 3º e seus incisos I e IV; e os incisos VI, VII, VIII e IX do art. 4º da Constituição de 1988.

22 DEL BARCO, José Luis. *Bioética de la persona: fundamentos éticos y antropológicos*. Santafé de Bogotá D.C.: Universidad de La Sabana, 1998, p. 41.

23 Ibidem, p. 44-45.

das constituições democráticas ocidentais atuais, manifestado justamente pelo reconhecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos que dela derivam.

O art. 1º, III da Constituição da República Federativa do Brasil, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento de nosso Estado democrático de direito, adere a uma filosofia determinada, comum à maioria dos Estados ocidentais: o Brasil realiza uma constitucionalização de valores a partir deste artigo, e não só em relação à dignidade da pessoa humana, mas também em relação a outros valores a ela conexos, tais como a liberdade, a igualdade, a justiça, os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (art. 1º, IV) e outros.

Ao constitucionalizar valores, o nosso país, assim, dota sua Constituição de conteúdo material, como bem coloca o professor Ingo Sarlet, ao referir que os direitos fundamentais, que “correspondem a explicitações em maior ou menor grau, do princípio da dignidade da pessoa humana”, integram “um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico”.<sup>24</sup>

No Direito em geral e no ordenamento jurídico brasileiro, então,

a dignidade da pessoa humana tem várias implicações, a começar por ser fim e fundamento do Direito e do Estado. Ela surge como um valor, um fim ontológico que transcende o mundo jurídico, mas dele não deixa de fazer parte. É, portanto, também, valor jurídico, pois, além de positivada, a dignidade da pessoa humana faz parte integrante do conteúdo da justiça. É, ademais, princípio constitucional e, como tal, norma jurídica.

Por seu turno, a Bioética, compreendida como aqui o fazemos, enquanto ética voltada à vida humana, lida diretamente com a noção de pessoa e da sua dignidade. Conforme del Barco, “el origen de la Bioética nos señala su destino. Nos dice qué fin persigue. Nos indica el objetivo: mantener digna la vida.”<sup>25</sup>

Para exemplificar o que dizemos, trazemos à colação o Código de Ética Médica brasileiro, cujas disposições são similares às dos demais códigos, resoluções e comitês de ética da área da saúde em geral no país:

Art. 6º O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do

24 SARLET, *A eficácia...*, p. 115-161.

25 SARLET, *A eficácia...*, p. 318. Del Barco faz este comentário após observar como a Bioética irrompeu com vigor no cenário público, derivada de uma necessidade de tratamento ético dos problemas biomédicos.

*ser humano*, ou para permitir e acobertar tentativa contra *sua dignidade* e integridade.<sup>26</sup>

Várias diretivas nacionais e declarações internacionais ligadas à saúde corroboram este posicionamento, como, por exemplo, os arts. 1º e 2º da *Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos*:

Art. 1º O genoma humano constitui a base da unidade fundamental de *todos os membros da família humana*, assim como do reconhecimento de *sua inerente dignidade* e diversidade. Em sentido simbólico, é o legado da humanidade.

Art. 2º A) Toda *pessoa* tem o direito de *respeito à sua dignidade* e seus direitos, independentemente de suas características genéticas. B) Essa *dignidade* torna imperativo que nenhuma pessoa seja reduzida a suas características genéticas e que sua singularidade e diversidade sejam respeitadas.<sup>27</sup>

Também a Declaração de Helsinki da Associação Médica Mundial, em

seus “princípios básicos para toda investigação médica”, dispõe:

10 [...] es deber del médico proteger la vida, la salud, la intimidad y la *dignidad del ser humano*.<sup>28</sup>

E a Declaração Ibero-Latino-Americana sobre ética e genética aduz:

2. A reflexão sobre as diversas implicações do desenvolvimento científico e tecnológico no campo da genética humana deve ser feita levando em consideração: a) o *respeito à dignidade*, à identidade e à integridade humanas e aos direitos humanos reafirmados nos documentos jurídicos internacionais; b) que o genoma humano constitui parte do patrimônio comum da humanidade como uma realidade e não como uma expressão meramente simbólica; c) o respeito à cultura, às tradições e aos valores próprios dos povos.<sup>29</sup>

Com relação à doutrina, como se sabe, a idéia de dignidade da pessoa é um conceito que exsurge do cristianismo.<sup>30</sup> Sabe-se, contudo, que na

26 CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Código de Ética*. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/codetic.htm>>. Acesso em: maio 2004 (grifo nosso).

27 UNESCO. *Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos*. Paris, 1997. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/docs/doc\\_ref\\_eticaPesq/GENOMA\\_DIREITOS\\_HUMANOS](http://conselho.saude.gov.br/docs/doc_ref_eticaPesq/GENOMA_DIREITOS_HUMANOS). Acesso em: maio 2004 (grifo nosso).

28 ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL (WMA). *Declaração de Helsinki*. Edimburgo, 2000. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br>>. Acesso em: maio 2004 (grifo nosso).

29 Declaração feita no México, em Manzanillo, em 1996 e revisada em Buenos Aires em 1998. In: <http://www.bioetica.ufrgs.br> (grifo nosso).

30 Benda é dos que sustentam tal afirmação, dizendo que: “historicamente, a garantia da dignidade humana se encontra estreitamente ligada ao cristianismo. Seu fundamento radica no fato de que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus.” (BENDA, Ernst et al. *Manual de derecho constitucional*, Madri, Marcial Pons, 1996, p. 117.) tradução livre do espanhol pela autora.

esteira de uma separação desnecessária e de uma antinomia inverídica entre fé e razão,<sup>31</sup> os cientistas afastaram-se da metafísica e a moral secularizou-se para ingressar na “pós-modernidade”. Mas, ainda que a moralidade temporal e a ciência natural de hoje desprezem os ensinamentos e argumentos de fundo religioso, a dignidade da pessoa persiste nelas profundamente arraigada, e desponta, em pleno terceiro milênio, como núcleo central deste novo campo que é a Bioética. Como bem observa Clotet:

A Bioética, independentemente dos diferentes credos religiosos e correntes filosóficas, reconhece, através dos seus maiores representantes, como Engelhardt, Veatch, Beauchamp, Gracia, Abel, Cuyás, entre outros muitos, a validade da tese kantiana ao afirmar que as coisas têm preço, enquanto que a pessoa está acima de todo e qualquer preço, pois só ela tem dignidade para não ser usada apenas como meio.<sup>32</sup>

A correlação entre os dois campos, Bioética e direitos fundamentais, mostra-se, então, de fato intensa, eis que ambos têm por base e fim a

dignidade da pessoa humana. O alicerce ético de ambas as searas é evidente. Neste sentido, e no que tange ao Direito, corrobora María Casado, sinalando que “los derechos humanos constituyen las bases jurídicas y, a la vez, el mínimo ético irrenunciable, sobre las que deben asentarse las sociedades occidentales.”<sup>33</sup> E, quanto à Bioética, recorreremos uma vez mais a José Luis del Barco, que crê “que es el espíritu, efectivamente, el que toca la melodía en el teclado del ADN, no al revés.”<sup>34</sup>

Muitos, aliás, são os indícios desta estreita ligação entre Bioética e direitos fundamentais, a começar pelo fato de que, ao início de nosso estudo, ao apresentarmos a classificação dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, notamos que o avanço das ciências biomédicas é por muitos apontado como fator que justifica o nascimento de uma quarta geração de direitos, conexa intimamente a estes problemas.

Evidente também é a correlação que os princípios bioéticos encontram no mundo jurídico. Neste sentido, Livia Haygert Pithan,<sup>35</sup> ao tratar do surgimento e do desenvolvimento do

31 Vide Papa JOÃO PAULO II (Papa). *Carta encíclica sobre as relações entre a fé e a razão*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.

32 CLOTET, *Bioética...*, p. 199.

33 CASADO, *Nuevo derecho...*, p. 69.

34 Del Barco, *Bioética...*, p. 335.

35 PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressuscitação” hospitalares*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004, p. 32.



que se tem convencionado chamar de “biodireito”, ensina que, para alguns juristas, “seria adequada uma incorporação dos princípios da bioética como princípios de Direito”, se é que isto já não ocorre na prática.

Para que este ponto se torne mais claro, é necessário que discorramos brevemente sobre os princípios bioéticos. Deste modo, esclarece-se que existem várias abordagens ou modelos possíveis para a Bioética e que, dentre eles, destaca-se indubitavelmente o chamado “princípioalismo”. Através desta abordagem principiológica, apresentam-se quatro princípios basilares a serem aplicados aos dilemas bioéticos: o princípio do respeito à autonomia, o princípio da não-maleficência, o princípio da beneficência e o princípio da justiça.

Para conceituar tais princípios, nos utilizaremos das lições contidas sob o verbete “bioética”, do *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, em sua recente versão gaúcha.<sup>36</sup>

O princípio do respeito à autonomia se traduz pela capacidade do indivíduo de decidir por si mesmo (a partir do recebimento racional de informações), sem que influências externas determinem sua ação. Ele encontra paralelo,

genericamente falando, nos direitos fundamentais de liberdade e autodeterminação, tais como a liberdade de ação, ligada ao princípio da legalidade, liberdade de opinião e de manifestação do pensamento, entre outros.

Os princípios da não-maleficência e da beneficência são inter-relacionados e expressam, respectivamente, o dever do médico de não infligir o mal a seu paciente e o dever de fazer o bem a outrem, que, no plano médico, requer a avaliação de riscos e benefícios para o paciente. Estes princípios, por sua vez, guardam correspondência com o direito à vida e à integridade física e moral.

Por fim, quanto ao princípio da justiça, por seu próprio nome faz-se quase desnecessário o estabelecimento de ligação com o mundo jurídico... De qualquer maneira, tem-se que o princípio bioético da justiça refere-se, por um lado, ao tratamento equitativo para todos, e por outro, à “justa distribuição de recursos destinados à saúde”,<sup>37</sup> ligando-se à justiça distributiva. No Direito, fazem companhia a este princípio os direitos de igualdade, o direito social à saúde e a própria equidade como princípio geral do direito.

---

36 PARIZEAU, Marie-Hélène. Bioética: In: CANTO-SPERBER, Monique (Org.). *Dicionário de ética e filosofia moral*. São Leopoldo, Unisinos, 2003, v. 1, p. 168.

37 Cf. PITHAN, *A dignidade...*, p. 28.

## 5. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 E A BIOÉTICA

### 5.1 Indagações derivadas da subsunção de problemas bioéticos aos direitos fundamentais da Constituição pátria

*Ab initio*, cabe o esclarecimento de que o que se visa, aqui, é fornecer *exemplos* do enfrentamento de nossas áreas de estudo, pois o presente trabalho não pretende e nem é sede propícia a esgotar a questão. Outra premissa deste ponto é que seu objetivo é justamente levantar *questionamentos*, chamar a atenção aos problemas com os quais já nos deparamos ou nos depararemos em breve, dada a velocidade dos avanços da biotecnologia e das biociências. Salienta-se, ainda, que os exemplos expostos muitas vezes referem-se a vários dispositivos constitucionais e não somente àqueles a que aparecem diretamente ligados.

Realizadas estas observações, a exemplo do que fizemos em relação aos princípios bioéticos e os direitos fundamentais, passam a ser expostos alguns destes direitos constitucionalmente previstos, os principais dispositivos que os elencam, e os temas problemáticos da Bioética que os atingem. Opta-se por uma exposição em tópicos para facilitar a compreensão:

- O *princípio da dignidade da pessoa humana*, contido no art. 1º, III da Constituição, é, como dito anteriormente, a fonte dos demais direitos

fundamentais e liga-se a vários problemas de natureza bioética, tais como clonagem e eugenia. Outra questão conexas à dignidade surge no momento em que a fecundação heteróloga, via bancos de esperma, impede o conhecimento de quem se é, das origens da pessoa, fazendo com que, por exemplo, uma vez adulta, a pessoa possa vir a casar-se com seu irmão biológico ou ter problemas de saúde evitáveis com o conhecimento da linhagem genética, e assim por diante. O uso do corpo humano como objeto para beneficiar terceiros, o que, em certos casos, até poderia ser aceito sob o prisma da liberdade, esbarra na dignidade, em casos como a venda de órgãos, a venda do próprio corpo como cobaia e o uso de embriões para pesquisas e tratamentos.

- O *direito à vida*, disposto no *caput* do art. 5º da Constituição, é confrontado com itens como o aborto, a eutanásia e suas variantes, a cessação de tratamentos e o “descarte” de embriões não implantados no útero ou utilizados em pesquisas. Há, ainda, a relativização do valor “vida” em casos de deficiências, doenças incuráveis, velhice, etc., bem como relativiza-se a vida na produção de embriões para fins diversos do que seu desenvolvimento normal.

- Os *direitos de igualdade*, previstos no art. 5º, *caput* e incisos I, VIII, XLI e XLII, deparam-se com a eugenia, a discriminação genética e a análise do genoma para fins contratuais (contratos de seguro ou laborais, por

exemplo). Também aqui se enquadram os problemas da seleção de embriões para serem “descartados” ou se desenvolverem (pelos mais variados motivos, desde a escolha de sexo até doação de órgãos a terceiro) e da discriminação no acesso aos recursos e técnicas de sanidade (saúde pública e privada, listas de espera para doações de órgãos, escolha entre um ou outro paciente para salvar, critérios de controle populacional via esterilização, etc.).

- O *direito à integridade física e moral* do art. 5º, III, XLIII e XLIX da Constituição relaciona-se com a esterilização, a manipulação genética, a eugenia, as experiências em seres humanos e mesmo problemas de danos morais devido à divulgação de informações genéticas.

- A *proteção à intimidade*, consagrada no art. 5º, X da Constituição, traz à tona o dever de confidencialidade do profissional da saúde e os critérios para a divulgação de dados sobre o genoma das pessoas, envolvendo inclusive o direito do paciente de optar por não saber determinadas informações.

- Os *direitos de liberdade*, postos no art. 5º, *caput*, e vários de seus incisos, como o II, o IV e o VI, da Constituição, enfrentam os questionamentos derivados do direito de decidir sobre tratamentos, inclusive de recusá-los ou interrompê-los (surge a escusa de consciência do art. 5º, VIII) e também do direito de decidir sobre

informações contidas no genoma. Por outro lado, não podemos deixar de considerar a liberdade de investigação científica, eis que também a ciência e a tecnologia encontram-se constitucionalmente protegidas no art. 218.

- O *direito à saúde*, previsto no art. 6º da Constituição, envolve o direito a informações genéticas para poder-se buscar tratamento; o confronto da saúde pública ante o fornecimento de tratamentos de alto custo para alguns e a ausência de condições mínimas de saúde para outros; o “utilitarismo econômico”;<sup>38</sup> a alocação de recursos; a tomada de decisões que tenham por consequência a vida ou a morte de uma ou mais pessoas. Ainda no plano social, ressurgem pontos como critérios de controle populacional via esterilização, o prolongamento da vida e suas consequências econômicas e de seguridade social, a igualdade no acesso aos recursos e técnicas. Por fim, em sua conexão com o Estado, *os direitos da família*, especialmente aqueles contidos no art. 226, § 7º da Constituição, são confrontados com questões relativas ao direito de se reproduzir e à esterilização.

- O *respeito à diversidade*, que, além de ser uma combinação dos direitos de igualdade, liberdade e da dignidade da pessoa, está presente em diferentes passagens da Constituição, como no respeito ao pluralismo (arts. 17, 170, 206, III, 215, 216, 220, *caput*

---

38 Cf. SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. São Paulo: Loyola, 1997, v. 2, p. 16.

e § 5º), preocupa-se com tópicos como a eugenia, a clonagem, a engenharia de linhagem germinal, a discriminação relativa à opção sexual, a alteração e o controle comportamental e social pela neurofarmacologia, a manipulação genética e os critérios de controle populacional via esterilização.

Por fim, alerta-se para o fato de que muitas vezes os direitos fundamentais são colocados em oposição em função de problemas bioéticos. Assim, comumente afrontam-se direitos como liberdade (autodeterminação) e respeito à vida, intimidade e vida de um terceiro, e assim por diante.

## **5.2 O papel da constituição brasileira ante os dilemas bioéticos**

Após demonstrarmos a íntima ligação da Bioética com os direitos fundamentais e de apresentarmos temas bioéticos que podem gerar situações de conflito com a declaração de direitos da Constituição brasileira, partimos em busca de resoluções a estas questões. Neste sentido, a Constituição, por si só, desponta como instrumento para a solução dos embates expostos.

O próprio elenco de direitos fundamentais da Constituição funciona como o maior limite aos exageros da biotecnologia. A Lei Maior apazigua os temores que o avanço desmesurado da técnica inflige à sociedade, que assiste à ficção tornando-se realidade e aproximando-se da vida quotidiana de todos.

Tanto quanto é bem verdade que as normas setoriais inspiram a

hermenêutica constitucional, não deixa de ser verdadeiro que a Constituição também deve inspirar toda e qualquer legislação infraconstitucional relativa à Bioética, legislação esta, aliás, ainda muito incipiente no Brasil.

Além disso, a Constituição brasileira assume tarefa diferenciada em relação à Bioética, representando não só seu papel natural de norteadora das decisões judiciais, mas sendo diretamente invocada por estas, que, dada a escassez de normas sobre o assunto, muitas vezes têm de apelar à possibilidade ventilada no art. 5º, § 1º da Lei Maior, que determina a aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais.

Como máxima expressão legislativa da vontade popular, a Constituição de fato coloca a todos um “mínimo ético irrenunciável”, nas palavras já citadas de María Casado, estendendo sua influência às normas deontológicas. Isto significa que, mesmo no campo deontológico próprio à área da saúde, ela não pode ser desprezada pelos operadores destas e das demais ciências e técnicas não-jurídicas, já que sua força normativa e seu véu de legitimidade e legalidade se desdobra sobre todos na sociedade.

Ao lado deste papel fundamental da Constituição, está a tarefa da hermenêutica constitucional, pois sabemos que a Constituição necessita, como as demais normas componentes do ordenamento jurídico, de concretização, mediante a ação do Poder Judiciário. A interpretação

principiológica da Constituição ganha espaço e a ponderação de princípios se faz necessária na realidade das lides. A conexão destas realidades jurídicas com os problemas da Bioética mais uma vez é verdadeira e se apresenta como uma via de mão dupla, pois há quem defenda que “a discussão metodológica em Bioética deveria seguir o modelo da argumentação jurídica quando aborda o conflito entre princípios”.<sup>39</sup> Esta opinião é esposada por Judith Martins-Costa, quando apresenta “o Direito como construção de modelos de respostas”, apontando como “ilustrativa deste modelo a Constituição Federal”.<sup>40</sup>

## 6. CONCLUSÃO

Para finalizar nosso estudo, procuraremos apresentar algumas vias de ação necessárias à prevenção e à solução dos dilemas aqui apresentados. Para tanto, vamos recorrer com frequência às idéias de Francis Fukuyama, já que nos identificamos com vários aspectos do seu pensamento.

É oportuno dizer que partimos do pressuposto da democracia, ou seja, do papel do Estado democrático de direito, que, garantindo ao máximo a liberdade possível em sociedade, tem o dever de

intervir para proteger a pessoa humana que se abriga em seu seio. E, neste diapasão, vimos que a Constituição exerce importante papel.

Não cremos, entretanto, que a Constituição, sozinha, possa dar conta de orientar satisfatoriamente a jurisprudência para a solução dos casos concretos e defendemos a necessidade de leis sobre a matéria e de instituições que a regulem.

Quanto à criação de leis, basta levantar a idéia para encontrar opositores. Em primeiro lugar, porque os povos estariam fartos de leis, argumento a que, inicialmente, não podemos nos opor. É verdade que há excesso de leis, muitas delas distantes da sociedade. Todavia, como enfatiza María Casado, “en aspectos como los que atañen a la Bioética, la tendencia es justamente la contraria”. A aceitação de novas normas, neste caso, dá-se por várias razões, entre elas a dificuldade em encontrar-se consenso nos diversos setores sociais, cabendo, então, ao Direito, lançar uma diretriz. Também porque são problemas ligados aos valores mais caros da sociedade e trata-se de mudanças de paradigma radicais, polêmicas e nunca dantes vistas, o que leva, ainda no dizer de Casado, a uma demanda de legislação por parte da

---

39 Cf. MARTÍ, Francesca Puigpelat. Bioética y valores constitucionales. In: María CASADO. *Bioética, derecho y sociedad*. Valladolid: Simancas, 1998, p. 52, tradução livre do espanhol pela autora.

40 MARTINS-COSTA, Judith. As interfaces entre a Bioética e o Direito. In: CLOTET, Joaquim (Org.) *Bioética*. Porto Alegre: Edipucrs, 2001. p. 68 e 71.

sociedade, sendo que, “a menudo los colectivos implicados directamente por los problemas son los que tratan de forzar el cambio a través del dictado de normas jurídicas”.<sup>41</sup>

Obviamente, a promulgação de leis não resolve de vez a problemática, nem encerra as discussões, que, muitas vezes até se acirram.<sup>42</sup> Isto não é motivo, porém, para defender-se o império do casuísmo, como fazem alguns estudiosos. O modelo casuístico é, inclusive, ao lado do principialismo, uma das mais difundidas abordagens propostas para a Bioética.

A espanhola Francesca Puigpelat Martí, por exemplo, é defensora do modelo casuístico, como se observa da seguinte passagem:

[...] la vía legislativa en materia bioética no parece todavía la más prudente. [...] Al ser estas cuestiones tan personales y nuevas, la mejor forma de abordarlas es a través del análisis de cada caso. No hay experiencia suficiente sobre las nuevas situaciones para que pueda hablarse de un consenso social sobre su tratamiento.”<sup>43</sup>

E continua a autora, ao comentar a legislação espanhola, defendendo:

Creo que hubiese sido más conveniente esperar a que los casos se planteasen ante los tribunales y que la opinión pública hubiese podido manifestar sus preferencias valorativas sin la presión de que ciertas conductas estén ya etiquetadas de ilegales.<sup>44</sup>

Com a devida vênia, não podemos aceitar este tipo de posicionamento. Primeiramente porque, sem desprezar a indubitável importância da análise caso a caso, não se pode deixar tudo a cargo do Poder Judiciário sob pena de desestabilizar-se o Estado democrático de direito, já que quem determina o que é o bem comum é o povo e não o Poder Judiciário. E, em segundo lugar, porque não parece a atitude mais sábia esperar para reagir depois de ter-se dado espaço para conseqüências nefastas. Fukuyama, ao comentar a legislação americana sobre experimentos em seres humanos, conta que “mais uma vez, a regulação foi impelida por escândalo e tragédia”, referindo-se a conhecidos casos, onde células cancerígenas foram injetadas em pacientes debilitados, pacientes negros e pobres foram deixados sem tratamento para sífilis para que os efeitos fossem estudados, e assim por diante.<sup>45</sup>

---

41 CASADO, Nuevo derecho..., p. 65-66.

42 Vide as várias polêmicas em torno da chamada Lei de Biossegurança, aprovada em nosso país em 2005.

43 MARTÍ, Bioética..., p. 53.

44 Ibidem.

45 Cf. FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: conseqüências da revolução da biotecnologia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 209.

O Poder Legislativo é representativo da sociedade e, ainda que a democracia, como regime político criado por homens imperfeitos, seja também imperfeita, “não há também nenhum conjunto alternativo obviamente melhor de instituições que possa capturar a vontade do povo de maneira justa e legítima”.<sup>46</sup> Por isso, cabe à esfera política, com a imprescindível colaboração dos cientistas, a palavra final em termos de legislação, e não o contrário, eis que “a ciência não pode estabelecer por si mesma os fins a que serve”.<sup>47</sup>

Defendemos, assim, a criação de leis infraconstitucionais que regulem os problemas bioéticos, leis estas emanadas da esfera política, que deve decidir sobre fins (valores) apropriados para a biotecnologia, embasada por informações científicas dadas, estas sim, pela comunidade científica. Tudo com base no trabalho prévio de comissões interdisciplinares, buscando identificar, através do diálogo democrático e na medida do possível, o consensual e o real no que diz respeito a estes assuntos.

A menção expressa à realidade, aqui, assume posição essencial ao lado do consenso social, porque se entende que o consenso tem caráter instrumental

em relação à verdade. O fundamento da verdade permanece sempre na coisa, na realidade, sendo o consenso um instrumento pelo qual a razão prática pode encontrar essa verdade. O próprio consenso só pode ser apreendido pela razão prática e isso só é possível na democracia. Daí defender Andrés Ollero “nenhuma democracia sem direito natural e nenhum direito natural sem democracia.”<sup>48</sup>

Afora a elaboração de leis, é de se pensar, como sugere Fukuyama, na criação de instituições reguladoras para a biotecnologia e, neste particular, abre-se a pauta internacional, já que, em um mundo globalizado como o atual, a homogeneidade das regulações dos diferentes Estados se faz necessária. Estas instituições ou agências seriam especialmente úteis para distinguir o que efetivamente é progresso para a vida e a dignidade humanas e o que é ameaça a elas.

É claro que também se pode duvidar da eficácia do controle da biotecnologia por instituições reguladoras, mas é de se salientar que não se trata de uma quimera, visto que regras deste tipo já são realidade, por exemplo, relativamente à experimentação em seres humanos, e isto internacionalmente.

---

46 *Ibidem*, p. 194.

47 *Ibidem*, p. 193.

48 OLLERO Tassara, Andrés. A crise do positivismo jurídico: paradoxos teóricos de uma rotina prática. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO NATURAL E DIREITOS DO HOMEM NO ALVORESCER DO SÉCULO XXI, Roma, 1991.

Do mesmo modo, eventuais falhas nos sistemas regulatórios são inevitáveis, o que não ilide sua valia. Mais uma vez, buscamos auxílio na obra de Francis Fukuyama para fortalecer nossos argumentos:

[...] nenhum regime regulador é jamais completamente invulnerável, e se selecionamos um intervalo suficientemente longo, a maioria das tecnologias acaba sendo desenvolvida. Mas isso não é compreender a regulação social: nenhuma lei é jamais plenamente imposta. Todo país faz do assassinato um crime e associa penas severas ao homicídio e, ainda assim, assassinatos ocorrem. Isso nunca foi razão para se desistir da lei ou de tentativas para impor o seu cumprimento.<sup>49</sup>

Já não agir significa legitimar as mudanças biotecnológicas e tornar a

humanidade escrava do progresso tecnológico, mesmo quando este não se dirige a fins que salvaguardem e beneficiem o humano.<sup>50</sup>

Concluimos ressaltando, por fim e uma vez mais, que é fundamental agir, no Direito e na Bioética, sempre tendo em vista a enorme dignidade da pessoa, que faz de cada um de nós um ser ao mesmo tempo único e universal em sua humanidade. Se nos for permitida uma “metáfora artística”, a dignidade da pessoa humana é o ponto de fuga a partir do qual se traçam os horizontes do Direito e da Bioética. Estando este horizonte traçado, que venham os avanços da biotecnologia e complete-se um belo quadro de longevidade, qualidade de vida e cura para as pessoas de hoje e de amanhã.

## REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ASSOCIAÇÃO MÉDICA MUNDIAL (WMA). *Declaração de Helsinki*. Edimburgo, 2000. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br>>. Acesso em: maio 2004.
- BARRETTO, Vicente. Bioética e ordem jurídica. In: *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Rio de Janeiro, v.1, n. 2, p. 443 – 454, 1994.
- BARZOTTO, Luís Fernando. Prudência e jurisprudência: uma reflexão epistemológica sobre a *jurisprudencia* romana a partir de Aristóteles. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em Direito/ Unisinos*. São Leopoldo, 1999. p.163-192.

<sup>49</sup> Ibidem, p. 197.

<sup>50</sup> Cf. FUKUYAMA, *Nosso futuro...*, p. 225.



- BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BENDA, Ernst et al. Manual de derecho constitucional. Madrid: Marcial Pons, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- CANTO-SPERBER, Monique (Org.). Dicionário de ética e filosofia moral. São Leopoldo: Unisinos, 2003. 2 v.
- CASADO, María. Nuevo derecho para la nueva genética. In: CASADO, María (Org.). Bioética, derecho y sociedad. Valladolid: Simancas, 1998. p. 55 - 73.
- CATURELLI, Alberto. Premissas metafísicas da Bioética. In: LADUSÃNS, Stanislavs (Coord.). Questões atuais de Bioética. São Paulo: Loyola, 1990, p. 131-146.
- CLOTET, Joaquim. Bioética: uma aproximação. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Código de Ética. Disponível em: <<http://www.cfm.org.br/codetic.htm>>. Acesso em: maio 2004.
- DEL BARCO, José Luis. Bioética de la persona: fundamentos éticos y antropológicos. Santafé de Bogotá D.C.: Universidad de la Sabana, 1998.
- DIAS, Hélio Pereira. Bioética. Implicações com as práticas médicas e as normas deontológicas e jurídicas, no Brasil. In: ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD. *Bioética: temas y perspectivas*. Washington D.C.: 1990, p. 132-142.
- DURAND, Guy. *Introdução geral à Bioética: história, conceitos e instrumentos*. Tradução Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Editora do Centro Universitário São Camilo e Edições Loyola, 2003.
- ENGELHARDT JÚNIOR, H. Tristram. *Fundamentos da Bioética*, São Paulo: Loyola, 1998.
- ESPINOSA, Jaime. *Questões de bioética*, São Paulo: Quadrante, 1998.
- FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: conseqüências da revolução da biotecnologia*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.
- GOLDIM, José Roberto. Bioethics and research in Brazil. In: SALLES, Arleen L. F.; BERTOMEU, Maria Julia (Org.). *Bioethics: Latin American perspectives*, Amsterdam/ NY: Rodopi, 2002. p. 141-150.
- HOGEMANN, Edna Raquel Rodrigues Santos. *Conflitos bioéticos: o caso da clonagem humana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- JOÃO PAULO II (Papa). *Carta encíclica sobre as relações entre a fé e a razão*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 1998.
- JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética*, Barcelona: Paidós, 1997.
- KIPPER, Délio José et al. (Org.). *Ética em pesquisa: reflexões*. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

- MARTÍ, Francesca Puigpelat. Bioética y valores constitucionales. In: María CASADO. *Bioética, derecho y sociedad*. Valladolid: Simancas, 1998, p. 35–54.
- MARTINS-COSTA, Judith. As interfaces entre a Bioética e o Direito. In: CLOTET, Joaquim (Org.) *Bioética*. Porto Alegre: Edipucrs, 2001. p. 67–84.
- MASSINI, Carlos Ignacio. *La prudencia jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1982.
- MATTE, Luiza. Considerações acerca do caráter absoluto do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília: v. 7, n. 162, 15 out. 2003.
- MELENDO, Tomás. *Dignidad humana y bioética*. Navarra: Eunsa, 1999.
- MONDIN, Battista. A metafísica da pessoa como fundamento da Bioética. In: LADUSÃNS, Stanislavs (Coord.). *Questões atuais de Bioética*. São Paulo: Loyola, 1990. p. 147–174.
- OLLERO Tassara, Andrés. A crise do positivismo jurídico: paradoxos teóricos de uma rotina prática. In: COLÓQUIO INTERNACIONAL DIREITO NATURAL E DIREITOS DO HOMEM NO ALVORESCER DO SÉCULO XXI, Roma: 1991. 56 p. (texto mimeografado).
- PITHAN, Livia Haygert. *A dignidade humana como fundamento jurídico das “ordens de não-ressucitação” hospitalares*. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- PROGRAMA LATINOAMERICANO DEL GENOMA HUMANO. *Declaração de Manzanillo*. Buenos Aires: 1998. Disponível em: <<http://www.bioetica.ufrgs.br>>. Acesso em: maio/2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SERRA, Angelo. Das novas fronteiras da Biologia e da Medicina – novos questionamentos para a Filosofia, para o Direito e para a Teologia. In: LADUSÃNS, Stanislavs (Coord.). *Questões atuais de bioética*. São Paulo: Loyola, 1990, p. 59–174.
- SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética*. São Paulo: Loyola, 1997. 2 v.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- UNESCO. *Declaração universal sobre o genoma humano e os direitos humanos*. Paris: 1997. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/docs/doc\\_ref\\_eticaPesq/GENOMA\\_DIREITOS\\_HUMANOS](http://conselho.saude.gov.br/docs/doc_ref_eticaPesq/GENOMA_DIREITOS_HUMANOS). Acesso em: maio 2004.
- VALLS, Ramón. Ética para la bioética. In: María CASADO. *Bioética, derecho y sociedad*, Valladolid: Simancas, 1998, p. 15 – 33.



# Crimes de perigo abstrato

Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira\*

Para os ideólogos alinhados a um direito penal marcadamente repressor, prioritariamente favorável ao fortalecimento do Estado, interessa politicamente, entre outras soluções fortes, a punição dos denominados “delitos de perigo abstrato”. A mera conduta, mesmo sem causar dano ou perigo de dano, passa a ser incriminada, graças a um temor generalizado de uma sociedade insegura, em decorrência das verdadeiras causas criminosas e da crise de anomia que torna frágil a ordem jurídica.

A criação de tipos de crimes de perigo abstrato, como querem os vinculados a um pensamento voltado principalmente para a repressão, dependerá, não de uma conduta efetivamente perigosa para a vida social, ante probabilidade concreta de

dano, mas de um comportamento simplesmente contrário a uma lei formal. O que interessa ao direito penal máximo é estabelecer que o crime decorra de uma previsão conceitual, para tornar poderoso e dominador o estado, transformando-o em uma finalidade em si mesmo. É, no entanto, esse excesso legislativo de tendência puramente repressória que, esquecendo as verdadeiras causas das condutas criminosas, deprecia a ordem jurídica e a torna frágil e pouco confiável.

Voltando às épocas remotas do direito, constatamos em contraposição à tendência expansionista de “criar” crimes formais e desnecessários, que a sociedade só entendia legítimo o interesse punitivo a ser exercido contra alguém, se se constatasse a existência

---

\* Professor de Direito Penal e de Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da UFRGS. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do RS.

de resultados materialmente danosos causados por uma conduta. Mesmo na atual fase do direito repressivo, ao se realizar o exame dos elementos do crime, sempre se parte da constatação de uma lesão a bem jurídico fundamental, para que a ordem jurídica se mobilize para punir, também, as condutas causadoras de efetivo perigo de dano.

De outra parte, o surgimento da teoria da imputação objetiva, inspirada no conceito de risco socialmente admissível, ser como fator de depuração da própria relação causal, impondo que se parta da constatação do resultado danoso para vinculá-lo à conduta de alguém. Só após, caso reconhecida a inexistência de risco admitido pela sociedade, se prosseguirá no exame de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade como elementos necessários à caracterização do crime e de sua punibilidade.

Modernamente, com o aumento da complexidade social e também pela necessidade de ser punido o autor de crimes tentados, mesmo sem ocorrência de resultados danosos, é que se passou a considerar delito a conduta causadora de perigo para determinado bem fundamental.

Assim, um crime sem resultado naturalístico, como o é uma tentativa branca de homicídio, deve apresentar verdadeira proximidade entre a conduta e o resultado pretendido. O perigo de dano, portanto, somente pode ser entendido como algo concreto, decorrente de uma conduta tal que

coloque em real probabilidade de perecimento o bem jurídico protegido pela norma incriminadora. Ou seja, um dano que está por acontecer ou na iminência de acontecer. Diferentes, são as tentativas improficuas em que não se vislumbra possibilidade de causação de dano.

Ou seja, sem perigo concreto para o bem protegido pelo tipo legal de crime, considera-se inexistente o próprio ato executório, elemento indispensável para a configuração de tentativa. Em conseqüência, devem ser desprezados os atos meramente preparatórios por destituídos de perigo de perecimento para o bem protegido.

Os bons doutrinadores estabelecem, com segurança, que a execução de um crime se caracteriza por colocar o bem jurídico em efetivo perigo de perecimento, na linha sabidamente seguida desde Betiol (*cabendo ao juiz ver se in concreto o ato executado poderia ter eficácia causal em relação ao evento tido em mira - Direito Penal*, ed. RT, 1971 - p. 229), e de Manzini, ambos na Itália. Da mesma forma, Maurach, na Alemanha - *Tratado de Derecho Penal - II - ed. Ariel, Barcelona, 1962 - p. 176*), Carrara e Vannini, citados por Hungria, no Brasil (*Comentários - vol. I, tomo II*, ed. Forense 58, p. 83 e 84) e Mayer (*Obra citada: "atos que atacam o bem jurídico"*).

Sem ocorrência desse ataque ou perigo, não se deve cogitar de punição penal. Por isso, o perigo a que se submete um bem protegido por norma

incriminadora, somente pode ser entendido como algo individualizado, pondo esse bem em concreta situação de pericimemento.

Para o juiz titular de jurisdição criminal, orientado por uma concepção moderna e democrática, mesmo fazendo parte do poder estatal, mas desvinculado das inspirações dos leviatãs, a mais importante preocupação, ao lançar a sentença, é cuidar se da conduta do agente resultou alguma lesão ou, pelo menos, um efetivo perigo de pericimemento de bem jurídico alheio.

Ante a sofisticação da vida social, como o são as atividades econômicas, e a intervenção do estado na vida das pessoas, passou-se também a considerar como resultados penalmente puníveis os comportamentos que podiam simplesmente causar perigos, mesmo sem possíveis alterações do mundo dos fatos. Aos poucos, na ânsia de se aumentar a proteção social, mesmo ofendendo o sistema do direito penal, começou-se a entender que ações, até mesmo ligadas remotamente a resultados prováveis ou apenas possíveis, segundo um juízo hipotético ou mesmo imaginário, deveriam ser consideradas como puníveis, desde que apresentassem potencialidade de “causar perigo”. Cada vez mais, passou a acentuar-se uma ideologia punitiva, ampliando o campo das condutas penalmente condenáveis, mesmo sem estarem ligadas a um resultado danoso, ou sem apresentarem uma direta situação de dano próximo, concreto, perceptível.

A adoção de um critério, ligado ao aumento da incidência do direito penal, fez com que o crime de perigo abstrato nascesse da ideologia de endurecimento do direito penal. Essa tendência acentuou-se, cada vez mais, diante da crise de anomia a desordenar a vida da sociedade moderna pelo descumprimento das normas do universo jurídico como um todo. Constatadas debilidades e falhas da ordem estabelecida pela Constituição e pelas leis, passou-se a apelar para ameaças de punição, criando uma prevenção geral indiscriminada numa extensão abusiva e desnecessária do direito penal. Isto é, o verdadeiro direito criminal saiu de seu leito histórico, aumentando a descrença em sua efetividade.

A pretendida ampliação do penal, hoje em dia mais preocupado em punir do que em estabelecer previamente o que seja substancialmente uma conduta criminosa, apresenta-se em inegável fase de expansão legal. Em consequência demonstra-se responsável pela quebra de princípios essenciais à sua natureza. É inegável que as normas nascidas da nova tendência criaram um conjunto assistemático, fragmentário, amorfo e acientífico, responsável pela fragilização da segurança jurídico-penal e da quebra de sua efetividade. Afetado que está pela patologia do gigantismo, o chamado direito penal, que mais se preocupa em punir do que em definir prioritariamente a conduta punível, demonstra-se débil e destituído de respeitabilidade.

A preconizada solução “interventiva máxima” do direito penal, atingindo várias frentes, desenvolveu-se no sentido de encontrar uma solução supletiva ou mesmo substitutiva de outros ramos do direito, entendidos como insuficientes ou inoperantes para disciplinar a vida social.

A conseqüência dessa intervenção ideológica do direito penal foi a ampliação do direito punitivo, coincidente ou coextensivo com o direito civil, com o comercial, o administrativo, o tributário, o previdenciário, o trabalhista, o do consumidor e tantos outros. Chegou-se a ir além, com a superposição e anteposição do penal em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico.

Ao mesmo tempo em que se impunham, por exemplo, sanções tributárias, com base no ramo jurídico apropriado, aplicavam-se cumulativa e desnecessariamente soluções penais. A tendência intervencionista foi mais além. Mesmo que o direito especial não incidisse sobre o fato, em decorrência de soluções administrativas, ainda assim passou-se a entender aplicável, concomitantemente, até mesmo prioritariamente, o penal, diante da denominada “independência das esferas”. Pouco importa, como querem, que o ramo jurídico de natureza verdadeiramente constitutiva e não meramente sancionatória proporcione solução diversa da incidência penal. Em conseqüência, o direito penal, que somente deveria atuar quando já tivessem falhado os demais ramos,

passou a ser deles independente, pouco importando que colidisse com o direito prioritário. Passou-se a condenar penalmente, antes que o direito administrativo, o tributário ou o financeiro pudessem apreciar a matéria identicamente fáctica à tratada em processo criminal.

O direito penal passou a ser o grande e poderoso guardião a tutelar a ordem jurídica em geral, atuando não somente com independência quanto aos outros ramos, como até mesmo antes e acima deles, ou com eles colidindo frontalmente e criando-se verdadeira desarmonia interna no ordenamento jurídico. Inverteu-se a destinação normal dos ramos componentes do direito. E, o que é ainda mais grave, passou-se simplesmente a desprezar o ramo materno e seus conceitos.

Diante de condutas que representem um perigo puramente abstrato, longínquo, de uma potencialidade imprecisa, passou-se a entender como aplicável o direito penal, no sentido de impedir desobediência a outros tipos de normas jurídicas. Outorgou-se ao juiz criminal uma espécie de poder de tutela geral sobre ações normalmente reguladas por outros ramos do direito. Chegou-se mais longe, ainda. Passou-se a punir não somente condutas contra normas de outros ramos do direito como até mesmo simples desobediências a essas normas.

A demasia, demonstrada gritante, decorre da ideologia do crescimento penal, nascida da fragilidade e até mesmo da ineficácia das normas

extrapenais. Em conseqüência, passou-se a oportunizar ao juiz, mesmo sem se visualizar a proximidade de um dano, a atribuição de procurar potencialidades danosas e ao legislador, a competência para criar bases normativas destinadas a punir crimes de perigo. Nasceram, então, previsões genéricas, concedendo-se ao julgador um amplo espectro decisório, sem previsão específica. O resultado mais evidente foi o de criar normas penais em manifesta desarmonia com a regra matriz e historicamente consagrada dos crimes de perigo, contida no artigo 132 do Código Penal.

Ora, o delito do art. 132 é, sem dúvida, o grande paradigma dos demais crimes de perigo, ao exigir que a conduta crie um “perigo direto e iminente”, como consta do tipo legal. Para ele não basta que se pense numa possibilidade de ocorrência de um dano futuro, potencial; é imprescindível que a conduta se avizinha concretamente de uma lesão. (Como exemplo da tendência expansionista, pode-se citar comportamentos apenas aparentemente perigosos para o sistema financeiro. Mesmo que não se tenha emitido nenhum título de crédito que viesse a ser protestado ou executado, determinadas condutas poderiam “abalar”, potencialmente, futuramente, e até imaginativamente, a seriedade das instituições bancárias e financeiras. Nesse caso não se há de falar em perigo concreto, sendo descabida a condenação de um agente que tenha apenas desobedecido a normas

abstratas, sem que essa desobediência tivesse qualquer efetividade para pôr em perigo o bem jurídico protegido).

Diferentemente e longinquamente da linha tradicional, surgiram normas punitivas de perigo abstrato, dispendo de modo diverso do que historicamente se estabelecera a partir do referido crime de *perigo para a vida e saúde de outrem*, como consta de seu *nomen juris* no Código Penal e de sua restritiva redação (*perigo direto e iminente*).

Nasceram dispositivos penais que se valem da expressão “dano potencial”, sem exigir que o perigo seja real, iminente ou direto. Com essa imprecisa “previsão” legal, poderá o juiz realizar a atividade interpretativa, avançando, até mesmo ampliativamente, *in malam partem*, e tornando frágil o princípio da legalidade, legalidade essa que parte sempre e necessariamente da objetividade jurídica do tipo.

Ora, os crimes de perigo abstrato não apresentam objetividade jurídica em si mesmos, salvo se se quiser entender como tal a pura desobediência a uma norma jurídica, sem lesão ou sem ameaça a direito. Com isso, o poder de decidir sobre o que seja potencialidade danosa acaba situado no âmbito do arbítrio.

A ampliação do direito penal, no sentido de punir danos abstratos (pedese perdão pela colisão semântica do termo *dano* com o termo *abstrato*), foi um dos caminhos seguidos por essa tendência de juristas, não afeitos, em sua expressiva maioria, ao direito penal sistemático e metodologicamente científico.



Não se poderá dizer que essa linha de pensamento tenha qualidade mínima para se filiar a uma base filosófica. Ao contrário, por criar normas assistemáticas e fragmentárias, sem se endereçarem à preservação de bens fundamentais, verdadeiro objetivo do direito criminal, agride o mais singelo pensamento de cunho filosófico-valorativo. Seu desprezo à própria substância do direito criminal e à sua axiologia mostra sua inaceitabilidade. A admissão e até mesmo o incentivo a essa colidência com um universo jurídico, necessariamente harmônico dentro de si mesmo, demonstra a quebra de seu verdadeiro objeto.

A abusiva expansão do penal nasceu da grande preocupação com a falta de efetividade prática das normas extrapenais. Por isso, passou-se a procurar, em favor destas, uma bengala jurídica: o direito penal. A solução encontrada foi apelar, de modo simplista, para as sanções penais, em desarmonia com a conceituação verdadeiramente substancial de condutas previamente sacramentadas no preceito da norma como crimes.

O juridicamente aceitável, diante de tudo que se expôs, é que esse ramo do direito deva voltar a se denominar direito criminal e não penal. E que se preocupe com condutas substancialmente delituosas, necessariamente puníveis, e não apenas com um efeito penal meramente pragmático, de cunho político ou portador de um efeito promocional e simbólico dedicado a uma sociedade temerosa e a uma mídia sequiosa por notícias de punição.

A verdadeira posição filosófica e especificamente lógica do direito deve partir de um conceito substancial de crime, como fato causador de danos ou perigos concretos, que abalem a ordem jurídica. Somente diante disso, surge a necessidade da punição. E punição somente se impõem quando necessária. Aliás, o artigo 59 do Código Penal, verdadeiro elemento demonstrador da ideologia que marca a sistemática do Direito Penal, estabelece com clareza que a pena, destinada a reprovar o comportamento criminoso, deve ficar adstrita ao critério da necessidade. Ultrapassado esse critério, está-se a ofender a própria ordem penal em sua inteireza, pois a intervenção estatal não pode ser indiscriminada e arbitrária. E o limite que impede a intervenção abusiva é o próprio critério de necessidade.

O legislador que descobrisse, no meio social, condutas atentatórias a bens fundamentais, para, após, formular soluções punitivas, teria um pudor maior ao cumprir a tarefa de cominar penas, se usasse prioritariamente a lógica de estabelecer e dimensionar os preceitos criminais.

Acautelando-se em uma linha racional, sopitaria a ânsia de criar indiscriminadamente normas punitivas, de inspiração política, restando a tendência de construir um direito penal máximo.

Legisladores e doutrinadores deveriam partir, com seriedade, de um conceito substancial de crime e não de uma suposta utilidade ou simples pragmatismo terrorista da conse-

qüência penal. O verdadeiro legislador não se deve preocupar, com cominações de penas desnecessárias, em atemorizar os agentes de comportamentos simplesmente irregulares, ou atinentes a outros ramos jurídicos, mas destituídos de potencial ofensivo a bens fundamentais para a vida social.

Não se pode aceitar, por juridicamente incorreto, o aumento demasiado do número de normas punitivas, para justificar uma suposta mas inexistente necessidade de condenações penais, mormente se as condutas incriminadas não se harmonizam com um conceito material de crime.

O que se deve punir é a conduta causadora de lesão a um bem jurídico essencial ou a ameaça concreta a um direito e não simplesmente a violação de um dever puramente formal, destituído de ofensividade. O certo é que existem, em nosso ordenamento penal, determinadas normas incriminadoras a preverem penas para condutas de simples perigo abstrato, afetando-se, assim, o conceito substancial de crime. Pune-se uma conduta como resposta a um suposto crime formal ou um crime presumido, quando se sabe que toda presunção punitiva em direito criminal demonstra-se odiosa.

Sem lesão ou perigo concreto de se atingir bens fundamentais, não se há de falar em crime, muito menos em aplicação de penas, solução que sempre dependerá do juízo prévio, incriminador de condutas delituosas. O princípio da razoabilidade resulta desobedecido sempre que se aplique pena a uma

conduta que sequer represente ameaça a direito, ou que não se apresente como ontologicamente delituosa.

Foi da tendência de expansão do direito penal (afrontando um conceito básico de crime) que surgiram as previsões de punição dos delitos de mero perigo abstrato. A incriminação dessas condutas, destituídas de perigo concreto, demonstra-se manifestamente abusiva, pois a Constituição, dispõe em seu art. 5º, inc. XXXV, que *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*. Ou seja, juntamente com o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial, a Carta Maior dispõe que a exigência da submissão de fatos ao exame judicial se faça relativamente a uma lesão efetiva a um bem, ou a ameaça a direito.

Ora, a ameaça a um direito decorre da conduta do agente que tenha em mira ofender um bem fundamental protegido pelo ramo do direito definidor de crimes.

Não há como deixar de concluir que a ameaça está ligada, necessariamente, a uma lesão a ser produzida, pois quem pratica a ameaça pelo menos aceita lesionar, ou intimidar, ou afetar um direito, prometendo um castigo ou malefício ao sujeito passivo. A ameaça está vinculada, sempre e necessariamente, a um dano concreto, nunca abstrato, ou nada abstrato, pois a noção de ameaça a um direito é incompatível com algo intangível ou meramente potencial. O ramo criminal não pode cuidar de exercícios hipotéticos.

Quem ameaça um direito, pensa no pericimento de direito alheio ou do bem protegido por esse direito. Nada há de abstrato, portanto.

Pode-se até admitir, mas apenas para argumentar, que os delitos de perigo abstrato não chegam a ofender formalmente a letra da norma constitucional, presente no art. 5º, XXXV, por não vedar que outras conseqüências jurídicas possam ser submetidas ao Judiciário. No entanto, não resta nenhuma dúvida de que a tipificação legal de crimes de perigo abstrato afronta a ideologia e a principiologia da Constituição. Esta somente se preocupa em assegurar obrigatória atuação judicial quando se constatarem lesões ou ameaças a direitos. Nem se pode entender de outra maneira, pois a lei maior, ao estabelecer o princípio da inafastabilidade de apreciação judicial, é clara quanto ao objeto dessa apreciação, isto é, a causação de uma lesão ou a ameaça a direito, conseqüências que a lei exige, sejam submetidas ao Judiciário. E ameaça somente se pode direcionar contra algo, de modo direto e iminente.

Se alguém praticar ação definida como crime de mera conduta, sem causar nenhum perigo concreto, a solução vem representada pela aplicação de sanções administrativas ou civis, mas certamente extrapenais. Isso porque os “perigos abstratos” não podem ser punidos penalmente. De um lado, porque nenhum perigo pode ser abstrato, pois a abstração não é perigosa; de outro, por limitar-se a

desobedecer a uma proibição, sem que disso resulte perigo direto e iminente para determinado bem fundamental.

Assim, há de se concluir, em conformidade com o disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, como já se enfatizou, que o direito penal destina-se a punir fatos causadores de lesões efetivas ou de ameaças concretas e diretas a direitos, postos em efetivo perigo de pericimento. Há de se considerar a pena como conseqüência da prática de crime, conceituação juridicamente lógica e antecedente à tarefa de cominar penas.

A solução mais adequada para impor-se sanção penal, como resposta a ações delituosas, é a que parta de uma definição jurídica de ilícito criminal. O crime, segundo uma linha sistemática, deveria ser definido como categoria contrária ao direito, pelo ramo próprio, isto é pelo direito criminal, único detentor das condições de amplo domínio doutrinário, necessárias para fixar conceitos substanciais sobre condutas contidas nos preceitos das normas incriminadoras. Somente após a definição das condutas que constituem crime é que cabe a previsão da pena, como resposta que é à prática de condutas delituosas.

Ao contrário do que atualmente acontece no criticável direito penal promocional do Estado, mais preocupado com soluções formais e midiáticas, a ordem jurídica deverá abandonar propostas de penas simbólicas para, prioritária e antecedentemente, identificar as

condutas verdadeiramente ofensivas aos bens jurídicos fundamentais, segundo o princípio de razoabilidade, adequando as penas ao critério da necessidade de punir.

Sempre que se ultrapassar o limite da necessidade da punição, estabelecido no art. 59 do Código Penal como seu verdadeiro apoio ideológico, quer criando normas incriminadoras desnecessárias, quer impondo condenações desnecessárias ou ultrapassando o limite da necessidade da pena aplicada, estaremos praticando o mais prejudicial atentado contra a verdadeira natureza do direito criminal.

Em conclusão, cabe resumir:

O disposto do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, indica como juridicamente relevante a causação de lesões efetivas ou ameaças a direitos, só podendo ser entendidas como verdadeiras ameaças as que sejam concretas, pois ameaças abstratas inexistem.

Em consequência, a ordem jurídica não deve admitir crimes de perigo abstrato, por não conterem as condições concretas e diretas e

afetarem bens fundamentais juridicamente protegidos.

A lógica jurídica indica ser prioritária a tarefa de definir o que seja crime, como conduta pelo menos causadora de lesão ou ameaçadora a direito, de modo concreto e direto. Somente após assentada a definição do crime, se fará a previsão da sanção aplicável ao agente; não como acontece quando o legislador parte do interesse de aplicar penas de efeito simbólico, promocional do Estado e de seu interesse em estabelecer a ordem pública, para só depois definir se o fato é substancialmente delituoso por afetar bens essenciais à sociedade.

É inaceitável a inversão ilógica nascida com o direito penal máximo. Ou seja, o ponto de partida na formulação das normas incriminadoras deve ser o reconhecimento da criminalidade da conduta, no preceito do tipo penal, para somente depois se estabelecer a cominação da pena. Do mesmo modo, o juiz somente aplicará pena, segundo o critério da necessidade, se reconhecer a criminalidade substancial de uma conduta.



# Considerações teórico-práticas sobre o ensino jurídico\*

Plauto Faraco de Azevedo\*\*

## 1. DOS PRESSUPOSTOS TEÓRICOS

Qualquer modificação ou reforma do currículo do ensino jurídico tem que ser precedida de uma avaliação de sua estrutura atual. Por outra parte, refletir sobre o ensino jurídico importa, sempre, em determinar e valorar a *idéia prévia*, que lhe subjaz e que o orienta. Esta *idéia prévia* do direito habitualmente não é explicitada. É ela a concepção positivista do direito, cuja gnoseologia limita o conhecimento do direito positivo a *juízos de constatação*, pretendendo, assim, fundar sua cientificidade.

Segundo este ponto de vista, o trato do direito positivo, para ser científico, precisa ser rigorosamente separado de

suas matrizes econômicas e políticas, daí resultando o divórcio entre o direito positivo e a realidade social. Por outras palavras, o que importa ao direito “cientificamente concebido” é o *conhecimento estrito do ordenamento jurídico segundo os dados dele exclusivamente oriundos*.

O mundo jurídico é separado do contexto histórico presente, conduzindo à convicção de que, se a sociedade vai mal, isto não diz respeito ao jurista, pois que lhe compete tão-só velar pelo mundo jurídico puro. É nesta visão que se insere a *dogmática positivista*, que se diz neutra, mas não consegue encobrir seu comprometimento ideológico.

É ideológico o pensamento que, pretendendo derivar unicamente de

---

\* Considerações tecidas a pedido do Centro Acadêmico Hugo Simas, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Católica de Louvain; ex-professor nos cursos de Graduação e Pós-Graduação *stricto sensu* da UFRGS; ex-pesquisador do CNPq.

seus dados racionais, apresenta influência de dados sociais, particularmente econômicos, embora aquele que o formula possa disto não ter consciência.<sup>1</sup> Dele resulta a adulteração do sentido dos fatos sociais reais.

Para evitar-se, tanto quanto é possível, o procedimento ideológico adulterador da compreensão dos fatos, cumpre, como ensinava Hermann Heller, evitar o trato das questões independentemente do quadro histórico a que pertencem, com interesse exclusivo em seu logicismo interno.<sup>2</sup> A precisão conceitual, indispensável ao trato científico dos problemas, não se confunde com o culto do conceito pelo conceito, esquecido da realidade social. Na medida em que confunde o conceito com a realidade, a literatura jurídica revela-se não só não científica, mas também incondicionalmente comprometida com a manutenção do *statu quo*.

É claro que tal modo de pensar o direito positivo pode ser tranquilizante, pois sua conexão com os fatos que regula, com seus valores e efeitos sociais, pode ser extremamente incômoda, particularmente em uma realidade como a presente, caracterizada pela exclusão, em que a *justiça distributiva* tem servido meramente para uso retórico.

O estudo do direito tem que se orientar pelo *acurado exame de suas fontes* – da Constituição, de seus princípios orientadores, dos direitos fundamentais que ela prevê, dos diversos códigos compreendidos a partir de seus eixos fundamentais e da aplicação jurisprudencial que os vai ajustando às necessidades sociais, dos conceitos jurídicos fundamentais à compreensão da ordem jurídica global e dos conceitos jurídicos específicos a cada um de seus setores. E, como ensinava Kelsen, a ordem jurídica se estrutura em patamares de importância ascendente, culminando na Constituição.

Sem o domínio deste conhecimento não é possível atingir o “audatório” ao qual os profissionais do direito se dirigem. A argumentação, que constitui a base do raciocínio jurídico,<sup>3</sup> perde-se na incomunicabilidade, tornando-se inútil.

Não é menos verdade que o estudo “dogmático” do direito, tendo em vista a determinação do sentido das normas, para posterior aplicação, precisa seguir a sua evolução doutrinária e jurisprudencial para chegar à sua significação presente. Acompanhar a evolução jurisprudencial é seguir a experiência histórica por que passam as normas, que não é, nunca foi, e jamais será *neutra*. Tampouco será

---

1 LALANDE, André. *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*. 10. ed. rev. Paris: PUF, 1968, p. 459.

2 HELLER, Hermann. *Teoria del estado*. Prefácio. México: Fondo de Cultura Económica, 1942. Passim.

3 PERELMAN, Chaim. *Logique juridique: nouvelle rhétorique*. Paris: Dalloz, 1976.

necessariamente lógica, ou poderá afastar as opções, vale dizer, as *valorações* perceptíveis em seu curso, através do tempo.<sup>4</sup>

Nem é por outra razão que Holmes, – notável juiz da Suprema Corte norte-americana, que muito contribuiu para a sedimentação do realismo jurídico e conseqüente negação do automatismo jurisdicional –, escreveu que “a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência... a lei consubstancia a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos, não podendo ser tratada como se contivesse unicamente os axiomas ou corolários de um livro de matemática”.<sup>5</sup>

O estudo da Ciência Jurídica não se pode resumir ao aprendizado acrítico do direito, sob pena de afastar o mundo dos juristas do mundo real, fazendo emergir o ceticismo do convívio de duas verdades – a do povo e a dos juristas.<sup>6</sup> Neste sentido sua metodologia tem que ser revisada, de forma a incluir jornais, revistas, filmes, etc., a fim de que o aluno possa contextualizar a experiência jurídica.

Sendo inegável que o trabalho realizado pela dogmática jurídica seja predominantemente lógico-descritivo é, no entanto, desarrazoado estudar-se as leis

ou os conceitos jurídicos segundo uma perspectiva exclusivamente lógica, indiferente à sua significação.

O autêntico estudo do direito é criativo e sensível ao quadro histórico a que se destina. Para isto, trata de unir as diferentes perspectivas do direito, ao invés de cindi-las, em nome de uma pseudo-ciência do direito.

O ensino e a aplicação do direito ligam-se inelutavelmente à sobrevivência do Estado e do padrão de relações humanas por ele protegidas. Embora esta asserção seja evidente, é difícil encontrá-la nos livros jurídicos. A auto-preservação do Estado confunde-se com a manutenção da estrutura econômica e política assegurada pelo direito positivo. Por isto, a argumentação no direito tem que considerar certos limites historicamente variáveis. Tais limites encontram-se nos princípios constitucionais estruturadores da ordem jurídica democrática. Mas mesmo tais princípios são suscetíveis de aperfeiçoamento e de arranjos em busca de equilíbrio entre os diversos valores que exprimem. É este o campo da ponderação de bens, que passa pelo teste da razoabilidade na decisão dos casos concretos.<sup>7</sup>

---

4 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Justiça distributiva e aplicação do direito*. Porto Alegre: Fabris, 1983, p. 113-114.

5 HOLMES, Oliver Wendell. *The common law*. Boston: Little, Brown, 1963, p. 5.

6 FAORO, Raymundo. *A injustiça nos tribunais*. Aula inaugural na Faculdade de Direito da UFRGS, em 20 de março de 1986. Porto Alegre: UFRGS, 1986, p. 8-9.

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1161-1165.



É este um ângulo fecundo, desenvolvido pelo constitucionalismo atual, mas a ele não se limita. A ponderação dos interesses já era tratada de modo acurado por François Gény, do ponto de vista do direito privado, criticando o automatismo da aplicação do direito preconizada pela Escola da Exegese.<sup>8</sup> Tratava-se, como hoje se trata, de transcender a concepção positivista da Ciência do Direito, ligando o sistema legal a seus fundamentos, aferindo os valores que exprime e cuidando dos seus resultados, no julgamento dos casos concretos, em conformidade com as necessidades sociais.

Nada melhor do que o estudo da Hermenêutica Jurídica para ver-se o quanto o direito positivo tem-se modificado, a partir das valorações propostas pelos advogados e aceitas pelo prudente critério dos juizes, a tal ponto que se pode afirmar que muitas das salutares modificações, ocorridas no direito de família pátrio, resultaram de

longo trabalho jurisprudencial, para não só aludir a este ramo do direito. É oportuno lembrar – e nunca é demais repeti-lo – que a Hermenêutica Jurídica só pode construir-se adequadamente entre dois extremos, que devem ser sempre evitados: nem o juiz pode-se converter em legislador, nem este pode ser tido como onipotente ou onisciente. É de se reservar um lugar especial à Hermenêutica Constitucional.

É nestes limites que o saber jurídico pode reviver, e eventualmente reconstituir o direito positivo,<sup>9</sup> salvaguardando a segurança jurídica sem absolutizá-la, em direção ao aperfeiçoamento da ordem jurídica. Se a segurança jurídica não pode ser absolutizada, muito menos pode ser menosprezada, como bem sabem e sentem os práticos do direito e todos aqueles que, sendo partes no processo, buscam o reconhecimento de seus direitos, tal como prefigurados na ordem jurídica.

Mas é preciso também reconhecer, como ponderava Bergson, em texto

---

8 GENY, François. *Méthodes et sources en droit privé positif*. Préf. de Raymond Saleilles. 2. éd. rev. e mise au courant Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1950. t. I, p. 1-12, passim. A primeira edição desta obra data de 1899 e a segunda, revista atualizada, data de 1919, tendo sido reimpressa em 1954. GENY, François. *Science et technique en droit privé positif*. Paris: Recueil Sirey, 1913. v. I, p. 25-28.

9 Como assevera Larenz, “a ciência do direito desenvolve por si métodos de um pensamento ‘orientado a valores’, que permitem complementar valorações previamente dadas, vertê-las no caso singular e orientar a valoração que de cada vez é exigida, pelo menos em determinados limites, a tais valorações previamente achadas. Nesta medida são as valorações suscetíveis de confirmação e passíveis de uma crítica racional”, sem que seus resultados possam “alcançar o mesmo grau de segurança e precisão de uma dedução matemática ou de uma medição empreendida de modo rigorosamente exacto”. LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. Lisboa: Calouste, 1997, p. 3.

reproduzido em “desenho livre”, por Raymundo Faoro, que “a lei não pode, senão refugiando-se num tempo morto, afastar-se da sociedade, das exigências que lhe asseguram o movimento expressas em valores que não estão além da lei, mas dentro dela”. A adaptação da lei aos casos concretos tem que ter por eixo a justiça, que “evocou sempre idéias de igualdade, de proporção, de compensação”. Sem a justiça “a sociedade talvez pudesse subsistir, mas subsistiria pela violência, pela repressão, pelo medo, imobilizando a paz, sobre a qual repousa. Fora da justiça, ainda que as sanções da lei se apliquem, o homem será o lobo do homem, pela quebra do convívio fundado no consentimento e na cidadania.”<sup>10</sup>

A sutileza do trabalho jurídico, – envolvendo conhecimento e interpretação de fatos e de leis, adequando estas aos contornos daqueles, caminhando pelo leito da segurança jurídica, percebendo-a como imantada pela justiça –, exige *esmerada formação*. O advogado não pode ser “a engrenagem mestra do aparelhamento do Estado”, nem “um técnico destro a todos os malabarismos, a serviço de quaisquer interesses, espécie de tecnocrata do sofisma”. O advogado há de recobrar o traço, que já o caracterizou, na história do Brasil, havendo de ser, “substancialmente, um

intelectual”, sendo a característica do intelectual “o anticonformismo, ainda que não revolucionário, ainda que nem sempre oposicionista”.<sup>11</sup>

Limpado o horizonte intelectual dos antolhos positivistas, não há porque negar que a Ciência Jurídica tenha um comprometimento com a busca da justiça social. Feita esta ultrapassagem, o trabalho do jurista não se exaure nas abstrações, mas tem relevante papel social.

O extravio do discurso jurídico se dá pela aceitação do pensamento parcelar, que, além de cindir o direito positivo, o separa dos demais ramos do conhecimento. Ao revés, é essencial a admissão de *investigações interdisciplinares*, de modo a habilitar o jurista a compreender a totalidade do social. Sem esta compreensão, o jurista entenderá sempre insuficientemente o direito positivo. O conhecimento dos fatos, de seu encadeamento e de suas motivações, é imprescindível. Não se compreende o direito sem perquirir os fatos, pois é em função destes que se põe e se aplica o direito positivo.

## 2. DISCIPLINAS PROPEDEÚTICAS

Feitas estas considerações, chega-se às disciplinas propedêuticas que concorrem à ampla formação do jurista, permitindo-lhe exercitar o raciocínio

---

10 FAORO, Raymundo. *A injustiça nos tribunais*. Aula inaugural na Faculdade de Direito da UFRGS, a 20 de março de 1986. Porto Alegre: UFRGS, 1986. p. 14.

11 FAORO, *A injustiça...*, p. 7.

sobre suas estruturas conectadas ao quadro histórico a que se destinam e de que sofrem a influência. Assim se articula a compreensão do direito em uma perspectiva transpositivista, apta a interpretá-lo e aplicá-lo com sensibilidade humana.

Neste sentido, a disciplina de Introdução à Ciência do Direito assume relevância sem par, pelo seu caráter formativo, à condição que seus conteúdos sejam propícios ao entendimento da ordem jurídica, de sua estrutura, hierarquia, de seus princípios ou valores fundamentais. Para isto a Introdução é, em um primeiro momento, Teoria Geral do Direito, tratando das fontes, reservando lugar especial à jurisprudência. Em um segundo momento, é uma iniciação à Filosofia do Direito, propiciando uma idéia sucinta das diferentes correntes do pensamento jurídico. Em um terceiro momento, pode ser uma introdução ao Direito Comparado, mediante a exposição dos pressupostos básicos dos sistemas romano-germânicos (*civil law*) e da *common law*, deixando claro que a experiência jurídica não se restringe à tradição ocidental, precisando ser sensível à interculturalidade. É certo que nada disto pode ser feito sem que se atribua a esta disciplina o tempo necessário à maturação discente, em dois semestres.

Disciplina introdutória sempre foi o Direito Romano, beneficiando-se o profissional do direito com o conhecimento de seus institutos jurídicos fundamentais, historicamente considerados, de modo a perceber-se

a ultrapassagem do *jus civile* ao *jus gentium*, e a seiva “jurisprudencial” do direito pretoriano, contraposta à codificação de Justiniano.

Noções de *Economia Política* (não de economia neoliberal) são essenciais para que o profissional do direito possa discernir a vulgata economicista vigente, ditada pelos organismos internacionais de crédito e “regulação” do comércio e difundida pela Universidade de Chicago e congêneres. Apregoando esta o livre comércio, a abertura total dos mercados, em que pese a múltipla disparidade entre eles, forra-se de matemática e estatísticas descontextualizadas, para impor sua mensagem estratificadora da configuração atual da sociedade internacional, que consagra a miséria da maioria, em favor da opulência de poucos potentados. À *Economia Política*, ao revés, cabe o exame crítico da *globalização financeira* vigente, aferindo a *internalidade dos custos*, revelando o artifício da sua *externalidade*, vale dizer, computando os pesados custos ambientais e sociais da vigente teoria econômica.

### 3. DISCIPLINAS OBRIGATÓRIAS

O ensino do Direito Constitucional abre o leque das disciplinas obrigatórias como estruturador da ordem jurídica e definidor dos direitos fundamentais, devendo ser capaz de apontar criticamente o ataque à dimensão social destes e o menosprezo à efetividade de sua dimensão ambiental. Quanto à

primeira, a cada dia melhor se percebe a fratura na Consolidação das Leis do Trabalho, que vem fazendo desaparecer “o sujeito para emergir tão-só a mão de obra contratada. Cada um por si, no mercado, disputando segundo suas capacidades e habilidades e assumindo a culpa de não ser um vencedor”.<sup>12</sup> É também crucial o exame do avanço das medidas provisórias, cujo excesso atenta contra o princípio cardeal da tripartição dos poderes.

Não pode faltar, no elenco das disciplinas obrigatórias, o Direito Ambiental, que tem como valor fundamental a preservação da vida. Tudo o que se possa dizer a este respeito será pouco, dada a relevância do interesse que protege, demandando consideração acurada tanto do ponto de vista do direito material quanto processual. Sua importância ímpar é perceptível na Constituição de 1988, que lhe consagra um capítulo de singular penetração.

É fundamental a História do Direito. Sem o fio condutor da história nada se compreende. É estudando-a que o profissional do direito pode adquirir uma visão do direito medieval – dos glosadores e pós glosadores –, do direito moderno – da era das codificações, das grandes constituições liberais, do Estado social, e da tendência neoliberal, regressiva, atual, agressora dos direitos fundamentais sociais, em nome da “sacralidade do mercado”.

A Hermenêutica Jurídica constrói-se orientada aos diferentes métodos de solução das controvérsias e com os olhos voltados para a atividade jurisdicional – ao *prudente arbítrio dos juízes e seus limites*, evitando o vezo do “leguleio amante da letra redonda da lei” (Cunha Gonçalves) ou subscrevendo a prática do “juiz-legislador”.

À Filosofia do Direito cabe aprofundar as noções ministradas pela Introdução e pela História do Direito, tendo como objetivo favorecer a crítica racional do direito positivo, achegando-se à vida e acautelando-se da tendência às elocubrações abstratas e ao fascínio dos modismos acadêmicos. Ponto de suma importância é a determinação das relações entre direito, moral e ética.

A importância do Direito Administrativo não necessita ser encarecida, tendo em vista os problemas e conceitos fundamentais com que lida, dentre os quais sobrelevam os de bem público, de ato administrativo, poder de polícia, atos e contratos administrativos, bens públicos, o de discricionariedade administrativa e controle judicial, etc. É nele que se reflete a questão da dimensão do Estado, posta pelo neoliberalismo como a necessidade do “Estado mínimo” como a panacéia para a solução de todos os males. Neste sentido é relevante o exame crítico das denominadas Agências Reguladoras.

O Direito Tributário tem singular lugar no ordenamento jurídico,

---

12 COUTINHO, Aldacy Rachid. Globalização e direito do trabalho. *Direito e Democracia*, Canoas: v. 1, n. 1, p. 163-176, 2000.

discriminando os tributos a serem cobrados e os devolvendo sob a forma de serviços à comunidade. Para ser bem compreendido tem que ser trabalhado com a Teoria da Constituição. Da adequada estruturação positiva do Direito Tributário dependem o bom andamento da coisa pública e a salvaguarda da integridade da federação.

No que toca ao Direito Penal, é de tentar-se, sempre, a conexão de seu estudo dogmático com a Criminologia e a Sociologia, para que não se percam de vista as múltiplas motivações do crime, de modo a permitir o questionamento das diferentes políticas criminais.

O Direito Internacional Público está a necessitar atenção especial, visto que tem sido literalmente pisoteado, apesar de sua função nitidamente civilizatória. O mundo globalizado não pode ser governado pela força bruta. O fundamento do direito acha-se no respeito à *dignidade humana*, como se percebe e se anota nas constituições democráticas e nos tratados internacionais.

No Direito Material, é de se enfatizar o estudo dos novos contornos do Direito de Família, decorrentes do avanço da biologia e das novas configurações de vários de seus institutos, a merecerem crítica e prudente aferição.

No Direito Processual, cuja importância é incontestável, é desejável que seu ensino sublinhe seu caráter *instrumental*, para que de seu aprendizado não resulte a substituição do formalismo pela substância dos interesses em litígio. A forma tem como

único sentido favorecer a segurança jurídica. O processo não pode ser utilizado como artifício para encobrir dificuldades e fugir da responsabilidade das decisões. O processo é *meio* de composição de litígios e não fim em si.<sup>13</sup>

#### 4. DA PRÁTICA JURÍDICA

Todas as considerações expendidas, enfatizando a imprescindibilidade de disciplinas, tanto propedêuticas quanto estruturais, não teriam sentido se não servissem ao caráter prático do direito positivo e a seu aspecto profissionalizante.

Todo discurso jurídico que não tenha em vista as diversas profissões jurídicas – Judicatura, órgãos do Ministério Público, advocacia pública ou privada, magistério jurídico, Defensoria Pública, consultoria jurídica pública ou privada, etc. – não serve às finalidades práticas do direito.

É tendo em vista a necessidade do prudente e eficaz desempenho dessas funções que se trata de instrumentalizar o profissional do direito com as noções essenciais ao seu bom desempenho.

Com esta finalidade, estrutura-se, de modo paulatino, à *medida em que se desenvolve o curso*, a *Prática Jurídica*, a qual, de nenhum modo, se exaure na memorização dos manuais de elaboração de petições, necessitando oferecer ao futuro profissional meios de estruturação do raciocínio, habilitando-o à arte da argumentação, que é o método peculiar ao direito, como adverte Perelman. O

---

13 AZEVEDO, *Justiça distributiva...*, p. 129-33.

desenvolvimento da argumentação visa à solução das questões jurídicas, tanto na área consultiva quanto na área judicante. Faz-se ela para solver litígios, para aventar *soluções práticas a problemas práticos*, envolvendo fatos, valores e normas (Reale). Não pode, por isto, esgotar-se em distinções e subdistinções sibilinas, que só servem para aprofundar a descrença do direito pelo povo. Diante dos processos, o profissional do direito precisa ser servido *por uma dogmática transpositivista*, capaz de distinguir os *interesses em questão, apreendendo-lhes o valor*, para poder entre eles optar.

Nestas condições, teoria e prática do direito são correlativas. Como escreve Roberto Lyra Filho, não “há prática decente sem uma teoria válida em que se arrime. Lembrava, há muito, Ortega que toda teoria é teoria da prática e a prática não é mais do que práxis da teoria”.<sup>14</sup>

## 5. REFERÊNCIA A ALGUMAS DISCIPLINAS OPTATIVAS

Muitas das disciplinas consideradas optativas, na verdade o são por injunção temporal, sem que se possa negar sua importância à teoria ou à prática do direito. Dentre elas podem-se enumerar: Direito Internacional Privado, Direito Agrário, Previdenciário, da Infância e da Juventude, Bancário, História das Idéias Políticas, Sociologia Jurídica, Organizações Internacionais, etc. A montagem curricular a este respeito, constitui trabalho delicado a

demandar cuidadoso critério, segundo a ênfase peculiar a cada curso.

## 6. DURAÇÃO DO CURSO

Por mais extemporâneo que possa parecer, no contexto de pragmatismo vigente, a Universidade Pública precisa ter em vista, se necessário for, o alongamento da duração do curso, de vez que seu compromisso não é outro senão o da formação de egressos não só aptos ao exercício profissional, mas também capazes de discernir o sentido e o valor de seu trabalho e de mensurá-lo na tarefa de manutenção e aperfeiçoamento da democracia.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Estas reflexões supõem, como é evidente, a adequação de alguns conteúdos curriculares. Também não deixam de ter em consideração a necessidade de docentes aptos a realizá-las. É de se esperar que os cursos de Mestrado e Doutorado concorram, positivamente, neste sentido. Também se tem em mira que a docência não se pode dar de modo construtivo sem um trabalho de pesquisa e publicações correlato.

O preparo do professor, por maior que seja, não exclui o aspecto vocacional e uma perspectiva pedagógica aberta, em que a transmissão do conhecimento seja simultaneamente aprendizado.

---

14 LYRA FILHO, Roberto. *Problemas atuais do ensino jurídico*. Brasília: Obreira, 1981, p. 16.



# A necessidade de motivação da dispensa do empregado público: observância aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade

Oscar Krost\*

*[...] em todos os momentos da história, o direito é constituído por uma tensão entre regulação (autoridade) e emancipação (razão), mas, com o desenrolar da experiência humana, a emancipação triunfa sobre a regulação.*  
Boaventura de Sousa Santos<sup>1</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

Apresenta-se como uma das questões mais tormentosas atualmente ao Direito do Trabalho a resolução de conflitos decorrentes de relações firmadas entre a Administração Pública e seus trabalhadores, quando

adotado o regime contratual, disciplinado pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Tal fenômeno se configura, principalmente, pela colocação em choque de valores caros a dois ramos distintos do saber jurídico, marcados pela defesa de interesses antagônicos

---

\* Professor substituto do Departamento de Direito Econômico e do Trabalho da Faculdade de Direito da UFRGS.

<sup>1</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2001, v. 1 - A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência, p. 129.



e de difícil conciliação, como o são o Direito Administrativo e do Trabalho.<sup>2</sup>

Dentre os pontos mais polêmicos se encontra a questão sobre a existência de garantia do posto de trabalho por parte do empregado público, pela aplicação do art. 41 da Constituição, dividindo-se a doutrina e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Diante de tais fatos, por meio de uma interpretação calcada em inúmeras disposições que integram o sistema normativo, propõe-se uma releitura crítica do tratamento dispensado ao tema, examinando o conceito de empregado público, sua forma de contratação e de dispensa, bem como os fundamentos favoráveis à necessidade de motivação do ato que promova o seu desligamento, lançando mão, para tanto, de textos normativos e doutrinários, além de subsídios jurisprudenciais.

## **2. EMPREGADO PÚBLICO. CONCEITO. CONTRATAÇÃO E DISPENSA. VEDAÇÃO À DESPEDIDA IMOTIVADA**

Por empregado público tem-se o ocupante de emprego mantido com o Estado, em modalidade de “núcleos de encargos de trabalho permanentes a serem preenchidos por agentes contratados para desempenhá-los, sob relação trabalhista”.<sup>3</sup>

Integra a espécie do gênero servidor público, o qual compreende, ainda, os “estatutários”, regidos por estatuto próprio e que ocupam cargos, e os trabalhadores disciplinados por regime especial, também conhecido por administrativo, que podem estar vinculados tanto a cargos, quanto a empregos, de acordo com a lei instituidora do respectivo posto de trabalho.

---

2 Dimensionando com peculiar precisão a complexidade com que se imbuí o tema, leciona Carmen Camino: *“Mais de vinte anos de experiência na magistratura do trabalho autorizam-nos a expressar nossa total discordância com a adoção do regime dito ‘celetista’, ou ‘celetário’, para o provimento de postos de trabalho no âmbito da Administração Direta, diante da sua substancial incompatibilidade com os objetivos e com a natureza do serviço público. [...] Essas intransponíveis dificuldades têm martirizado os juizes do trabalho, às voltas com ações de servidores públicos, nas quais invocados princípios próprios do direito do trabalho, muitas vezes colidentes com os princípios regentes da Administração Pública. Apenas para ficarmos num único entre os tantos exemplos, imaginemos o, talvez, mais freqüente, do servidor pleitear incorporação de direitos à luz do art. 468 da CLT, inspirado na preservação da condição mais benéfica – uma das faces do princípio da proteção, diante de nova lei que venha alterar determinado aspecto das condições de trabalho, por absoluta necessidade de atender ao interesse público. A que princípio o juiz atenderá? A que interesse dará prevalência?”* (CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2003, p. 306-307).

3 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 235.

Como requisito de acesso a cargo ou a emprego público, a partir da Constituição de 1988, por seu art. 37, inciso II, exige-se a prévia aprovação em concurso, de provas ou de provas e títulos, quanto a liames a prazo indeterminado. Encontram-se excetuadas de tal exigência apenas duas hipóteses: a de contratação emergencial, a prazo certo, nos termos estabelecidos em lei específica, para atendimento de necessidade temporária de excepcional interesse público, e a de nomeação para cargos em comissão, de livre investidura e exoneração, nos termos dos incisos II e IX do dispositivo antes referido, atinente à Carta Política.

Quanto à forma de dispensa dos trabalhadores públicos admitidos a prazo indeterminado, após aprovação em certame, duas situações se apresentam, de acordo com o regime jurídico.

Àqueles disciplinados por estatuto é vedada a livre exoneração, em face da estabilidade obtida após aprovação em estágio probatório de três anos, nos moldes previstos no art. 41 da Constituição. Somente podem ser desligados em virtude de sentença judicial transitada em julgado, após a realização de processo administrativo ou de procedimento de avaliação periódica de desempenho, sendo nestas duas últimas situações necessário assegurar-lhes o exercício da ampla defesa, nos termos do parágrafo 1º do artigo mencionado, ou, ainda, em face da necessidade de adequação aos limites de despesas com pessoal, nos termos previstos no art. 169, § 4º, da Lei Maior.

De outro lado, não tão pacífica se mostra a situação dos trabalhadores regidos pela CLT. Atualmente a doutrina e a jurisprudência traçam como critério de distinção para fins de definição sobre a existência ou não de impedimento contra a despedida do empregado público a alocação de seu empregador na estrutura organizacional do Estado.

Se contratado pela Administração direta, autárquica ou fundacional federal, estaria tal trabalhador ao abrigo de uma espécie singular de garantia, contra a dispensa imotivada, ressalvada a prática de falta grave, nos termos previstos no art. 482 da CLT, de acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas, da necessidade de redução do quadro de pessoal, para adequação ao limite de despesas, ou por insuficiência de desempenho, conforme art. 2º da Lei nº 9.962/2000. Em semelhante sentido, porém, atingindo os quadros dos Estados, Distrito Federal e Municípios, e por fundamento diverso, encontra-se pacificado no TST o entendimento sobre a aplicação a estes empregados públicos do art. 41 da Constituição, consoante súmula 390, item I.

Entretanto, se como empregador figurar uma empresa pública ou uma sociedade de economia mista, majoritariamente está sedimentada a posição que não apenas não estariam os empregados protegidos contra a dispensa, como o ato que a determinar não necessitaria de motivação expressa.

Nota-se claramente a existência de disparidade de tratamento não apenas entre desiguais, fato imposto pela distinção evidente entre “estatutários” e “celetistas”, em função do regime jurídico adotado. Verifica-se a dispensa de trato nitidamente diferenciado entre semelhantes, dando margem à criação de uma subcategoria de trabalhador regido pela CLT.

O ato de dispensa do empregado público, independente de ser o empregador integrante da Administração direta ou não, deve ser analisado como categoria de ato administrativo, de cunho discricionário, na medida em que praticado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sendo-lhe oportunizada a elaboração de um juízo de conveniência e oportunidade para sua efetivação, podendo, ainda, eleger os respectivos motivos.

Encontra-se sujeito aos princípios da impessoalidade e da moralidade, moderados pelo princípio da legalidade, positivados no art. 37, *caput*, da Constituição, de cuja análise conjunta depreende-se a existência de vedação pelo sistema ao desligamento dos quadros públicos de um dado trabalhador por interesse pessoal do administrador ou por afronta aos valores morais que devem orientá-lo, em oposição à finalidade do Estado, como bem exposto por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, como a contratação de pessoal nas empresas públicas e sociedades de economia mista sofre o condicionamento aludido, também não é livre o desligamento de seus empregados. Cumpre que haja razões prestantes e demonstráveis para efetuar-lo, já que seus administradores não gerem negócio particular, onde prepondera o princípio da autonomia da vontade, mas conduzem assunto de interesse de toda a coletividade, cuja gestão sempre reclama adscrição à finalidade legal pré-estabelecida, exigindo, pois transparência, respeito à isonomia e fundamentação satisfatória para os atos praticados. Daí que a despedida de empregado demanda apuração regular de suas insuficiências ou faltas, com direito à defesa e, no caso de providências amplas de enxugamento de pessoal, prévia divulgação dos critérios que presidirão as dispensas, a fim de que se possa conferir a impessoalidade das medidas concretamente tomadas.

Perante dispensas ilegais, o empregado terá direito à reintegração no emprego, e não meramente indenização compensatória, pois não estão em pauta interesses privados, mas sobretudo o princípio da legalidade da Administração, o qual é garantia de todos os cidadãos e ao qual, portanto, todos fazem jus.<sup>4</sup>

Inexiste nos Direitos administrativo e constitucional hipótese que autorize a prática de ato de qualquer espécie que não se submeta direta ou

---

4 BANDEIRA DE MELLO, *Curso de...*, p. 259-260.

indiretamente ao crivo dos princípios e das regras que orientam estes campos do conhecimento,<sup>5</sup> ainda que se admita a possibilidade de exercício de autonomia da vontade no Direito Público por parte dos agentes estatais no regular desempenho de suas atribuições.

Tese em contrário, daria margem à prática de atos não puramente discricionários, mas arbitrários, legitimando um processo de transposição do *modus operandi* do administrador, o qual estaria autorizado a fazer o que bem entendesse, sem a necessidade de justificar ou externar os motivos que o levaram a tanto, gerindo como seu o patrimônio público.

Ademais, sinal-se o teor dos arts. 7º, inciso I, 173, § 1º, inciso II e 174, todos da lei maior, que asseguram o direito do trabalhador ao emprego protegido contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de Lei

Complementar, impondo a submissão do Estado ao regime jurídico das empresas privadas quando explorador direto da atividade econômica, servindo de indicativo aos particulares neste segmento atuantes, como agente normativo e regulador. Verifica-se com clareza a incumbência do Estado de servir como espécie “de norte” à atuação da iniciativa privada na esfera produtiva, demonstrando a possibilidade em uma sociedade democrática de se proceder à harmonização de fatores antagônicos, como a manutenção competitiva de um empreendimento com fins lucrativos e a valorização social do trabalho.

Em sede infraconstitucional, os arts. 422 e 472 do Código Civil<sup>6</sup> impõem aos contratantes na conclusão e na execução dos negócios jurídicos a observância dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos, bem como do paralelismo das formas, pelo

---

5 Paulo Bonavides, de forma elucidativa, esclarece a importância com que se revestem os princípios no sistema jurídico: “As regras vigem, os princípios valem; o valor que neles se insere se exprime em graus distintos. Os princípios, enquanto valores fundamentais, governam a Constituição, o regime, a ordem jurídica. Não são apenas a lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência”. (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 260).

6 Manuel Alfredo Martins e Rocha, compartilhando desta posição, sustenta que “A denúncia vazia do contrato de trabalho na empresa pública agride o princípio maior da função social da empresa”, concluindo ser “possível a despedida do empregado não estável nas empresas estatais. Se, contudo, não houver observância, no ato da demissão, das normas legais, previstas no art. 37, ‘caput’, da Constituição Federal, isto é, legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, o ato é nulo”. (ROCHA, Manuel Alfredo Martins e. Servidor Público: empregado – estabilidade no emprego de trabalhadores nas empresas estatais – abuso de poder – atos nulos e atos anuláveis. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região*, São Luis, v. 2, n. 1, jun. 1993, p. 63).

qual, “o distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato”. Sob este enfoque, conclui-se que se o ingresso nos quadros públicos se encontra condicionado à prévia aprovação em certame de provas ou de provas e títulos, a fim de resguardar a impessoalidade da contratação, por coerência e lógica, o mesmo entendimento deve pautar a terminação do vínculo, de modo a estar submetido a semelhante critério, eminentemente objetivo, sob pena de esvaziamento da própria intenção do constituinte, ao positivá-lo. Sendo o quesito preponderante para o ingresso no serviço público o mérito pessoal do candidato, igual valor deve ser adotado para orientar seu desligamento, admitidas, em situações excepcionais, como de imperiosa necessidade de redução de gastos com pessoal, a opção por outras medidas, sempre ligadas à tutela do interesse público.

O fato do empregador integrar ou não a Administração pública direta, autárquica ou fundacional não pode servir de amparo à dispensa de tratamento idêntico no curso da contratação e da execução do liame contratual, diferenciando-se, contudo, no momento de sua terminação, quanto à garantia da manutenção do vínculo, segundo entendimento do TST. Tal posição afronta o princípio isonômico, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição, criando duas categorias distintas de empregados públicos: uma, de primeiro nível, à qual é preservado o emprego, que somente pode ser

“perdido” mediante verificação de inaptidão pessoal do trabalhador, por cometimento de falta ou por critérios objetivos, e outra, em um plano inferior, cujo contrato de trabalho pode ser desfeito sem qualquer justificativa, pela prática de espécie de ato administrativo *sui generis*, exime de qualquer motivação, não se submetendo aos cânones que regem o Direito Administrativo.

Outra decorrência da tolerância à livre dispensa dos empregados admitidos mediante aprovação em concurso, sem a necessidade da devida fundamentação, repousa sobre o impedimento de aplicação do comando inscrito no art. 37, inciso IV, da Carta Política, que assegura o direito à observância da ordem classificatória dos candidatos aprovados em certame público para fins de nomeação ou contratação, chancelando de forma velada a preterição dos mais bem classificados em benefício daqueles em pior situação, de forma amplamente discricionária e arbitrária. Para tanto, bastaria que o Administrador procedesse ao chamamento dos que estivessem à frente do candidato de sua predileção, nomeando-os e dispensando-os, sucessiva e injustificadamente, dia após dia, dentro do prazo de validade do concurso, até que seu intento fosse obtido.

Apenas em situações em que manifesta a ocorrência de desvio de finalidade ou abuso de poder seria possível o desmascaramento de fraudes desta natureza, na forma examinada no acórdão oriundo do TRT da 4ª Região,

nos autos do processo nº 00481.024/00-0, em que atuou como relator o Juiz José Cesário Figueiredo Teixeira, como se depreende dos termos de sua ementa:

*EMENTA: BANCO DO BRASIL. NULIDADE DE DISPENSA DE EMPREGADO CONCURSADO. A dispensa por empresa de economia mista de empregado contratado após aprovação em concurso público, no dia imediato ao da admissão, configura abuso de direito e ofensa à regra do art. 37, inciso I da Constituição Federal, pois viabiliza que o empregador escolha quais dentre os aprovados pretende efetivamente contratar. Prevalência desses princípios e da norma que os consagra, caput do referido art. 37, sobre as disposições do art. 173, parágrafo 1º da mesma Carta, e sobre as disposições consolidadas que tratam do contrato de experiência. Procedimento que atenta contra os princípios da moralidade e da impessoalidade que devem reger a administração pública direta e indireta e que, por isso mesmo, não pode ser chancelado (7ª Turma, publicado em 07/7/2003).*

Por este conjunto de fatores cresce a cada dia, não apenas em sede doutrinária, o entendimento de que necessária a motivação, por mais singela que seja, do ato de dispensa do

empregado público, admitido após aprovação em concurso, inclusive para fins de exercício do direito à ampla defesa do mesmo.

Neste sentido se pronunciou a Advocacia-Geral da União, ente constitucionalmente investido nas funções de consultoria e assessoramento do Poder Executivo, na forma disposta no art. 131, *caput*, da Constituição, como apura-se da indexação do Parecer nº CQ-64, de lavra de Obi Damasceno Ferreira:

*SERVIÇO PÚBLICO – DISPENSA – MOTIVAÇÃO. Servidor admitido por concurso, conquanto regido pela Consolidação das Leis do Trabalho, não pode ser dispensado discricionariamente, sem motivação. Ato nulo, a configurar abuso de poder. Reintegração do interessado no emprego.<sup>7</sup>*

Em mesma orientação existem decisões do STF, de lavra do Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, tal como a exarada em exame sobre a possibilidade de se promover a despedida sem motivação de integrante do corpo feminino da Aeronáutica, regida pela CLT, em que sustentou que “descabe concluir pela legalidade do ato de desligamento quando lançado ao mundo jurídico sem qualquer motivação”,<sup>8</sup> demonstrando um novo

7 FERREIRA, Obi Damasceno. PARECER nº CQ-64. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, v. 200, p. 249-256, abr-jul/1995.

8 RMS 21485/DF, 2ª Turma, publicado em 1º/7/1993.

viés de enfrentamento da questão pelo Judiciário.<sup>9</sup>

Embora se admita que o Estado, diretamente, por suas empresas ou por sociedades das quais é acionista majoritário, ao contratar pelo regime privado dispa-se das prerrogativas de império e de soberania, equiparando-se ao empregador comum, tal fato não tem o condão de eximi-lo do dever de observância aos ditames publicistas, previstos no art. 37, *caput*, da Constituição, os quais sempre o acompanham, principalmente na prática de seus atos, nos quais se incluem os de cunho discricionário, discricionariedade esta vinculada aos princípios constitutivos do sistema jurídico, conforme magistério de Juarez Freitas.<sup>10</sup>

Ao contrário do há muito defendido, não serve como justificativa à distinção feita entre a “preservação” do emprego dos que prestam labor à Administração direta, autárquica e fundacional, em oposição aos trabalhadores das empresas públicas e sociedades de economia mista, o imperativo de permitir ao Estado uma maior agilidade para atuar no desenvolvimento de atividades econômicas, permitindo igualdade de concorrência com os particulares.

Embora o art. 173, § 1º, inciso II, e § 2º, da Constituição disponha que as empresas públicas e sociedades de economia mista devam se sujeitar ao regime jurídico próprio das empresas privadas, não podendo gozar de privilégios fiscais não extensivos a estas, não se verifica a existência de qualquer oposição por tal fundamento à necessidade de contratar trabalhadores por concurso público, à realização de licitação para adquirir bens, contratar obras e serviços, à responsabilização objetiva por danos causados por seus agentes nessa qualidade e à vedação ao aumento de seus lucros “arbitrariamente”, na forma disposta nos arts. 37, incisos II e XXI, §6º e 173, inciso III, e § 4º, todos da lei maior.

Nota-se claramente a não configuração da alegada quebra da isonomia de condições de concorrência estabelecida entre os setores público e privado, pela exigência às pessoas integrantes daquele de motivar o ato de dispensa de seus empregados, o que poderia, com muito mais razão, decorrer do atendimento das outras exigências alinhadas.

Deve o Estado, portanto, servir de exemplo aos demais atuantes no cenário econômico, e ao próprio

---

9 Também do STF e do min. Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, o seguinte precedente: “*EMENTA: ESTABILIDADE – SERVIDOR PÚBLICO. A estabilidade prevista no artigo 41 da Constituição Federal independe da natureza do regime jurídico adotado. Servidores concursados e submetidos ao regime jurídico trabalhista têm jus à estabilidade, pouco importando a opção pelo sistema do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço*”. (RE 187229/PA, 2ª Turma, publicado em 14/5/1999).

10 FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 135 et seq.

Congresso Nacional, demonstrando que a proteção da relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem justa causa, nos moldes preconizados pelo art. 7º, inciso I, da Carta Política, há quase dezessete anos carente de regulamentação, não compromete ou impede o desenvolvimento com êxito de qualquer atividade produtiva, servindo, ao revés, como um meio de fazer valer a função social das empresas, expressão que congrega as figuras da propriedade e dos contratos.

Quer pela adoção ampla e irrestrita a todos os empregados públicos do disposto na Lei nº 9.962/00, por uma interpretação analógica, pautada no princípio isonômico inscrito no art. 5º, inciso II, da Constituição, quer por uma análise harmonizadora dos valores tutelados pelos Direitos Administrativo e do Trabalho, também em sede constitucional, ou ainda, por uma leitura moderna dos vetores disciplinadores das relações contratuais à luz do atual Código Civil, mostra-se premente uma reavaliação do entendimento majoritário e consagrado, de modo a resguardar minimamente o posto de trabalho do empregado de empresas públicas ou sociedades de economia mista. Esclareça-se, por relevante, que não se está defendendo a aplicação do disposto no art. 41 da Constituição a todo e qualquer trabalhador vinculado à Administração, que ingresse em seus quadros pela via do concurso público. Ao contrário, busca-se apenas atenuar o abismo de contradições gerado a partir da contemplação de uma “estabilidade

no emprego” singular aos empregados da Administração direta, autárquica ou fundacional e, em situação diametral, de ostracismo e abandono daqueles que, de modo desavisado, prestaram concurso e foram aprovados, para laborar para empresas públicas e sociedades de economia mista.

### 3. CONCLUSÃO

O Estado, mesmo na condição de empregador, prestando serviços públicos ou desenvolvendo atividade econômica, encontra-se sujeito aos princípios da Administração Pública, inscritos no art. 37, *caput*, da Constituição, como os da Legalidade, Moralidade e Impessoalidade, os quais devem ser ponderados, em tais situações, com aqueles que orientam o Direito do Trabalho.

Inexiste, sob tal ótica, a possibilidade da prática de ato administrativo discricionário, como expressão da autonomia de vontade do agente, sob risco de configuração de arbítrio ou de desvio de finalidade, ambos contrários ao interesse público, em prejuízo à toda sociedade.

Devem, portanto, ser reavaliados os entendimentos doutrinário e jurisprudencial assentes, de que a dispensa dos empregados públicos vinculados a empresas públicas ou sociedades de economia mista prescinde de motivação, ao contrário da situação em que a contratação se dá por algum ente integrante da Administração direta, autárquica e fundacional.



Tanto pela observância das disposições aludidas, quanto pela adoção do princípio isonômico e dos vetores que disciplinam as relações contratuais à luz da moderna teoria dos contratos, urge repensar o trato até então dispensado ao tema, a fim de resguardar minimamente o posto de

trabalho do empregado público não ligado à Administração direta, autárquica e fundacional, exigindo-se a motivação fundamentada do ato de sua despedida, sob risco de nulificá-lo, de modo a permitir o exercício do direito à ampla defesa.

## REFERÊNCIAS

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- CAMINO, Carmen. *Direito Individual do Trabalho*. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- FERREIRA, Obi Damasceno. Parecer nº CQ-64. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: v. 200, abr-jul/1995.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.
- ROCHA, Manuel Alfredo Martins e. Servidor Público: empregado – estabilidade no emprego de trabalhadores nas empresas estatais – abuso de poder – atos nulos e atos anuláveis. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região*, São Luis, v. 2, n. 1, jun/1993.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. São Paulo: Cortez, 2001, v. 1 - A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência.

# Armando Pereira da Câmara, o professor\*

Sérgio Almeida de Figueiredo\*\*

Ao receber a incumbência do professor Plínio de Oliveira Corrêa, coordenador deste seminário comemorativo do centenário de nossa Faculdade de Direito, para discorrer, neste dia, sobre *Armando Pereira da Câmara, o Professor*, julguei, a princípio, ser uma tarefa relativamente fácil visto ter sido eu seu aluno no 1º ano do curso jurídico em Introdução à Ciência do Direito, e, no 5º ano, em Filosofia do Direito, além de, por três vezes já haver publicado artigos sobre sua atividade como docente, e, ainda, por havê-lo sucedido na cátedra como titular da disciplina de Filosofia do Direito.

A primeira publicação, em 1976 sobre o “Conselho de Justiça”.<sup>1</sup>

A segunda, em 19.04.80 – no *Correio do Povo* p. 12 – “Aula do Professor Armando Câmara”. Descrição da figura do professor e seu modo de ministrar uma aula.<sup>2</sup>

A terceira na edição comemorativa do centenário de nascimento de Armando Câmara, desta vez sobre o que ensinava Armando Câmara.<sup>3</sup>

Mas achei que seria mais adequado não prestar um depoimento ou um comentário doutrinário como das três vezes anteriores com o intuito de registrar à atual geração de alunos e aos pósteros, a figura do mestre insigne,

---

\* Palestra proferida no Ciclo de Conferências sobre: “Influência da Faculdade de Direito da UFRGS na Política e nas Letras Jurídicas”, promovido no período de abril a julho de 1999.

\*\* Professor aposentado da Faculdade de Direito da UFRGS.

1 CONSELHO de Justiça. *Revista Chronos*, Caxias do Sul: v. 8, p. 12.

2 AULA do Professor Armando Câmara. *Correio do Povo*, Porto Alegre, 19 abr. 1980, p. 12.

3 *Revista Direito e Justiça*, Porto Alegre: v. 20, n. 19, p. 9-13, 1998.

e sim, desta vez, colocar em contraposição a sua pedagogia e as pedagogias vigentes neste século que se extingue.

Ao tentar enquadrar Armando Câmara numa escola pedagógica, com suas linhas balizadoras, seus métodos, cânones, horários, didáticas pré-estabelecidas, e toda a sua previsibilidade, veio-me à mente o que disse o nosso Mário Quintana sobre o poeta – “enquadrá-lo numa escola é condená-lo à prisão perpétua”.

Senti, só então, quando o recuo já não era possível, as dimensões da tarefa que o professor Plínio Corrêa me impusera, com a sua proverbial afabilidade e que foi por mim presunçosamente aceita.

É que as escolas pedagógicas hodiernas, e são muitas, segundo a lição que busquei em Fernando Becker, em sua *Epistemologia do Professor*, são redutíveis a três grandes grupos.<sup>4</sup>

O primeiro, reúne as centradas no professor, tendendo a valorizar as relações hierárquicas, em nome da transmissão do conhecimento. Seria, segundo Paulo Freire, *A pedagogia dos oprimidos* que denunciaria uma “educação domesticadora” que produziria “ditadores, por um lado, e indivíduos subservientes, anulados em sua capacidade criativa, por outro.”<sup>5</sup>

No segundo elenco, sob pretexto de enfrentar o autoritarismo do primeiro modelo, estão as que centralizam no polo do aluno – atribuindo-lhe qualidades que ele não tem, tais como o domínio sistematizado dos conteúdos, e a capacidade de abstração suficiente. Sobre esses Georges Snyders, em *Para onde vão as pedagogias não-diretivas?*, mostra “quão autoritária pode ser uma sala de aula sob tal regime.”<sup>6</sup>

O terceiro grupo abriga os que constróem uma pedagogia centrada na relação professor-aluno e tende a desabsolutizar, dialetizando: “Nenhum dos pólos dispõe de hierarquia”. Nas palavras de Becker, “o professor traz a sua bagagem e o aluno também”. Destaca-se a importância do conteúdo, a experiência da vida e a capacidade de construir conhecimentos. Não seria o professor portador de um saber absoluto a ser transmitido ao aluno ignorante por definição.<sup>7</sup>

O suporte deste enfoque encontra-se no psicologismo de Piaget. Chama-se teoria da assimilação ou construtivista.

A rigor, a divisão das doutrinas em três grupos, reflete, num primeiro momento, a divisão do pensamento do homem moderno, obrigado a optar ou pelo racionalismo-idealista ou pelo empirismo-realista. São os dois fulcros

---

4 BECKER, Fernando. *Epistemologia do professor*. 6.ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

5 Ibidem, p. 9.

6 Ibidem, p. 10.

7 Ibidem, p. 10-11.

percorridos pela filosofia moderna que de um lado com Pascal, Descartes, Spinoza, Leibniz, o racionalismo apriorista, e de outro com Bacon, Hobbes, Locke, Hume, com o conhecimento *a posteriori* do empirismo e as versões kantianas quando se acentuou a divisão. De um lado o idealismo hegeliano e, de outro, o positivismo de Comte.

Na primeira posição, certamente não vamos encontrar Armando Câmara. Autoridade, sim, pela sua sabedoria, pelo que ensinava, e como ensinava, mas sem autoritarismo, dialogando.

Dele disse, a tal respeito, o seu ex-aluno professor José Fabrício Leiria: “O notável professor casava num gesto o talento, a bravura e a bondade. Com sua personalidade singular, sabia despertar a sensibilidade dos moços, para mostrar-lhes os caminhos da justiça da paz e da ordem com liberdade. Liberdade que o empolgava e haveria de ser a pedra angular de todo o seu magistério. Pois do esplendor de sua cátedra de Filosofia do Direito mostrava aos jovens que, sem o império de uma ordem com liberdade, o direito não pode se realizar na sua plenitude, visto que o direito é algo que se radica na natureza racional e social do homem. E, desta forma, ele é descoberto pela razão e realizado pela liberdade. Logo, a falta de

liberdade asfixia a justiça e desvitaliza a ordem jurídica.<sup>8</sup>

Não só o professor Leiria, mas outro seu ex-aluno também depôs em *Contribuição à Filosofia Jurídica* – Refiro-me a José Japur, advogado nos auditórios de Porto Alegre: “Seu forte estava na oralidade socrática. A forma escrita imobilizava ou amortilhava os conceitos numa prisão asfixiante. A oralidade era a sua preferida, mesmo porque amava o diálogo com seus discípulos. Espírito aberto e fraternal, apesar de aposentado, ministrou de 1969 a 1974 na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, um Curso de Especialização em Filosofia do Direito. Fui seu aluno e orgulho-me disso. Muito aprendi, guardando de memória seus conceitos, alguns como verdadeiras pérolas da sabedoria universal.

Também Lenine Nequete, que fazia votos de que Câmara viesse a cumprir uma tarefa soberba (falar da gênese do conceito de Justiça) “para que não se perca a extensão e riqueza de uma idéia, a tal ponto que dela se poderia deduzir, inclusive uma autêntica Filosofia da História que, apelando para a instância última da Teologia, resolveria em si a autonomia da liberdade (sem a qual não se compreende o homem) e do curso necessário dos acontecimentos profanos (sem o qual não há história) visto que o homem só se realiza na

---

8 Ver *Estudos*, v. 35, n. 19, p. 33-35, 1975.

medida em que transcende, isto é, na medida em que, visualizando intelectualmente os valores, encarnados, concretiza-os em bens culturais, modelando-se a si e ao mundo (e é isto a história, um sucessivo aproximar-se da fundação do Reino de Deus).”<sup>9</sup>

Notem que estes são depoimentos de ex-alunos, que já como pessoas realizadas profissionalmente em vários ramos das carreiras jurídicas e professores renomados sentavam-se todos os sábados na “Sala 5” para ouvir suas lições, sempre dialogadas.

Logo, não cabe a pedagogia do professor Câmara no primeiro grupo antes referido, e não há como enquadrá-lo entre os que lecionam sem considerar o aluno, antes os entusiasma, ou não se explicaria a referência feita por tantos discípulos.

Não seriam suas lições capazes de produzir indivíduos subservientes, anulados em sua capacidade criativa constituindo-se no que Paulo Freire chamaria de *pedagogia dos oprimidos*.

Também não podemos enquadrá-lo no segundo grande grupo em que se reúnem as doutrinas pedagógicas que se centralizam no pólo-aluno supondo nele uma capacidade de retenção suficiente e o domínio sistematizado de conteúdo, como se este pudesse aflorar espontaneamente, negando aos mesmos alunos os seus conhecimentos,

de forma egoísta. O já citado Georges Snyders, diz o professor Becker, que nos mostra quão autoritária pode ser uma sala de aula em que vigora tal pedagogia. Jules Celma, é ainda mais enfático ao denunciar o quanto de autoritarismo pode-se praticar sob uma pedagogia não-diretiva. O suporte deste modelo é dado, na psicologia, pela chamada “Escola Nova”.

Armando Câmara considerava os alunos e os convidava ao debate. Não era professor de ficar ouvindo passivamente o que pudesse aflorar de uma manifestação caótica. Era ele quem tomava a iniciativa e provocava a atenção e a participação dos alunos.

Tive, alhures, a oportunidade de escrever: “Ali estava um homem austero, sábio, de porte ascético, resultado de uma vida voltada ao estudo, à pesquisa, à reflexão, à oração.”

Mas nós, seus alunos, que caminhávamos com ele para a “Sala 5”, sabíamos que daí a pouco toda esta potencialidade acumulada seria enérgica e generosamente atualizada. Seria na aula que ele daria vazão a toda a sua comunicabilidade. Eram seus alunos os seus confidentes, aqueles a quem transmitia todas as suas tensões, os resultados dos seus estudos, e os transmitia com gosto, com elegância, com eloquência e com incrível vivacidade.

---

9 NEQUETE, Lenine. Advertência. *Rev. Estudos*, abr./jun. 1971, p. 1-2.

Ninguém adivinharia que aquele homem fechado e circunspecto pudesse se transfigurar a tal ponto, de, não raro, arrancar aplausos ou formidáveis gargalhadas com seus ditos inesperados cheios de sabedoria e humor.

A terceira posição, a construtivista, ou da assimilação, é de cunho fenomenalista. Aparece como superadora do empirismo de uma e do apriorismo de outra corrente, para anular a separação a que se condena o homem moderno chamado a optar sempre entre racionalismo e empirismo, entre o individualismo e o coletivismo, entre o liberalismo e o socialismo.

Desperta esta teoria certa simpatia porque, após, vários séculos de uma separação intransponível entre os dois modos de pensar, e, por consequência, de agir, surge uma corrente filosófica que apaga o traço que limita um e outro hemisfério do pensamento e do agir humano.

Heidegger, voltando a Heráclito, gerou uma gama de opções filosóficas que se refletiram nas diferentes áreas do conhecimento como culturalismo e o egologismo no Direito e o construtivismo, versão pedagógica do estruturalismo na lingüística.

O construtivismo pretende superar a dicotomia em que se dividiu o pensamento filosófico e, por consequência, o pedagógico. Certo, já é alguma coisa, mas não vai além de construir um homem para a vida como ela é.

A isso diz Câmara:

Não se cogita que o mestre poder-se-ia resignar a uma pedagogia centrada num humanismo realista, de inspiração antropocêntrica, renunciando à tarefa de transcender a média humana, resignando-se a formar o homem para a existência tal como ela é, não como deveria ser.

Ser homem é querer ser mais do que humano. Aliás, todo o humanismo, se não parte, chega, sempre, a esse voto supremo, a essa aspiração última: a de evasão, pelo homem, dos limites, que parecem intransponíveis, de sua natureza, [...]. [...] Todos os autênticos pedagogos o foram, porque padeceram dessa tortura de traduzir, na vida real, esse anseio, ideal do sobre-humano.

Não poderia Câmara –, que fez parte de uma geração de professores que superaram o próprio positivismo que informara a política do Rio Grande e a orientação nas primeiras décadas desta Faculdade –, fazer parte do elenco dos empiristas do tipo comtiano ou dos racionalistas do tipo hegeliano, e, pelo que recém se disse não o encontraremos também no fenomenalismo que informa o terceiro grupo. Este supera aquela linha divisória, extinguindo-a e Câmara a considera e a supera, transpondo.

Não se conformando com este modo de pensar porque não é anulando a diferença entre substância e acidente, e, por consequência a separação do mundo das idéias do mundo sensível, e, ainda por consequência, não distinguindo entre o universal e o individual, entre a forma e a matéria, que vamos superar a divisão a que está

condenado o homem moderno. Mas admitindo um e outro campo, superando, transpondo, vale dizer transcendendo. Transcender é partir do real para o ideal, por abstração.

Voltamos novamente ao ponto de partida: fixar a arte de ensinar de Armando Câmara, já que dificilmente se encontra similar nos dias que correm.

Alguma coisa do seu jeito de ser e de ensinar lembra Sócrates e sua maiêutica. Era de seu feitio provocar o diálogo. E como provocava! E o fazia com singular senso de humor. Sentia-se que ao ensinar ele transmitia um extraordinário entusiasmo sem limites de horário, ao sabor de um improvisado que não se desgarrava em outros temas porque, ele próprio, portava uma linha de pensamento à qual era fiel em suas palavras e atitudes. E isto o impedia de contradizer-se e o fazia manter uma conformidade com a meta a que se propunha.

Tinha-se a impressão de que a própria “Sala 5”, a de sua preferência, já não era limitada pelas paredes vetustas deste edifício feito por homens que pensavam grande.

A atmosfera que ele transmitia tem algo a ver com o jardim de Academus de Platão, com as alamedas do peripato onde ensinava Aristóteles com o pórtico de Zenão ou do jardim de Epicuro.

Ensinava dialogando e dizia isto perguntando e respondendo: “Será o homem o mestre do homem?”

Realmente, ensina-se ou se busca ensinar tudo e sobre todas as coisas.

Vivemos em permanente estado inflacionário de atividades docentes. Tudo é escola e tudo é docência.

Se a vida é convívio, e convívio é diálogo, então, conviver é ensinar, pois, em todo o diálogo se oculta a pretensão de uma aula, traveste-se a intenção, consciente ou subconsciente, de afirmar uma tese, de fundamentar uma opinião, de comunicar um ponto de vista.

Isso explica seu método socrático, pois sem conversar com os alunos não poderia transmitir ensinamentos e sem ouvi-los não poderia medir as suas tensões e suas dificuldades.

Mas deixemos que o próprio Câmara diga o que fez, e como fez, – já que num discurso em que agradecia o título de *Professor Insigne* outorgado pelo Instituto da Ordem dos Advogados, em 14.08.1968, após a saudação do prof. Galeno Vellinho de Lacerda, quando lhe deram o título.

Alguns excertos deste discurso já foram citados e constam da coleção Pensadores Gaúchos, *Obras Escolhidas* – Armando Câmara, coletados com esmero pelo prof. Luis Alberto de Boni e estão entre as páginas 77 e 81 da edição da Edipucrs “[...] o panorama da ação docente é imenso: mede-se sua amplitude pelo número de matérias ou objetos cognoscíveis e, portanto, ensináveis, pelos diferentes graus dos conhecimentos que se quer transmitir, pelos inúmeros objetos formais, ponto de enfoque ou centros de perspectiva, através dos quais se pode

contemplar a realidade. E para designar o agente destas múltiplas e díspares operações pedagógicas, o homem usa a palavra *mestre*. ”

[...] quer-se designar, com a palavra *mestre*, o agente de um tipo de operação criadora, não apenas numa visão intelectual das coisas – o que seria instrução – mas, ainda, de uma forma de vida, de uma determinada modelagem de ser, de uma estilização integral da personalidade humana – o que seria educação.

O mestre não só instruiria, mas educaria, começando pelo seu estilo de vida, uma forma de viver que, acima de tudo, guardava conformidade com o que se ensinava.

O aluno merece esta coerência. O que Câmara ensinava, vivia. E ninguém duvidava de sua sinceridade.

Assim, ele podia revelar as suas opiniões pessoais, seja sobre os fatos da vida, revelando-se como cristão católico ou como político. Maragato, está visto.

Não feria ninguém tomando esta posição. O que queria dizer é que o aluno não poderia viver sem a conformidade do pensar e do agir. Esta a grande lição. E isto o fazia respeitar as outras opiniões desde que vindas com a marca da sinceridade.

Aqui está o ponto nevrálgico da questão. Não basta focar a relação professor-aluno, e que cada um traga a sua bagagem para daí construir alguma coisa.

Piaget escapa do empirismo por senti-lo insuficiente mas não absolutiza,

não transcende; apela então, sem sair do mundo fático, para a carga genética de milhões de anos que influem no comportamento. E esta carga genética por si e em movimento, e as demais experiências do aprendizado, incluindo aí a experiência de vida e o conhecimento sistematizado do professor, “dialetrizando”, consistiria na estrutura na qual se movimenta a pedagogia. Mas não sai daí.

Armando Câmara propõe mais. Professor e aluno precisam crescer. Da parte do professor uma clareza de exposição que não desminta sua vida, antes a confirme, para passar esta segurança ao aluno a fim de que ele atinja os fins de sua vida.

Pergunta e responde ele: “Será uma tal tarefa obra humana?”

Há um paradoxo, inexoravelmente incluso, na missão atribuída ao mestre. Exige-se dele, que obviamente é homem, que seja agente de uma tarefa sobre-humana.

Há também uma clara resposta às pedagogias acima agrupadas e referidas. E cita Aristóteles: “Não é bom propor ao homem apenas o humano.”

É importante notar que toda esta pedagogia, hoje singular, que é a volta arejada das *disputationes* que fez nascer as universidades, isso não fazia dele um fanático ou um intransigente.

Ouvia com incrível paciência, e usava sempre a arma da persuasão, e, acima de tudo, o apostolado de sua vida. Havia uma coerência entre o que pensava, vivia e ensinava.



A sua religiosidade não o afastava dos não-crentes, antes os aproximava enquanto havia neles a sincera vontade da busca da verdade, e neste ponto ele e adversários se identificavam.

Ouvi um bispo argentino, em Calafate, nos cumes andinos da Patagônia, dizer que em matéria de religião é preciso ter idéias claras e convicções firmes, pois quem tem convicções firmes e idéias claras pode se dar ao luxo de ser condescendente.

O fanático é sempre intransigente e avesso ao diálogo, por isso agride e se nega a ponderar.

Quem tem convicções firmes e idéias claras ouve, considera, compreende, releva e, sobretudo, no caso de Câmara, dialoga. Enfim, convive.

Ele revelava seu pensamento crítico e sua condição de cristão católico, com naturalidade e isso transparecia no seu discurso, porque este era coerente com suas idéias e “não queria perder a sua carteira de identidade ideológica.”

Mesmo a sua profissão de político, maragato, transparecia, nas suas lições mas nunca deixou de referir e discutir honestamente idéias de adversários.

Esta honestidade dava uma autenticidade ao que pregava, e dava a grande lição do exemplo de vida que isto é comum a todo o homem de bem.

No discurso referido, ao agradecer o título de *Professor Insigne* que lhe outorgaram os advogados, fez enfatizar que o único mestre era o Verbo de Deus. “Existe um Deus pedagogo? Este Mestre existe, malgrado a cegueira dos que buscam ignorá-lo, malgrado a responsabilidade dos que recusam recebê-lo. Ele veio concluir sua obra criadora, fazendo-se mestre e educador do homem”.

Mas diz também: “só não usurpam o título de mestre aqueles homens que prolongam sua ação salvadora”.

“Portanto, sua pedagogia está centrada em algo transcendente, abarca professor e aluno, contando, tudo em função de algo mais alto”.

E assim se refere ao único Mestre

que é Mestre do meu pensamento, que é legislador de minha ação, que será juiz de minha existência, que já declina no horizonte do tempo, e de cuja infinita piedade eu espero a imortalização do meu ser.

# Discrecionariade administrativa e controle judicial

Wambert Gomes Di Lorenzo\*

## INTRODUÇÃO

Há uma invocação cotidiana e quase abusiva da expressão Estado de Direito feita pelo homem comum, pelas oposições políticas e pelos detentores do poder. Esse uso colaborou com um sentido mítico: a crença de que o reconhecimento como Estado de Direito legitima qualquer poder político.

Todavia, dentre tantas definições, aparece algo que é núcleo essencial em todas elas: liberdade e direitos fundamentais do cidadão a partir da limitação jurídica dos Estados e dos titulares do poder. O conceito de Estado de Direito só adquire sentido, inteligibilidade e justificação em função da garantia, do respeito e da promoção desses direitos e liberdades fundamentais.

A intervenção do Estado pode variar na sua intensidade e nas técnicas

formais de sua limitação do Estado, mas só haverá Estado de Direito se, em seu cerne, estiver a preocupação de garantir e de proteger tais direitos. Essa é a natureza do Estado de Direito Liberal e a idéia que orienta o seu processo de racionalização. Essa racionalização irá surgir formalmente pela vitória da sociedade sobre o Estado e do Direito sobre o arbítrio. Para cumprir sua finalidade, este estabelece um sistema de garantias de natureza jurídica, a começar pela garantia dos direitos fundamentais e pela divisão de poderes.

Nesse contexto, os direitos fundamentais não devem ser considerados como um dos elementos do Estado, mas como verdadeiro fim da sua limitação jurídica. Para o Estado liberal, os direitos fundamentais são de natureza pré-estatais, cuja teorização global remonta a Locke.

---

\* Advogado, professor na PUCRS, mestre em Direito do Estado e Teoria do Direito pela UFRGS e doutorando em filosofia do Direito na UFRGS.

No confronto com o Estado absoluto, os direitos fundamentais surgem como direitos contra o Estado e como garantia da autonomia privada contra a intervenção do soberano. O fator determinante dessa garantia estava no império da lei. A liberdade consistia em obedecer às Leis e não aos homens, pois democracia e liberdade significavam soberania da lei.

Do império da lei decorre o princípio da legalidade, que afirma o caráter soberano da função legislativa, quer na subordinação do executivo, quer na vinculação do judiciário. É, porém, com a relação entre executivo e legislativo que o Estado de Direito Liberal vai se preocupar. Sobretudo para subordinar a administração à lei.

Os interesses burgueses exigiam não somente subordinar politicamente o executivo ao parlamento, mas submeter a administração às leis. Na medida em que os direitos individuais eram sustentados pela lei que emanava do parlamento, a liberdade e a propriedade burguesas só estariam garantidas mediante a submissão da administração ao espírito dessa lei.

No conceito acima, tem-se o Estado de Direito Material, já que a limitação jurídica do poder se justifica em função da garantia de um núcleo de valores considerado indisponível pelo próprio Estado. Baseando-se nessa idéia particular de direito e de justiça material é que a burguesia rompeu com o antigo regime.

Entretanto, para considerar como dimensão exclusiva ou determinante da

racionalização do Estado, essas técnicas de garantia daqueles direitos fundamentais configuram-se como valores autônomos. Com isso, o conceito de Estado de Direito surge, cada vez mais, identificado com os seus elementos formais-instrumentais, principalmente o princípio da legalidade da administração e da justiça administrativa.

Todo esse entendimento sobre Estado de Direito, mais modernamente acrescido do princípio democrático, levanta-se contra a discricionariedade ou o mérito administrativo, aqui entendido como um *sanctus sanctorum* do Estado onde o poder judiciário não pode penetrar.

À contramão do direito continental e da própria doutrina francesa, que evoluiu, o direito brasileiro se mantém isolado na idéia de “administração forte”, que predominava na França na primeira metade do século XX. Isso se dá, sobretudo, pela manutenção de uma divisão tripartite estanque e superada, na qual um único poder concentra as funções de chefia do Estado, chefia do governo e administração pública. É uma simbiose institucional que impede a jurisprudência de encontrar a tênue linha que separa o poder político da função burocrática.

Dessarte, este trabalho está dividido em duas partes. Na primeira, pretende apresentar um conceito de discricionariedade partindo da idéia de poder discricionário, perpassando pela Teoria Geral do Direito, ao visitar a relação entre Discricionariedade Administrativa e os conceitos jurídicos

indeterminados, deduzindo daí a própria idéia de ato. Na segunda parte, trabalha a idéia do controle do ato a partir dos seus vícios, sob o prisma da legalidade, da idéia de mérito, da distinção entre o político e o administrativo para inferir a idéia de discricionariedade em face dos direitos subjetivos e do princípio da tutela e do monopólio.

## 1. UM CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

### 1.1 Do poder discricionário

Apesar da exaustiva abordagem do tema pela doutrina, parece-me que nossos sistemas científicos necessitam de um enfoque mais factual no que diz respeito ao tema, voltado para os fenômenos específicos do nosso direito público. Também a jurisprudência corrobora com tal equívoco, porquanto constrói um raciocínio divorciado do nosso ordenamento jurídico.<sup>1</sup> Reservada essa discussão para a segunda parte, é bem verdade que à jurisprudência é dada a tarefa de preencher as normas vagas. Entretanto, ela pouco tem aplicado a real proporcionalidade na acomodação dos princípios, como também tem demorado a adequar seu entendimento à *ratio legis* da atual

Constituição e ao Estado Democrático de Direito, ainda carente de concreção.

Todavia, o caminho jurisprudencial é inevitável na construção de um conceito de discricionariedade. Se a doutrina se perde por não construir um pensamento mais fenomênico, vem o judiciário na aplicação da norma particular, edificando uma idéia própria, mesmo que imóvel perante a evolução do direito constitucional positivo.

Para cumprir sua função, a administração é dotada de poderes, dentre eles o discricionário. Esses poderes se distinguem dos poderes políticos, pois dizem respeito à atividade do Estado, em sua função burocrática, na tarefa de atender o cidadão e a sociedade, e à ação específica do Estado através dos seus organismos administrativos. Os poderes administrativos são mecanismos, isto é, ferramentas que possibilitam à burocracia cumprir o seu papel com eficiência; são, no entendimento de Hely Lopes Meirelles, *poderes instrumentais* que divergem dos políticos, uma vez que se referem à estruturação do próprio Estado.<sup>2</sup>

Michel Stassinopoulos<sup>3</sup> sintetiza as definições das principais escolas: a primeira define como discricionariedade

---

1 No conceito de Canaris, que classifica os sistemas em científico (doutrina) e objetivo (ordenamento jurídico). A doutrina tem a tarefa de socorrer o sistema objetivo na provisoriamente do seu conhecimento (Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989).

2 *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 101.

3 *Traité des Actes Administratifs*. Atenas, 1954.

a determinação ou a capacidade de determinação de um conteúdo deixado impreciso pela norma; outra afirma ser tudo aquilo que excede aos limites fixados pela norma, que podem ser protegidos como direito subjetivo; uma terceira diz ser todo aquele poder que escapa do controle jurisdicional; a quarta coloca a possibilidade de *escolha* como fundamento da discricionariedade; outra coloca no cerne da ação discricionária a *motivação*.

A discricionariedade é a *faculdade concedida à administração de eleger o objeto e a forma do ato, quando não estabelecido em lei*.<sup>4</sup> É, segundo Almiro do Couto e Silva, a escolha do *se* e do *como* da ação.<sup>5</sup> Ela dá ao administrador a liberdade de praticar ou não praticar um ato, como também de escolher a forma de agir para atingir a finalidade administrativa. A escolha de ação ou omissão do ato, configura a discricionariedade mínima e expressa a impossibilidade de desvincular o poder discricionário da lei. A faculdade de agir ou não agir significa que mesmo a liberdade de escolha subsume na legalidade, pois é a lei, e não o arbítrio do agente, que determina esta margem de decisão.

Mesmo que a liberdade de escolha seja ampliada, esta estará sempre adstrita à lei que determinará o nível de amplitude da liberdade de decidir.

Assim, falha a definição de discricionariedade que parte da antinomia de vinculação:

O conceito de poder discricionário só tem sentido e só adquire expressão prática quando posto em contraste com outras situações em que o agente do Estado tem o dever jurídico de atuar ou de omitir-se e pode ser compelido a isso.<sup>6</sup>

Tendo em vista a existência de poder discricionário também nas funções legislativa e judiciária, a idéia acima diz respeito exclusivamente à discricionariedade legislativa, porquanto, segundo o magistério de Almiro do Couto e Silva, o legislador não tem competência vinculada.<sup>7</sup> Tal entendimento encontra oposição em Kelsen, que afirma que a validade de uma norma, inclusive constitucional, sempre terá seu fundamento em uma *Norma Fundamental*. Assim, também o processo legislativo e o conteúdo das normas produzidas, ou seja, o poder de legislar, seria poder vinculado e não discricionário.<sup>8</sup>

---

4 TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil (conceito e remédios)*. DIN – Serviço de Documentação do DASP, Rio de Janeiro, p. 30.

5 Cf. COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 179, p. 51-92, jan-jun/1990. p. 55.

6 COUTO E SILVA. Id., *ibidem*.

7 Id., *ibid*.

8 Sobre a idéia da Norma Fundamental em Kelsen, Cf. BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo (Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart)*. Porto Alegre: Unisinos, 1999. p. 40-43.

Vale-se da antinomia Celso Antônio Bandeira de Mello, inicialmente, para classificar atos vinculados e discricionários *quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática*.<sup>9</sup> Posteriormente, para defini-los a partir da oposição conceitual.<sup>10</sup>

Convém distinguir a discricionariedade na função judiciária. Essa ocorre de duas maneiras: primeiro, de forma estrita, quando o juiz engasta o fato na previsibilidade normativa; segundo, quando se trata das normas vagas (princípios, cláusulas gerais ou conceitos indeterminados) que devem ter seu conteúdo preenchido valorativamente pela jurisprudência.

Dessarte, não há de se falar de discricionariedade administrativa como desvinculação da lei, ou mesmo como *válvula da rigidez da legalidade*, na expressão de Tércio Sampaio Ferraz Júnior.<sup>11</sup> Como afirma Gordillo:

A discricionariedade não é o resultado de uma carência pura e simples de regulamentação normativa: é em realidade uma forma possível de regulamentação, na qual a lei fixa um marco de competência dentro do qual

deixa ao funcionário certa margem de decisão, de criação própria, sem que isto signifique, por si só, que a mera atribuição de competência possa entender-se como outorga de liberdade para atuar.<sup>12</sup>

Assim, podemos afirmar que a discricionariedade administrativa é uma atribuição de competência conferida pelo direito, um poder limitado atribuído pelo legislador.

A expressão poder discricionário tem uso majoritário na doutrina nacional. Ela é coerente com o nosso superado sistema tripartite que delega a um único poder três funções: a chefia do Estado, o governo e a burocracia. Tal realidade, como veremos na seqüência, é um dos obstáculos do controle jurisdicional, pois tarefa difícil é localizar a tênue linha que separa o poder político da função administrativa quando exercida pela mesma pessoa. A doutrina alemã distingue administração de governo.<sup>13</sup> Enquanto este tem função política, a burocracia é apolítica e não exerce função autônoma. Ao governo é conferido poder discricionário, mas não à

---

9 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 262.

10 Id., *ibid.*, p. 266.

11 A Relação Meio/Fim na Teoria Geral do Direito Administrativo, in *RDP*, 61/27. *Apud* GRAU, Eros Roberto. Poder Discricionário. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro: nº 93, p. 41-46, jan-mar/1990. p. 41.

12 GORDILLO, Agustín. *Princípios Gerais de Direito Público* (Trad. De Marco Aurélio Greco). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 170.

13 Tal distinção também se encontra em Hely Lopes Meirelles, *op. cit.*, p. 100.

administração.<sup>14</sup> O mesmo ocorre com a doutrina francesa, que afirma *não existir jamais, para a administração, um poder discricionário. Porque não lhe é nunca deixado poder de livre apreciação quanto ao fim a alcançar*.<sup>15</sup>

À burocracia é dada a tarefa de agir buscando a utilidade pública em nome do Estado. Para tanto, o legislador a instrumentaliza com mecanismos necessários à sua eficiência, a essas ferramentas a doutrina dá o nome de poderes administrativos. Dentre eles, está o poder discricionário que, escusando-me pela tautologia, nada mais é que a capacidade de agir com uma certa liberdade determinada previamente pelo ordenamento jurídico. Poder discricionário é uma delegação de competência dada pelo Estado à burocracia.

Trata-se de um *poder-dever*, na expressão de Eros Roberto Grau.<sup>16</sup> Também Hely Lopes Meirelles afirma não ser possível distinguir o que vem a ser poder ou dever da administração.<sup>17</sup> Na verdade, é para o administrador um dever de agir e não mera faculdade

como seria para um particular. Trata-se, então, de um meio e não de um fim em si mesmo.<sup>18</sup>

Vale ressaltar que é equivocada a expressão *poder arbitrário*, já utilizada por nossa jurisprudência constitucional: *Há que distinguir entre poder discricionário e poder arbitrário*.<sup>19</sup> A arbitrariedade é o *não-direito*, a insurreição contra o ordenamento jurídico, contra o Estado que o estabeleceu e a sociedade que o legitima. Poder é uma delegação de competência dada pelo Estado, uma função estatal que subsume no princípio da legalidade, pressuposto do Estado de Direito. Tais conceitos colocam uma separação abissal e definitiva entre as noções de arbitrariedade e discricionariedade.

### 1.2 Discricionariedade administrativa e conceitos jurídicos indeterminados

Uma doutrina majoritária assevera que a discricionariedade advém dos *conceitos jurídicos indeterminados*.<sup>20</sup> Outra afirma haver, na área

14 Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. (Trad. Luís Afonso Heck) Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 404.

15 Cf. BONNARD, Roger. *Précis de Droit Administratif*. Paris: 1935 e 1940, *apud* Hely Lopes Meirelles. Op. cit., p. 152.

16 Poder Discricionário. *Revista de Direito Público*, n. 93, p. 41-46, jan-mar/1990. p. 41.

17 Op. cit., p. 89.

18 Id., *ibid.*, p. 152.

19 Recurso Extraordinário 68388/SP. 1ª Turma, j. 11/11/1969. Rel. min. Luís Callotti. DJU 24/04/1970. Ementa.

20 Eros Roberto Grau afirma inexistir *conceitos como tais indeterminados. Todo conceito é produto da reflexão, expressando uma suma de idéias. Quando expressado, através do seu termo, envolve um ato de expressão. O termo, pois, é a expressão do conceito* (Op. cit., p. 42).

de livre apreciação, um ponto em comum entre os dois.<sup>21</sup> Adotada a primeira posição, afirmamos que a processão da discricionariedade administrativa diz respeito às Regras Gerais (conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais) e não às normas vagas como um todo.

Acatando a distinção entre princípios e regras afirmada por Dworkin, entendemos que os princípios conferem discricionariedade *lato sensu*, por serem *standarts* juridicamente vinculantes radicados na idéia de justiça, fundamentos das normas e normas bases que constituem a *ratio* das regras.<sup>22</sup> Além disso, a vagueza conceitual dos princípios deverá ser preenchida exclusivamente pelo judiciário.

Três são as espécies de normas vagas: os princípios, as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados. Dessas, as duas últimas podem ser consideradas Regras Gerais, não obstante contrário pensamento da maior parte da doutrina. Entendo, de acordo com os ensinamentos de Judith Martins-Costa, haver distinção entre as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados.<sup>23</sup>

Apenas dessas Regras Gerais advém a discricionariedade administrativa, sobretudo por serem regras dirigidas ao intérprete que, excepcionalmente, pode não ser o judiciário, como é o caso das regras administrativas.

Como afirmamos, juntamente com os princípios, essas são espécies de normas vagas, sempre dirigidas ao intérprete, que descrevem uma conduta de forma aberta sem determinar claramente suas conseqüências e sem pretender prever todos os problemas da realidade, dando-lhes respostas prévias. São meios e técnicas de recepção e concreção dos princípios.<sup>24</sup> Elas não pretendem tipificar condutas e determinar suas conseqüências. Diferentemente, pela vagueza semântica, estão abertas a conceitos que lhe darão conteúdo, utilizando enunciados vagos na configuração da *fattispecie*.<sup>25</sup>

São normas que forçam o intérprete a uma medida própria de valoração. Para Canaris, uma de suas características é *estar carecida de preenchimento com valorações, isto é, o ela não dar os critérios necessários para a sua concretização*.<sup>26</sup>

---

21 Sobre a evolução histórica deste conceito: Cf. COUTO E SILVA, Almiro. Op. cit., p. 57.

22 Cf. DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999. p. 72-80.

23 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 324-328.

24 Cf. DI LORENZO, Wambert Gomes. *As Cláusulas Gerais como técnica de recepção, no Direito Privado, das normas constitucionais*. No prelo.

25 Base ou suporte fático.

26 Op. cit., p. 142.



Menezes Cordeiro<sup>27</sup> divide-as em três espécies: restritivas, regulativas e extensivas. Restritivas, por delimitarem ou restringirem um conjunto de permissões oriundas de regras e princípios jurídicos; regulativas, porque regulam hipóteses, com base em um princípio; e, extensivas, por ampliarem determinada regulação jurídica mediante expressa possibilidade de introdução de princípios e regras próprias de outros textos normativos.

Qualquer norma jurídica, como tal, deverá estar estruturada em duas partes: suporte fático e consequência jurídica. Kelsen afirma que o suporte fático se refere a uma conduta humana. Tal conduta é o objeto da própria norma.<sup>28</sup> A norma pode, eventualmente, referir-se a algo diferente dessa conduta ou mesmo de seus efeitos. Todavia, para que a norma tenha validade, o suporte fático deverá ser exequível.<sup>29</sup> A consequência deve ser, também, exequível, pois, se ela é impossível, torna a norma inválida.

Tal raciocínio tem aplicação conforme a função pretendida pela norma, pois diz respeito exclusivamente

às normas primárias. Todavia, também nas normas secundárias, a consequência jurídica se refere a uma conduta. Isso se dá pela diversidade de funções que a norma assume, que Kelsen divide em *imposição*, *permissão*, *autorização* e *derrogação*.<sup>30</sup>

Apesar da clara distinção entre as funções das normas secundárias, a *autorização* pode implicar *imposição*. Isso ocorre quando ela autoriza o estabelecimento da norma particular pelo aplicador.<sup>31</sup> É precisamente o caso da norma administrativa, que oferece um suporte fático impreciso que deve ser estatuído pelo administrador. Ressalta-se que não é uma delegação de arbitrariedade.

O Tribunal Constitucional Alemão afirma que as Regras Gerais são fundamentais para o direito administrativo porque a *multiplicidade das tarefas econômicas nem sempre se deixa apreender em conceitos de contornos claros*. Neste campo, o legislador não pode abrir mão de tais regras, mas se servirá delas para colocar instrumentos eficientes nas mãos do administrador.<sup>32</sup>

27 Cf. *Da Boa Fé no Direito Civil*, Tomo II. p. 1184. *Apud* MARTINS-COSTA, op. cit., p. 295.

28 Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 39.

29 Kelsen se trai por admitir a eficácia como pressuposto de validade da norma. Sobre uma crítica ao positivismo kelseniano, Cf. BARZOTTO. *Op. cit.*, p. 62-71.

30 Cf. KELSEN, op. cit., p. 130.

31 Cf. KELSEN, op. cit., p. 131.

32 Cf. HECK, Luís Afonso. *O tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995. p. 207.

As Regras Gerais apresentam a mesma estrutura bipartite elementar de todas as normas. Porém, é no seu suporte fático que está a diferença da norma casuística. Enquanto a *fattispecie* da casuística é precisa, nítida, nas Regras Gerais, o que predomina é uma *ratio decidendi*, baseada em critérios que podem ser metajurídicos, como, por exemplo, na chamada discricionariedade técnica. Esse suporte fático impreciso leva Karl Engisch<sup>33</sup> a afirmar que as Regras Gerais não possuem qualquer estrutura própria. Cláudio Luzzati<sup>34</sup> assevera que são normas parcialmente em branco.

Eros Roberto Grau distingue conceitos indeterminados de poder discricionário. Segundo ele, os conceitos indeterminados restringem a uma única solução, enquanto que o poder discricionário admite várias soluções justas. Opõe os conceitos, afirmando ser a discricionariedade uma liberdade

de eleição, enquanto a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei.<sup>35</sup> Tal contradição leva a concluir que se trata de um poder arbitrário que deserta da legalidade.

Hesse, tratando de vinculação administrativa, afirma que o poder administrativo é vinculado mesmo lá onde as normalizações vinculativas são indeterminadas e amplamente formuladas e, com isso, põe aos órgãos da administração a tarefa da concretização relacionada ao caso.<sup>36</sup> Também a jurisprudência alemã afirma que o legislador não deve fazer uso de Regras Gerais para deixar a decisão sobre a liberdade dos cidadãos unilateralmente à discricionário da administração.<sup>37</sup>

### 1.3 Do ato discricionário

Se a discricionariedade administrativa é potência, significa que, como tal, não passa de uma capacidade de

33 Introdução ao pensamento jurídico, p. 190. *Apud* MARTINS-COSTA, Judith. O Direito Privado como um “Sistema em construção” – As Cláusulas Gerais no projeto do Código Civil Brasileiro. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: v. 753, p. 24-28, jul. 1998.

34 Cf. *La vaghezza delle norme – un’analisi del linguaggio giurídico*. Milão: Giuffrè, 1990, p. 414.

35 *In verbis*: “a aplicação dos conceitos indeterminados só permite uma única solução justa. Contrariamente, o exercício da potestade discricionária permite uma pluralidade de soluções justas ou, em outros termos, optar entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do Direito. Daí por que a discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos, ao passo que a aplicação de conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei” (Poder Discricionário, p. 42).

36 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland)*. (Trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Fabris, 1998. Grifo meu.

37 Cf. HECK, Luís Afonso. *Op. cit.*, p. 206.

agir do administrador conferida pelo legislador. Para migrar do mundo ideal para a realidade concreta, essa potência necessita do ato. Ato, de uma forma genérica, é a maneira de como um *ens* (ser) passa a existir. É ele que vai dar existência ao *ens*, tornando-o um *esse* (ser existencial).

Poder, nada mais é que a simples aptidão para a existência. O *ser* é porque existe. Poder, *si per si*, não é *ser* mas *dever ser*. Para se definir *quod est* (como o que é), ou, como afirmou Santo Tomás, *res habens esse* (uma coisa possuindo a existência),<sup>38</sup> ele precisa realizar seu *actus essendi* (ato de ser).

É o ato administrativo que permite ao poder seu *actus essendi* (ato de existir). Todavia, para configurar a real existência de um poder, ele tem sua forma estritamente definida pela lei. Todo o ato tem seus elementos fundamentais, o ato discricionário tem elementos constitutivos próprios.

O ato administrativo, segundo a doutrina francesa, define-se como aquele praticado por um órgão administrativo do Estado, devendo-se distingui-lo de uma parte dos outros

órgãos de Estado, legiferantes e jurisdicionais e de outra parte dos organismos privados.<sup>39</sup>

No direito alemão, a definição de ato administrativo, bem como de seus elementos constitutivos, encontra-se no § 35 da lei do procedimento administrativo da República Federal e nas leis de procedimento administrativo dos estados-federados individuais. Segundo a norma maior, *um ato administrativo é cada ordem ou outra medida soberana no direito público que parte de uma autoridade para regular um caso particular e que está ajustada para produzir efeitos externos jurídicos*.<sup>40</sup> A norma apresenta-nos, ainda, seis definições: medida, autoridade, direito público, regulação, caso particular e efeito externo.<sup>41</sup>

Celso Antonio Bandeira de Mello ressalta a diferença entre atos administrativos e atos da administração. Entretanto, o critério sugerido pelo autor é de uma classificação segundo a importância, excluindo, assim, *atos que não interessa considerar como atos administrativos*.<sup>42</sup> Ato administrativo, entende o autor, são declarações do

---

38 Cf. AQUINO, Santo Tomás de. In Peih, I, lect. 5, Leonina. *Apud* JOLIVET, Régis. *Tratado de Filosofia – Metafísica*. Rio de Janeiro: Agir, 1972, p. 198.

39 Cf. LAUBADÈRE, André de; VENEZIA, Jean-Claude; e GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. 14.ed. Paris: L.G.D.J. Tome 1, p. 575.

40 MALLMANN, Dankwart. Elementos de formação do ato administrativo no direito alemão. (Trad. Luís Afonso Heck). *Estudos Jurídicos*, Porto Alegre: v. 31, n. 81, p. 95-103, jan-abr/1998.

41 Id., *ibid*.

42 BANDEIRA DE MELLO. *Op. cit.*, p. 229.

Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestadas mediante providências jurídicas.<sup>43</sup> Ou, ainda, declaração unilateral do Estado *no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei*.<sup>44</sup>

Defino, entretanto, ato administrativo como toda aquela ação administrativa que surte efeito jurídico. Para surtir efeito jurídico, o ato precisa ser válido e eficaz, obedecendo à forma legal e alcançando o fim pretendido. Deve seguir com precisão a lei tanto na sua forma, quanto no seu conteúdo, como também na sua motivação e finalidade. Qualquer desvinculação desses pontos à lei, torna o ato inválido.<sup>45</sup> A doutrina predominante na Alemanha considera o efeito jurídico para determinar a existência do ato, em alguns casos, apenas se há uma perda de direito. É o caso do exemplo levantado por Mallmann dos atos de graça. Eles não devem ser considerados atos administrativos, pois escapam ao direito já que à graça<sup>46</sup> ninguém tem um direito (cita como exemplo a libertação prematura

de um preso). Já a revogação da graça é um ato administrativo, pois, por meio dela, o preso perdeu um direito.

Parte da doutrina nacional se opõe à expressão *ato discricionário*. Victor Nunes Leal afirma que não se deve falar de *ato discricionário*, mas de *poder discricionário da administração*. Pois que a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas no poder da administração.<sup>47</sup> Segundo Lopes Meirelles, *atos discricionários são aqueles que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e de seu modo de realização*.<sup>48</sup>

Diria, portanto, que atos discricionários são a forma de agir da administração que dá concreção ao poder discricionário.

Recorrendo à jurisprudência do STF, encontramos os elementos constitutivos dos atos discricionários:

Ato discricionário está fundado em juízo de *conveniência* e

---

43 Id., *ibid.*

44 Id., *ibid.*, p. 232.

45 Assim entendeu o STF: “Os atos administrativos não podem ser revogados, mesmo quando discricionários, se deles nasceu um direito público subjetivo, salvo se o ato *não obedeceu à lei*. Porque então, já não se trata de revogação, mas de *anulação*, com efeitos *ex tunc*, pois do ato nulo, em regra não nasce direito (Recurso Extraordinário 51680. 1ª Turma, j. 18/04/1963. Rel. min. Luís Gallotti. DJU 18/04/1963. Ementa.) Grifo meu.

46 Graça significa mercê, benefício ou dádiva. Vem do latim *gratia* que por sua vez deriva do grego *chári*: favor, dom, dádiva, presente.

47 Cf. LEAL, Victor Nunes. Poder discricionário e ação arbitrária da administração. *RDA* 14/53, *apud* MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 150.

48 Op. cit., 150.

*oportunidade* do Poder Público, destina-se, a partir de *critérios racionais-lógicos e impessoais* estabelecidos de modo legítimo em norma legal, implementar objetivos estatais nitidamente qualificados pela nota da extrafiscalidade.<sup>49</sup>

Os elementos constitutivos corroboram a afirmação anterior de que discricionariedade e arbitrariedade não se confundem. A liberdade de agir tem limites. Não pode ser um ato do administrador que fira a legalidade, que seja inconveniente, inoportuno, ou mesmo que não tenha racionalidade ou razoabilidade.

A discussão, ora, é obstaculizada pela questão do mérito, que diz respeito diretamente aos elementos constitutivos. É em torno do controle judicial dos atos discricionários e da existência de um *mérito* administrativo, como um ente sagrado e intocável, que se deve construir uma definição precisa e toda particular de discricionariedade, como também de seus elementos constitutivos.

## 2. O CONTROLE JUDICIAL

### 2.1 Os vícios do ato

Como vetor de existência de uma potência, o ato, para também existir

como tal, precisará ser válido e eficaz, ou seja, estar coerente com o sistema jurídico a que pertence e resultar os efeitos jurídicos pretendidos. Ele segue a forma da lei e subsume no Estado de Direito e no Princípio da Legalidade.

A doutrina entende que o ato pode fugir da forma legal ou não cumprir sua finalidade: são os vícios do ato. Quanto aos vícios do ato discricionário, Almiro do Couto e Silva classifica-os em três espécies: transgressão dos limites do poder discricionário, abuso ou desvio do poder discricionário e não-exercício ou exercício deficiente do poder discricionário.<sup>50</sup> Segundo o mesmo magistério, dos dois primeiros decorrerá a absoluta invalidade, enquanto que o terceiro poderá dar causa à anulação do ato, sendo que, para tanto, o *error juri* é irrelevante e o *error facti* é fator de nulidade.

Para Themístocles Cavalcanti, o abuso e o desvio de poder são os principais vícios do ato discricionário. Abuso de poder é aquela ação exercida contrariando a lei ou extrapolando os limites por ela fixados. Desvio de poder é uma idéia oriunda do *Conselho de Estado da França* e diz respeito diretamente à competência. Na verdade, *o vício de competência é essencialmente um abuso de poder*.<sup>51</sup>

49 Agravo 142348/MG. 1ª Turma, j. 02/08/94. Rel. min. Celso de Mello. DJU 24/03/95. Ementa. Grifo meu.

50 Cf. COUTO E SILVA, Almiro. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: n. 179, p. 51-92, jan-jun/1990, p. 63.

51 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do poder discricionário. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: n. 101, p. 1-23, jul-set/1970. p. 13.

Celso Antônio Bandeira de Mello define desvio de poder como *a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição*.<sup>52</sup> Para ele, o desvio de poder é um dos mais graves vícios do ato administrativo. Afirma, ainda, que, na sua totalidade, os vícios são vícios de competência.<sup>53</sup> Hely Lopes também fala de abuso de poder como ultrapassagem dos limites da atribuição e desvio da finalidade.<sup>54</sup>

Um outro elemento constitutivo do ato é a motivação. Ela nem sempre é exigida pela lei, entretanto, se formalmente mencionada, vincula ação administrativa.<sup>55</sup> A motivação só cabe nos atos discricionários, porquanto os vinculados têm, na lei, o seu motivo de agir. Assim, a motivação traz a discricionariedade para a esfera do controle judicial: *O controle judicial só se exerce sobre o ato administrativo motivado. Caso em que a lei exige motivo mas não a sua comprovação*.<sup>56</sup>

## 2.2 Ato e legalidade

De qualquer maneira, o ato deve satisfazer as exigências da legalidade. É nela que o Estado Democrático de Direito vai buscar sua própria definição, como acrescenta Canotilho:

O princípio da legalidade da administração, sobre o qual insistiu sempre a teoria do direito público e a doutrina da separação dos poderes, foi erigido, muitas vezes, em ‘cerne essencial’ do Estado de Direito. Postulava, por sua vez, dois princípios fundamentais: o princípio da supremacia ou prevalência da lei (*Vorrang des Gesetzes*) e o princípio da reserva da lei (*Vorbehalt des Gesetzes*).<sup>57</sup>

A rigor, no aspecto jurídico, todo Estado é de Direito. É a teoria da bilateralidade ou da autovinculação, na qual o Estado cria um direito para depois se submeter a ele, tese com a qual concorda Kelsen: *O Estado deve ser apresentado como pessoa diferente do direito para que o direito possa justificar o Estado*.<sup>58</sup>

---

52 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Desvio de poder. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro: n. 89, p. 24-36, jan./mar. 1989, p.13.

53 Id., *ibid.*, p. 29.

54 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 95.

55 Cf. STF Recurso em Mandado de Segurança 17807/PE. 2ª Turma, j. 06/03/1968. Rel. min. Themístocles Cavalcanti. DJU 28/06/1968: *O exame dos motivos do ato administrativo, só se pode verificar no caso em que a lei exige a sua comprovação e o ato é motivado* (voto do Relator).

56 STF. Recurso de Mandado de Segurança 16807/PE. 2ª Turma, j. 06/03/68. Rel. min. Themístocles Cavalcanti. DJU 26/06/68. Ementa.

57 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 249.

58 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p.301.

É a legalidade que concede validade e eficácia ao ato. A própria eficácia tem seu fundamento na lei,<sup>59</sup> que vincula não apenas a forma, mas, também, o objeto do ato.<sup>60</sup>

A jurisprudência tem limitado à legalidade o exame do ato discricionário:

Limites do poder discricionário.

Os atos do poder público, além de sujeitos aos princípios da legalidade e da moralidade, também devem atender a princípio de justiça.<sup>61</sup>

Definida a legalidade, resta dizer que *moral e justo*, no que diz respeito à administração, é o rigoroso cumprimento da lei. A idéia de justiça na administração não admite conceitos metajurídicos, ocorrendo o mesmo com a moral administrativa que é uma espécie de 'autolimitação', uma limitação nascida da própria administração e vinculativa de seus agentes, e não uma heterolimitação da própria Administração.<sup>62</sup>

### 2.3 A idéia de mérito

Entretanto é na conveniência e na oportunidade que se encontra o que boa parte da doutrina chama de *zona livre*. Uma área impenetrável pela jurisprudência: *É ato discricionário que escapa ao controle do Poder Judiciário e envolve juízo de conveniência e oportunidade do poder Executivo*.<sup>63</sup>

Essa área inacessível ao judiciário é delimitada pela conveniência e pela oportunidade. Para a administração, o *justo* manifesta-se pelo *legal*, e a legalidade não escapa ao controle judicial. A doutrina é unânime ao referir-se a essa zona como *mérito administrativo* que, como vimos, a jurisprudência tem se isentado de apreciar.

Seabra Fagundes afirma que *o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária*.<sup>64</sup>

Em desconformidade com a jurisprudência brasileira, o Tribunal Constitucional da República Federal da

59 Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 110.

60 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 185.

61 STF. Recurso Extraordinário 173820/DF. 2ª Turma, j. 18/06/1996. Rel. min. Néri da Silveira. DJU 13/09/1996.

62 MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da administração pública no Brasil. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: n. 209, p. 71-80, jul-set/1997, p. 73.

63 STF. Recurso Extraordinário 188951/SP. 2ª Turma, j. 16/05/95. Rel. min. Mauricio Correia. DJU 15/09/95. Ementa. Grifo meu.

64 O conceito de mérito no Direito Administrativo. *Apud* MEIRELLES. Op. cit., p. 137.

Alemanha adentra no mérito administrativo a partir da proibição de arbitrariedade. Segundo a jurisprudência alemã, a arbitrariedade pode ocorrer não apenas na decisão, mas também nos elementos de formação e desenvolvimento do ato.<sup>65</sup>

A majoritária doutrina nacional tem afirmado que não há mérito inapreciável.<sup>66</sup> Segundo Eros Roberto Grau, o mérito significa adequação do ato a sua finalidade e *essa adequação deve, necessariamente, ser objeto de controle jurisdicional, até porque é na medida em que opere o Poder Judiciário que se poderá avaliar a*

*eficácia do direito.*<sup>67</sup> No ensinamento de Hely Lopes Meirelles, mérito diz respeito aos elementos não vinculados que admitem uma valoração de eficiência, oportunidade, conveniência e justiça.<sup>68</sup> Segundo ele, tais elementos podem ser revistos e o ato anulado se, por trás da discricionariedade, estiver o abuso ou o desvio de poder.<sup>69</sup>

Trata-se de uma escolha entre duas posições confrontantes acerca do Direito administrativo: *ex parte principe* ou *ex parte populi*.<sup>70</sup> A primeira trata de um direito privilegiado do Estado sobre o cidadão. Era o direito vigente no *Estado de Polícia*, segunda fase histórica do absolutismo.<sup>71</sup>

---

65 Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p.229.

66 Em sentido contrário. Cf. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na Constituição de 1988 (Judicialização da política e politização da justiça). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: nº 189 p. 1-17, out-dez/1994.

67 GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro: n. 93, p. 41-46, jan-jun/1990, p. 63.

68 Cf. nota 48.

69 Op. cit., p. 138.

70 Cf. MODESTO, Paulo. Controle jurídico do comportamento ético da administração pública no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: nº 209, p. 71-81, jul-set/1990. p. 72.

71 À primeira fase do absolutismo deu-se o nome de *Estado Patrimonial*, no qual o Estado era considerado um bem patrimonial do príncipe. Em ambas as fases a vontade arbitrária do príncipe prevalecia em face das possibilidades de defesa judicial dos particulares. Além da responsabilidade pessoal dos funcionários por atos ilícitos (dificilmente exequível) os particulares não tinham qualquer mecanismo de defesa contra o Estado. No Estado de Polícia ressurgiu a doutrina do *Fiscus* (oriunda do Direito Romano), onde o Estado (que até então estava à margem do direito e fora do controle judicial) se desdobrava numa outra pessoa moral, com capacidade jurídica ativa e passiva, capaz de se obrigar contratual e extracontratualmente. Distinguindo-se portanto os bens do Fisco dos bens do príncipe. A doutrina do Fisco entretanto, garantia apenas os danos patrimoniais, não entrando na esfera autônoma dos direitos particulares. O estado permanecia ainda acima do direito, com uma submissão apenas parcial.



O enfoque *ex parte populi* significa a limitação jurídica do Estado e surge como reação burguesa contra o *Estado de polícia*.<sup>72</sup> Na França, após a revolução, surge como *Etat Constitutional*, que tem base na imperatividade formal da constituição e sua rigidez. No cerne, estava a necessidade de segurança inerente à produção, com base no controle da administração.<sup>73</sup>

Para o direito alemão, segundo sua jurisprudência constitucional, não há comportamento livre na administração, pois mesmo a discricionariedade tem bases legais.<sup>74</sup> Essa submissão da administração à lei é conteúdo do princípio do Estado Democrático de Direito.<sup>75</sup>

#### **2.4 Distinção entre o político e o administrativo**

Concluindo que não há mérito administrativo ou discricionariedade

administrativa intocável, resta a dificuldade que o judiciário enfrenta com a ausente distinção do que vem a ser *administrativo* ou *político*. Isso se dá, sobretudo, pela divisão de poderes adotada no Brasil, que atribui unicamente ao Poder Executivo três funções distintas: a chefia do Estado, a chefia do governo e a tarefa burocrática. Ao mistifório presente no direito positivo constitucional, a jurisprudência voluntariamente se vincula, tratando, via de regra, como discricionariedade ou mérito administrativo todo e qualquer ato do Poder Executivo, sem uma discussão ontológica do próprio ato.

No direito alemão, clara está a distinção entre governo e administração, ou entre ato político e ato administrativo. Na Alemanha, a administração exerce função autônoma, cumprindo papel específico determinado pelo

---

72 Tratava-se também de projeto de autonomia, de auto-regulação econômica e exigências de um debate público para as questões nacionais. Era um programa revolucionário de racionalização integral do Estado segundo os interesses da sociedade. Esse processo de racionalização do Estado é indissociável do objetivo de sua limitação jurídica. O problema do Estado perante a teoria da sua personificação é decisivo na construção do Estado de Direito.

73 Segundo Paulo Modesto (Op. cit., p. 73), atualmente o controle da administração se classifica em: “A) controle interno (realizado por órgãos integrantes de uma mesma estrutura funcional) e em controle externo (realizado por órgãos estranhos à estrutura do sujeito controlado); B) preventivo, concomitante ou sucessivo (vale dizer o controle que antecede, é contemporâneo ou posterior ao ato controlado); C) controle objetivo (dirigido a atos funcionais, verificando a sua validade jurídica) e subjetivo (dirigido aos titulares dos órgãos de atuação, como remoção, nomeação, destituição etc.); D) controle de legalidade (verificando pertinência do ato no sistema legal), de mérito (apreciando a sua conveniência e oportunidade) e, até, mais recentemente, controle da rentabilidade ou eficiência (avaliando a relação custo-benefício da atuação administrativa em face de sua destinação e custo social como no controle de economicidade).”

74 Cf. HECK, Luís Afonso. Op. cit., p. 183.

75 Id., *Ibid.*, p. 199.

ordenamento constitucional. É uma função apolítica, praticada junto ao direito e relativamente independente da política. Na expressão de Hesse, *a administração não pode ser entendida como 'braço alargado' do governo*. Ela exerce um papel preponderante na estrutura do estado de direito social.<sup>76</sup>

O célebre caso da expulsão do padre Vito Miracapillo, em 1980, evidencia o que vem a ser poder discricionário do governo. O artigo 66 da Lei nº. 6.815, de 19/08/1980, que trata da expulsão de estrangeiros, determina: *Caberá exclusivamente ao Presidente da República resolver sobre a conveniência e a oportunidade da expulsão ou de sua revogação*. Entendeu o Supremo Tribunal Federal que:

Compete ao Presidente da República deliberar sobre a conveniência e a oportunidade dessa medida de elevado alcance *político*. [...] Na espécie cuida-se, realmente, de ato discricionário,

praticado nos limites da Lei 6.815/80 (artigos 64, 65 e 106), imune à apreciação pelo poder judiciário no que toca ao juízo de valor quanto a sua justiça.<sup>77</sup>

No julgamento do *habeas corpus*, denegado por decisão unânime, alguns ministros, inobstante a ementa fazer referência ao alcance político da decisão, nos votos individuais, não distinguem *governo* de *administração* ou *político* de *administrativo*.<sup>78</sup> A anacrônica miscelânea permanece mesmo sob vigência da atual constituição, havendo, todavia, uma evolução no entendimento do STF no sentido de opor à discricionariedade os direitos fundamentais, sobretudo se o ato gerar quadro irreversível:

A expulsão é ato discricionário do *Poder Executivo*. Não se admite, no entanto, ofensa à lei e falta de fundamentação. Contra o ato expulsório são possíveis recurso administrativo – pedido de reconsideração – e apelo ao Poder Judiciário. [...] Cuida o

76 Cf. HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (*Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*). (Trad. Luís Afonso Heck). Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 404.

77 STF. *Habeas Corpus* 508/409/DF. Pleno, j. 30/10/1980. Rel. min. Djaci Falcão. DJU 28/11/80. (Ementa) Grifo meu.

78 *In verbis*: “Não cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle da legalidade, ultrapassar os limites da apreciação de vícios nulificantes do ato, para ir ao exame do mérito. Esse aspecto do mérito compreensivo da conveniência, da oportunidade ou da justiça da decisão administrativa, pertine ao poder discricionário, ao juízo discricionário, inabordável ao controle judicial. [...] pois estaria comprometendo o princípio da divisão de poderes” (Voto do min. Rafael Mayer); “Não tenho dúvidas que o ato administrativo de expulsão não é ato arbitrário. Ele é porém, de maneira inequívoca, ato discricionário. [...] sendo-lhe porém vedado apreciar se o ato é justo ou injusto, conveniente ou inconveniente, oportuno ou inoportuno” (min. Moreira Alves) ([www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)).

Judiciário apenas do exame da conformidade do ato com a legislação vigente. *Não examina conveniência e a oportunidade da medida*, circunscrevendo-se em matéria de direito: observância dos preceitos constitucionais legais.<sup>79</sup>

Acatada a existência de um poder discricionário, no sentido de uma imunidade jurisdicional, este seria prerrogativa do governo e não da administração.

Entretanto, como afirma Themístocles Cavalcanti, *não existe no estado de direito nenhum poder absoluto e imune à apreciação de outro poder, quando mais não seja para verificar e afirmar os limites da ação discricionária, de maneira a legitimá-la*.<sup>80</sup>

Na opinião de Canotilho, limitação do poder político é algo inerente ao Estado de Direito<sup>81</sup>. Nesse sentido, o direito continental tem rejeitado a hipótese de mérito inapreciável. É o que se encontra nas constituições da Alemanha (art. 19, § IV), da Itália (art. 133) e Áustria (art. 132) sob a denominação de *proteção sem lacunas*. Também na França, em 1962, o Conselho de Estado derrubou o mito da idéia de inapreciabilidade do ato

político ao conhecer recurso contra atos do Presidente De Gaulle, praticados com base no art. 16 da Constituição francesa que concedia a ele poderes ditatoriais.<sup>82</sup>

## 2.5 A discricionariedade em face dos direitos subjetivos

O art. 1º da Constituição Federal afirma que a República Federativa do Brasil se constitui Estado Democrático de Direito. A rigor, no aspecto jurídico, todo Estado é de Direito. É a teoria da bilateralidade ou autovinculação na qual, como já mencionei, o Estado se submete a um direito criado por ele próprio. A expressão consta na Constituição de Portugal como *Estado de direito democrático* (art.2º) e da Espanha, como *Estado Social e Democrático de Direito* (art.1º). Apesar da diferença meramente formal entre a nossa Constituição e a Portuguesa, que qualifica como *democrático* o direito e não o Estado, tal expressão trás em si mesma um significado próprio. Não representa a junção meramente formal de um adjetivo ao conceito de Estado de Direito liberal.

Resistindo à sedução de adentrar numa complexa conceituação, vale sinteticamente ressaltar que a função

79 STF. *Habeas Corpus* 72082/RJ. Tribunal Pleno, j. 19/04/95. Rel. min. Francisco Rezek. DJU 01/03/96. (Ementa) Grifo meu.

80 CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Do poder discricionário. *Revista do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: n. 101, p. 1-23, jul./set. 1970, p. 11.

81 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 92ss.

82 Cf. ASSIS, Alexandre C. de. Excesso de poder e discricionariedade: Controle judicial. *Revista de Direito Público*, Rio de Janeiro: nº 92, p. 147-149, out-dez/1989. p. 148.

do Estado Democrático de Direito, no conceito de José Afonso da Silva, é superar as desigualdades, instaurando um regime democrático que realize a justiça social.<sup>83</sup> Trata-se de uma evolução do Estado liberal, mencionado na introdução, que, antes adstrito apenas à lei, agora se vincula ao princípio democrático. A nota elementar no conceito, como já asseverado, consiste nos direitos fundamentais. Toda missão do Estado Democrático de Direito passa necessariamente pela garantia dos direitos fundamentais.

O art. 1º da Lei Fundamental alemã afirma que os direitos fundamentais vinculam legislação, poder executivo e jurisdição como direito vigente diretamente.<sup>84</sup> A nossa constituição, sobretudo nos art. 5º ao 17, enumera tais direitos. Trata-se de direitos subjetivos que encontram sua fundamentação no próprio Estado Democrático de Direito e são formalmente consolidados pela constituição.

Direito subjetivo, em breves palavras, é a faculdade de pleitear a realização de um interesse próprio determinado pelo ordenamento jurídico. Na definição de Flóscolo da Nóbrega,

tem sua gênese no ato jurídico, causa geral da aquisição de direitos. É a *faculdade de agir, de adotar um determinado comportamento, em vista de um interesse garantido pelo direito objetivo*.<sup>85</sup> Ainda segundo o mesmo autor, os elementos essenciais do direito subjetivo são: o sujeito, o objeto, o interesse e a garantia.<sup>86</sup>

Retomamos, então, a definição de ato administrativo, afirmada anteriormente e que encontra base na doutrina alemã:<sup>87</sup> são todas aquelas ações administrativas que surtem efeito jurídico, sendo que, para surtir efeito jurídico, o ato precisa ser válido, obedecendo à forma legal e alçando o fim pretendido, devendo seguir com precisão a lei tanto na sua forma, quanto no seu conteúdo, como também na sua motivação e finalidade.

Tal definição é válida para os atos políticos (de governo) que, no nosso sistema, não se diferenciam dos atos administrativos, já que emanam de um mesmo poder. O que nos interessa, particularmente, é a necessidade ontológica do ato ser causador de efeitos jurídicos. Podemos concluir que dos atos administrativos, compreendidos

---

83 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, p. 111.

84 Cf. HESSE, Konrad. *Op cit.*, p. 275.

85 NÓBREGA, Flóscolo da. *Introdução ao Direito*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975, p. 149.

86 Sendo o sujeito, o titular do direito; o objeto, o bem protegido; a garantia, a proteção oferecida pelo direito objetivo; e, o interesse o elemento volitivo. (Id., *ibid.*).

87 Cf. nota 41.

como atos do executivo, segundo nosso sistema, nascem obrigatoriamente direitos subjetivos.

Se o mérito do ato político é inapreciável, pela miscelânea presente em nosso sistema, e a imunidade também se estende ao ato exclusivamente administrativo, o inverso também é verdadeiro e prepondera. A atribuição das duas funções estatais a um único pro-tagonista possibilita estender aos atos de governo o controle judicial da administração. Independente do silogismo, o controle da discricionariedade encontra sua racionalidade no próprio Estado democrático que não admite poder ilimitado ou sem controle. Mesmo a doutrina da *validade fiscal dos atos fundamentais*<sup>88</sup> encontra obstáculo na Alemanha. Hesse afirma que ela é inválida, pois *não há tarefa fiscal, cujo vencimento apropriado requer uma dispensa dos direitos de liberdade*.<sup>89</sup>

## 2.6 A discricionariedade em face do Princípio da Tutela e do Monopólio

O cerne do Estado Democrático de Direito está na garantia dos direitos

subjetivos. Para efetivar tal proteção, a Constituição se serve de princípios formais protetores dos direitos fundamentais. Esses princípios são mecanismos que viabilizam o esforço de aproximar a contemplação normativa com a realidade fática.<sup>90</sup>

A principal técnica formal de garantia dos direitos subjetivos dá-se pelo *princípio da proteção* ou *princípio da tutela* que, como ressalta a doutrina, é a garantia das garantias constitucionais.<sup>91</sup>

O direito alemão prevê um amplo controle da eficácia dos direitos fundamentais pelo judiciário, cujo controle ocorre pelo princípio da *garantia da via judicial* presente na alínea 4 do art. 19 da Lei Fundamental.

O Princípio da Tutela, *si per si*, é um direito fundamental. Ele se insurge em face de um mérito ou de uma discricionariedade inapreciável pelo judiciário. É o que prescreve o inciso XXXV do art. 5º da nossa Constituição: *A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*. Não pode, portanto, imputar à lei a existência de uma *zona livre* que, escapando da legalidade, seja

88 Doutrina que diferencia o cumprimento direto de tarefas pública em formas do direito privado e de atuação fiscal propriamente dito. Na primeira hipótese, os direitos fundamentais devem vincular o poder público, na segunda, não. (Id., *ibid.*).

89 Id., *ibid.*

90 Sobre a “Distância entre a contemplação normativa dos Direitos e Garantias Fundamentais e a realidade sócio-econômica-política-cultural brasileira”, Cf. FEIJÓ, Alessandro Rabbani Aragão. Direitos fundamentais: teoria e prática na realidade brasileira. *Revista do Curso de Direito da UFMA*, São Luís: v. 3, n. 1., p. 5-12, jan./mar. 1999, p 10.

91 Cf. SILVA, José Afonso da. Op. cit., p. 376.

o espaço para o arbítrio do governante ou do administrador.

O *Princípio da Tutela*, segundo Canotilho, assume dois aspectos: um direito de defesa ante os tribunais e contra atos dos poderes públicos; e um direito de proteção do particular através dos tribunais.<sup>92</sup> Também chamado na Alemanha de *máxima proteção* ou *proteção sem lacunas*, manifesta-se de várias formas através de outras normas vagas. A primeira delas é a *garantia da via judicial*, já mencionada.<sup>93</sup> Trata-se, por si só, de um direito fundamental de garantia de acesso aos tribunais que, na opinião de Canotilho, é um princípio estruturante do Estado de Direito (na Constituição da República Portuguesa está no art. 20).<sup>94</sup> Vale ainda a observação do constitucionalista português de que a competência deve estar claramente estabelecida e de que o contrário representa violação do direito subjetivo de acesso aos tribunais:

Se a determinação dos caminhos judiciais for de tal modo confusa (exemplo: através de reenvios sucessivos de competências) que o particular se sinta tão desprotegido como se não houvesse via judiciária nenhuma, haverá violação do

princípio do Estado de direito e do direito fundamental de acesso ao direito e à via judicial.<sup>95</sup>

A copiosa pesquisa jurisprudencial de Luís Afonso Heck revela-nos que, na Alemanha, o Princípio da Tutela estabelece vários direitos subjetivos, dentre eles o direito à audiência judicial, direito ao juiz natural e direito a um procedimento honesto (*fairen Verfahren*).<sup>96</sup>

Contra a inapreciabilidade do mérito, levanta-se, também, o princípio do monopólio da jurisdição. O já mencionado inciso XXXV do art. 5º da nossa Constituição indica que a jurisdição é monopólio do Poder Judiciário. Sequer há contencioso administrativo, como constava na Constituição anterior.

No Brasil, persiste a idéia norte-americana de abstenção do judiciário na apreciação do mérito do ato administrativo, que coincide com a idéia francesa de *administration forte* da primeira metade do século XX. Infelizmente, o direito brasileiro não acompanha a evolução do pensamento francês que, juntamente com o restante do ocidente, já admite o controle de todo ato administrativo.

92 Cf. CANOTILHO. Op. cit., p. 451.

93 Op. cit. HESSE, Konrad. Op. cit., p. 270.

94 Op. cit., p. 447.

95 Cf. CANOTILHO. Op. cit., p. 453.

96 Cf. HECK, Luís Afonso. *O tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais: Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 213-222.

A diferença francesa, como se sabe, está na jurisdição administrativa (em sentido estrito) lá existente. Trata-se de um controle efetuado pelos tribunais administrativos e o seu prestigiado Conselho e Estado que, como vimos, sequer admite discricionariedade no ato político. O fator diferencial está na independência deste órgão em relação ao poder judiciário. Na França, portanto, da mesma forma que inexistente monopólio do judiciário, não há de se falar também de arbitrariedade intitulada de discricionariedade.

Serve portanto de paradigma os modelos de Portugal, França e Alemanha, que, a partir do princípio da proteção, fortalecem seu Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÃO

Ao Poder Judiciário, que tem o *munus* de dizer o Direito nos casos concretos, é concedido verdadeiro poder normativo que pode ser usado na apreciação de ato de outro poder. Tal prerrogativa não se dá por uma posição hierarquicamente superior do judiciário em face dos outros poderes, mas para firmar o império do Direito.

Mesmo no nosso ordenamento, em sua construção objetiva e jurisprudencial do controle judiciário, não devem escapar atos de outro poder que firmam os interesses individuais. É o *Princípio*

*da Tutela* que, a partir de 1946, é introduzido no nosso direito constitucional nos seguintes termos: “*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*” (art. 141§ 4º). Essa inovação derogou a afastabilidade da apreciação judicial nas questões exclusivamente políticas, presente no art. 68 da constituição de 1934.

Entende parte da doutrina que o Princípio da Tutela não se aplica aos atos políticos ou de governo, como, por exemplo, a urgência e relevância de uma medida provisória (art. 62 da C.F.), ou a conveniência e a oportunidade da expulsão de um estrangeiro (art. 66 da lei 6.815), pois seriam conceitos indeterminados cujo intérprete seria o agente político ou administrativo e não o juiz. Não aceita o princípio democrático que, por trás das idéias de mérito ou discricionariedade destes atos de governo ou políticos, se oculte a arbitrariedade, nem tampouco que o cidadão fique à mercê do poder político.

Se dos atos nascem os direitos subjetivos, a Carta de 88 atribui ao judiciário o controle da administração não apenas em prol dos interesses individuais, mas em vista do interesse comum.

Sobre a divisão dos poderes, impera o Direito e a garantia dos direitos fundamentais.

**VM+**

**editoração eletrônica**

51 3222.5044

vmm.ez@terra.com.br

Composto especialmente para a Editora Meridional,  
em Times New Roman, corpo 11/13,5, sobre o papel offset 75g  
e impresso na

Gráfica  
**METRÓPOLE**

www.graficametropole.com.br  
comercial@graficametropole.com.br  
tel./fax + 55 (51) 3318.6355



Revista da  
**Faculdade de Direito UFRGS**

Av. João Pessoa, n. 80 - CEP 90.040-000 - Porto Alegre/RS - Brasil  
Tel: (51) 3316.3118 / 3316.3128 / 3316.3555 / 3316.3464

## REPRESENTANTES

### AMAZONAS

Travessia Editora e Livraria Ltda. - F: (92) 3633-6565

Editora Vozes Ltda. - F: (92) 3232-5777

BAHIA / SERGIPE - LDM - Livraria e Distribuidora Multicampi Ltda. -

F: (71) 2101-8000

DISTRITO FEDERAL - J. Quinderé Distribuidora de Livros Ltda. - F: (61) 3347-8461 -  
3347-7386

Livraria Cultura S/A - F: (61) 3410-4033

GOIÁS - Editora Vozes Ltda. - F: (62) 3225-3077

ESPÍRITO SANTO - Representações Paulista Ltda. - Logos Livraria -

F: (27)3137-2568

MINAS GERAIS - Alpha Distribuidora de Livros Ltda. - F: (31) 3497-9179 - 3497-1939

PARÁ - Ponto e Vírgula Comércio Ltda. - F: (91) 4006-6650

PARANÁ - Aramis Chain - F: (41) 3264-3484

Berton & Cosmo Ltda. - A Página - F: (41) 3213-5600

Editora Vozes Ltda. - F: (41) 3233-1392

PERNAMBUCO - Potylivros Distribuidora Ltda. - F: (81) 3423-1100

Livraria Cultura S/A - Paço Alfândega - F: (81)2102-4033

Editora Vozes Ltda. - F: (81) 3423-4100

RIO DE JANEIRO - Prefácio Distribuidora de Livros Ltda. - F: (21) 2508-9797

Editora Vozes Ltda. F: (21) 2533-8358

RIO GRANDE DO NORTE - Potylivros Distribuidora Ltda. - F: (84) 3211-2001

RIO GRANDE DO SUL - Multilivro Distribuidora e Livraria Ltda. - F: (51) 3223-7363 -  
3223-6622

Livraria Cultura S/A - Bourbon Shopping Country - F: (51)3028-4033

SANTA CATARINA - Livraria Livros & Livros Ltda. - F: (48) 3028-6244

SÃO PAULO - Batatais Comércio e Represent. de Livros Ltda. - F: (11) 3266-3097 -  
3266-2976

Empório do Livro Editora e Livraria Ltda. - F: (11) 3255-1447 - 3151-6401

Lerlivros Distribuidora Ltda - F: (11) 3828-2423

Livraria Cultura S/A - Conjunto Nacional - F: (11) 3170-4033

Livraria Cultura S/A - Shopping Villa Lobos - F: (11) 3024-3599

TOCANTINS - S.G.Vieira - Livraria Palmas Cultural - F: (63)3215-3123 - 3225-5217



*Editora Sulina*

[www.editorasulina.com.br](http://www.editorasulina.com.br)

ISSN 0104659

