



IAB *INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS*

Revista Digital

ANO I - NÚMERO 1

Abril / Junho de 2009

Conselho Editorial

Coordenador-Geral

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Coordenador de Edição

Ana Amelia Menna Barreto de Castro Ferreira

Conselho Editorial

Luiz Dilermando de Castello Cruz

Claudete Silva de Araújo Barata

Humberto Jansen Machado

Publicação

Gratuita

Periodicidade

Trimestral

Formato

Digital

Acesso

<http://www.iabnacional.org.br>

Índice

Apresentação

- 4 A Revista Digital do IAB
Henrique Cláudio Maués

Doutrina

- 5 A indispensabilidade do advogado e honorários na Justiça do Trabalho
Benedito Calheiros Bomfim
- 13 Considerações sobre a irrecorribilidade dos despachos e dos atos meramente ordinatórios
Roberto Carvalho de Souza
- 28 Exame de Ordem
Leon Frejda Szklarowsky
- 45 Políticas de ação afirmativa e direitos
Luis Fernando Martins da Silva

Pareceres

- 66 Perda de mandato do parlamentar que se desfiliou do partido cuja legenda foi eleito
Relatora Leila Maria Bittencourt da Silva
- 71 Reforma Tributária
Relator Alexandre da Cunha Ribeiro
- 78 Licenciamento Ambiental. Disciplina e competência
Relator Luis Eduardo Lessa Silva

Expediente

- 84 Normas de publicação
- 86 Termo de autorização

Apresentação

A Revista Digital do IAB

O Instituto dos Advogados Brasileiros completou 165 anos, em 07 de agosto de 2008.

Quantas gerações são agasalhadas por tantos anos de história? Com certeza, tempo bastante para jovens imberbes e apressados afirmarem que o Instituto envelheceu.

Estão equivocados, entretanto. O Instituto é jovem. E afirmo que a juventude do Instituto é perpétua. Isso porque, parafraseando Joaquim Nabuco, o fundo de verdade humana que o Instituto recolheu e exprimiu ao longo de sua história continua a ser verdadeiro.

E será eternamente jovem o Instituto que tem como finalidade estatutária, entre outras, o estudo do direito, a difusão de conhecimentos jurídicos e o culto à Justiça; a defesa do estado democrático de direito, legitimamente constituído, e dos direitos humanos, a promoção da defesa da igualdade racial, do meio ambiente e dos interesses da nação, que não estão divorciados da defesa da igualdade social.

Então, o Instituto dos Advogados Brasileiros, cumprindo a sua finalidade social, ingressa com 165 anos completos no mundo digital e dá o primeiro e decisivo passo para transmitir educação, cultura e conhecimento – que são o seu maior patrimônio, espelhado em um quadro de juristas notáveis – aos advogados, estudantes e brasileiros carentes, localizados nas regiões mais distantes do país. Concretiza-se, dessa forma, mais um compromisso assumido pelo Presidente Paulo Eduardo Saboya.

A Revista Digital do IAB tem periodicidade trimestral e se destina a veicular os artigos jurídicos inéditos dos associados que a desejarem e também os pareceres aprovados no Plenário.

São novos tempos, novos desafios e novas tecnologias. E o Instituto dos Advogados Brasileiros, mais uma vez, mostra-se preparado para o novo, na busca permanente de transformação da realidade social brasileira, mantendo-se assim eternamente jovem.

Henrique Cláudio Maués

Presidente em Exercício do IAB

A indispensabilidade do advogado e honorários na Justiça do Trabalho

Anteprojeto da OAB/RJ

Benedito Calheiros Bomfim (*)

Sumário

1. Ofensa a princípios constitucionais e infra-constitucionais **2.** Gênese e papel histórico do jus postulandi **3.** Hipertrofia e formalização da Justiça do Trabalho **4.** Incompatibilidade do art. 791/CLT com o art. 133/CF **5.** A negativa de honorários e o Código Civil **6.** Inexistência de vedação legal à concessão de honorários **7.** Anteprojeto de lei instituindo honorários de sucumbência

1. Ofensa a princípios constitucionais e infra-constitucionais

Mesmo depois da Constituição/88 (art. 133), do CPC/73 (art.20), do Código Civil/02 e Estatuto da Advocacia (Lei 8906/94), continuam a vigor o art. 791 da CLT e a Súmula 219 do Tribunal Superior do Trabalho, com base nos quais consideram-se indevidos honorários sucumbenciais no Judiciário trabalhista.

A negativa de honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho fere os princípios constitucionais da isonomia (art.5º), da "duração razoável do processo" (art. 5º, LXXVIII,) da essencialidade do advogado "à administração da Justiça" (art. 133), da "ampla defesa" (art. 5º, LV), do "direito ao devido processo legal" (CF,art.5º, LIV), do "primado do trabalho" e da justiça social (art. 193).

Ao manter, incidentalmente, a vigência do art. 791 da CLT, por entendê-lo compatível com a Carta Política de 1988, o Supremo Tribunal Federal, confirmando entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, adotou uma interpretação, mais que desarrazoada, ultraconservadora - pode-se dizer - de comprometimento político.

Essa mesma hermenêutica levou nossa mais alta Corte de Justiça a interpretar restritivamente o inciso I do art. 1º do Estatuto da Advocacia, ao decidir não ser privativa de advogado a postulação na Justiça do Trabalho, ratificando, assim, a validade do art. 791 da CLT.

Note-se - o que é mais estranho - que esse entendimento cristalizou-se sem que haja na Consolidação das Leis do Trabalho nenhuma vedação à concessão de honorários sucumbenciais. Essa verba veio a ser reconhecida - de maneira restritiva e desvirtuada - pela Lei 5.584/70, no Título da Assistência Judiciária, "a todo aquele, que (assistido por seu Sindicato) perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal" e àquele que provar "que sua situação econômica não permita demandar, sem prejuízo do sustento próprio ou da família" (art. 9). Prescreve mais o citado diploma legal, no art. 17, que "Os honorários do advogado pagos pelo vencido reverterão em favor do Sindicato assistente". Vale dizer: os advogados não são remunerados pelos serviços prestados, e os entes sindicais, dos quais são

eles empregados, ainda fazem da assistência judiciária uma fonte de lucro, embora seja esta uma das finalidades estatutárias dos sindicatos.

Data de longe a postulação de associações de advogados trabalhistas e da OAB pela indispensabilidade da presença de advogado nas lides trabalhistas. Basta referir que em 2 de fevereiro de 1982, o Conselho Federal, apreciando o Proc. CP 2.514/81, do qual foi relator o autor destes comentários, apoiou projeto de Lei do então deputado Fernando Coelho, que alterava o art. 791 da CLT para tornar obrigatória a representação das partes por advogado, nas reclamações trabalhistas. Idêntica reivindicação foi preconizada na Carta de Princípios da IV Encontro Nacional de Advogados Trabalhistas, endossada também pela OAB/Federal.

Por ter sido a denegação de honorários sucumbenciais pacificada, por súmula, na jurisprudência trabalhista, os juizes que julgavam devida essa verba deixaram de ressaltar sua opinião pessoal em contrário. A maioria dos advogados optou por idêntico procedimento, de vez que, uma eventual condenação em honorários advocatícios ensejaria exitoso recurso oponível pela parte adversa, alongando desnecessariamente a tramitação do processo.

Admita-se que a persistência da mais alta Corte trabalhista e do Supremo Tribunal na manutenção do jus postulandi, possa não ter viés ou inspiração patronal, mas que favorece o empresariado, incentiva a litigiosidade em detrimento do trabalhador e retarda a tramitação processual, disso não resta a menor dúvida.

E isso na contramão da moderna tendência de todo o direito, que é o de assegurar amplo acesso à Justiça e lhe emprestar celeridade, efetividade e a mais completa garantia de defesa aos jurisdicionados. Note-se que tal entendimento reforça a inefetividade dos direitos constitucionais assegurados formalmente aos trabalhadores. É que estes, pelo real temor de serem despedidos, só recorrem à Justiça do Trabalho para reclamar a reparação dos direitos sonogados depois de extintos seus contratos de trabalho, quando não raro alguns deles já se encontram prescritos.

A negação da verba honoraria tem efeito impactante na Justiça do Trabalho, em cujas pendências um das partes – o trabalhador – é hipossuficiente e os litígios, por envolverem verbas de natureza salarial, relacionam-se com sua sobrevivência e de sua família, enquanto na Justiça comum, cujas pendências envolvem interesses e direitos patrimoniais, tais honorários são devidos.

Há quem pense e diga que a Justiça do Trabalho é uma Justiça de nível inferior, de segunda categoria, por nela não admitir a obrigatoriedade do advogado nem honorários sucumbenciais.

2. Gênese e papel histórico do jus postulandi

Quando da instalação da Justiça do Trabalho em 1941, ainda sob a esfera administrativa, deferiu-se às partes o direito de, pessoalmente, reclamar, defender-se, recorrer e acompanhar a causa até final. Essa prerrogativa (jus postulandi) conferida aos litigantes justificava-se por então se tratar de uma Justiça administrativa, dotada de um sistema processual oral, concentrado, simples, informal e gratuita, além de que a ela eram submetidos, quase exclusivamente, casos triviais, corriqueiros, tais como indenização por despedida injusta, horas extraordinárias, tempo de serviço, salário, férias, , anotação de carteira, relação de emprego. A composição das antigas Juntas de Conciliação e Julgamento incluía juizes classistas, leigos em direito, cuja representação veio a ser posteriormente extinta. Na jurisprudência do primeiro decênio da Justiça do Trabalho, raramente são

encontradas decisões fundamentadas em normas de direito processual comum, embora formalmente fosse admissível sua aplicação subsidiária. Tão singelos eram os procedimentos da nova Justiça, que, nos primeiros períodos, as reclamações eram formuladas, em sua grande maioria, verbalmente, pela própria parte, perante o Distribuidor, o qual as reduzia a termo e fornecia “ao interessado um recibo do qual constarão, essencialmente, o nome do reclamante e do reclamado, data da distribuição, o objeto da reclamação” e o juízo ao qual foi distribuída”. Portando tal papeleta, o reclamante dirigia-se à Secretaria da Junta, e daí já saía ciente do dia e hora da audiência. Os arts. 783 a 788 da CLT, que dispõem sobre tais procedimentos, não foram revogadas nem alterados, embora, tais práticas sejam hoje exceção, um anacronismo. Essa simplicidade e informalidade permitiam que as partes se auto-representassem. Nos primórdios da Justiça do Trabalho, o presidente da Junta, costumava suprir, na própria audiência, as deficiências e erros da reclamação, já sumariamente reduzida a termo. Se o pedido continha erros demasiadamente grosseiros, a ponto de não comportar correção, era sumariamente arquivado. A jurisprudência desse período, por isso mesmo, excepcionalmente registra o verbete “Inépcia da Inicial”. No “Dicionário de Decisões Trabalhistas” de 1955, p.ex., não aparece uma única ementa sobre esse tema e raramente outro de natureza processual civil.

3. Hipertrofia e formalização da Justiça do Trabalho

Ocorre, porém, que a Justiça do Trabalho, sob o influxo da industrialização, do desenvolvimento econômico, social e cultural do país, cresceu, expandiu-se, hipertrofiou-se, formalizou-se, solenizou-se, tornou-se enfim técnica e complexa. Compõem hoje o Judiciário trabalhista mais de 1.000 Varas do Trabalho e por ele, anualmente, tramitam 2 milhões de processos.

Por não existir Código de Direito Material nem Processual do Trabalho, a Justiça do Trabalho passou a adotar, supletivamente, a legislação processual e material civil, tributária, comercial, administrativa, penal, naquilo em que a CLT fosse omissa, desde que com esta compatível. A própria Consolidação das Leis do Trabalho, ao longo de sua vigência, sofreu cerca de mil alterações, nos caput de seus artigos, parágrafos, incisos, alíneas. Tornou-se árduo aos próprios advogados acompanhar as incessantes mudanças da legislação trabalhista e a extensa e cambiante jurisprudência de seus tribunais, com suas súmulas, orientações jurisprudenciais, precedentes normativos. A Justiça do Trabalho, em síntese, não apenas assimilou os procedimentos do direito processual comum, como também os vícios da Justiça comum, com seus formalismos, procedimentos, rituais, solenidade, com o que se tornou técnica e complexa.. Adotou institutos como a ação rescisória, tutela antecipada, pré-executividade, ação de atentado, consignatória, reconvenção, assédio sexual, dano moral, requisito de transcendência no recurso de revista, intervenção de terceiro, denúncia da lide, litispêndência, ação monitoria, desconsideração da pessoa jurídica, mandado de segurança, recurso adesivo, habeas corpus.

Diante dessa pletora de inovações, a desafiarem até profissionais experientes, sustentar que o trabalhador está apto, possui capacidade técnica para postular e se defender pessoalmente, utilizar os recursos processuais disponíveis, entender os aludidos institutos processuais, atuar em liquidação de sentença, com as implicações jurídicas desta, beira a falta de bom senso, a irracionalidade, o absurdo. Nessas circunstâncias, o jus postulandi, que funcionou originariamente como uma meio prático, eficaz e imediato de o empregado e o pequeno e micro empregador defenderem-se, e verem reconhecidos seus direitos, tornou-se, já de algum

tempo, inviável, especialmente se exercitado pelo trabalhador. E, se praticado o jus postulandi, sê-lo-ia em desfavor deste, inclusive porque o empregador excepcionalmente apresenta-se desassistido de advogado, desequilibrando a situação das partes. É fácil imaginar a incapacidade técnica do empregado, bem como do pequeno e micro empresário, que constituem a grande maioria do patronato, para, pessoalmente, insurgir-se contra cerceamento de defesa, interpor recursos, observar prazos, oferecer contra-razões, sustentar oralmente o apelo. Em boa fé ou sã consciência, alguém pode achar que qualquer desses litigantes, máxime o empregado, tenha capacidade técnica de, ainda que com o mínimo de proveito, se desincumbir de tais encargos processuais? Trata-se de uma prerrogativa que, originariamente destinada a proteger as partes, com o passar do tempo reverteu contra seus interesses, notadamente do trabalhador, ao qual, principalmente, visava a proteger.

O jus postulandi constituiu um instituto adequado, justo, útil e necessário para a época, mas já cumpriu, e talvez bem, seu papel histórico, não mais se justificando sua manutenção.

Depois que a CF/88 estabeleceu ser "o Advogado indispensável à administração da Justiça", sem excluir dessa regra a Justiça do Trabalho, não há mais como admitir possa a parte postular e defender-se pessoalmente. Se a Carta Magna não excetuou a Justiça do Trabalho da regra geral que prescreve ser o advogado indispensável à atuação da Justiça, não é mais possível restringir nem, muito menos, criar exceção a esse princípio. Não se pode ler "o advogado é indispensável à administração da Justiça, exceto na Justiça do Trabalho", onde está escrito na Constituição, simplesmente, "O advogado é indispensável à administração da Justiça".

4. Incompatibilidade do art. 791/CLT com o art. 133/CF.

O que é inadmissível é, em sã consciência, negar a evidência de contradição entre os artigos 791/CLT, que considera facultativa, opcional, a assistência de advogado, e o art. 133 da CF, que prescreve ser o "Advogado indispensável à administração da Justiça". O preceito da Lei Maior, como se vê, não excetuou dessa regra genérica e obrigatória a Justiça do Trabalho. Sem essa expressa exclusão, não pode a CLT dispor em contrário, ou seja, que nesse ramo especializado do Judiciário a intervenção do advogado é prescindível.

Nesse conflito entre um preceito constitucional e outro infra-constitucional, qual deve prevalecer? A resposta, por óbvia, esta sim, é dispensável. Tão flagrante é a incompatibilidade entre as duas normas, de hierarquia diversa, que isso se torna visível até aos olhos de qualquer leigo. Se um dispositivo de lei é incompatível com Constituição, o dever do juiz, no mínimo, é negar-lhe aplicação.

O jus postulandi, hoje, não passa de uma obsolescência, de uma ficção jurídica encravada na lei, que sobrevive graças ao conservadorismo dos tribunais de cúpula.

A assistência jurídica opcional nos Juizados Especiais Cíveis e Criminais e nos Federais não justifica que também o seja na Justiça do Trabalho. A uma, porque a competência deles está limitada ao máximo de 40 e 60 salários mínimos, respectivamente; a duas, porque são regidos por um sistema processual especial, extremamente simples, prático, informal, inadmitindo-se intervenção de terceiro nem reconvenção; a três, porque de suas decisões é admissível unicamente recurso para o próprio Juizado, a ser julgado por uma Turma composta de juízes de 1º grau, caso em que é obrigatória a representação por advogado. Leve-se em conta mais que os Juizados Especiais "são providos por juízes togados e leigos", competentes para conhecer de "causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor

complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante procedimentos oral e sumaríssimo” (CF, art. 98).. De sua alçada, além disso, são excluídas, entre outras causas, a de natureza alimentar. Trata-se, pois, de instituições judiciais com sistema , composição, alcance e estrutura diferenciados.

Comentando o art. 133 da CF/88, José Afonso da Silva observa que “o princípio da essencialidade do advogado na administração da Justiça é agora mais rígido, parecendo, pois, não mais se admitir postulação judicial por leigos, mesmo em causa própria, salvo falta de advogado que o faça”. (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros Editores, 9ª edição, pág. 510).

Ao restringir os honorários de sucumbência aos casos em que o reclamante, percebendo dobro do salário mínimo, está assistido pelo Sindicato e, ainda mais, fazendo reverter ao ente sindical os honorários, a jurisprudência trabalhista, está, por outro lado, criando óbice ao acesso à Justiça, o que contravém o art. 5º, XXXV, da Carta Maior. E, ao atribuir ao assalariado o ônus dos honorários de seu advogado particular, além de incentivar a litigiosidade por parte do empregador atenta, de outra parte, contra o princípio da gratuidade que informa a Justiça do Trabalho.

5. A negativa de honorários e o Código Civil

Ademais, obrigado a desembolsar dinheiro para honorários de seu advogado particular, retirado do montante reconhecido por sentença judicial, a reparação obtida pelo trabalhador, conquanto considerada de natureza alimentar, é parcial, incompleta. Embora compelido a recorrer à Justiça, para fazer prevalecer a lei e o contrato de trabalho inadimplido pelo empresário, que lhe sonegou verbas a que tinha direito, e depois de vê-las reconhecidos em juízo após anos de tramitação, ainda assim só receberá parte da reparação pecuniária, porque terá de destinar parcela da mesma ao pagamento do advogado de sua confiança, que teve de constituir.

Esse desfalque dos direitos do pleiteante contraria o art. 389 do atual Código Civil (de aplicação subsidiária à Justiça do Trabalho), o qual dispõe que, não sendo cumprida a obrigação, o devedor responde “por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”. Por sua vez, o art. 404 do mesmo Código estatui que as perdas e danos nas obrigações de pagamento em dinheiro compreendem “juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional”. Se, para obter a recomposição do prejuízo sofrido o reclamante teve de contratar profissional, é irrecusável o direito de ser integralmente ressarcido por quem o levou à contratação de advogado.

De outra parte, sabendo-se desonerado de honorários de sucumbência, o empregador sente-se estimulado a sonegar direitos trabalhistas, a litigar, resistir e protelar a solução final do pleito, com o que aumenta a quantidade de reclamações, tornando, em consequência, mais congestionado e mais lento o Judiciário trabalhista. Com o assim proceder, contraria a garantia constitucional da “duração razoável do processo”, o que também implica dificultar o acesso à Justiça. Pois a morosidade, não apenas traz prejuízo ao Judiciário e ao trabalhador, mas, muitas vezes, induz este a desistir de ingressar na Justiça, quando não a firmar acordo lesivo a seus interesses.

Demais disso, reconhecer honorários sucumbenciais ao trabalhador quando pleiteia e vence na Justiça comum, e não fazê-lo na Justiça do Trabalho, na qual o objeto do pedido é de natureza

alimentar, além de gritante incongruência e injustiça, contravém o princípio constitucional da isonomia. O direito subjetivo da parte de, na Justiça do Trabalho, contratar os serviços do profissional de sua confiança – como ressalta o magistrado trabalhista Francisco C. Lima Filho “integra o núcleo essencial do direito fundamental de acesso à justiça que pressupõe um defesa efetiva como constitucionalmente garantido no inciso XXXV, do art. 5º, do Texto de 1988”.

Não se objete que, se extinto o direito de auto-representação das partes, o reclamante, quando sucumbente, seria onerado com honorários advocatícios, uma vez que, segundo o inciso LXXIV do art. 5º da CF, comprovada o estado de pobreza, estaria ele isento de tal ônus, isso para não falar no benefício das Leis 1.060/50 e 7.115/83.

6. Inexiste vedação legal à concessão de honorários

Acresce que – como assinala também o juiz trabalhista Marcelo Luis de Souza Ferreira – “não há na lei expressa vedação à concessão de honorários advocatícios para os casos de assistência por advogado particular nem tampouco dispositivo que afaste do Direito do Trabalho o princípio da plena reparação de danos (...). Desta forma, a se entender que o art. 16 da Lei 5.584/70 restringe a concessão de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho às hipótese de assistência judiciária, estamos diante de uma interpretação ampliativa (...) contrária aos princípios de direito material e processual do trabalho, pois vem em flagrante prejuízo do trabalhador, impondo-lhe o ônus de suportar sozinho os custos da assistência profissional necessária”.

Mais ainda – aduzimos – a recusa à concessão da verba honorária neutraliza o princípio basilar de toda a legislação do trabalho, a qual, para contrabalançar a superioridade econômica do empregador, outorga superioridade jurídica ao assalariado. Com o transferir tal ônus a este, retira-se o caráter tutelar e protecionista do trabalhador que informa o Direito do Trabalho.

Em seus lucidos comentários ao art. 791 da CLT, em 1960, já observava, com propriedade, o mestre Victor Russomano:

"A prática nos tem demonstrado que, ao menos no Brasil, não é aconselhável o sistema. O índice intelectual do empregado e do empregador não é, entre nós, suficientemente alto para que eles compreendam, sem certas dificuldades, as razões de ser da Justiça do Trabalho, as suas atribuições de aplicar aos fatos uma lei protecionista do trabalhador, mas interpretada com imparcialidade. Por outro lado, o direito judiciário está subordinado aos princípios e aos postulados medulares de toda a ciência jurídica, que fogem à compreensão dos leigos. É sempre um ramo do direito positivo com regras abundantes e que demandam análises de hermeneuta, por mais simples que queriam ser. O resultado disso tudo é que a parte que comparece sem procurador, nos feitos trabalhistas, recai em uma inferioridade processual assombrosa. Muitas vezes o juiz sente que a parte está com o direito a seu favor. A própria alegação do interessado, entretanto, põe por terra a sua pretensão, porque mal fundamentada, mal articulada, mal explicada e, sobretudo, mal defendida. Na condução da prova, o problema se acentua e se agrava. E todos sabemos que a decisão depende do que os autos revelarem e que os autos revelam o que está provado".

Não há porque fugirmos, no processo trabalhista, às linhas mestras da nossa formação jurídica. Devemos tornar obrigatória a presença do procurador legalmente constituído, em todas as ações de competência da Justiça do Trabalho, quer para o empregado, quer para o empregador” (Comentários a CLT, Vol. IV, 5ª edição, pág. 1350, ed. José Konfino).

Acontece mais que, após a Emenda Constitucional 45/04, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho, através da Instrução Normativa nº 27, de 22.02.2005, admitiu honorários de sucumbência nas lides decorrentes da relação de trabalho. Evidencia-se, assim, novamente, tratamento desigual e discriminatório, e, desta vez, na mesma Justiça, com quebra frontal do princípio constitucional da isonomia.

Entre os Enunciados aprovados na Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, realizada na sede do Tribunal Superior do Trabalho, em novembro de 2007, com a participação de magistrados, advogados e associações trabalhistas, aprovou-se o de nº 79, com este teor: “Honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho. As partes, em reclamatória trabalhista, e nas demais ações da competência da Justiça do Trabalho, na forma da lei, têm direito a demandar em juízo através de procurador de sua livre escolha, forte no princípio da isonomia (art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil), sendo, em tal caso, devidos os honorários de sucumbência, exceto quando a parte sucumbente estiver ao abrigo do benefício da justiça gratuita”. Sem a verba honorária, repise-se, a reparação não será completa, plena.

Destarte, pode-se afirmar que os honorários advocatícios não decorrem apenas do estatuído no Código Civil, consoante o princípio da reparação integral do dano (art. 944 do mesmo Estatuto), mas principalmente da regra constitucional da indispensabilidade do advogado em qualquer Juízo e do caráter tutelar do trabalhador que informa a CLT.

Defrontamo-nos, pois, com este paradoxo: enquanto na Justiça comum adotam-se medidas, entre elas a redução de recursos e súmula vinculante, visando à agilização da tramitação processual, na Justiça do Trabalho, que, por sua natureza e destinação deveria ser a mais célere, incentiva-se a litigiosidade, mediante a desoneração de honorários sucumbenciais em benefício precípua do empregador.

Alguns juízes e Tribunais Regionais, ultimamente, vêm reconhecendo a indispensabilidade do advogado e honorários na Justiça do Trabalho.

É, pois, chegado o momento de varrer a obsoleta, ultrapassada figura do jus postulandi.

7. Anteprojeto de lei instituindo honorários de sucumbência

Diante de tão significativas mudanças e transformações, próprias do dinamismo do Direito do Trabalho, reacende-se a velha polêmica, que parecia adormecida, sobre a auto-representação na Justiça do Trabalho.

Entre as iniciativas visando a por termo à controvérsia, inclui-se a da OAB/RJ, que criou uma Comissão de Honorários de Sucumbência na Justiça do Trabalho, presidida pelo Conselheiro Nicola Piraino e integrada pelo Min. Arnaldo Süssekind e o autor do presente estudo.

Essa comissão acaba de elaborar anteprojeto de lei, a ser submetido à Seccional da OAB, instituindo honorários de sucumbência na Justiça do Trabalho, assim redigido:

Lei nº, de

Dá nova redação a disposição da CLT

Art. 1º - Os artigos 839 e 876 da Consolidação das Leis do Trabalho passam a vigor com a seguinte redação:

“Art. 839 – A reclamação será apresentada:

- a) por advogado legalmente habilitado, que poderá também atuar em causa própria;
- b) pelo Ministério Público do Trabalho.”

“Art. 876 –

§1º - Serão devidos honorários de sucumbência ao advogado que patrocinou a demanda judicial, fixados entre 10% (dez por cento) a 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, e, ao arbítrio do Juiz, será estipulado valor monetário indenizatório sob igual título, nas causas de valor inestimável.

§2º - Fica vedada a condenação recíproca e proporcional da sucumbência.

§3º - Os honorários advocatícios serão devidos pelo vencido, exceto se este for beneficiário de gratuidade de justiça.

§4º - No caso de assistência processual por advogado de entidade sindical, os honorários de sucumbência, pagos pelo vencido, serão revertidos ao profissional que patrocinou e atuou na causa.

§5º - Serão executados ex-officio os créditos previdenciários resultantes de condenação ou homologação de acordo.

§6º - Ficam revogados o 791 da CLT e os arts. 16 e 18 da Lei 5.584, de 26 de junho de 1970 e demais dispositivos incompatíveis com a presente Lei.

Art. 2º - Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

(*) Da Academia Nacional de Direito do Trabalho, Ex-Presidente da Associação Carioca de Advogados Trabalhistas e do Instituto dos Advogados Brasileiros e Integrante da Comissão de Honorários de Sucumbência da OAB/RJ

Considerações sobre a irrecurribilidade dos despachos e dos atos meramente ordinatórios

Roberto Carvalho de Souza(*)

Sumário

1. Há definições de *despacho* e de *ato meramente ordinatório*? **1.1.** Breve estudo acerca dos motivos determinantes do acréscimo do § 4º ao artigo 162, do Código de Processo Civil. **2.** contribuição, no particular, da Constituição da República. **3.** “Despachos” recorríveis. **4.** Ilações derradeiras

1. Há definições de despacho e de ato meramente ordinatório?

Antes do advento da Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1.994, o artigo 162, do Código de Processo Civil, continha três parágrafos. No primeiro deles, o legislador cuidava de definir sentença; no segundo, definia decisão interlocutória, deixando, para o terceiro, a definição de despacho.

Sancionada pelo Presidente da República a supracitada lei, ao artigo 162 foi acrescentado um quarto parágrafo. Neste, o legislador tratou de inserir, pela primeira vez no vigente estatuto processual, certo *ato*, já conhecido dos operadores do Direito: o assim intitulado *meramente ordinatório*¹.

Com isso, a denominação (“Dos atos do juiz”) atribuída à Seção III, do Capítulo I, do Título V, do Livro I, do Código de Processo Civil, passou a conter, também, atos praticados pelo *servidor*², como dispõe o texto acrescido. Há, no caso, falta de apuro técnico à localização da norma, estendendo-se ao cometimento de erro no emprego da sintaxe de concordância³.

1

Ao longo destas considerações a controvérsia abrangente do tema será, tanto quanto possível, objeto de análise, inclusive no que tange à tese, sustentada por parte da doutrina, de não ser novidade o instituto (*ato meramente ordinatório*), mas apenas o nome jurídico a ele atribuído. A inovação, mínima (se é que existe), fica por conta do agente do ato; de quem o pratica. Vale, portanto, o registro: *non nova, sed nove*.

² Ou *serventuário*, como prefere o legislador, ao atribuir nome à Seção I, do Capítulo V, do Título IV, do mesmo Livro I. Nelson Nery Junior, comentando a inserção do § 4º, lembra que “a norma não está bem colocada, porque não é ato do juiz, assunto tratado pelo *caput* e §§ do art. 162. Sendo ato do escrivão ou oficial de secretaria, melhor teria sido sua localização como parágrafo único do CPC 141, que trata dos atos do escrivão” (*Atualidades sobre o processo civil*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1976, p. 47). Egas Dirceu Moniz de Aragão opina no mesmo sentido, pondo destaque em que o termo servidor reclama “duas ponderações”, das quais a primeira é no sentido de que “não há indicação de quem possa ser o destinatário da atividade”, sendo a segunda no sentido de que o termo é vago, enquadrando-se nele “qualquer pessoa por algum modo vinculada funcionalmente ao cartório ou à secretaria” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. V. II, 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 43.).

Da característica de não ser judicial o ato meramente ordinatório advém relevante conseqüência, que será, *infra*, no subitem 1.1, posta sob exame. Por ora, importa, para desenvolvimento do tema, saber se, efetivamente, o legislador definiu *despacho* e *ato meramente ordinatório*.

É costumeiro o emprego, indistinto, dos termos *definição* e *conceito*, como se tais palavras fossem sinônimas. Há léxicos que as empregam assim. Bons dicionários, contudo, estabelecem diferenças. Conceito é "aquilo que o espírito concebe ou entende"; é "idéia, noção", podendo, pois, ser, com tal sentido, "juízo, opinião"⁴. Mas definição é "ação de definir"; é "proposição que expõe com clareza e exatidão os caracteres genéricos e diferenciais de uma coisa"⁵.

Se no linguajar coloquial admite-se o descuido, empregando-se, inconseqüentemente, uma palavra por outra, no que toca ao direito *escrito* a confusão é inaceitável. Por outras palavras, como observa Wilson de Souza Campos Batalha ao discorrer sobre a lógica dos raciocínios jurídicos, definição é algo mais que conceito; este pode oscilar, ao passo que aquela se expressa por meio de uma "conexão de conceitos distintos do que se trata de definir e em virtude dos quais se indica – segundo a índole do procedimento definitorio empregado – já o que o objetivo é, já o conteúdo de seu conceito, já a forma em que deve usar-se o *definiendum*"⁶. Daí dizer-se que definição, para o direito *escrito*, é somente a contida na lei.

Por conseguinte, se conceito é *opinião*, podendo, como tal, oscilar; se definição *não oscila*, justamente porque é "conexão de conceitos distintos do que se trata de definir", para o operador do Direito definição deve ser a que o legislador cuidou de inserir *na lei*. Do contrário, será conceito. Em termos didáticos: *definir* um instituto jurídico é o mesmo que responder a uma indagação sobre o que seja ele, efetivamente, *segundo a lei*. Definir despacho é responder à pergunta: - O que é, segundo a lei, despacho? Definir ato meramente ordinatório é responder à pergunta: - O que é, segundo a lei, ato meramente ordinatório?

Se há, na lei – isto é, no direito *escrito* –, resposta a tais perguntas, há definições. Se não há, na lei, ditas respostas, cabe aos juristas a formulação de noções, de idéias, de *opiniões* sobre os institutos processuais referidos.

De sorte que, à vista de tais considerações, é possível, agora, afirmar haver definição de *despacho* e inexistir definição de *ato meramente ordinatório*.

O § 3º, do art. 162, do Código de Processo Civil, responde à questão constitutiva do que são despachos, ao estabelecer: "São despachos todos os demais atos do juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma". O legislador definiu despacho por exclusão⁷: o ato *judicial* não compreensivo de sentença (art. 162, § 1º,) ou de decisão interlocutória (art. 162, § 2º) é despacho.

³ Sergio Bermudes, ao comentar o disposto no mencionado § 4o, notara o erro na utilização do vocábulo necessários, no final do texto: "Houve descuido do legislador no emprego do adjetivo necessário no plural, porque o sujeito elíptico da oração temporal é singular: o juiz procede à revisão do ato, para corrigir-lhe o erro, quando isso se fizer necessário" (A Reforma do Código de Processo Civil. 2a ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 15).

⁴ Novo Dicionário Brasileiro Melhoramentos Ilustrado.

⁵ Novo Dicionário...

⁶ Introdução ao Direito. São Paulo: RT, 1.967, p. 193.

⁷ A doutrina não discrepa no entendimento de que é "por um critério de exclusão" que o legislador acaba definindo despacho, como afirma, entre outros, MONIZ DE ARAGÃO, ob. cit. p.39.

No entanto, no § 4º, do mencionado artigo, acrescentado pela Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1.994, a pergunta (- O que são atos meramente ordinatórios?) fica sem resposta.

O que o legislador cuidou de nele, § 4º, estabelecer foi uma enumeração, *exemplificativa*, de atos considerados meramente ordinatórios, dispondo acerca de quem deve praticá-los: o servidor. No que pertine aos exemplos, o parágrafo relaciona dois: a juntada e a vista obrigatória.

Coube, destarte, à doutrina a tarefa de *conceituar* ditos atos, ou seja, de formar *idéias* ou *noções* acerca deles, assim emitindo, portanto, *opiniões*.

Para Sergio Bermudes, atos meramente ordinatórios são os que "ao serventuário cabe praticar sem a interferência do juiz"⁸, entendendo Cândido Rangel Dinamarco que são os que "aos auxiliares da Justiça" cabe praticar, "desprovidos de qualquer caráter decisório, sem a intervenção do juiz"⁹. Nelson Nery Junior, por seu turno, tem na conta de atos meramente ordinatórios "aqueles desprovidos de conteúdo decisório, de andamento automático do processo"¹⁰.

Uma vez que a lei não definiu *ato meramente ordinatório* e que à doutrina coube conceituá-lo, a esta também coube, como que em complementação aos dois exemplos dados pelo legislador no § 4º, do art. 162, dar outros. No subitem 1.1, *infra*, o tema será, tão minudentemente quanto permite a limitação deste trabalho, retomado.

1.1. Breve estudo acerca dos motivos determinantes do acréscimo do § 4º ao artigo 162, do Código de Processo Civil

O mais relevante móvel da propalada reforma processual é a celeridade. Não têm sido poucos os pronunciamentos dos processualistas neste sentido¹¹. De sorte que, guiado por semelhante propósito, o legislador vem cuidando de suprimir expedientes procedimentais morosos, assim agindo inclusive no tocante àquela área processual em cujo seio mais se estabelece a procrastinação: a recursal.

Não constitui propósito destas considerações explanar acerca dos recursos. Nada obstante, impõe-se refletir sobre determinados rudimentos compreensivos dos denominados *meios de impugnação das decisões judiciais*. A digressão apresenta-se como etapa no desenvolvimento deste texto. Discorrer, sem ela, a respeito da irrecorribilidade dos despachos e dos atos meramente ordinatórios representaria empreitada impraticável.

Por isso, interessa-nos tecer, em pinceladas superficiais, breves reflexões sobre os recursos. São estes os remédios jurídicos, entre os meios de impugnação das decisões judiciais, mais utilizados.

⁸ Ob. cit., p. 16.

⁹ A Reforma do Código de Processo Civil. 3a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996, p. 82.

¹⁰ Ob. e p. cits.

¹¹ Sálvio de Figueiredo Teixeira observa, em citação a José Carlos Barbosa Moreira, que a prestação jurisdicional atual é "insatisfatória, porque ineficiente, morosa e ineficaz", concluindo: "Daí a razão das reformas processuais" (CPC Modificações. Belo Horizonte: Del Rey, 1995, p. 75).

Existem recursos porque o legislador intenta “assegurar, na medida do possível, a justiça das decisões”. A lei, então, viabiliza “a realização de dois ou mais exames sucessivos”¹² dos atos decisórios, embora entenda, “a fim de evitar que se sacrifique a necessidade de segurança”¹³, dever ser limitado “o número das revisões possíveis”¹⁴.

A expressão (“meios de impugnação das decisões judiciais”) revela seu objeto: impugnar decisões que sejam *judiciais*, isto é, decisões *emanadas de juízes*. No Direito Processual Civil os recursos se prestam a impugnar *decisões* (que só podem ser, evidentemente) de magistrados. Tira-se, desta assertiva, a óbvia ilação de que, não sendo judicial o ato, não pode ser, por meio de recurso, impugnado.

A despeito de esta brevíssima digressão ter sabor de acaciana, na prática forense são observados casos (após o advento da Lei nº 8.950/94) em que o recorrente – desprezando (ou desconhecendo?) o pressuposto (dever ser *judicial* o ato impugnado por intermédio de recurso) –, acaba recorrendo de ato meramente ordinatório.

A interposição assim concretizada implica o cometimento de duplicidade de erros: a) o consistente em recorrer de ato que *nem judicial é*; b) o constitutivo de impugnar, por meio de recurso, ato de servidor¹⁵.

Mesmo a existência de ato judicial não autoriza a interposição de recurso. Faz-se mister que dito ato *seja recorrível*. Se o *caput* do artigo 162, do Código de Processo Civil, dá conta dos atos judiciais lá referidos¹⁶ (sentenças, decisões interlocutórias e despachos), outro artigo, o 504, exclui os despachos da recorribilidade (“dos despachos não cabe recurso”).

Despacho, ato judicial, não é recorrível. Daí não poder ser impugnado mediante recurso. Por conseguinte, ato meramente ordinatório (que nem judicial é) também não pode ser, *por meio de recurso*, impugnado. Mas pode ser objeto de impugnação por *outro* meio: requerimento ao juiz¹⁷. Da decisão deste, sim, pode a parte interpor recurso.

Identificar um ato processual, de modo que seja possível concluir ser ou não *emanado de juiz*, implica, logo ao qualificá-lo como judicial (quando, evidentemente, assim suceder), indagar se é ou não *despacho*, pois, se for, não será recorrível. Se o ato processual identificado não for judicial, deve o intérprete, logo ao qualificá-lo como *não-judicial*, indagar se emana ou não de *servidor*, para tê-lo na conta de ato meramente ordinatório¹⁸, irrecorrível, portanto.

¹² BARBOSA MOREIRA. O Novo Processo Civil Brasileiro. 25a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 113.

¹³ Autor, ob. e p. cits.

¹⁴ Idem, ibidem.

¹⁵ É possível à parte impugnar ato de servidor, mas por outro meio que não o recursal. V., infra, nota no 17.

¹⁶ Referidos lá, no *caput* do art. 162, porquanto outros atos judiciais existem, não elencados na cabeça do citado dispositivo, que são judiciais. Interpretação gramatical da norma, feita de afogadilho, sem auxílio do método sistemático de interpretação, pode levar a engano. Com o concurso deste último método pode-se chegar, por exemplo, ao art. 440, do mesmo Código de Processo, cujo conteúdo denota ser ato judicial, também, a inspeção feita pelo magistrado em pessoas ou coisas, de ofício ou a requerimento da parte, em qualquer fase do processo, “a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa”.

¹⁷ “Não cabe recurso do ato do serventuário, praticado com fundamento no § 4o, mas requerimento ao juiz, cujo pronunciamento será recorrível, se dele advier sucumbência...” (BERMUDES, ob. e p. cits.).

A doutrina, incumbindo-se da tarefa de identificar atos meramente ordinatórios, facilita o trabalho, embora seja extenso o rol apresentado pelos processualistas. São atos meramente ordinatórios (*verbi gratia*, importa lembrar): “desentranhamento de peças juntas por equívoco, intimação ao perito para ciência de sua nomeação, retificação de erros de escrita, recapeamento dos autos, comunicação à corregedoria da distribuição de ação conexa, nova publicação por defeito da anterior”¹⁹, “remessa dos autos ao contador, ou entrega ao perito, cobrança de autos retidos por este ou pela parte, remessa de cópia de despachos à imprensa”²⁰ e “remessa dos autos ao partidor”²¹.

Por ser exemplificativo o elenco (não é demasiado repetir), pode ser-lhe acrescido qualquer ato processual que, *não sendo judicial*, diga respeito, simplesmente, ao *andamento* do processo (*rectius*: do procedimento), desde que praticado por *servidor*²². Aliás, foi o *automatismo* desses atos que impulsionou o legislador a atribuir ao serventuário a responsabilidade deles²³.

A particularidade de o ato meramente ordinatório não ser da lavra de juiz retira-lhe a característica de despacho. Com efeito, despacho é todo ato *do juiz* que, não sendo sentença, nem decisão interlocutória, é por ele praticado, “de ofício ou a requerimento da parte”, sem que a lei lhe haja determinado outra forma (art. 162, § 3º).

Mas, como o despacho também não é recorrível, daí resulta que ambos (ato meramente ordinatório e despacho) *têm em comum* a irrecurribilidade, *distinguindo-se* um do outro pela origem (aquele provém de servidor; este emana de juiz).

A irrecurribilidade, ponto comum entre ambos, nos remete aos fatos²⁴ que impulsionaram o legislador a acrescentar o § 4º ao artigo 162, do Código de Processo Civil.

Se é verdadeiro afirmar que o atingimento da *celeridade* processual – inclusive com o automatismo com que determinados atos processuais deve suceder, sem que o juiz neles

¹⁸ Os limites impostos pelo tema objeto do presente texto impedem que explicações outras (como, por exemplo, as atinentes aos atos processuais) sejam feitas. Ainda assim, fugindo um pouco à técnica, inserimos, nesta nota, o seguinte esclarecimento: entre os atos processuais, que podem ser da parte, do juiz e do escrivão (segundo a classificação subjetiva de Chiovenda, adotada pelo Código de Processo Civil brasileiro), os da primeira espécie (da parte) podem, em muitos casos, dar ensejo à prolação de atos da segunda espécie (do juiz), recorríveis. Os da terceira espécie (do escrivão) são irrecurríveis. Sobre a classificação dos atos processuais, consultar, entre outros, THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 43a ed. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2005, p. 246.

¹⁹ BERMUDES, ob. e p. citis.

²⁰ DINAMARCO, ob. e p. citis.

²¹ NERY JUNIOR, Nelson. Atualidades sobre o processo civil. 2a ed. São Paulo: RT, 1996, p.47.

²² É possível, como foi esclarecido supra (nota no 18), que o ato processual nem seja praticado pelo juiz e nem pelo servidor, mas pela parte.

²³ “Esse sistema seria o de um relativo automatismo, em que o escrivão assumiria a responsabilidade de tais atos, sem necessidade de participação do juiz” (DINAMARCO, ob. cit., p. 82), com isso aliviando-o “de uma atividade burocrática dispensável, traduzida em precioso número de horas que podem ser empregadas no exercício da sua função. A inovação dispensou o juiz do encargo de tornar-se serventuário de si mesmo” (BERMUDES, ob. cit., p. 16).

²⁴ Este termo – fatos – é empregado no presente texto em sua acepção comum; não no sentido técnico jurídico que a expressão tem no Direito Processual Civil quando é utilizada na locução fatos processuais.

intervenha – constitui a mais importante causa da reforma processual, importa, para a consecução do objetivo deste trabalho, discorrer a respeito dos fatos que, constitutivos de sérios obstáculos ao desenvolvimento normal da marcha dos atos processuais, determinaram a inclusão do supracitado § 4º ao artigo 162, do estatuto processual civil.

Só recentemente, com a publicação, em 8 de fevereiro de 2.006²⁵, da Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro do mesmo ano, é que ao art. 504, do Código de Processo Civil, foi atribuída a redação hoje encontrada no estatuto (“Dos despachos não cabe recurso”). Até então, dito artigo achava-se assim redigido: “Dos despachos de mero expediente não cabe recurso”.

Para quem desconhece os contratemplos que a redação primitiva do dispositivo causava, na prática forense, parece ter sido vã a alteração ocorrida. E para quem conhece tais entraves, o texto, ora alterado, serviu apenas para destacar a possibilidade, aventada após o advento da Lei nº 8.950/94, do surgimento de uma quarta categoria de atos processuais, no art. 162, do referido Código.

Importa lembrar que antes da mencionada lei o dispositivo enumerava três atos processuais: sentença, decisão interlocutória e despachos. Passando a vigorar a lei, no entanto, surgiram os atos meramente ordinatórios²⁶.

Se o legislador quis eliminar velha discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da distinção entre *despacho* (ato processual albergado no § 3º, do art. 162, do Código de Processo Civil) e *despacho de mero expediente* (ato processual contido na redação primitiva do art. 504, do mesmo estatuto), não conseguiu, embora tenha tentado.

É claro que, acaso eliminada qualquer redação constitutiva de controvérsia, o processo ganharia em celeridade. Com este objetivo deu-se a alteração. Mas, para os que sustentam o surgimento da quarta categoria de atos processuais (os meramente ordinatórios), a redação atual do art. 504 deu “novos matizes”²⁷ à velha questão, ou seja, não eliminou a controvérsia e ainda a ressaltou.

Pode-se resumir a polêmica mediante remissão a textos de autores que em suas obras dela trataram. Egas Dirceu Moniz de Aragão, em comentários escritos *antes* do advento da Lei nº 11.276, de 7 de fevereiro de 2.006, observava que o Código de Processo Civil distinguia “dois tipos de despacho: os de mero expediente, que o art. 504 erige em categoria especial e declara irrecorríveis, e os demais, formando outra categoria”²⁸.

²⁵ Mas a lei somente entrou em vigor noventa dias depois de sua publicação no Diário Oficial.

²⁶ No modo de ver de alguns juristas, adveio, com a introdução do § 4º, nova espécie de atos processuais (os meramente ordinatórios). Assim entende, entre outros, MONIZ DE ARAGÃO, quando, em seus Comentários, referindo-se a eles, declara: “Cria a lei categoria nova que é necessário esclarecer” (ob. cit., p. 44). Mas, como observamos em nota anterior (no 1), há tese, sustentada por parte da doutrina, de não ser novo o instituto, mas apenas o nome jurídico a ele atribuído. A novidade do ato vem de quem o pratica; de seu agente (o servidor).

²⁷ Entre outros, WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e MEDINA, José Miguel Garcia, que entendem (embora não o digam claramente) ainda subsistir a controvérsia compreensiva entre o que pode ser considerado, na prática forense, despacho, e despacho de mero expediente (Breves comentários à nova sistemática processual civil. São Paulo: RT, 2006, p. 204).

²⁸ Ob. e p. cits.

Os demais despachos, a que se referia o processualista, eram os previstos no § 3º, do art. 162, do Código. Ambas as espécies podiam ser identificadas “por um critério de exclusão”²⁹, mas, “se se obtiver a noção de despacho de mero expediente, os que nesta não couberem constituirão a outra categoria”, ou, por outras palavras, seriam despachos compreensivos do disposto no § 3º, do art. 162, do Código, os que não fossem de mero expediente.

A distinção entre despachos (os previstos no § 3º, do art. 162, do Código) e despachos de mero expediente (os previstos no art. 504, do mesmo diploma) seria inutilidade se não fosse a consideração, feita por Moniz de Aragão e os sectários da mesma tese, no sentido de que aqueles primeiros (os previstos no § 3º, do art. 162) teriam “núcleo decisório”³⁰, ao passo que estes últimos (os previstos no art. 504), por serem de mero expediente, de simples andamento processual, não teriam núcleo decisório. Daqueles, pois, caberia recurso; não destes.

Com o acréscimo de um quarto parágrafo, incluído no art. 162, do Código de Processo Civil, pela Lei nº 8.950/94, a maioria dos doutrinadores passou a entender que os *atos de mero expediente*, que o dispositivo consagra, nada mais são do que os antigos *despachos de mero expediente*,³¹ outrora acolhidos pelo Código na redação originária do art. 504, com a só diferença de que, agora, por não promanarem de juiz, mas de *servidor*, não são *despachos*. Nada obstante, quer sob a velha roupagem (a de despachos de mero expediente), quer sob a nova (a de atos meramente ordinatórios) têm, como ponto comum, este: a irrecorribilidade.

José Carlos Barbosa Moreira, ao comentar o art. 504 (à vista do texto que lhe atribuiu a Lei nº 11.276/06), ressalta a falta de apuro técnico com que a lei utilizava, *antes*, o termo *despacho*, assim propiciando ambigüidade de interpretação, porquanto “o Código, na redação originária, ora falava, simplesmente, em ‘despachos’, ora em ‘despachos de expediente’ (art. 189, nº II), ora ainda em ‘despachos de mero expediente’, como no dispositivo sob exame. Como era evidente, em mais de um passo, a denominação de ‘despacho’ se via aplicada a atos de conteúdo decisório, que não se limitam em absoluto à função de impulsionar o processo”³².

É corriqueiro o exemplo, sempre repetido, de despacho “de conteúdo decisório”: o disposto no *caput* do art. 331, do estatuto processual civil, *antes* da entrada em vigor da Lei nº 10.444, de 7 de maio de 2.002. Em sua redação primitiva (“Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções anteriores, o juiz, ao declarar saneado o processo...”), a norma consagrava o *despacho saneador*, cuja natureza jurídica era, verdadeiramente, de *decisão interlocutória*³³.

²⁹ Autor, ob. e p. cit.

³⁰ Autor e ob. cit., p. 38.

³¹ Pelo que deflui da leitura de seus Comentários, MONIZ DE ARAGÃO parece incluir-se entre os que assim entendem (ob. cit., pp. 38-45). Explicitamente assim entendem WAMBIER, Luiz Rodrigues, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e MEDINA, José Miguel Garcia: “O juiz, salvo se for necessário (como diz o art. 162, § 4o, do CPC), pelo menos em princípio, não profere mais despachos de mero expediente, já que estes são justamente aqueles atos meramente ordinatórios cujo objetivo é promover o andamento do feito, levando a efeito e dando rendimento ao princípio do impulso oficial (CPC, art. 262)”. Ob. cit., p. 207 (os grifos apostos à primeira frase encontram-se no original; os apostos à segunda frase, não).

³² Comentários ao Código de Processo Civil, v. V, 13a ed., Rio de Janeiro: Forense, p. 350.

³³ É despiendo, por se tratar de obra sobejamente conhecida acerca do tema, citar o livro de Galeno Lacerda, editado em 1.953, sob a vigência do Código de Processo de 1.939, *Despacho Saneador*.

Em suma, abstraindo-se destas reflexões o texto atual do art. 504 (porquanto a Lei nº 10.444, que o alterou, é posterior à Lei nº 8.950, de 1.994), tira-se a ilação de que os fatos determinantes da inclusão do § 4º ao artigo 162, do Código de Processo Civil, foram os compreensivos das reiteradas delongas, causadas pelas inúmeras interposições de recursos (muitos simplesmente procrastinatórios) impugnativos de despachos, fossem estes, ou não, verdadeiras decisões (estas, como tais, recorríveis).

Se, para pôr fim às controvérsias então existentes entre *despacho*, *despacho de expediente* e *despacho de mero expediente*, veio a lume a Lei nº 8.950, de 13 de dezembro de 1.994, cujo objetivo foi, ao que tudo indica, imprimir celeridade à marcha dos atos processuais, então a finalidade não foi atingida, ou ficou a meio caminho.

É que, se antes da indigitada lei confundiam-se as três espécies de despacho, o § 4º, acrescentado ao art. 162 para concentrar nos *atos de mero expediente* pelo menos as duas últimas espécies de despacho (de expediente e de mero expediente), com o fito de retirar a possibilidade de interposição de recurso da “nova” espécie de atos processuais (os atos de mero expediente), apenas aparentemente alcançou o intento, sabido, como é, que não adianta atribuir determinado *nomem iuris* a certo instituto jurídico, se nele não se acham, efetivamente reunidas, como conteúdo, as qualidades que devem constituir sua essência³⁴.

2. A contribuição, no particular, da Constituição da República

A Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2.004, acrescentou ao art. 93, da Constituição Federal, o inciso XIV, assim redigido: “Os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório”.

O emprego da expressão *atos de mero expediente* pode levar o intérprete afoito a supor que o termo, por se encontrar agora na Lei Maior, implica a acolhida, pelo legislador constitucional, dos despachos de mero expediente, suprimidos do Código de Processo Civil por força da Lei nº 11.276/06.

Intuitivamente, aliás, por causa da longa existência que a locução (“despachos de mero expediente”) teve no estatuto processual, estabelece-se imediatamente o vínculo. Importa lembrar, contudo, que *despacho* promana de juiz (art. 162, § 3º, do Código de Processo Civil), mas *ato de mero expediente*, de acordo com o disposto no inciso XIV, acrescido ao art. 93, da Carta Magna, *ex vi* da Emenda Constitucional nº 45, promana de *servidor*.

Ademais, o texto constitucional não atribui aos atos de mero expediente, justamente por não serem judiciais, o caráter decisório que estes, em grande parte, têm. A questão, contudo, não se resolve de maneira tão simplista, porque a vinculação intuitiva entre despachos de mero expediente e atos de mero expediente acaba fluindo, de modo natural, mesmo entre os mais experientes processualistas.

³⁴ As controvérsias encontradas ao tempo da redação originária do art. 162, do Código de Processo Civil, parecem ter, apenas, mudado de lugar. Antes da inserção do § 4º àquele dispositivo, situavam-se em seu § 3º, numa interpretação combinada com a do primitivo art. 504, do mesmo Código, pois sempre foi inútil a declaração, contida na lei, de que “dos despachos de mero expediente não cabe recurso”, se, efetivamente, tais despachos tinham, nos casos concretos, conteúdo decisório. Atualmente, localizam-se, pela mesmíssima razão, no § 4º, haja vista, como pondera, por outras palavras, MONIZ DE ARAGÃO, que não será meramente ordinatório o ato, mas, ao contrário, decisão, aquele que, “embora com o mesmo objetivo de impulsionar”, compreenda “alguma operação valorativa” e que, por isso mesmo, “possa acarretar ônus ou afetar direitos processuais das partes”, podendo causar-lhes “dano irreparável” (Ob. cit., pp. 42 e 43 – os grifos não estão no original).

Sergio Bermudes, num dos primeiros livros editados logo após o advento da Emenda Constitucional nº 45, obtempera que “atos de mero expediente, sem caráter decisório, serão os atos de simples impulso do processo, como a juntada de petições, a designação de datas para audiências, a abertura de novos autos”³⁵. E conclui, logo a seguir, esclarecendo que, “*mutatis mutandis*, pode-se dizer desses atos que têm a característica dos despachos de mero expediente, feitos irrecorríveis pelo art. 504 do CPC: são atos processuais, porém insuscetíveis de causar gravame às partes, ou a terceiros”³⁶.

Portanto, se de tais atos pode-se dizer “que têm a característica dos despachos de mero expediente”, com estes últimos estabeleceu-se o vínculo, embora, é claro, para efeito de comparação, nesta *mudando o que deve ser mudado*.

No entanto, se para Bermudes o vínculo estabelecido sofre esta restrição (da mudança do que deve ser mudado) na comparação dos atos de mero expediente com os outrora denominados despachos de mero expediente, para Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina não há qualquer restrição na comparação que fazem daqueles (atos de mero expediente) com os atos meramente ordinatórios (os introduzidos no art. 162, do Código de Processo, pela Lei nº 8.950/94).

É o que indubitavelmente afirmam quando declaram entender que “*dos despachos se devem distinguir os atos de mero expediente sem caráter decisório* (CF, art. 93, inc. XIV, na redação da EC 45/2004), que ficam a cargo dos serventuários de justiça, a estes se referindo o § 4º do art. 162 do CPC”³⁷.

Mas a particularidade de haver a Emenda nº 45 acrescentado o inciso XIV ao art. 93, da Constituição da República – como que numa derradeira tentativa de pôr termo à velha controvérsia (*supra*, subitem 1.1) –, não implica afirmar que, só por isso, isto é, só por ter o legislador inserido, num dispositivo constitucional, uma atividade delegada (a de praticar atos de mero expediente), destinando-a aos servidores, tenha sido encontrada a panacéia capaz de impedir a continuidade da polêmica.

E assim ocorre exatamente porque é a *prática* dos ditos atos (ou melhor: a maneira por que eles são na prática *exercidos*³⁸) que constitui a fonte das controvérsias. Sejam de mero expediente (como estabelece a Constituição), ou meramente ordinatórios (como dispõe o Código de Processo), continuarão a ser objeto da interposição de recursos (depois de indeferidos os *requerimentos* dirigidos ao juiz) sempre que, nos casos concretos, *embora exarados com tais designações*, tenham conteúdo decisório. Não é o continente que importa, mas o conteúdo...

³⁵ A Reforma do Judiciário pela Emenda Constitucional no 45. 1a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 37.

³⁶ Ob. e p. cits.

³⁷ Breves Comentários..., cit., p. 205. Os grifos, no original, denotam, claramente, que os despachos (atos judiciais) não se confundem com os atos de mero expediente (praticados por servidor: “a cargo dos serventuários”) e que é a esta última espécie que o § 4º, do art. 162, do Código, se refere. Portanto, para os autores citados os atos meramente ordinatórios são os mesmíssimos atos que, agora, por força da Emenda Constitucional no 45, encontram-se previstos na Lei Fundamental com a denominação de atos de mero expediente sem caráter decisório.

³⁸ Seria de bom alvitre que, segundo pondera MONIZ DE ARAGÃO, se cuidasse “melhor do provimento dos cargos da infra-estrutura judiciária”, pois assim “a atuação dos escrivães ou chefes de secretaria pode ir mais (muito mais) além, como sucede em outros países” (ob. cit., p. 44).

Releva notar, por outro turno, que mesmo antes do advento da Emenda Constitucional nº 45 os servidores já praticavam, autorizados pelo § 4º, do art. 162, do Código de Processo, atos de mero expediente. (Mas nem por isso deixou de existir a polêmica, muitas vezes levada aos tribunais em grau de recurso, sobre o conteúdo daqueles atos, *flagrantemente decisórios*, em não poucas ocasiões...).

De nada adianta a irrecurribilidade do ato meramente ordinatório (ou de mero expediente), ou mesmo do despacho, se a parte, depois de requerer³⁹ ao juiz que reveja aquele primeiro, acaba interpondo recurso do “despacho” do magistrado, quando este mantém o ato revisto, praticado pelo servidor⁴⁰.

Em vez da brevidade dos atos, conducente à celeridade processual, tão almejada pelo legislador reformista, emerge, vitoriosa das voltas e meandros procedimentais ocasionados pelas manobras das partes, a lentidão processual...

Por sinal, neste e noutros passos da reforma do Código de Processo Civil nota-se, decorrido algum tempo da entrada em vigor da inovação, que, em vez do encurtamento da marcha processual, a prática reflete o oposto.

Cesar Marques Carvalho aduz – após análise de alguns institutos processuais reformados, cuja introdução na lei se deveu à tentativa de abreviar o curso do processo – , que, relativamente, por exemplo, “à redução do volume de recursos, o reflexo foi quase nenhum”⁴¹. O que a teoria aponta como perfeito, ou quase perfeito⁴², pode, na prática, revelar-se inócuo.

Pior, no entanto, é admitir, como se torna forçoso, que, estatisticamente, não é possível comprovar, com precisão, quais são os aspectos falhos, na reforma, merecedores de reparo, haja vista ser deficiente, no aparelho judiciário, o serviço de Estatística⁴³.

Pode-se dizer, por conseguinte, que, por enquanto, é cedo para aferir a contribuição da Constituição da República, no particular, graças à “novidade” introduzida pela Emenda Constitucional nº 45. Mas, se se tiver em vista o que a prática vem revelando, desde a entrada

³⁹ O requerimento ao juiz é, como foi observado (nota no 17), o meio de impugnação de ato meramente ordinatório.

⁴⁰ RODRIGUES SILVA, Flávio Ernesto, e BORGES, Leonardo Dias, põem destaque na importantíssima particularidade de que, “no afã de imprimir rápida celeridade aos litígios, não raro subvertem-se os mais mezinhos princípios processuais constitucionais, inclusive o do contraditório e da ampla defesa” (Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, no 30, nov/dez., 2.001, p. 23). Ocultando-se sob o nome ato meramente ordinatório pode estar autêntica decisão, proferida por servidor, que não poderia proferi-la...

⁴¹ Revista da Ematra, no 6, dez., 2.004, p. 24. Embora a observação diga respeito ao andamento dos processos na Justiça do Trabalho, pode estender-se à Justiça comum, porquanto se cuida, naquela como nesta, de matéria que tem, em ambas, pontos comuns. Pelo menos no tocante a alguns recursos.

⁴² Idem.

⁴³ O registro, feito, por outras palavras, por CARVALHO, Cesar Marques (rev. cit., p. 25), relativamente àquela Justiça especializada, tem inteira aplicação ao Poder Judiciário estadual. Mas não é somente a este que se aplica a observação, porque “a carência de estatísticas judiciárias priva de bases objetivas”, na assertiva de BARBOSA MOREIRA, a discussão abrangente deste e de outros assuntos relacionados com a “efetividade do processo” em todo o Judiciário (Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil. Revista de Processo, no 31, jul/set., 1.983, p. 201). A falha, constatada nos anos 80 por BARBOSA MOREIRA, foi somente atenuada, como indica CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro (Acesso à Justiça – Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, passim), persistindo neste século XXI.

em vigor do referido texto, a polêmica vai continuar. Afinal, os atos meramente ordinatórios (ou de mero expediente, como quis a Emenda intitular) continuam, de maneira anômala, a conter decisões...⁴⁴

3. "Despachos" recorríveis

Das reflexões desenvolvidas até este ponto das presentes considerações, tira-se a ilação de que há consenso, hoje difundido na doutrina, segundo o qual determinados despachos, causadores de gravame à parte, são recorríveis por compreenderem, em realidade, autênticas decisões.

À parte onerada com tal ato judicial é reconhecido, *ipso iure*, o direito ou poder de recorrer. Sabe-se, com efeito, que, independentemente de a lei chamar "despacho" a algum ato judicial, o que o qualifica como meramente impulsionador do feito ou como decisão é a *natureza* de que se reveste.

O "critério de distinção", esclarece José Carlos Barbosa Moreira, entre "pronunciamentos do juiz sem conteúdo decisório" e outros, com este conteúdo, "é o da *natureza* do pronunciamento, não o da denominação legal"⁴⁵. E cita, como exemplo de "despacho" constitutivo de ato processual *decisório*, o disposto no parágrafo único do art. 930, do Código de Processo Civil, "que defere ou não medida liminar"⁴⁶.

No que respeita aos atos meramente ordinatórios, alguns autores, pondo-os sob análise à luz da redação atribuída ao inciso XIV, acrescentado ao art. 93, da Carta Magna, pela Emenda Constitucional nº 45, procuram distingui-los dos despachos (despachos *efetivamente*, na denominação e na natureza) levando em conta o "grau de complexidade de raciocínio exigido do agente"⁴⁷, para concluir que a "necessidade de realização de algum juízo sobre qual a atitude adequada a ser tomada afasta a possibilidade de prática do ato pelo serventuário"⁴⁸.

De sorte que, havendo necessidade da formação de "algum juízo", o ato é despacho; não meramente ordinatório (e não poderá, pois, ser subscrito pelo servidor⁴⁹).

⁴⁴ A despeito de todos deverem "cooperar com as atividades destinadas à democratização do processo, tendo como meta ideal a participação de quem quer que seja, em igualdade de condições, de sorte a possibilitar a justa composição dos conflitos individuais ou coletivos que surjam em determinada sociedade", como refere CARNEIRO (ob. cit., pp. 63/64), ainda ensaiamos passos tímidos neste sentido, máxime se se levar em conta que, por vezes, poderia o juiz, notadamente pelo "poder quase absoluto que tem na direção do processo" (ob. cit., p. 65), coarctar as ilegalidades praticadas pelos servidores ao subscreverem atos meramente ordinatórios. Lamentavelmente, muitos magistrados indeferem reivindicações justas das partes, sustentadas em requerimentos apresentados contra ditos atos. Em consequência, dos "despachos" indeferitórios são interpostos recursos, o que proporciona o desenvolvimento das voltas e meandros procedimentais que a reforma processual tenta evitar, e de que as partes, em casos tais, lançam mão, realisticamente, na luta por seus direitos, como diria Jhering.

⁴⁵ O Novo Processo Civil Brasileiro, cit., p. 143.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e MEDINA, José Miguel Garcia, ob. cit., p. 207.

⁴⁸ Idem, p. 205.

⁴⁹ O que não significa dizer que, na prática do foro, tal não suceda.

Faz-se mister deixar claro que formar “algum juízo” acerca de certa situação processual não equivale a *decidir*, como pode, numa interpretação descuidada, parecer. O exemplo, citado por Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, compreensivo da formação de “algum juízo” sobre certa situação processual é o despacho que determina a citação.

Estes autores sustentam, com respaldo em entendimento jurisprudencial prevalecente no Superior Tribunal de Justiça, não existir decisão no ato citatório, porquanto mandar citar não significa reconhecer a existência, ou não, na petição inicial recebida pelo juiz para despacho, das condições da ação ou de pressupostos processuais positivos, e, portanto, decidir. Mas implica formar “algum juízo” sobre se o réu pode, ou não, ser citado.

Se dito despacho implicasse o reconhecimento da existência, ou não, das condições da ação, ou da existência, ou não, de pressupostos processuais positivos, nele estaria subjacente, como *conteúdo*, uma decisão. De despacho só teria o nome.

Mandar citar, ou não⁵⁰, é, pois, ato privativo de juiz; despacho. Neste há um grau de complexidade, exigido do agente, que retira do servidor a possibilidade de praticá-lo.

Despachos recorríveis são, portanto, aqueles atos exarados pelo juiz com tal denominação (“despachos”), mas com conteúdo decisório. A doutrina se incumbiu de identificar alguns atos judiciais que, designados pelo legislador como despachos, são, no entanto, decisões.

É, por exemplo, decisão (interlocutória) o “despacho” a que se refere o parágrafo único, antes citado, do art. 930, do estatuto processual civil. Mas outros “despachos”, que a prática revela, são também decisões, embora com *aparência* de despacho, ou assim rotulados, no curso do processo, pelo juiz.

Se autor e réu requerem, *v.g.*, produção de prova testemunhal, ambos mediante argumentação de que tal é imprescindível para atestar existência de fato capaz de influir na decisão da causa, o despacho que a denegar, relativamente ao pedido de uma das partes com um lacônico “indefiro”, compreende, verdadeiramente, decisão. Neste caso, mesmo exarado a pretexto de impulsionar o processo, contém “operação valorativa”, no dizer de Moniz de Aragão⁵¹, capaz de afetar direito processual da parte.

Pode, ainda, constituir decisão, mesmo intitulada de despacho, o ato judicial de indeferimento de intimação a apresentar documento, essencial ao deslinde da causa e em poder da parte, exarado em certas ações nas quais aquele cuja intimação foi requerida é legalmente responsável pela exibição do documento⁵².

⁵⁰ Pode haver despacho, como é sabido, no sentido de determinar a emenda da inicial. É desnecessário esclarecer, por ser óbvio, que, neste caso, o juiz, que não mandou citar, não pode ser substituído pelo servidor, que também não pode determinar a emenda. Como referem WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim, e MEDINA, José Miguel Garcia, não é possível “delegar” ao servidor “a função de resolver assuntos dessa natureza...” (ob. cit., p. 206).

⁵¹ Ob. cit., p. 42. Tivemos ensejo de, há alguns anos, interpor agravo de instrumento de “despacho” assim proferido no curso de ação de indenização de danos materiais, com o conseqüente provimento do recurso pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

⁵² Recentemente, tivemos oportunidade de ver provido recurso interposto de “despacho” que indeferiu requerimento de intimação da Caixa Econômica Federal a apresentar extrato de conta vinculada, em ação de ressarcimento de perdas financeiras do FGTS. A decisão que deu provimento ao recurso (agravo de instrumento no 2006.02.01.008999-6) foi proferida pela 5a Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2a Região e publicada, a 18 de maio de

É relevante lembrar que de ato meramente ordinatório (de mero expediente, para o inciso XIV, do art. 93, da Constituição) não é possível recorrer, pelos motivos expostos no desenvolvimento destas considerações. Porém, se o juiz, em despacho, mantiver o ato do servidor, denegando o requerimento que a parte a ele tiver dirigido, este segundo ato (subscrito pelo magistrado) é passível da interposição de recurso, desde que à parte tenha causado algum dano processual⁵³.

4. Ilações derradeiras

A efetividade da tutela jurisdicional⁵⁴ constitui uma das preocupações do legislador reformista, achando-se a remoção dos obstáculos impeditivos do desenvolvimento normal da marcha dos atos processuais incluída entre as principais metas na consecução da propalada celeridade.

É impelida por esse ideal, certamente, que a reforma do processo vem, há alguns anos, tentando imprimir, na mentalidade dos operadores do Direito, a noção de que, "quanto melhor e mais competente"⁵⁵ tais operadores se comportarem, "tanto maior será a possibilidade de alcançarem os fins almejados"⁵⁶.

É claro que foi à vista dos objetivos assim apregoados, dos quais a celeridade se destaca, que tanto a Lei nº 8.950/94 (acrescentando o § 4º ao art. 162, do Código de Processo Civil) como a Emenda Constitucional nº 45 (inserindo o inciso XIV ao art. 93, da Constituição) vieram a lume.

Mas não é possível olvidar que a melhor das intenções falha quando a prática se desvia do fim que a teoria proclama.

A adoção dos atos meramente ordinatórios (de mero expediente, para a Constituição) representa, sem dúvida, avanço considerável na tentativa de liberar o juiz de ninharias, como refere Moniz de Aragão⁵⁷. Porém, é imprescindível, ainda no dizer deste autor, que haja investimento na infra-estrutura judiciária⁵⁸, porque, afinal, somente assim, sabendo o servidor como atuar, distinguindo ato sem caráter decisório de ato decisório, hão de diminuir os meandros que o legislador tenta, ultimamente, com a edição de tantas leis, evitar, ou suprimir.

A prolação de despachos errados, por seu turno, contribui para o incremento da atividade recursal, pois considerável número de juízes deixa-se obcecar pela idéia de "produção em

2.007, na página 406 do Diário Oficial do Estado do Rio de Janeiro.

⁵³ Como preleciona MONIZ DE ARAGÃO (ob. cit., pp. 42/43)

⁵⁴ Dita efetividade integra a denominada terceira "onda renovatória" do processo, em sua fase atual, instrumentalista, e "se volta para a efetividade" da prestação jurisdicional, como argumenta TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (ob. cit. pp. 72/73), sob "o fundamento de que somente procedimentos ágeis e eficazes realizam a verdadeira finalidade do processo".

⁵⁵ CARNEIRO, ob. cit., p. 65.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Ob. cit., p. 44.

⁵⁸ Idem.

série⁵⁹, portanto descurando do maior dos fins que deve norteá-los: a qualidade dos atos praticados, para decidir com justiça, “mínimo ético que se exige do magistrado”⁶⁰.

E como também constitui meta do legislador reformista diminuir o número de recursos, os agravos, cuja interposição não encontrava grandes empecilhos antes do advento da Lei nº 11.187, de 19 de outubro de 2.005, agora só podem ser interpostos nos casos restritos que esta lei prevê.

Com isso, a possibilidade de interpor recursos de “despachos” com conteúdo decisório, capazes de causar gravame à parte, se vê reduzida a um número ínfimo, podendo o recorrente, ainda, se deparar (se o recurso interposto for agravo de instrumento), logo na distribuição ao relator, com decisão monocrática de negativa de seguimento, ou decisão, igualmente monocrática, de improcedência, ou qualquer outra daquelas que, elencadas no *caput* do art. 557, do Código de Processo Civil, constituem nítido esforço do legislador no sentido de desalentar o recorrente, esvaziando-lhe a esperança de obter decisão colegiada, a ele favorável... Mas nem assim é possível afirmar ter sido atingido o objetivo, tão almejado, de reduzir o número de recursos. Pode até acontecer o inverso, pois, se o recorrente, irresignado com a sorte que a decisão do relator lhe atribuiu, interpuser o agravo (interno) previsto no § 1º, do art. 557, do Código, este recurso terá contribuído, certamente, para aumentar o número de tais meios de impugnação das decisões judiciais. E sua interposição haverá de causar, na prática processual, a delonga que a reforma do processo vem tentando suprimir.

Por outro turno, como as estatísticas padecem, em nosso aparato judiciário, das mazelas apontadas linhas acima, não é possível, pelo menos por enquanto, afirmar em que medida os recorrentes são desestimulados. Ademais, o atingimento de uma justiça justa, rápida e eficaz nunca será viável com o sacrifício dos direitos das partes e dos mais mezinhos princípios processuais⁶¹.

(*)Professor de Direito Processual Civil, de Teoria Geral do Processo e de Direito Ambiental na Universidade Veiga de Almeida, no Rio de Janeiro. Professor Colaborador na ESMESC – Escola da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Ex-professor na ESA – Escola Superior da Advocacia, no Rio de Janeiro. Advogado no Rio de Janeiro.

⁵⁹ A assertiva é de CARNEIRO, ob. cit. p. 69.

⁶⁰ Autor e ob. cits., p. 68.

⁶¹ Não constitui demasia encerrar estas considerações com a lembrança, oportuna, feita por RODRIGUES SILVA e Borges (rev. e p. cits.).

Doutrina

Exame de Ordem

A quem interessa sua extinção

Leon Frejda Szklarowsky(*)

Sumário

1. O Advogado **2.** A Ordem dos Advogados **3.** Exame de Ordem **4.** Direito Comparado **5.** Modelo Português **6.** Projetos de Lei no Congresso **7.** Areas da Saúde **8.** Projetos de Lei no Senado e na Câmara **9.** Projeto de Lei na Câmara dos Deputados (Todas as profissões regulamentadas) **10.** Proposta de um novo modelo de avaliação do bacharel em Direito **11.** Conclusão

O homem deve pensar, pode divergir, mas antes de tudo deve ser tolerante. Das idéias, nem sempre convergentes, brota a imensa variedade de pensamentos que norteiam a humanidade e lhe abrem o caminho da verdade.

"O atributo do advogado é sua moral. É o substratum da profissão. A advocacia é um sacerdócio; a reputação do advogado se mede por seu talento e por sua moral!" (Rafael Bielsa, La Abogacia)

1. O advogado

A advocacia nasce com o ser humano, desde o momento em que este intercede em favor de seu semelhante. O ministério de advogado é muito mais antigo do que o título de advogado,⁶² ensina Mr. Boucher d'Argis, citado pelo Conselheiro Montezuma, ao discursar na sessão inaugural do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Na Antigüidade, os caldeus, os persas e os babilônios recebiam conselhos dos sábios e dos filósofos e, no Egito, havia os que faziam a defesa dos direitos individuais e podem ser considerados os ancestrais dos atuais advogados. Na Grécia, Péricles foi o primeiro convidado a cuidar dos negócios judiciários.

Entre os hebreus, na época de Moisés, cada um estava apto a defender-se a si mesmo, mas podiam ser acompanhados de um parente ou amigo, que o auxiliava em sua defesa, perante os tribunais.

Os romanos viam nobreza nesta profissão, que vem desde a fundação de Roma. A advocacia, nos primeiros tempos de Roma, era o passo inicial para os Empregos Nacionais, tendo Cícero se destacado como o príncipe da palavra.

⁶² Cf. Edição fac similar da Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, anos I e II – 1862, 1863, número especial publicado pelo IAB, em 1977.

O Direito Canônico faculta às partes a constituição de advogado ou procurador⁶³, mas, no juízo criminal, a pessoa deverá sempre ter um advogado constituído por ela mesma ou designado pelo juiz.⁶⁴ As mulheres não estão proibidas de exercer qualquer um desses encargos. Note-se que já não é necessário que o procurador, advogado, seja católico.⁶⁵

Na França, do Rei São Luiz, o advogado tem o nome de *avocat* ou *avant parliers* e, com Pepino, em 751, começa o momento mais brilhante da profissão.

Em todas as sociedades, a advocacia exerce significativa influência, pois que a liberdade e a advocacia se acham indissolúvelmente entrelaçadas. Não há liberdade nem democracia, onde o advogado não se possa exprimir e agir livremente e o juiz atuar com total independência, libertos das amarras da coerção, do medo e da perseguição.

A advocacia é uma atividade intimamente ligada à ética e à moral, delas não podendo desgarrar-se, sob pena de transformar-se numa ossatura sem alma ou um recipiente sem conteúdo. É por esse motivo que José Maria Martinez Val assinala que é uma atividade essencialmente humanística, visto que o advogado, para sê-lo, deve conhecer o homem na sua essência.⁶⁶

O advogado exerce verdadeiro sacerdócio. Necessita ele da mais ampla e irrestrita liberdade e independência, para operar seu ministério. É o guardião das liberdades, em todas as épocas. No mundo moderno, porém, deixou de ser apenas o mandatário do cliente, representando-o, nas causas judiciais, para se transformar no profissional que o assiste, em toda parte e em todos os momentos.

O desenvolvimento das relações humanas, o progresso e a globalização, nestas últimas décadas, as grandes e rápidas transformações que ocorrem em segundos, a fascinante conquista, máquina – computador e a internet, exigem do advogado uma atuação imediata e constante. O bacharel, por sua vez, tem a grande responsabilidade de, com seu talento, arte e criação, participar ativamente dos grandes movimentos sociais, agindo e atuando ininterruptamente.

O advogado é um dos pilares de sustentação da Justiça, o arauto do Direito e da liberdade, indispensável à administração da justiça. Exerce um múnus público. É inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei, declara solenemente a Constituição vigente; todavia deve-se entender essa proclamação, no seu sentido mais elástico. O artigo 133 é incisivo no seu comando.

A advocacia conquistou a majestade constitucional, com postura semelhante a do magistrado e a do membro do Ministério Público e exerce função de caráter institucional.

Infere-se, destarte, que o advogado não pode estar sujeito a qualquer constrição, nem deve esmorecer no momento em que a crise social, moral, ética, política e econômica está a devorar

⁶³ Cf. Código de Direito Canônico, promulgado pelo Papa João Paulo II, traduzido pela Conferência Nacional dos Bispos, com notas e comentários do Padre Jesús Hortal, S.J., 11ª edição revista, TOTUS TUUS, Edições Loyola, São Paulo, 1998.

⁶⁴ Cf. Cân. 1482, § 2: "In iudicio poenali accusatus aut a se constitutum aut a iudice datum semper habere debet advocatum".

⁶⁵ Cf. Código cit. , pp. 645/6, nota de rodapé 1483.

⁶⁶ Cf. *El Abogado – Alma e Figura de la Toga*, Madrid, 1955. Consulte-se, de Chaim Perelman, *Ética e Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1999.

a nação e a minar o próprio Estado. Deve fazer valer as prerrogativas constitucionais, custe o que custar.

Santo Ivo, o apóstolo da advocacia e patrono dos advogados, concebeu dez mandamentos, que se constituem num verdadeiro Código de Deontologia Jurídica, na lição de Ruy de Azevedo Sodré. Destaco alguns, por sua magnitude: “amar a justiça e a honra como as meninas dos seus olhos”, “implorar a Deus ajuda para o êxito de suas demandas, pois é Ele o primeiro protetor da justiça” e “ser sempre verdadeiro, sincero e lógico”⁶⁷.

Rui Barbosa sintetiza, com rara felicidade, a fonte de vocação do advogado: “amar a pátria, estremecer o próximo, guardar a fé em Deus, na verdade e no bem”⁶⁸. Este dogma vem assente na consciência do povo.

2. A Ordem dos Advogados

A Ordem dos Advogados é o respiradouro da sociedade. Constitui uma das colunas mestras de sustentação da Democracia e tem por missão sagrada zelar pela Constituição, pela lei e pela justiça; defender as instituições e, concomitantemente, as prerrogativas do advogado, precipuamente no que diz respeito às condições do exercício da profissão e ao ensino jurídico, por se refletirem diretamente na liberdade e na vida das pessoas. A liberdade não se compra, conquista-se. Com suor e lágrimas, se preciso for. A vida sem liberdade é vazia, sem dignidade.

O Estatuto da Advocacia – Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 – deixa bem claro que a Ordem dos Advogados guarda, entre suas finalidades, a de defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos, a justiça social e deve pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aprimoramento da cultura e das instituições jurídicas. Cabe-lhe também, com exclusividade, a representação, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados.

Sua natureza é múltipla, ou, como ensina Paulo Lôbo⁶⁹, ela é institucional e de polícia administrativa.

Após a independência, a advocacia ainda não estava organizada, todavia as Ordenações lusitanas em vigor previam que só podiam advogar os que houvessem cursado a Universidade de Coimbra, em Direito Canônico ou Direito Civil, durante oito anos, e, para atuar perante a Casa de Suplicação, deviam ter passado por prévio exame. Era a condição indispensável⁷⁰.

Em 11 de agosto de 1827, D Pedro I cria as duas primeiras instituições de ensino superior: as Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda, podendo estas conferir os graus de bacharel e doutor⁷¹. Neste ano, comemoram-se os 180 anos de fundação. Em 1843, funda-se o Instituto

⁶⁷ Cf. A Ética Profissional e o Estatuto do Advogado, Edições LTr, São Paulo, 1975, p. 93.

⁶⁸ Cf. Oração aos Moços.

⁶⁹ Cf. Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB, Saraiva, 4ª edição, 2007, 2ª tiragem, pp. 8, 247 a 251, 255 a 276.

⁷⁰ Cf. http://www.dji.com.br/civil/ordem_dos_advogados_do_brasil.htm (consulta em 7 de outubro de 2007). Cf. Ordenações Filipinas, Livro I, Título XLVIII. Cf. também Comentários cit., p. 7

⁷¹ Cf. Comentários cit., p. 224.

dos Advogados Brasileiros, precursor da Ordem dos Advogados⁷². O artigo 2º dos seus estatutos previa que “o fim do Instituto é organizar a Ordem dos Advogados em proveito geral da ciência da jurisprudência”.

A instituição da Ordem só vem a ocorrer com a edição do Decreto nº 19.408, de 18 de novembro de 1930, pelo Presidente Getúlio Vargas (artigo 17). O Decreto nº 20.784, de 14 de dezembro de 1931, aprova o Regulamento, passando a vigorar em 31 de março de 1933, por força do Decreto nº 22.266, de 28 de dezembro de 1932, seguindo o modelo francês do Barreau de Paris. A consolidação do Regulamento ocorreu com a edição do Decreto nº 22.478, de 20 de fevereiro de 1933, vigorando, com inúmeras alterações, até a promulgação da Lei nº 4.215, de 1.963. Em 1934, foi aprovado o primeiro Código de Ética da profissão.

Cite-se a figura do rábula que, sem possuir o curso de direito, obtinha autorização para postular em juízo, na primeira instância. O Brasil teve rábulas famosos, como Evaristo de Moraes, Cosme de Faria e Luis Gama. Mencione-se também o solicitador, previsto no primeiro estatuto (Regulamento da Ordem – Decreto nº 22478, de 1933, e leis subseqüentes). A Lei nº 794, de 29 de agosto de 1949, permitia a inscrição de provisionados e solicitadores no quadro da OAB. A Lei nº 4215/63, previa, no artigo 47, a inscrição dos provisionados. Aos alunos do quarto ano, autorizava a lei a concessão da carta de solicitador⁷³.

3. Exame de Ordem

O exame de ordem não é novidade. As Ordenações Filipinas exigiam o exame para os que fossem atuar na Casa de Suplicação, em Portugal⁷⁴.

Trata-se de uma forma de aquilatar os conhecimentos jurídicos básicos, técnicos e práticos daqueles que pretendem exercer a advocacia. Só a Ordem dos Advogados pode fazê-lo⁷⁵, prestado perante o Conselho Seccional, onde o bacharel em direito concluiu o curso ou no local de seu domicílio eleitoral⁷⁶.

Esse exame não contraria o princípio da liberdade profissional, estatuído no inciso XIII do artigo 5º da Constituição. Neste sentido, Paulo Lôbo, visto que o exercício de qualquer trabalho é livre, desde que atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Assim, a liberdade não é absoluta. A Carta não poderia, como não o faz, proteger o profissional sem qualificação, pondo em risco a vida, o patrimônio e a liberdade das pessoas.

Paulo Lobo cita, em abono a esse entendimento, a representação de inconstitucionalidade número 930. O STF decidiu ser constitucional a exigência dos requisitos e limitações à liberdade de exercício profissional previstos na lei, em atenção à determinação da Constituição de 1967, com a e Emenda nº 1, de 1969, que neste particular não destoia do atual Texto Magno.

⁷² A ata de fundação faz referência ao Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, enquanto que a Portaria do Imperador menciona Instituto dos Advogados Brasileiros.

⁷³ Consulte-se, de José Naufel, Novo Dicionário Jurídico Brasileiro, volume III, 1959, 2ª edição, José Konfino - Editor, Rio de Janeiro.

⁷⁴ Cf. Ordenações Filipinas cit.

⁷⁵ Cf. artigo 8º, § 1º, da lei em vigor. Este dispositivo determina que a regulamentação se fará por meio de provimento.

⁷⁶ Cf. Paulo Lôbo, in op. cit., p. 94.

A citada Lei nº 4.215/63 tornou obrigatório o exame de ordem para os que não tivessem feito o estágio, previsto neste diploma ou não tivessem comprovado satisfatoriamente o seu exercício e o resultado (artigo 53). Ficavam dispensados os egressos da magistratura e do ministério público, tendo exercido as respectivas funções por mais de 2 anos, bem como, nas mesmas condições, os professores das Faculdades de Direito, oficialmente reconhecidas⁷⁷.

A Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, impôs como condição para a inscrição como advogado a aprovação no exame de ordem⁷⁸, regulamentado por provimento do Conselho Federal⁷⁹. Na hipótese de novo pedido de inscrição, a lei não exige o exame de ordem. Entretanto, absurdamente, o número de inscrição anterior não é restaurado, o que se me afigura inconstitucional essa restrição.

O estagiário inscrito na OAB, na forma do artigo 9º, também deve submeter-se ao exame. O estágio profissional de advocacia não dispensa a submissão ao referido exame.

Quanto à necessidade do exame de ordem, que tem o seu equivalente no Direito Comparado, com extremo rigor, a maioria dos juristas é francamente favorável a sua manutenção. Raras são as vozes que se levantam em seu desfavor.

As escolas de direito formam bacharéis e não advogados, o que é bem diferente. Esta também é a opinião da Corte Suprema, enfatizada pelo Ministro Carlos Mário Veloso⁸⁰.

Roberto Rosas utiliza-se de um argumento irrefutável e original, em prol desse exame, ao sustentar que o curso jurídico "não tem como finalidade a formação de advogados. Também forma, mas ao lado de magistrados, membros do Ministério Público, procuradores, e até diletantes ávidos de conhecimento jurídico para suas atividades particulares (servidores públicos, empresários, outros profissionais liberais, etc.). Portanto, não há uma metodologia para a formação do advogado, e a escola obriga-se a fornecer conhecimentos genéricos para que haja a opção da futura carreira" ⁸¹.

Paulo Lôbo é veemente, na defesa do exame de ordem⁸², pois as faculdades, realmente, não graduam advogados, promotores de justiça, juízes, delegados de polícia, procuradores públicos, senão bacharéis em direito, que não é profissão. No caso específico do advogado, este exerce múnus público e não privado.

⁷⁷ Cf. artigo 53, § 2º.

⁷⁸ Cf. artigo 8º, IV.

⁷⁹ Consulte-se a decisão, no Processo 2009.02.01.003242-2, suspendendo os efeitos do mandado de segurança concedido pelo Juízo da 23ª Vara Cível do Rio de Janeiro que, considerando inconstitucional a exigência de aprovação em exame de ordem, determinou à OAB-RJ a abstenção da referida exigência (decisão, nos autos citados, da lavra do Presidente do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Joaquim Castro Aguiar, em 10 de março de 2009). Na Medida Cautelar 14512-RS (2008/0159990-6), o Ministro Cesar Asfor Rocha, presidente e exercício do STJ, negou a liminar e seguimento à cautelar, em que o requerente sustenta, em síntese, que "a sentença proferida na ação rescisória negou vigência às Leis 4215/63 e 5842/72 e divergiu da jurisprudência desta Corte. Argumenta que a aprovação no exame para a inscrição na OAB tornou-se obrigatória somente a partir da Lei 8906/94..." (despacho de 31 de julho de 2008, publicado no DJ de 5 de agosto de 2008 – confere também notícia em MIGALHAS, de 8 de agosto seguinte).

⁸⁰ Cf. decisão citada por Roberto Rosas, no artigo Qualificação Profissional do Advogado – O exame de Ordem, na obra Exame de Ordem, sob sua coordenação, Brasília Jurídica, 1999, pp. 19-22.

⁸¹ Cf. artigo citado.

⁸² Cf. op. cit. , p. 96.

Nesta mesma linha, Fábio Ferreira de Oliveira, ex-presidente do exame de ordem da Seccional de São Paulo, cita nomes de realce, em favor do exame, como João Nascimento Franco, Teófilo Cavalcanti Filho, Marcelo Lavenère. A juíza federal Maria Moura Martins, citado pelo autor do artigo, aproveita a oportunidade para elogiar a iniciativa e defende a sua constitucionalidade⁸³.

Vitorino Francisco Antunes Neto objeta, com veemência, os que se batem pela inconstitucionalidade da lei, citando autores eminentes, como Michel Temer e José Afonso da Silva. Lembra, então, Calamandrei que considera os advogados "as supersensíveis antenas da Justiça".⁸⁴

Já Álvaro de Mello Filho, citado, por Fábio Ferreira de Oliveira, anota que "modernamente persiste a OAB com o animus de velar pela dignidade, independência, prerrogativas, prestígio e valorização da advocacia e, como corporação, "ligada ao domínio de uma ciência e de uma técnica especialmente qualificada" exercita o controle de acesso à profissão (regulando a quantidade e qualidade dos serviços a prestar de acordo com as exigências do mercado), bem como disciplina a atividade profissional (o poder de ditar normas por que se rege, de julgar disciplinarmente seus membros pela aplicação do código deontológico e de lhes impor contribuições)⁸⁵.

Neste mesmo sentido e com o mesmo ardor, citem-se: Reginaldo Oscar de Castro, Ronald Cardoso Alexandrino, Marcelo Guimarães da Rocha e Silva, Paulo Roberto de Gouvêa Medina, Vitorino Francisco Antunes Neto, Alberto Venâncio Filho, César Luiz Pasold, José Cid Campêlo⁸⁶, Estefânia Viveiros, Luiz Flávio D'Urso, Ives Gandra da Silva Martins, Flávio Bierrenbach, Marco Maciel, César Brito, presidente do Conselho Federal da OAB. Na verdade, não haveria papel suficiente, se fôssemos citar todos os juristas, professores, advogados e personalidades que esposam e não se opõem a este instituto moralizador, num momento tão sensível em que vivemos, devido à devassidão e corrupção, incompatíveis com a ética que deve nortear o advogado.

Há quase quarenta anos, na década de 70 do século passado, Cássio Mesquita Barros Jr. escreveu um significativo estudo "Estágio e Exame de Ordem"⁸⁷. João Baptista Prado Rossi, então presidente da OAB-SP, na apresentação do trabalho, enfatizava que essa exigência visava "resguardar a classe e a sociedade moderna, a quem a administração da justiça é indispensável, de debacle definitiva, como têm proclamado Nehemias Gueiros, Waldyr Troncoso Peres, Domingos Marmo, Geraldo Ferrari, Ruy Homem de Mello Lacerda, nas concentrações e seminários realizados com a participação de toda a classe de advogados, juristas e professores".

Cássio Mesquita Barros Jr., em excelente pesquisa realizada, por ocasião da introdução do exame de ordem, em nosso ordenamento jurídico, analisou o sistema de 15 países (Áustria, Bélgica, França, Grécia, Itália, Portugal, Suécia, Turquia, Inglaterra, Rússia, Hungria, EUA, Japão, Síria e União Sul Africana). Comparando-se com os estudos feitos pelos Drs. José Cid Campelo, Paulo Lobo e com o sistema atual de Portugal, conclui-se que o trabalho permanece

⁸³ Cf. O exame de ordem – Passado e Presente, in Exame de Ordem, coordenado por Roberto Rosas cit., p.50 a 56.

⁸⁴ Cf. A Constitucionalidade do Exame de Ordem, pp. 81 84, na obra coordenada por Roberto Rosas.

⁸⁵ Cf. O exame de Ordem. Passado e presente, in Exame de Ordem cit., pp. 50 e segs.

⁸⁶ Cf. Exame de Ordem cit.

⁸⁷ Cf. a publicação Divulgação da OAB/SP, fevereiro de 1970.

válido e não contraria as conclusões dos autores citados, podendo haver apenas pequena variação adjetiva, devido ao decurso do tempo.

O alerta feito, há mais de um quarto de século, ainda hoje ecoa, com mais vigor, devido aos problemas que se tem agravado, de forma desastrosa. Acrescente-se que esse trabalho foi objeto de aprovação unânime na Comissão de Exame e Estágio daquela seccional, composta ainda do apresentador e de Ruy de Azevedo Sodré⁸⁸.

4. Direito Comparado

O exame de Ordem ou o equivalente exame de Estado, prestado perante tribunais ou outros órgãos, é praticado na maioria dos países, como salvaguarda das pessoas, da ordem jurídica e da sociedade.

Recorda Paulo Luiz Netto Lobo que, segundo levantamento feito pelo Conselho Federal da OAB, junto às embaixadas em Brasília, a maior parte dos países exige o Exame de Ordem ou o exame equivalente e faz-se necessário um estágio de aproximadamente dois anos, após a graduação no curso de Direito. Na Inglaterra, para que o candidato (bacharel em Direito) possa advogar, como barrister, perante as cortes de justiça superiores, e inscrever-se, em uma das quatro Inns of Court, deve submeter-se a dois exames. Para advogar como solicitor, nos tribunais e juízos inferiores, deve ele submeter-se a uma das Law Societies⁸⁹.

Descreve o autor, ainda, que na França são exigidos dois exames, para obtenção do certificado de aptidão para o exercício da advocacia. Um, para ingressar na Escola de Formação Profissional de Advogado, e outro, após um ano de estudos de prática profissional. A dificuldade não para aí, visto que, depois de prestado o compromisso, deve ele fazer um estágio de dois anos na Escola, em escolas ou empresas, defendendo causas e dando consultas⁹⁰.

José Cid Campelo⁹¹, ex-coordenador do exame nacional de ordem, em magnífico e exaustivo trabalho publicado em 1999, fez significativa pesquisa, em 39 países e relacionou-os em grupos distintos. O trabalho, de grande valor, com certeza, está perfeitamente atualizado, dado o pouco tempo decorrido. Eis como o autor apresenta o resultado: Líbano, Japão, Grécia, Suíça, Haiti, Polônia, Inglaterra, Estados Unidos da América (variando de Estado para Estado), França, Iugoslávia (antigo país), Togo, Marrocos, Alemanha e Nigéria. Estes países exigem Exame profissional (Exame de Ordem), perante a corporação profissional, ou exame de Estado, perante determinado órgão público ou tribunal, além do estágio ou residência profissional, de dois ou mais anos, após a graduação.

Áustria. Este país exige Exame de Ordem (profissional), perante a corporação profissional ou Exame de Estado, perante determinado órgão público ou tribunal, além do estágio ou residência profissional, de dois ou mais anos, após o mestrado ou o doutorado.

Finlândia, Chile, México e Países Baixos. Estes países exigem o exame profissional, mas não o estágio ou a residência.

⁸⁸ Cf. a publicação Divulgação da OAB-SP, cit.

⁸⁹ Cf. op. cit. de Paulo Luiz Netto Lobo, p. 87.

⁹⁰ Cf. op. e p. cits.

⁹¹ Cf. O Exame de Ordem e a Experiência em Outros Países, na obra citada, coordenada por Roberto Rosas, pp. 66 a 69.

Argélia e Costa do Marfim. Estes países exigem o exame profissional, após a colação no grau de bacharel em Direito, mas não o Exame de Ordem ou o estágio. No Egito, há a exigência do estágio em escritório de advocacia.

Uruguai, Bolívia, Equador, Suriname, Iraque, Nicarágua, Espanha, Cuba e Venezuela. Estes países não exigem exame ou estágio. Entretanto, no Suriname, é praxe a prática de um ano em escritório de advocacia.

Eslováquia, Turquia, Colômbia, Portugal⁹² e Marrocos. Estes países só exigem estágio.

Colômbia. Este país, além do estágio, exige também exposição escrita e defesa oral de tese jurídica.

Dinamarca. Este país exige que o candidato, ao exercício da advocacia, trabalhe como assistente de advogado, por três anos, devendo submeter-se a vários testes, para advogar perante os tribunais superiores. Para advogar perante a Corte Suprema, deve fazer a comprovação de que, nos últimos cinco anos, esteve no exercício da atividade em tribunais superiores.

Noruega. Este país exige que o candidato obtenha licença do Ministério da Justiça, devendo comprovar que, nos últimos dois anos, cumpriu várias modalidades legais, incluindo três processos, em tribunais inferiores de justiça, como estagiário.

5. Modelo Português

Portugal editou o novo Estatuto da Ordem dos Advogados⁹³. O Conselho Geral da Ordem fez a adequação dos regulamentos relativos ao acesso e ao exercício da profissão de advogado. Deu nova nomenclatura ao sistema, passando a denominar-se Regulamento Nacional de Estágio e enxugou a regulamentação passada, tornando sua leitura mais acessível aos interessados.

O objetivo primacial foi definir os princípios orientadores do estágio e da formação do advogado estagiário, visando a formulação de um modelo de estágio que sirva os objetivos de rigor e experiência pedagógica e científica assente numa lógica de simplicidade de procedimentos científicos e burocráticos.

O estágio, disciplinado no Regulamento 52 A citado, compreende duas fases: a fase de formação inicial e a fase de formação complementar.

O Estatuto da Ordem dos Advogados de Portugal (Lei 15/2005), no artigo 188, fixa o prazo do estágio, que tem a duração global mínima de 2 anos.

O patrono é uma figura de importância fundamental na formação do estagiário, de sorte que se torna o principal responsável pela orientação e direção do exercício profissional, competindo-lhe promover e incentivar a formação durante o estágio e apreciar sua aptidão e idoneidade deontológica, para o exercício da profissão, emitindo relatório a respeito e participando diretamente no processo de avaliação.

⁹² Consulte-se o Diário da República, II Série, nº 146, de 1 de agosto de 2005, contendo o regulamento (Regulamento nº 52 A, de 2005) do novo Estatuto da Ordem dos Advogados (EDA – Lei nº 15, de 26 de janeiro de 2005), e o comentário no parágrafo seguinte.

⁹³ Consulte-se a Lei nº 15, de 26 de janeiro de 2005, Diário da República de 26 de janeiro de 2005, I Série A, nº 18 – ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS.

O estágio não é mera formalidade burocrática, pois, além de extremamente rigoroso, ao final, da formação inicial, o estagiário deve submeter-se à prova de aferição, destinada a avaliar a aquisição de conhecimentos das matérias propostas no regulamento. As ações de formação complementar são de cunho essencialmente prático. Após todo esse árduo caminho percorrido, o estagiário terá que submeter-se ao exame final de avaliação e agregação, composta de uma prova escrita e um prova oral, com o objetivo de avaliar a preparação deontológica para o exercício da advocacia. Só então, ser-lhe-á conferido o título de advogado. Verifica-se a seriedade com que os portugueses encaram a formação do advogado. O estágio termina com uma avaliação individualizada do respectivo processo de formação, dependendo a atribuição do título de advogado de aprovação em exame nacional de avaliação e agregação.

Luiz Fernando Sgarbossa, citando o juiz de direito e ex-promotor de justiça, Luiz Guilherme Marques, chega à mesma conclusão, ao estudar os procedimentos na França e na Itália⁹⁴, e defende o exame de ordem como necessário e indispensável.

6. Projetos de Lei no Congresso (area juridica)

Existe no Senado da República o Projeto de Lei 186, de 2006, do Senador Gilvan Borges, propondo a extinção do exame de Ordem, sob a alegação de que é a única profissão que exige esse tipo de avaliação.

Há ainda os Projetos de Lei da Câmara Federal nºs 7553/2006, do Deputado José Divino, e 5801/2005, do Deputado Max Rosenmann, visando acabar com o exame de ordem, nada acrescentando que pudesse dismantelar o sistema vigente.

Na verdade, os argumentos de Suas Excelências, com todo respeito, viajam na contramão da história e dos países civilizados e fundamentam-se em razões inconsistentes. Colidem frontalmente com a realidade.

Em sentido contrário a esses projetos, o Projeto de Lei nº 5.054/2004, do Deputado Almir Moura, ratifica o que já está inscrito na Lei da Advocacia.

O Projeto de Lei nº 6470/2006, do Deputado Lino Rossi, sem embargo dos bons propósitos de Sua Excelência, não atende aos princípios que nortearam a Lei nº 8.906, porque simplesmente substitui o exame de Ordem pelo estágio, sem qualquer aferição, ao contrário do que ocorre em outros países.

Quanto à inexistência dessa exigência em outras profissões, proclamada pelos ilustres congressistas, autores dos referidos projetos de lei, há um pequeno equívoco.

O Conselho Federal de Corretores de Imóveis expediu a Resolução nº 800/2002, publicada no DOU de 17.1.2003, com alicerce na Lei nº 6.530, de 12 de maio de 1972, que instituiu o exame de proficiência, para os pretendentes ao ingresso no exercício da profissão e obtenção do registro profissional, pelos mesmos motivos que levaram à criação do exame de ordem.

O Conselho Federal de Contabilidade, por sua vez, baixou a Resolução nº 853/99, no mesmo sentido. Esta resolução foi alterada por subseqüentes resoluções: Cf. Resoluções números 928 e 933, de 2002, e 994, de 2004, as quais mantêm a regulamentação do referido exame⁹⁵.

⁹⁴ Cf. Exame de Ordem, in Jus Navigandi, site na internet: <http://jus.uol.com.br> (consulta em 14.10.07). Este trabalho foi inserido no site em junho de 2005 e inserido em 4 de julho do mesmo ano.

⁹⁵ Cf. site do referido Conselho.

7. Areas da Saúde

Na área da saúde, o problema da proliferação de faculdades, sem os mínimos requisitos, com o conseqüente aumento de profissionais incapacitados, vem chamando a atenção das autoridades responsáveis, que exigem uma severa tomada de posição.

O Professor José Luiz Gomes do Amaral, presidente da Associação Médica Brasileira, em notícia dada pelo Jornal de Brasília, de 9 de junho de 2007, com fonte na Agência Brasil, alerta que esse tema foi objeto de debate, no 11º Encontro Nacional das Entidades Médicas, e enfatizou que a formação médica no País passa por um momento trágico, com a média de 170 faculdades de medicina em funcionamento "e milhares de jovens iludidos buscando a medicina através desses caminhos tortuosos".

Defende o mestre a criação de uma avaliação de médicos recém-formados, como acontece com a OAB, sem embargo da residência obrigatória, em vista da má qualidade do ensino em todas as áreas, porque, sintetiza o ilustre médico, "nós precisamos proteger a sociedade".

O Dr. Clóvis Francisco Constantino, ex-presidente da Sociedade de Pediatria do Estado de São Paulo, 1998-2000, Membro do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, Membro do Conselho Federal de Medicina, Médico pediatra desde 1972, assim se pronunciou, acerca do assunto:

"Diz o artigo 2º da Lei Federal 3268 de 1957 publicada em 30 de setembro de 1957, promulgada pelo então excelentíssimo Presidente da República, Dr. Juscelino Kubitschek, médico: "O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e, ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da Medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente." (grifo meu). Tal legislação está aniversariando agora (50 anos). De lá para cá, dezenas de cursos de medicina foram criados (principalmente nos últimos quinze anos), nem sempre com fundamento na necessidade, mas, em grande parte, com fundamento no lucro fácil, uma vez que são cursos privados com mensalidades elevadíssimas. E, o que é pior: sem condições de ensinar medicina a quem quer que seja, sem professores qualificados e estes, frequentemente, itinerantes, isto é, sem dedicação adequada à nobre atividade de ensino e pesquisa requerida.

O resultado ultrapassa a noção do intuitivo para a demonstração. Hoje em dia, os conselhos de medicina recebem, proporcionalmente, muito mais denúncias contra médicos.

Quem abraça, como profissão, uma atividade que depende de conhecimento, habilidades e relações inter-pessoais, não pode resistir ao fato de ser avaliado de forma isenta.

Por esse motivo que, por ocasião de meu mandato como presidente do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, em 2004 e 2005, abri a discussão sobre esse tema em nosso Estado e iniciamos um projeto de pesquisa que foi denominado Exame do Cremesp no qual, voluntariamente, os egressos das faculdades submetem-se à avaliação teórico-prática organizada pelo Conselho de Medicina de São Paulo e a Fundação Carlos Chagas. Estamos no terceiro ano de sua aplicação e os dados que têm sido obtidos serão de grande valia para embasar um futuro no sentido de legislação. Afinal, como faz o Conselho Federal da OAB com base em lei, tal iniciativa deve ser entendida como necessária na Medicina, por convencimento de todos os envolvidos; é a finalidade do trabalho que está sendo realizado em São Paulo, com coordenação de sua plenária e o empenho pessoal do prof. Bráulio Luna Filho.

Sou totalmente favorável ao exame dos egressos das faculdades de medicina como condição prévia à autorização para o exercício profissional do médico.

Nossos pacientes nos avaliam, diariamente. Que nossos pares o façam, também, no início de nossa jornada, para que seja o primeiro marco do zelo que deve pautar a técnica e a arte da Medicina”.

8. Projetos de Lei no Senado e na Câmara

A Senadora Serys Slhessarenko, tendo em vista a trágica realidade, apresentou o Projeto de Lei nº 102/2006 dispondo que, para obter o registro profissional junto aos Conselhos Regionais de Medicina e de Odontologia, os médicos e cirurgiões-dentistas devem ser aprovados em exame prévio de exame de proficiência, destinado a comprovar o nível de conhecimento indispensável para o exercício da profissão.

Sua Excelência justifica a proposta, em face da abertura indiscriminada de faculdades médicas (a argumentação, sem dúvida, vale também para as de odontologia e de direito), que deteriora o ensino e abastarda a profissão.

Cita o exemplo dos Estados Unidos da América, Canadá, Chile, México e Espanha, cada qual com suas peculiaridades na avaliação.

Conclui que, no Reino Unido, a partir deste ano, as exigências são mais drásticas. Não basta possuir o registro no Conselho Médico Geral, pois, para mantê-lo, o médico deverá demonstrar que está apto a trabalhar por meio da reavaliação e revalidação.

O Projeto de Lei nº 4342, de 2004, do Deputado Alberto Fraga, segue a mesma linha e as razões da justificativa têm o mesmo sentido das apresentadas pela senadora.

9. Projeto de Lei na Câmara dos Deputados (Todas as profissões regulamentadas)

O Deputado Federal Joaquim Beltrão, do PMDB-AL, apresentou em 26 de março de 2007, o Projeto de Lei nº 559, sujeito à apreciação conclusiva nas comissões, nos termos do artigo 24, II, sob o regime de tramitação ordinária, com o objetivo de autorizar os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a exigir exame de suficiência como requisito para a obtenção de registro profissional. Este exame será regulamentado. Por meio de provimento do respectivo Conselho Federal.

A justificativa do duto parlamentar fundamenta-se em razões irrefutáveis. Aduz que a competência dos conselhos não se restringe apenas ao trabalho executado pelos profissionais registrados, visto que estes realizam também a fiscalização prévia, na medida em que lhes competem conceder o registro aos que preencherem os requisitos que comprovem a sua capacidade.

Louva-se na experiência, vitoriosa e de grande valor, da Ordem dos Advogados, visto que os problemas aflitivos, que a área jurídica enfrenta, abrangem todos os setores. Assim, conclui o deputado, com muita razão, o povo terá maior segurança quando contratar os serviços de médicos, veterinários, engenheiros, agrônomos, psicólogos e tantos outros profissionais que prestam relevantes serviços à sociedade.

O referido projeto encontra-se na Comissão de Trabalho, Administração e Serviço Público, desde 26 de junho de 2007. O parecer do Relator, Deputado Roberto Santiago, do PV-SP, foi proferido no sentido de aprovar-se o projeto⁹⁶.

10. Proposta de um novo modelo de avaliação do bacharel em Direito

É cediço que o ensino no Brasil deixa muito a desejar. Vários são os fatores. Os especialistas apontam a desagregação, o péssimo ensino primário, o secundário mal feito e o terceiro grau, sem o mínimo de condições, como razões suficientes do insucesso para o exercício da profissão, no mercado de trabalho. A mercantilização do ensino, a proliferação de escolas sem as mínimas condições e o aumento crescente de bacharéis, e formandos de outras áreas, totalmente despreparados, exigem uma tomada de posição sem precedentes, em todas as áreas. A situação é realmente crítica.

A manutenção do exame de ordem é inconteste. A unificação dos exames foi o primeiro passo importante, que já está produzindo bons resultados, conquanto muito há que fazer. A experiência, no direito comparado pode ajudar-nos muito no aprimoramento do instituto.

Tome-se como exemplo de estágio o modelo luso, descrito neste trabalho. Seguramente, a comunhão do exame preliminar, tal qual utilizado atualmente, com o estágio, nos moldes de Portugal, permitirá, sem dúvida, uma seleção primorosa, para aquisição do título de advogado. Aliás, O estágio corresponde, grosso modo, ao já utilizado na Medicina, com a residência e que já é objeto de modificação, com proposta de efetuar a seleção, por intermédio de exame semelhante ao utilizado pela Ordem dos Advogados. São Paulo já vem aplicando pioneiramente avaliação semelhante.

11. Conclusão

A preocupação da sociedade e das pessoas responsáveis é muito grande e, como vimos, extravasa a área restrita da advocacia. Vai além. Atinge outras profissões de elevada importância, que dizem respeito ao patrimônio, à liberdade e à vida dos seres humanos.

Todas as camadas sociais, qualquer seja sua atividade ou profissão, têm responsabilidade perante a sociedade e sua família. Não podem ficar omissas. Sua participação é necessária, é fundamental. Todos indistintamente têm uma missão a cumprir, não importa a forma.

A corrupção e o obscurantismo sempre existiram, mas não impediram o ser humano de seguir sua trajetória, no cumprimento de seus desígnios. Sempre que o legislador descurar dos valores essenciais do ser humano, produzirá uma obra injusta, má e iníqua e receberá severa reprimenda da sociedade. A trajetória da história demonstra que o Estado não pode superpor-se aos interesses vitais da humanidade, porque ela – a obra – não subsistirá aos impactos da violenta reação em cadeia. No entanto, quando o legislador atende aos anseios desta mesma sociedade, sua obra permanecerá para sempre, visto que o Parlamento é o respiradouro da democracia.

⁹⁶ Consulta realizada, no site da Câmara dos Deputados em 16.10.07:
[http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?
link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?
fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2007&Numero=559&sigla=PL.](http://www2.camara.gov.br/proposicoes/loadFrame.html?link=http://www.camara.gov.br/internet/sileg/prop_lista.asp?fMode=1&btnPesquisar=OK&Ano=2007&Numero=559&sigla=PL)

O grito da sociedade está presente e não pode ser ignorado. Vem de todos os cantos.

Concluindo: O Exame de Ordem é necessário e indispensável, para o exercício da advocacia, tal qual se exige o concurso de aferição de conhecimentos para o ingresso na Magistratura, no Ministério Público e em todas as áreas sensíveis, em vista da relevância dessas atividades, com repercussão na liberdade, no patrimônio e na vida das pessoas.

Além do exame de Ordem, na fase preliminar⁹⁷, o estágio é essencial, desde que utilizado o modelo português, que é de fácil adaptação ao Brasil.

Atualmente, renomados médicos e professores de Medicina defendem que também os médicos recém-formados devem submeter-se a rigorosa avaliação, como ocorre com os bacharéis em Direito, sem embargo da residência obrigatória, em virtude da má qualidade do ensino em todas as áreas. Há exceções, felizmente.

Tramitam, no Congresso, dois projetos de lei, obrigando o médico e o cirurgião-dentista submeterem-se a exame prévio de avaliação, para obtenção da inscrição nos respectivos conselhos profissionais, bem como o projeto de lei que autoriza os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas a exigir o exame de suficiência, como requisito para obtenção de registro profissional.

Existem outras profissões que exigem o exame de suficiência, para a obtenção do registro profissional, v.g., o corretor de imóveis e o contador.

A maioria dos países impõe o exame de suficiência, sob a forma de exame de ordem, ou o equivalente exame de Estado, prestado perante os tribunais ou outros órgãos, e/ou o estágio sob supervisão e obrigatória avaliação, como salvaguarda das pessoas, da ordem jurídica e da sociedade.

Um episódio isolado de fraude não compromete a entidade e não prejudica os seus objetivos, conforme abalizada opinião do Ministro Flávio Bierrenbach. Extinguir o Exame de Ordem é agravar ainda mais o quadro. É crime de lesa-pátria - nada menos, no dizer de Cezar Brito.

Os projetos de lei, que tramitam no Congresso, com o objetivo de extinguir o exame de Ordem, devem ser abortados, imediatamente, porque contrariam a realidade e eliminam o que se mostra excelente, provocando um retrocesso absurdo e inadmissível.

Segundo nota do Professor Mário Frota, via e-mail, "as alterações introduzidas no Ordenamento jurídico português no âmbito da reforma do Plano de ação do Processo de Bolonha, tem como objetivo estabelecer critérios de uniformização do ensino universitário e politécnico dos países pertencentes à União Européia que, para além das alterações substantivas em matéria do ensino, implicam também a revisão dos graus académicos, o tempo e o modo da respectiva obtenção no âmbito dos procedimentos previstos no Estatuto da Ordem dos Advogados em matéria de inscrição de Advogados e Advogados-Estagiários, os candidatos à advocacia devem comprovar todos os requisitos legalmente estabelecidos para concretização dessa inscrição.

"Assim, tendo em conta o reflexo das referidas alterações no quadro legislativo que rege o acesso à Advocacia, o Conselho Geral da Ordem dos Advogados, reunido em sessão plenária, realizada em 11 de Maio de 2007, deliberou, por unanimidade, ao abrigo da matéria prevista na alínea j) do artigo 3.º, conjugada com o disposto na alínea c), do n.º 1, do artigo 45,

⁹⁷ Este modelo, o exame preliminar de admissão, para o ingresso no estágio, é também preconizado pelo Dr. Luiz Fernando Zakarewicz.

ambos do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro, apresentar à assembléia da República (a todos os Grupos Parlamentares) e ao Governo (na pessoa do Senhor Ministro da Justiça), a seguinte proposta de alteração das Leis n.º 15/2005, de 26 de Janeiro e n.º 49/2004 de 24 de Agosto:(omissis)".

Pronunciamentos acerca do exame de ordem

Sem embargo de algumas opiniões isoladas e discordantes, a maioria mostra-se favorável ao exame de suficiência, também nas outras áreas profissionais.

O Ministro do Superior Tribunal Militar, Flávio Bierrenbach, assim se pronunciou, a respeito do tema: "A partir de 1972, com a proliferação indiscriminada das Faculdades de Direito pelo Brasil, episódio central do crescente processo de mercantilização do ensino no nosso País, o Exame de Ordem revelou-se o único meio eficaz e indispensável para permitir à Ordem dos Advogados do Brasil o exercício de um controle de qualidade em relação aos bacharéis que saem, a cada ano, aos milhares, das centenas de Faculdades de Direito. Não se trata apenas de um controle técnico, destinado a apurar condições mínimas que permitam uma atuação profissional voltada para o ideal de justiça. Há algo mais. O Exame de Ordem é o início da convivência entre o novo advogado e a OAB. Ao longo da vida de cada advogado, esse convívio deve trilhar itinerário rigorosamente ético. Aliás, como está no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Quando o advogado se desvia da trajetória ética, cumpre à OAB corrigir o rumo, aplicando a punição disciplinar correspondente. Quando, agindo em nome da OAB, qualquer advogado cometer infração ética, a falta terá dupla gravidade. Deverá ser exemplarmente punida. Um episódio isolado de fraude não compromete a entidade e não prejudica os seus objetivos. Tenho orgulho de ter participado da primeira banca de Exame de Ordem, implantada em São Paulo, no ano de 1972, ao tempo em que era presidente do Conselho da OAB o saudoso advogado Cid Vieira de Souza. Claro que o Exame de Ordem deve permanecer. Sua necessidade e eficiência estão comprovadas há décadas. A delinquência só contamina uma instituição quando é acobertada pelo espírito de corpo".

O Senador Marco Maciel, presidente da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, advoga, com tenacidade, a manutenção do exame de ordem, daí por que, aduz, deve não só permanecer, como merece ser aperfeiçoado.

A Presidenta da Ordem dos Advogados – Seção Distrito Federal, Estefânia Viveiros; adverte que: "A proliferação dos cursos de Direito tem colocado no mercado profissionais que nem sempre passam por uma boa formação. Por isso, o Exame de Ordem tornou-se uma ferramenta fundamental para a garantia da qualidade dos serviços prestados pelos advogados."

O advogado, Dr. Cezar Brito, presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, registra que: "O Senado Federal examinará nos próximos dias proposta de extinção do Exame de Ordem, prova de conhecimentos básicos a que se submete por lei o bacharel em direito no Brasil para credenciar-se ao exercício profissional da advocacia. Como se sabe, é expressivo o número de reprovações nesse exame no país, o que indica má qualidade de expressiva parcela dos cursos jurídicos. É indispensável, porém, separar o joio do trigo para entender o que se passa e buscar soluções.

Os bons cursos aprovam a quase totalidade dos alunos. Já com os maus cursos dá-se o oposto. Por quê? Simples: em sua imensa maioria, são patrocinados por empresários picaretas, inescrupulosos, sem compromisso com a causa da educação, movidos apenas pela

avidez mercantilista. Em vez de bani-los do mercado, ou submetê-los a padrões mínimos de eficiência e compostura acadêmica, há quem sugira o inverso: que se elimine o instrumento que denuncia a anomalia - o Exame de Ordem. É como quebrar o termômetro para baixar a febre do paciente. Lamentavelmente, essa visão distorcida fez que chegasse ao Senado projeto de lei nesse sentido.

A solução evidentemente não pode ser essa. É preciso ir às raízes do problema - e não há dúvida de que a proliferação de instituições de ensino caça-níqueis está na base dessa anomalia. Trata-se de desserviço ao país, ao direito e, sobretudo, aos milhares de jovens que, iludidos na boa-fé, se submetem a essas instituições em busca de ascensão social pelo saber.

Levantamento da OAB, atualizado até 30 de maio deste ano, constata que a oferta de cursos jurídicos no país continua bem acima da capacidade de absorção do mercado - e bem acima da capacidade do Estado de sobre eles exercer algum controle de qualidade. Temos o levantamento estado por estado. Mas fiquemos na soma total: há nada menos que 1.046 cursos jurídicos em funcionamento no país, oferecendo 194 mil e 689 vagas.

Esse é o número de bacharéis que serão postos no mercado de trabalho ao final deste ano - número espantoso, bem acima da demanda. Pior: a maioria despreparada para os mais elementares rudimentos da profissão. Prova disso é o colossal índice de reprovações no Exame de Ordem. Há hoje aproximadamente 600 mil advogados inscritos na OAB. A média de criação de cursos jurídicos no país entre 1994 e 1997 era de 20 anuais. De 1998 a 2003, saltou para 71.

Este ano, no espaço inferior a um mês - entre junho e julho -, o governo federal autorizou o funcionamento de nada menos que 20 instituições e reconheceu quatro outras. Do total de autorizações e reconhecimentos avalizados pelo MEC, a Comissão Nacional de Ensino Jurídico da OAB havia emitido parecer favorável a apenas um curso: a Faculdade Zumbi dos Palmares, em São Paulo. As demais não passaram por nosso crivo.

Da proliferação de cursos inabilitados surge outro dado preocupante: o espantoso aumento do número de bacharéis prestando o exame. Entre 1996 e 2004, o aumento é de 2.533%. Se a OAB fosse uma instituição de índole exclusivamente corporativa, não teria por que se insurgir contra esse quadro. Seria beneficiária dele. Sem o exame, teríamos hoje no Brasil algo em torno de 4 milhões de advogados - o que é mais que a soma de todos os advogados do planeta. Transformaríamos a OAB na mais poderosa e multimilionária entidade de classe. Mas estaríamos condenando a prestação jurisdicional à morte.

O Brasil, mesmo com o filtro da Ordem, é o segundo colégio de advogados do Ocidente - perde apenas para os Estados Unidos. Seria ótimo, se houvesse mercado para todos, se isso se refletisse na qualidade do serviço prestado. Não é, porém, assim. O ensino jurídico sem qualidade atinge todo o espectro da Justiça, pois compromete a formação de todos os que participam de sua administração - e, em última análise, atinge o próprio conceito de cidadania e de democracia.

Por essa razão, OAB e MEC firmaram parceria para sanear o ambiente. Já a partir deste mês, vão supervisionar cerca de 100 estabelecimentos reprovados tanto pelo Exame Nacional de Desempenho de Estudantes (Enade) como pelo Exame de Ordem. Para isso, criaram grupo de trabalho com membros da consultoria jurídica de ambas as instituições para estudar medidas jurídicas contra as chamadas faculdades caça-níqueis. As sanções podem ir de redução das vagas oferecidas à suspensão do vestibular.

O objetivo é garantir qualificação técnica ao bacharel, permitindo que triunfe profissionalmente num mercado disputadíssimo e contribua para a melhoria da qualidade da prestação jurisdicional. Justiça é insumo básico da cidadania - e, não obstante, o Brasil não a fornece à imensa maioria da população. Extinguir o Exame de Ordem é agravar ainda mais o quadro. É crime de lesa-pátria - nada menos”.

(*) Professor, Subprocurador-Geral da Fazenda Nacional aposentado, especialista em Direito do Estado, conselheiro e presidente da Comissão de Arbitragem da OABDF, membro da Comissão Defesa da República e Democracia OAB Nacional, IAB, IASP e IADF (diretor-secretário). Autor de obras jurídicas e literárias.

Políticas de ação afirmativa e direitos

Luiz Fernando Martins da Silva (*)

Sumário

1. Introdução **2.** Análise do sistema legal envolvido no debate jurídico sobre o tema ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil
2.1. O Direito Internacional e a Política de Ação Afirmativa **2.2.** Aspectos Normativos Internacionais e Nacionais **2.3.** O Princípio da Igualdade no Direito Constitucional Comparado **3.** A Doutrina Brasileira de Direito Constitucional e a Constitucionalidade das Políticas de Ação Afirmativa **4.** As Políticas de Ação Afirmativa, as Cotas e o atual Posicionamento do Poder Judiciário Brasileiro **5.** Conclusão

*"Todos os animais são iguais perante a lei,
mas alguns animais são mais iguais que outros"*
Revolução dos Bichos, George Orwell

1. Introdução

A questão racial no Brasil tornou-se foco das atenções da sociedade e do Estado, notadamente após o presidente Fernando Henrique Cardoso reconhecer em 1995 que havia racismo e desigualdades raciais no país, ato que se fez acompanhar das primeiras políticas públicas específicas para a população negra cujo objetivo era a modificação deste quadro. Apesar de essas medidas terem sido produto das denúncias e das reivindicações históricas e atuais do movimento negro e de setores progressistas da sociedade civil, a implantação de políticas, programas, projetos e ações governamentais de caráter afirmativo para negros resultaram em uma polêmica há muito não vista. Pode-se dizer que um dos principais momentos dessas discussões ocorreu quando da implantação, no ensino público superior, de reserva de vagas para negros na UERJ, na UENF e na UNEB em 2003⁹⁸.

Por exemplo, em 2003, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no momento da efetivação das matrículas dos alunos aprovados no primeiro Exame Vestibular na UERJ e na UENF com cotas raciais, recebeu de candidatos brancos preteridos por alunos pretos e pardos beneficiados por esse sistema, mais de 200 mandados de segurança individual⁹⁹, bem como o

⁹⁸ Destaque-se a evidência do tema no ano de 2001, durante a III Conferência Mundial Contra o Racismo, Xenofobia e Intolerâncias Conexas, na África do Sul. Naquela oportunidade, o governo brasileiro comprometeu-se a adotar, oficialmente, após assinar a Declaração e o Plano de Ação de Durban, medidas para combater o racismo, o preconceito, a discriminação e a ampliar o número de oportunidades para negros na sociedade.

⁹⁹ Vide a representação por inconstitucionalidade no 200312500029 e os andamentos de ações individuais (p. ex.: Apelação Cíveis nos 2003.001.27.194, 2003.001.32610, 2003.002.04409 e 2003.002.05602), no sítio do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro: <<https://www.tj.rj.gov.br>>.

deputado estadual Flavio Bolsonaro, pelo Partido da Frente Liberal – PFL (atual Democráticos) propôs duas representações objetivando a declaração de inconstitucionalidade das referidas leis estaduais¹⁰⁰. Alguns meses depois, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN, ajuizou uma ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) perante o Supremo Tribunal Federal – STF, financiada pelo Sindicato dos Estabelecimentos de Ensino Privado no Estado do Rio de Janeiro¹⁰¹.

Há mais: a ampliação das iniciativas governamentais no campo das ações afirmativas para negros, como por exemplo, a concessão de benefícios fiscais para universidades privadas que adotem cotas raciais (Programa Universidade para Todos – Prouni)¹⁰², a regularização jurídica de terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos,¹⁰³ e a criação de cotas para negros no serviço público municipal,¹⁰⁴ etc. estão gerando novas demandas judiciais no STF e nos Tribunais de Justiça dos Estados¹⁰⁵, que precisam ser acomodadas por uma decisão final do STF.

No campo jurídico a questão está distante de pacificação e de consenso, haja vista, especialmente, a existência de ações judiciais que contestam a constitucionalidade dessas medidas afirmativas. Operadores do direito, professores e pesquisadores da área jurídica

¹⁰⁰ Vide as representações por inconstitucionalidade nos 2003.007.00020 e 2003.007.00021, no site: <<http://www.tj.rj.gov.br>>.

¹⁰¹ Vide: ADIn no 2.858-8/2003, Relator Ministro Carlos Velloso, no site: <<http://www.stf.gov.br>>. Esse processo do STF merece destaque por diversos aspectos: (a) pela primeira vez uma política pública destinada a maior minoria racial (e socialmente) estigmatizada é alçada ao tribunal mais importante do país, mobilizando a comunidade jurídica a lidar com tema sobre o qual nunca havia debruçado; (b) pela primeira vez o instrumento processual constitucional denominado “amicus curiae” (“amigo da corte”) é utilizado pelo movimento social no Brasil (no caso, entidades do movimento negro) no processo constitucional (na ADIn) em defesa de seus interesses (vide mais no artigo: “Amicus Curiae, Direito e Ação Afirmativa”, SILVA, Luiz Fernando Martins da, disponível no site:

<http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_76/index.htm>; (c) pela primeira vez o Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União emitiram parecer sobre política nacional de promoção da igualdade racial (esses órgãos divergiram entre si. O Procurador-Geral da República na época se manifestou contrariamente às cotas raciais, e o Advogado da União se manifestou favoravelmente).

¹⁰² O PROUNI - Programa Universidade para Todos foi “criado pela MP nº 213/2004 e institucionalizado pela Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Tem como finalidade a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais a estudantes de baixa renda, em cursos de graduação e seqüenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior, oferecendo, em contrapartida, isenção de alguns tributos àquelas que aderirem ao Programa”. o ProUni reserva “bolsas aos cidadãos portadores de deficiência e aos autodeclarados negros, pardos ou índios. O percentual de bolsas destinadas aos cotistas é igual àquela de cidadãos negros, pardos e índios, por Unidade da Federação, segundo o último censo do IBGE”. Vide mais informações no site: <<http://prouni-inscricao.mec.gov.br/prouni>>.

¹⁰³ Trata-se do Decreto nº 4.887, de 20 de novembro de 2003, regulamentado pela Instrução Normativa no 16, de 24 de novembro de 2003, do INCRA, que regulamenta o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Vide mais informações no site:

<http://planalto.gov.br/seppir/quilombos/programas/brasilquilombos_2004.pdf>.

¹⁰⁴ Por exemplo, o município de Montenegro, Rio Grande do Sul, instituiu sistema de cotas pelo qual 12% das vagas seriam destinadas a quem se declarasse afro-descendente através da Lei Municipal nº 4.016/2004.

divergem sobre a pertinência e a constitucionalidade das políticas implantadas pelo Estado brasileiro por diversos motivos, dentre os quais pode-se citar: a violação dos princípios da igualdade, do mérito, da proporcionalidade, da Federação, da autonomia universitária e até mesmo a inexistência de critérios seguros ou científicos para identificar os beneficiários dessas medidas. Outras críticas são dirigidas aos critérios adotados por algumas universidades para selecionar e identificar os beneficiários das políticas afirmativas, como ocorre no processo de seleção da Universidade de Brasília.

Além disso, não podemos olvidar o diálogo insuficiente entre ciências jurídicas e ciências sociais no Brasil. A carência de artigos, dissertações e teses que enfocam o assunto nas escolas de Direito tem colaborado para o parco desenvolvimento do tema direito - relações raciais. Nesse sentido, a jurista Dora de Lima Bertúlio, em uma reflexão sobre esse quadro, pontifica que: *"Na medida em que o conhecimento e a reflexão, indutores que são de nossa identidade, são componentes privilegiados da mudança de comportamentos, intervenção e julgamentos das pessoas em suas relações interpessoais e com o Estado, a carência de estudos e trabalhos sobre racismo, discriminação racial e direitos raciais da população negra permite perpetuar: a) os estereótipos racistas de incompetência do povo negro para se autogerir e desenvolver adequadamente nas sociedades contemporâneas (socialistas ou capitalistas); e b) o descaso do setor jurídico, na sociedade brasileira, para implementar direitos específicos que diminuam o impacto do racismo na qualidade de vida de quase 50% da população nacional (Bertúlio, 2003: 5)."*

A tendência generalizada de os currículos das faculdades de Direito serem por demais influenciados pela dogmática, pelo formalismo e pelo positivismo jurídicos consiste em outro fator que ratifica considerações dessa natureza. Além do mais, não é comum que os operadores do direito superem sua formação tradicional e dediquem-se a estudos que tratem das novidades doutrinárias introduzidas no próprio campo jurídico, e, especialmente, a leituras de obras da sociologia, da antropologia, da filosofia, e da ciência política.

Por outro lado, a questão sobre a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa depende especialmente do paradigma jurídico com o qual o intérprete opera. Do ponto de vista do positivismo jurídico, por exemplo, a ausência do termo "ação afirmativa" no texto Constitucional impediria a criação e a implantação dessa política pelo Estado. Isso porque o positivismo jurídico opera exclusivamente com o método lógico-dedutivo, que, ao assumir os princípios da coerência e da completude do ordenamento jurídico, "procura a melhor norma jurídica dentre as normas positivas válidas, descartando assim considerações interpretativas sobre as demandas e necessidades humanas em uma sociedade" (Feres Júnior & Silva, 2006: 24). Ademais, e esse ponto é fundamental, como a maior parte das Constituições em vigor é de matriz liberal, e, portanto, baseada na proteção de direitos civis e políticos contra qualquer tipo de discriminação, justificar a discriminação positiva pela ótica positivista é virtualmente impossível.

O mesmo não pode ser dito a respeito do pragmatismo jurídico, paradigma que é essencial para a justificação legal da discriminação positiva. Não é simples coincidência histórica o fato

¹⁰⁵ O PROUNI foi contestado junto ao STF pelo PFL (vide: ADIn no 3314 /2004, Relator Ministro Carlos Britto, no site: <<http://www.stf.gov.br>>), a Federação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social – FENAFISP (vide: ADIn no 3379/2004, Relator Ministro Carlos Britto, no site: <<http://www.stf.gov.br>>) e a CONFENEN (Vide: ADIn no 3330/2004, Relator Ministro Carlos Britto, no site: <<http://www.stf.gov.br>>). Já o Decreto no 4.887/2004 foi contestado pelo PFL mediante a ADIn no 3.329/2004, Relator Ministro Cesar Peluso. Vide andamento dos processos no STF nos Anexos.

de tais políticas terem sido instituídas pela primeira vez, no Ocidente, nos Estados Unidos, país berço da tradição pragmatista. “O método de operação do pragmatismo jurídico é consequencialista, isto é, o que importa no julgamento da legalidade de uma norma são os resultados de sua aplicação, seu caráter benéfico para a sociedade onde se aplica, e não a prova de sua dedução de uma norma positiva mais geral” (Feres Júnior & Silva, 2006: 25). A norma positiva importa, mas é apenas mais uma fonte entre os dados empíricos oferecidos pelas relações sociais.

Deve-se notar, entretanto, que o pragmatismo jurídico define um método, uma maneira de proceder, mas não o conteúdo do que é benéfico. “A adoção de políticas que operam com discriminação positiva só pode ser completamente justificada se, além do procedimento pragmatista, fizermos uma interpretação dos valores morais da sociedade em questão” (Feres Júnior & Silva, 2006: 25). Essa tarefa pode ser mais bem empreendida se sairmos do âmbito estrito da teoria do direito para o da teoria política normativa. Uma vez que essa transposição é feita, notamos que o paradigma positivista tem historicamente servido à posição liberal clássica, hoje também conhecida como conservadora, a qual alça a igualdade formal da lei acima da igualdade de fato no convívio social. Para autores dessa corrente, a igualdade formal funciona, de fato, como suporte para a expressão de capacidades e aptidões desiguais entre os homens.

Por fim, no contexto das divergências jurídicas, percebe-se entre alguns autores uma resistência incomum a essas políticas públicas quando direcionadas para a população negra, haja vista que eles não apresentam semelhante oposição às medidas afirmativas adotadas para pessoas com deficiência e para as mulheres, por exemplo. Algumas das opiniões emitidas por juristas conceituados podem facilmente ser consideradas discriminatórias e sugerem que ainda privilegiam uma visão freyreana da realidade das relações étnicas e raciais no Brasil.

2. Análise do sistema legal envolvido no debate jurídico sobre o tema ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil

2.1.O Direito Internacional e a Política de Ação Afirmativa

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos - segmento especializado do Direito Internacional Público - há diversos instrumentos de proteção de direitos fundamentais que além de proibirem toda forma de discriminação, também prevêm a adoção de políticas de promoção da igualdade racial. Tais instrumentos - como tratados, convenções, pactos etc. - assumem uma dupla importância: consolidam parâmetros internacionais mínimos concernentes à proteção da dignidade humana e asseguram uma instância internacional de proteção de direitos, quando as instituições nacionais mostrarem-se falhas ou omissas.

Esses instrumentos, de observância obrigatória¹⁰⁶, têm aplicação imperativa no território brasileiro, após serem devidamente ratificados pela autoridade constitucionalmente competente, por força do disposto no artigo 5o, § 2o, da Constituição Federal de 1988,

¹⁰⁶ Cançado Trindade leciona que os “direitos humanos consagrados em tratados de direitos humanos em que o Brasil seja Parte incorporam-se ipso facto ao direito interno, no âmbito do qual passam a ter “aplicação imediata” (artigo 5 (1)), da mesma forma e no mesmo nível que os direitos constitucionalmente consagrados. A intangibilidade dos direitos e garantias individuais é determinada pela própria Constituição Federal, que inclusive proíbe expressamente qualquer emenda tendente a aboli-los (artigo 60 (4) (IV)). (Trindade, 1998: 134).

segundo o qual: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

No cenário do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o princípio de não discriminação tem aplicação destacada¹⁰⁷ e baliza toda a temática dos direitos econômicos, sociais e culturais. Esse princípio é caracterizado como uma garantia fundamental, porque se salienta nele o caráter instrumental, garantidor do direito de igualdade.

O referido princípio básico de não discriminação se encontra presente em quase os todos os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos fundamentais produzidos no século XX, dentre os quais destacamos: Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigo 2º); Pacto dos Direitos Civis e Políticos (artigos 2º, I, e 26); Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigo 2º); Convenção Européia de Direitos Humanos (artigo 14); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigo 1, I); Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos (artigo 2º); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; a Convenção da OIT sobre Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação, de 1958; a Convenção da UNESCO contra Discriminação na Educação, de 1960; e a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Baseadas na Religião ou Crença, de 1981.

Decorre ainda do referido princípio que se estabeleça um veto às discriminações, ou seja, que se tenha imposto o não diferenciar, que se imponha positivamente a obrigatoriedade de se dispensar tratamento igual a todos. Além disso, atualmente tem-se entendido que a articulação do princípio de não discriminação com a ação afirmativa resulta em inclusão social. É com essa perspectiva, por exemplo, que a Carta dos Direitos Fundamentais, recentemente adotada pela União Européia, admite que, para se conseguir a igualdade, o direito de não ser discriminado deve ser complementado pelo direito ao usufruto das medidas projetadas para garantir autonomia, inserção e participação na vida da comunidade.

Cançado Trindade assevera que o princípio de não discriminação está vinculado às políticas de ação afirmativa para grupos ou populações vulneráveis: *As políticas de ação afirmativa para grupos vulneráveis encontra-se diretamente vinculadas à luta pela prevalência do princípio da não discriminação* (Trindade, 2002: 55)

Além disso, temos ainda o que Canotilho chama de “função de não discriminação” - uma das principais funções dos direitos fundamentais. Segundo esse constitucionalista lusitano, a partir do princípio de igualdade e dos direitos de igualdade específicos consagrados numa Constituição, se assegura que o Estado trate os seus cidadãos como fundamentalmente iguais, e, por conseqüência, aplica-se a função de não discriminação a todos os tipos de direitos: aos direitos, liberdades e garantias pessoais; de participação política; direitos sociais e aos direitos à prestação. O autor observa que tal função se coaduna inteiramente à instituição de cotas:

¹⁰⁷ O jurista brasileiro Cançado Trindade, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que integra o sistema da Organização dos Estados Americanos – OEA enfatiza que o “princípio da não discriminação ocupa uma posição central no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Encontra-se consagrado em diversos tratados e declarações de direitos humanos”, e mesmo como elemento integrante do direito internacional consuetudinário”. (Trindade, 2002: 55).

É com base nesta função de não discriminação que se discute o problema das quotas (ex. 'parlamento paritario de homens e mulheres') e o problema das affirmative actions tendentes a compensar a desigualdade de oportunidades (ex. 'quotas de deficientes'). É ainda com uma acentuação-radicalização da função antidiscriminatória dos direitos fundamentais que alguns grupos minoritários defendem a efetivação plena da igualdade de direitos numa sociedade multicultural e hiperinclusiva ('direitos dos homossexuais', 'direitos das mães solteiras', 'direitos das pessoas portadoras de HIV') (Canotilho, 2000: 386)

2.2. Aspectos Normativos Internacionais e Nacionais

No campo estritamente normativo, há um verdadeiro arsenal de regras que exemplificam ou respaldam a adoção de ações afirmativas no Brasil. Na ordem jurídica internacional, as diversas convenções, tratados, pactos e programas, além de proibirem toda forma de discriminação, também prevêm a adoção de políticas de promoção da igualdade, apesar de não utilizarem a expressão "ação afirmativa" e sim "medidas especiais". Destacamos, dentre outras:

I. Convenção sobre a Discriminação em Emprego e Profissão nº 111 da Organização Internacional do Trabalho – OIT¹⁰⁸. O artigo 5º, 1, da referida Convenção, reza que: As medidas especiais de proteção ou de assistência previstas em outras convenções ou recomendações adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho não são consideradas como discriminação.

II. A Convenção relativa à luta contra a discriminação no campo do ensino¹⁰⁹. No caso, consciente de que incumbe conseqüentemente à Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, dentro do respeito da diversidade dos sistemas nacionais de educação, não só proscrever qualquer discriminação em matéria de ensino, mas igualmente promover a igualdade de oportunidade e tratamento para todos neste campo". Com tal propósito estabelece no seu Artigo I: "para os fins da presente convenção o termo 'discriminação' abarca qualquer distinção, exclusão, limitação ou preferência que, por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião pública ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, condição econômica ou nascimento, tenha por objeto ou efeito destruir ou alterar a igualdade de tratamento em matéria de ensino". No item 2, do mesmo Artigo, diz: "para os fins da presente Convenção, a palavra 'ensino' refere-se aos diversos tipos e graus de ensino e compreende o acesso ao ensino, seu nível e qualidade e as condições em que é subministrado.

III. A convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial. O artigo 1º, item 4, da referida convenção alude que: não serão consideradas

¹⁰⁸ A Convenção no 111 foi adotada pela OIT em 25 de junho de 1958 e entrou em vigência no dia 15 de junho de 1960. O ato de ratificação foi registrado pelo governo brasileiro, junto à OIT, em 26 de novembro de 1965; internamente foi ratificada em 1968 pelo Decreto no 62.150.

¹⁰⁹ Conferência Geral da UNESCO, reunida em Paris, de 14 de novembro a 15 de dezembro de 1960, em sua Décima Primeira Sessão. Aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo no 40, de 1967 (DO 17.11.67).

discriminação racial as medidas especiais tomadas com o único objetivo de assegurar o progresso de certos grupos raciais ou étnicos ou de indivíduos que necessitem da proteção que possa ser necessária para proporcionar a tais grupos e indivíduos igual gozo ou exercício de direitos humanos e liberdades fundamentais, contando que tais medidas não conduzam, em consequência, à manutenção de direitos separados para diferentes grupos raciais e não prossigam após terem sido alcançados os seus objetivos.

IV. A convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (CEDAW). Esta convenção no artigo 4o, item 1, considera que: a adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados

Na ordem jurídica brasileira, o legislador já editou leis e outros tipos normativos que reconhecem o direito à diferença de tratamento legal para diversos grupos considerados vulneráveis. As diversas normas jurídicas editadas não se referem ao termo "ação afirmativa" ou "medidas especiais", se bem que as leis editadas pelo Estado do Rio de Janeiro se referem ao termo "cotas". Os termos empregados são: "reservar" (por exemplo, na Lei no 9.504/97), "reservará" (por exemplo, na Carta Federal, o artigo 37, Inciso VIII) e "reservarão" (por exemplo, na Lei no 5.465/68 – "Lei do Boi" – já revogada).

Nesse particular, na Constituição Federal de 1988, destacamos:

- o artigo 1º, inciso III (princípio que resguarda o valor da dignidade humana);
- o artigo 3º, incisos I, III e IV (constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, bem como promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, e erradicar a (...) marginalização e reduzir as desigualdades sociais...);
- o artigo 4º, incisos II e VIII (a República Federativa do Brasil, no plano das relações internacionais, deve velar pela observância dos princípios da prevalência dos direitos humanos e do repúdio ao terrorismo e ao racismo);
- o artigo 5º, incisos XLI e XLII (consagra o princípio da igualdade; punição para qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais, e, enuncia que racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei), e parágrafo 2º, consagrando a incorporação do direito advindos dos tratados internacionais;
- o artigo 7º, inciso XXX (no campo dos direitos sociais, proíbe a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil);
- o artigo 23, inciso X (combater (...) os fatores de marginalização);

- o artigo 37, inciso VIII (a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão);
- o artigo 145, § 1º (Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte...);
- o artigo 170, incisos VII (redução das desigualdades (...) sociais) e IX (tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País);
- o artigo 179 (a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei);
- o artigo 227, inciso II criação de programas (...) de integração social dos adolescentes portadores de deficiência.

Das leis ordinárias, destacamos:

- o decreto-lei 5.452/43 (CLT), que prevê, em seu art. 354, cota de dois terços de brasileiros para empregados de empresas individuais ou coletivas;
- o decreto-lei 5.452/43 (CLT), que estabelece em seu art. 373-a, a adoção de políticas destinadas a corrigir as distorções responsáveis pela desigualdade de direitos entre homens e mulheres;
- a Lei 8.112/90, que determina, em art. 5º, § 2º, reserva de até 20% para os portadores de deficiências no serviço público civil da união;
- a Lei 8.213/91, que fixou, em seu art. 93, reserva para as pessoas portadoras de deficiência no setor privado;
- a lei 8.666/93, que preceitua, em art. 24, inc. XX, a inexigibilidade de licitação para contratação de associações filantrópicas de pessoas portadoras de deficiência;
- a lei nº 9.029, de 13/04/95, que proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais, ou de permanência da relação jurídica de trabalho;
- a lei 9.504/97, que preconiza, em seu art. 10, § 3º, cria "reserva de vagas" para mulheres nas candidaturas partidárias.
- a Lei 10.639/93, que altera a lei 9.394/96, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira".

Apesar de pouco comentado pela literatura especializada, o pioneirismo na criação de políticas de ação afirmativa no âmbito da educação pública superior, antes mesmo da edição das leis de cotas para negros do Estado do Rio de Janeiro, coube ao Governo Federal, em 1968, com a lei no 5.465/68.

Essa lei que instituiu reserva de vagas, diz no artigo 1º: Os estabelecimentos de ensino médio agrícola e as escolas superiores de Agricultura e Veterinária, mantidos pela União, reservarão, anualmente, de preferência, de 50% (cinquenta por cento) de suas vagas a candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na

zona rural e 30% (trinta por cento) a agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam em cidades ou vilas que não possuam estabelecimentos de ensino médio.

Essa lei, ironicamente apelidada de "lei do boi", na prática acabava favorecendo os membros da elite rural brasileira e foi revogada em 17 de dezembro de 1985 pela lei nº 7.423, durante o mandato do ex-presidente da República José Sarney.

Outra iniciativa pioneira, igualmente pouco comentada, decorreu de sentença proferida pelo Poder Judiciário. O Ministério Público Federal, no Estado do Ceará, ajuizou uma Ação Civil Pública (ACP no 990017917-00) pleiteando cotas para alunos egressos da rede pública de ensino na Universidade Federal daquele Estado. O juiz Federal que julgou a ação determinou, em setembro de 1999, que a referida Universidade, em nome do princípio da isonomia, reservasse cinquenta por cento (50%) das vagas de todos os seus cursos para estudantes egressos da rede pública de ensino¹¹⁰.

Neste ponto, é indispensável uma abordagem do tema em comento à luz do princípio da igualdade, a começar pela sua conformação no Direito Constitucional Comparado, que tem contribuído de forma substancial para o aprimoramento da implantação das políticas de ação afirmativa em diversos países.

2.3. O Princípio da Igualdade no Direito Constitucional Comparado.

Uma breve incursão no campo do Direito Constitucional Comparado nesse ponto do trabalho se faz necessária, porquanto as políticas de ação afirmativa que estão sendo implantadas no Brasil são originárias de outros países.

Cumprido destacar que a comparação de estruturas constitucionais não deve ser limitada a uma abordagem que privilegie a semântica das Constituições. Muitas vezes esse procedimento pode induzir o pesquisador a erro, levando-o a concluir pela existência de um consenso em torno de princípios, regras, institutos, de sistemas jurídicos totalmente diferentes. Portanto, deve-se evitar o mimetismo jurídico ou a importação automática de experiências estrangeiras. Nesse sentido, há uma necessidade imperiosa de a comparação não se limitar à dimensão formal, teórica, das estruturas constitucionais selecionadas. A ela deve estar automaticamente associada a dimensão prática, correspondente ao modo pelo qual são aplicados os dispositivos constitucionais confrontados.

O pressuposto de imperatividade da isonomia material em uma sociedade democrática inclusiva é o núcleo duro de toda a problemática da efetividade das políticas de ação afirmativa¹¹¹. Por conseguinte, e ainda numa perspectiva global, a igualdade substancial

¹¹⁰ Vale consignar que, em fevereiro de 2005, o ministro Nelson Jobim do STF deferiu pedido liminar (SL 60), formulado pelo governo do Estado de São Paulo, suspendendo os efeitos de uma decisão, proferida pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, nos autos de uma Ação Civil Pública (nº 2622/2003). A ação foi ajuizada pelo Ministério Público, na cidade de Marília, para determinar que a Faculdade de Medicina (FAMEMA), da referida cidade, reservasse cotas para alunos egressos do ensino público local. A decisão proferida pelo tribunal paulistano, aceitando o pedido formulado na ACP, determinou a fixação de cota de 30% das vagas dos cursos de medicina e enfermagem para candidatos do ensino público, nos vestibulares dos anos de 2004 a 2010. Nelson Jobim confirmou que a decisão questionada impôs à Autarquia Estadual obrigação não prevista em lei. O ministro Jobim enfatizou que, conforme orientação do STF, não cabe ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

¹¹¹ Nesse sentido, Feres Júnior (2004: 303), aduz que "deve-se ter claro que a ação afirmativa visa atacar especificamente a reprodução da desigualdade que escapa o alcance das políticas universais".

representa em relação à igualdade formal uma clivagem essencial no entendimento do conceito de igualdade que, como é óbvio, está longe de ser indiferente para apreciação e interpretação do sistema jurídico no seu conjunto e das respectivas normas.

A insistência na questão da superação do paradoxo da igualdade formal versus igualdade substancial (ou material) no plano da igualdade de direitos e de oportunidades faz-se necessária, na medida em que o tema em discussão é contemporâneo às questões legisladas nas diversas Constituições e submetidas a tantos outros Tribunais Constitucionais.

A remoção dos obstáculos de fato ao exercício dos direitos fundamentais é a afirmação do princípio de igualdade concretizado através de critérios legais de tratamento diferenciador dos indivíduos, em função de parâmetros definidores da sua situação concreta. Melhor explicando, podemos afirmar que “à intervenção estatal não-de presidir critérios de justiça distributiva conformando-se aquela pela medida e natureza das reais desigualdades facticas existentes” (Prata, 1982: 93). O princípio da igualdade contém diretiva essencial dirigida ao próprio legislador: tratar por igual aquilo que é essencialmente igual, por desigual aquilo que é essencialmente desigual. A qualificação das várias situações como iguais ou desiguais depende do caráter idêntico ou distinto dos seus elementos essenciais (Gomes & Moreira, 1978: 68).

À guisa de contribuição, a Constituição da República da África do Sul pós-apartheid adotou medidas positivas com base no princípio da igualdade para proteger ou promover direitos de pessoas ou de grupos em situação de desvantagem decorrentes de discriminação, conforme consta do seu Bill of Rights¹¹²: “Equality includes the full and equal enjoyment of rights and freedoms. To promote the achievement of equality, legislative and other measures designed to

¹¹² O processo de transição do regime do apartheid para uma democracia multipartidária iniciou-se em 1990, com a legalização dos chamados movimentos de liberação, a revogação da maioria das leis do apartheid e, sobretudo, a liberação dos presos políticos. Em 1991, iniciou-se o processo de negociação multipartidária visando à formação de uma nova estrutura para o Estado e para a sociedade na forma da Convenção para Democracia na África do Sul [Convention for Democracy in South Africa - CODESA]. Após uma interrupção de dois anos, devido à violência étnica, as negociações recomeçaram no contexto do Processo Multipartidário de Negociação [Multi Party Negotiation Process - MPNP], em 1993. No mesmo ano, foi elaborada, pelo MPNP, uma Constituição Interina [Interim Constitution], aprovada em novembro desse ano e em vigor desde 27 de abril 1994, o dia das primeiras eleições multirraciais da nova África do Sul. O objetivo da Constituição Interina, consignado em seu preâmbulo, era o estabelecimento de um arcabouço constitucional para a promoção da unidade nacional e a reestruturação e continuidade dos órgãos governamentais durante o processo constituinte. Ela criou um Estado federal, com um sistema de governo parlamentarista bicameral, consagrando extenso catálogo de direitos fundamentais [Bill of Rights], além dos chamados Princípios Constitucionais [Constitutional Principles]. Esses Princípios, em número de trinta e quatro, representaram o consenso, alcançado pelos partidos, nas negociações relativas à forma do Estado e aos direitos fundamentais da nova África do Sul. Tais Princípios constituíram a base para a elaboração da nova Constituição. O texto desta última foi submetido, pela Assembléia Constituinte, à Corte Constitucional, em maio de 1996, seguindo o procedimento estabelecido na Constituição Interina, visando, sobretudo, a que a Corte declarasse a conformidade do Texto Constitucional com os Princípios Constitucionais. A Corte não aprovou esse primeiro Texto e a Assembléia submeteu-lhe, conforme a previsão constitucional, um Texto revisto, em outubro do mesmo ano. Esta nova versão recebeu em dezembro a aprovação da Corte, que a declarou conforme os Princípios Constitucionais e a nova Constituição entrou em vigor no dia 7 de fevereiro de 1997. Cf. HOFFMAN, Florian. Jurisdição, Processo e Argumentação na Corte Constitucional da África do Sul no Caso-Paradigma (Leading Case) The State V. T. Makwanyane And M. Michunu (1995) [Proibição Da Pena De Morte]. Disponível em:

<http://www.puc-rio.br/sobrepucc/depto/direito/revista/online/rev15_florian.html>. Acessado em: 03 de fevereiro de 2005

protect or advance persons, or categories of persons disadvantaged by unfair discrimination in any be taken”.

A Constituição Canadense, por seu turno, adotou em 1982 Affirmative action programs¹¹³, com objetivos similares àqueles estabelecidos na Constituição da África do Sul. A Parte I do Constitution Act de 1982 estabelece como regra geral a igualdade perante as leis e a proibição de determinadas formas de discriminação. O artigo 15 do Canadian Charter of Rights and Freedom, também chamado de affirmative action clause, estipula as exceções admitidas, nos seguintes termos: artigo 15, item 1: “Todos os indivíduos são iguais perante e sob a lei, e têm direito à igual proteção e ao igual benefício da lei sem discriminações e, em particular, sem discriminação baseada em raça, origem nacional ou étnica, cor, religião, idade, ou deficiência física ou mental; artigo 15, item 2. “A subseção (I) não impede qualquer lei, programa ou atividade que tenha como seu objeto a melhoria das condições de indivíduos ou grupos desfavorecidos, incluindo aqueles que estão em desvantagem devido a raça, origem étnica ou nacional, cor, religião, sexo, idade, ou deficiência física ou mental (Menezes, 2001:128)

Encontramos ainda a proteção particularizada de populações vulneráveis, sob forma de ação afirmativa amparada no princípio da igualdade material, nos dispositivos constitucionais dos seguintes países europeus: Finlândia: art. 50, in fine; Suécia: cap.1, art. 2, in asfine e cap. 2, e arts. 14 e 15, in fine; Alemanha: arts. 6 (5); 20 (1); Bulgária: arts. 35 (4), 65; Polônia : arts. 67 (2) , 81; Romênia; art. 17; Tchecoslováquia: art. 20 (2); Áustria: art. 8º, Lei Fundamental 21.12.1867; art. 19; Tratado de Saint Germain; arts. 62 a 68; Tratado Internacional de 15.5.1955; arts. 7 e 26; Iugoslávia: Princípios Fundamentais, inc. VII, parágrafo 2º (4º item), arts. 170, 171, 245 a 248.

No âmbito do Direito Constitucional dos países sul-americanos também há a preocupação com a adoção de políticas públicas de ações afirmativas, conforme servem de ilustração os excertos das Constituições – da Colômbia, da Argentina e do Paraguai - abaixo reproduzidos.

Colômbia (1991), com a Reforma de 1997: Art. 7. El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Art. 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

Argentina (Constituição 22 de agosto de 1994), capítulo quarto: Atribuições do Congresso - art. 23: Legislar e promover medidas de ação positiva que garantam a igualdade real de oportunidades e de trato e pleno gozo e exercício dos direitos reconhecidos por esta Constituição e por tratados internacionais vigentes sobre direitos humanos, em particular das crianças, mulheres, anciãos e pessoas com incapacidade.

Paraguai (1922). Seguindo o mesmo princípio, a Constituição da República do Paraguai de 1992 adotou o princípio de igualdade das pessoas no art. 46, com a seguinte redação:

¹¹³ É importante ressaltar que no sistema legal canadense essa legislação não se aplica aos particulares, mas apenas às relações travadas com o setor público (state action). No ordenamento jurídico canadense as relações privadas são objeto de disciplina dos Human Rights Codes, que são textos legais (alguns possuem uma cláusula de primazia, para se sobreporem às leis ordinárias) aprovadas pelas províncias, como é o caso do Ontorio Human Rights Code”.

Todos os habitantes da República do Paraguai são iguais em dignidade e direitos. Não se admite discriminações. O Estado removerá os obstáculos e impedirá os fatores que os mantêm ou propiciam

Vale observar que os dispositivos constitucionais acima citados, sejam de países europeus ou sul-americanos, encontram similaridades nos princípios e regras de igualdade e não discriminação presentes na Constituição Brasileira em vigor.

3. A Doutrina Brasileira de Direito Constitucional e a Constitucionalidade das Políticas de Ação Afirmativa

A maioria dos autores da doutrina brasileira de Direito Constitucional propõe tratamento favorável a quem está em situação de desvantagem em razão de pertencer a grupos débeis econômica e socialmente. Logo, a ação afirmativa não constitui violação do princípio da igualdade, pois, ao contrário, pretende viabilizar a isonomia material.

(...) Tal contexto de estatísticas sociais desfavoráveis para aqueles contingentes humanos inferiorizados da sociedade, a persistência nas generalizações legislativas, com adoção de normas simplistas, genéricas e iguais para todos, independentemente das notórias diferenças sociais e econômicas que são fruto, por exemplo, do escravismo e da cultura machista, não propicia a mobilidade e a emancipação social desses grupos discriminados e, até mesmo, aprofunda e reproduz os condenáveis preconceitos histórica e culturalmente enquistados no organismo social. Nesse campo de questões, que bem exprime as relações sempre tensas entre o Direito e a sociedade, a caracterizar o fenômeno a que designamos de constitucionalismo de resultado, percebe-se nitidamente o abandono do classicismo isonômico e a busca de instrumentos de aplicação e interpretação da Constituição capazes de enfrentar o imobilismo conservador e de prestigiar as políticas públicas mudancistas e de transformação social. Em tal ordem de convicções, as ações positivas despontam como um mecanismo da justiça distributiva, destinado a compensar inferioridades sociais, econômicas e culturais associadas a dados da natureza e ao nascimento dos indivíduos, como raça e sexo. (...) A adoção de cotas para ingresso de estudantes negros em universidades brasileiras afigura-nos como uma necessária medida para solucionar o desproporcional quadro do ensino superior em nosso País (Castro, 2003: 444-446; 451)

Nesse mesmo sentido, comentando a doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, acerca do conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Marcelo Neves aduz que: Numa perspectiva rigorosamente positivista, Bandeira de Mello enfatiza que o princípio constitucional da isonomia envolve discriminações legais de pessoas, coisas, fatos e situações. Discute, então, quando discrimenes se justificam sem que o princípio vetor seja deturpado. E aponta três exigências: a presença de traços diferenciais nas pessoas, coisas, situações ou fatos; correlação lógica entre fator discrimen e desequiparação procedida; consonância da discriminação com os interesses e valores protegidos na Constituição (Neves, 1996: 262).

Em decorrência: quanto mais se sedimenta historicamente e se efetiva a discriminação social negativa contra grupos étnico-raciais específicos, principalmente quando elas impliquem obstáculos relevantes ao exercício de direitos, tanto mais se justifica a discriminação jurídica positiva em favor dos seus membros, pressupondo-se que esta se oriente no sentido da integração igualitária de todos no Estado e na sociedade (Neves, 1996: 262)

Conclui que: as discriminações legais positivas em favor da integração de negros e índios estão em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos nos incisos III e IV do seu artigo 3º (Neves, 1996: 263)

Joaquim B. Barbosa Gomes, ministro do Supremo Tribunal Federal, nesse mesmo sentido e posicionando-se a favor da constitucionalidade das ações afirmativas em nosso país, afirma que: no plano estritamente jurídico (que se subordina, a nosso sentir, à tomada de consciência assinalada nas linhas anteriores), o Direito Constitucional vigente no Brasil, é perfeitamente compatível com o princípio da ação afirmativa. Melhor dizendo, o Direito brasileiro já contempla algumas modalidades de ação afirmativa, inclusive em sede constitucional (Gomes, 2000: 20).

E, conclui que: assim, à luz desta respeitável doutrina, pode-se concluir que o Direito Constitucional brasileiro abriga, não somente o princípio e as modalidades implícitas e explícitas de ação afirmativa a que já fizemos alusão, mas também as que emanam dos tratados internacionais de direitos humanos assinados pelo nosso país (Gomes, 2000: 21)

Nesse mesmo passo, segue Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, Ministro do Supremo Tribunal Federal, aludindo que: (...). "E, aí, a Lei Maior é aberta com o artigo que lhe revela o alcance: constam como fundamentos da República Brasileira a cidadania e a dignidade da pessoa humana, e não nos esqueçamos jamais de que os homens não são feitos para as leis; as leis é que são feitas para os homens. Do artigo 3º vem-nos luz suficiente ao agasalho de uma ação afirmativa, a percepção de que o único modo de se corrigir desigualdades é colocar o peso da lei, com a imperatividade que ela deve ter em um mercado desequilibrado, a favor daquele que é discriminado, que é tratado de forma desigual"¹¹⁴

O jurista Nelson Jobim, no seu discurso de posse como ministro do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2004, chamou a atenção dos presentes ao evento para o fato de que: "a regra do convívio democrático. São estes os pressupostos da ação. São essas as exigências do futuro. Façamos um acordo a bem do Brasil e do seu futuro. De um Brasil que reclama a inclusão social e o bem estar de todos. Que exige o desenvolvimento social e econômico. Que passa a enfrentar os seus obstáculos culturais, sociais e econômicos. Que discute e quer dar solução à exclusão dos negros"¹¹⁵.

E, em agosto de 2004, o mesmo Nelson Jobim, retomando a temática em uma palestra proferida na Câmara Municipal de São Paulo, no seminário A inserção do Afro-descendente na sociedade brasileira, pronunciou-se nos seguintes termos: "o que está por trás das chamadas ações afirmativas? Está exatamente atrás a evolução do tratamento do tema. Não mais ter só exclusivamente a forma reativa, da apenação penal, com todas as suas deficiências, não importa, mas ter também ações que sejam legitimadoras de políticas públicas que possam reduzir o âmbito da desigualdade. E não fazer com que a desigualdade se reproduza. É isto que está atrás dessa discussão das chamadas ações afirmativas e das chamadas quotas de negros ou negras nas universidades, etc"¹¹⁶.

¹¹⁴ Proferido no conhecido discurso Ótica Constitucional: a Igualdade e as Ações Afirmativas, durante o Seminário Discriminação e Sistema Legal Brasileiro, promovido pelo Tribunal Superior do Trabalho, em 20 de novembro de 2001. Vide inteiro teor no endereço: <<http://www.mpt.gov.br/noticias2/novembro2001/209-1anexo4.doc>>.

¹¹⁵ Vide inteiro teor do discurso de posse como Presidente do STF no endereço: <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/palavra_dos_ministros/ler.asp?CODIGO=94580&tip=DP>.

¹¹⁶ Vide o inteiro teor da palestra proferida pelo ministro Nelson Jobim nas notas taquigráficas, sem revisão, produzidas pelo Núcleo Técnico de Registro da Câmara Municipal de São Paulo, do dia 20 de agosto de 2004, solicitado

Por seu turno, a jurista Lúcia de Lima Bertúlio, enuncia que: “não só não há inconstitucionalidade na proposição de medidas semelhantes aos programas de ação afirmativa em vigor nos Estados Unidos, como há o estímulo de que o Estado, por intermédio de seus poderes, incentive e crie mecanismos para minimizar e até eliminar quaisquer resquícios de discriminação racial no interior da sociedade” (Bertúlio, 2003: 15)

A respeito do tema, outro ponto-de-vista importante é aduzido pelo jurista Hédio Silva Jr.: “Salvo engano, é certo que a Constituição de 1988, implícita e explicitamente, não apenas admitiu como prescreveu discriminações, a exemplo da proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7º, XX) e da previsão de cotas para portadores de deficiência (artigo 37, VIII), donde se conclui que a noção de igualdade circunscrita ao significado estrito de não discriminação foi contrapesada com uma nova modalidade de discriminação, visto como, sob o ângulo material, substancial, o princípio da igualdade admite sim a discriminação, desde que o *discrímen* seja empregado com a finalidade de promover a igualização (Silva Jr, 2002: 112)”

4. As Políticas de Ação Afirmativa, as Cotas e o atual Posicionamento do Poder Judiciário Brasileiro

O Poder Judiciário brasileiro ainda não se manifestou definitivamente sobre a constitucionalidade ou não das políticas de ação afirmativa e de seus mecanismos (como as cotas) instituídos até o momento. As diversas ações ajuizadas nos tribunais que têm competência para exercer o controle direto de inconstitucionalidade (o Supremo Tribunal Federal¹¹⁷ e os Tribunais de Justiça¹¹⁸) não foram julgadas no mérito. Apesar disso, já foram proferidas sentenças por juízos de primeira e de segunda instância, em sede de controle difuso de constitucionalidade, que julgando o mérito dos pedidos formulados nos processos, concluíram pela constitucionalidade das leis que instituíram cotas em favor dos negros em estabelecimentos públicos de educação superior e no serviço público.

Em ratificação ao alegado, transcrevemos um acórdão proferido no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no dia 10 dezembro de 2003, relatado pelo Desembargador Cláudio de Mello Tavares, da décima primeira Câmara Cível, na apelação no 2003.001.27.194. O acórdão, julgado por unanimidade, manteve a decisão da primeira instância, ao denegar pedido incidental de inconstitucionalidade, formulado em mandado de segurança individual, impetrado por um candidato ao vestibular da UERJ preterido por outro candidato "cotista", concluindo pela constitucionalidade das leis impugnadas.

Apesar de a ementa do acórdão ser extensa, a mesma merece ser reproduzida pelos fundamentos que justificaram a decisão: “APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO DO WRIT. SISTEMA DE COTA MÍNIMA PARA POPULAÇÃO NEGRA E PARDA E PARA

pela vereadora Claudete Alves.

¹¹⁷ ADIn ajuizada pela CONFENEN (no 3.197/2004). Essa ação em curso no STF está em fase final de instrução, e recebeu o maior número de pedidos de *amicus curiae* de todos os tempos nesse tribunal, formulados por entidades estudantis, entidades carnavalescas, entidades de defesa de direitos humanos, entidades de dedicadas ao ensino e à pesquisa, entidades representativas de religiões de matriz africana, Maçonaria, organizações do Movimento Social Negro e outras.

¹¹⁸ Ver as representações por inconstitucionalidade nos 200312500029, 2003.007.00020, 2003.007.00021, 200300700117 no site: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. No momento o andamento deste último processo está suspenso, em face do ajuizamento da ADIn referida na Nota acima (ADI no 3.197/2004).

ESTUDANTES ORIUNDOS DA REDE PÚBLICA ESTADUAL DE ENSINO. LEIS ESTADUAIS 3524/00 E 3708/01". EXEGESE DO TEXTO CONSTITUCIONAL. A ação afirmativa é um dos instrumentos possibilitadores da superação do problema do não cidadão, daquele que não participa política e democraticamente como lhe é na letra da lei fundamental assegurado, porque não se lhe reconhecem os meios efetivos para se igualar com os demais. Cidadania não combina com desigualdades. República não combina com preconceito. Democracia não combina com discriminação. Nesse cenário sócio-político e econômico, não seria verdadeiramente democrática a leitura superficial e preconceituosa da Constituição, nem seria verdadeiramente cidadão o leitor que lhe buscasse a alma, apregoando o discurso fácil dos igualados superiormente em nossa história pelas mãos calejadas dos discriminados. É preciso ter sempre presentes essas palavras. A correção das desigualdades é possível. Por isso façamos o que está a nosso alcance, o que está previsto na Constituição Federal, porque, na vida, não há espaço para o arrependimento, para a acomodação, para o misoneísmo, que é a aversão, sem se querer perceber a origem, a tudo que é novo. Mas mãos à obra, a partir da confiança na índole dos brasileiros e nas instituições pátrias. O preceito do art. 5º, da CR/88, não difere dos contidos nos incisos I, III e IV, do art. 206, da mesma Carta. Pensar-se o inverso é prender-se a uma exegese de igualização dita estática, negativa, na contramão com eficaz dinâmica, apontada pelo Constituinte de 1988, ao traçar os objetivos fundamentais da República Brasileira. É bom que se diga que se 45% dos 170 milhões da população brasileira é composta de negros (5% de pretos e 40% de pardos); que se 22 milhões de habitantes do Brasil vivem abaixo da linha apontada como de pobreza e desses 70% são negros, a conclusão que decorre é de que, na realidade, o legislador estadual levou em conta, quando da fixação de cotas, o número de negros e pardos excluídos das universidades e a condição social da parcela da sociedade que vive na pobreza, como posto pela Procuradoria do Estado em sua manifestação. "O único modo de deter e começar a reverter o processo crônico de desvantagem dos negros no Brasil é privilegiá-la conscientemente, sobretudo naqueles espaços em que essa ação compensatória tenha maior poder de multiplicação. Eis porque a implementação de um sistema de cotas se torna inevitável. Na medida em que não poderemos reverter inteiramente esta questão em curto prazo, podemos pelo menos dar o primeiro passo, qual seja, incluir negros na reduzida elite pensante do país".

"O descortinamento de tal quadro de responsabilidade social, de postura afirmativa de caráter nitidamente emergencial, na busca de uma igualdade escolar entre brancos e negros, esses parcela significativa de elementos abaixo da linha considera como de pobreza, não permite que se vislumbre qualquer eiva de inconstitucionalidade nas leis 3.524/00 e 3708/01, inclusive no campo do princípio da proporcionalidade, já que traduzem tão-somente o cumprimento de objetivos fundamentais da República. Ainda que assim não fosse interpretada a questão exposta nos presentes autos, verifica-se da documentação instrutória do recurso que para o Curso de Letras a Apelada ofereceu 326 vagas, distribuídas entre os dois vestibulares (SADE, para alunos da rede pública, e o Vestibular Estadual 2003, para alunos que estudaram em escolas particulares). A Apelante concorreu a esse último, ou seja, a 163 vagas, optando pelas subopções G1 e G2, havendo para cada uma a oferta de 18 vagas. Ocorre que no cômputo final de pontos veio a alcançar, na sua melhor colocação, na opção G2 a 57ª posição, o que deixa evidenciado que mesmo que não houvesse a reserva de cota para negros e pardos não

alcançaria classificação, razão pela qual, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se in totum a decisão hostilizada”¹¹⁹

Nesse ínterim, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), se pronunciou sobre casos envolvendo políticas públicas de ação afirmativa para pessoas com deficiência e para consumidores. No julgamento do Recurso Especial (REsp) no 567873¹²⁰, em fevereiro de 2004, o STJ entendeu que uma lei federal (Lei no 8.989/95, alterada pela Lei no 10.754/2003), de natureza tributária, que concedeu isenção de Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI - na compra de automóveis por pessoa com deficiência, era constitucional. E, no julgamento do REsp no 7593562 /RJ¹²¹, junho de 2006, julgando o caso referente à política tarifária no fornecimento de água para consumidor com menor gasto, o STJ entendeu que era válida essa política instituída pela Lei no 8.987/95, visando o escalonamento na tarifação de água, de modo a pagar menos pelo serviço o consumidor com menor gasto, em nome da política de “ações afirmativas”.

5. Conclusão

A intenção do presente trabalho foi investigar a adoção de políticas de ação afirmativa no Brasil, sob o prisma da sua constitucionalidade, com o propósito de produzir um texto capaz de balizar novos estudos e servir de referência para operadores do Direito e acadêmicos voltados para os estudos em voga.

Entre os principais pontos a que a presente investigação conduziu ou de que ela se valeu, destacam-se as seguintes:

1. Trazido do continente africano para o Brasil ao longo dos séculos XIV e XIX e reduzido à escravidão, o negro encontrou poucas possibilidades de ascensão social após a abolição, como indicam claramente os dados levantados por instituições de alta credibilidade como o IPEA e o IBGE. A atual disparidade das condições de vida existentes entre brancos e negros justifica e torna necessária a instituição de políticas sociais particularizadas para a população negra;
2. A atual adoção de políticas de ação afirmativa por parte dos órgãos governamentais brasileiros é um duplo produto: de um lado, é resultado da pressão historicamente exercida pela comunidade negra e demais segmentos sociais excluídos e, de outro, configura um resultado de um contexto caracterizado por grandes mudanças externas e internas. Foi apenas nos dois governos presididos por Fernando Henrique Cardoso e por Luis Inácio Lula da Silva que se oportunizou a implantação de ação afirmativa e cotas;
3. Compete ao Estado o papel crucial de corretor das desigualdades historicamente urdidas e sedimentadas, uma vez que o Estado é o detentor da chamada violência legítima. No caso, as políticas de ação afirmativa têm uma função ético-pedagógica nas relações inter-raciais;

¹¹⁹ Exemplos de processos individuais movidas contra as cotas (e julgados improcedentes, em grau de recurso, pelo TJ-RJ) podem ser vistas no mesmo site do TJ-RJ: Apelações Cíveis nos 2003.001.27.194, 2003.001.32610, 2003.002.04409 e 2003.002.05602.

¹²⁰ Processo no 200301510401/MG, relatado pelo Ministro Luiz Fux.

¹²¹ Processo no 2005/0098737-9, relatado pelo Ministra Eliana Calmon.

4. A reflexão sobre o tema deixa patente que as medidas já implantadas, no que diz respeito à ação afirmativa, ainda estão em número bastante reduzido para dar conta do gigantismo do problema acumulado ao longo de séculos e séculos de espoliação. Há também necessidade de, paralelamente à adoção e implantação de novas ações afirmativas, criarem-se leis constitucionais e ordinárias de natureza redistributiva e cultural;
5. Necessário faz-se também, ladeando a implantação de novas ações afirmativas, incentivarem-se maior investimento voltado para a pesquisa científica, no caso, mormente, na área jurídica;
6. Para finalizar, após a sistematização crítica da normatividade em vigor no Brasil, à luz do direito internacional dos direitos humanos e da doutrina nacional, conclui-se pela compatibilidade das referidas políticas públicas com as leis brasileiras, notadamente a Constituição Federal de 1988.

(*) Advogado e Professor de Direito. Ex-Ouvidor da Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial - SEPPIR - da Presidência da República.

Bibliografia

Abreu, Sergio (1999). Os descaminhos da tolerância: o afro-brasileiro e o princípio da isonomia e da igualdade no Direito Constitucional. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

Alves, José Augusto Lindgren (1997). A arquitetura internacional dos direitos humanos. São Paulo, FTD.

Bellintani, Leila Pinheiro (2006). Ação afirmativa e os princípios do Direito: a questão das quotas raciais para ingresso no ensino superior no Brasil. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

Bernardino, Joaze (2002). "Ação afirmativa e a rediscussão do mito da democracia racial no Brasil". Rio de Janeiro, Estudos Afro-Asiáticos, Ano 24, nº 2.

Bertúlio, Dora Lúcia de Lima (1996). "Enfrentamento do racismo em um projeto democrático". In: Souza, Jessé (Org.). Multiculturalismo e Racismo: uma comparação Brasil - Estados Unidos. Brasília, Ministério da Justiça.

_____ (2003). "Os 'novos' direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas". In: Wolkmer, Antonio Carlos, Leite, José Rubens Morato (Orgs). O "novo" direito velho: Racismo & Direito. São Paulo, Saraiva.

Bobbio, NORBERTO et al (1997). Dicionário de Política. Brasília, UnB.

Brandão, Carlos da Fonseca (2005). As cotas na universidade pública brasileira: será esse o caminho? Campinas, SP, Autores Associados.

Canotilho, J. J. Gomes (2000). Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra, ed. Livraria Almedina, 4ª. ed..

Canotilho, J. J. Gomes e Moreira, Vital (1978). Constituição da República Portuguesa Anotada. Coimbra.

Castro, Carlos Roberto Siqueira (2003). A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário. Rio de Janeiro, Forense.

- Cashmore, Ellis et al (2000). Dicionário das relações étnicas e raciais. São Paulo, Summus, 2000. Tradução de Dinah Kleve.
- Clève, Clémerson Merlin (2001). O direito e os direitos: Elementos para uma crítica do direito contemporâneo. São Paulo, Editora Max Limonad.
- d'Adesky, Jacques (2001). Pluralismo étnico e multiculturalismo: racismos e anti-racismos no Brasil. Rio de Janeiro, Pallas.
- _____ (2003). Ação Afirmativa e igualdade de oportunidades. Rio de Janeiro, mimeo.
- Dray, Guilherme Machado (1999). O princípio da Igualdade no Direito do Trabalho. Coimbra, ed. Livraria Almedina.
- Dworkin, Ronald (1999). Los Derechos em serio. Barcelona, Editorial Airel, S.A.
- _____ (2000). Uma questão de princípio. São Paulo, Ed. Martins Fontes.
- Feres Júnior, João. (2004a). "O combate à discriminação racial nos EUA: estudo histórico comparado da atuação dos três poderes". Rio de Janeiro, mimeo.
- _____ (2004b). "Ação afirmativa no Brasil: fundamentos e críticas". Rio de Janeiro, Revista Econômica, v. 6, n. 2, p. 291-312, dezembro.
- _____ (2004c). "Aspectos normativos e legais das políticas de ação afirmativa". Rio de Janeiro, mimeo.
- Feres Júnior, João e Silva, Luiz Fernando Martins da (2006). "Ação Afirmativa". In: Barreto, Vicente de Paulo (Coord). Dicionário de Filosofia do Direito. São Leopoldo e Rio de Janeiro, Editora Unisinos e Editora Renovar.
- Gal, José Carlos (1989). Linhas Mestras da Constituição Federal de 1988, São Paulo, Saraiva.
- Gomes, Joaquim B. Barbosa (2000). Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional. Rio de Janeiro, Disponível em www.mre.gov.br. Acessado em: 04/12/2003.
- _____ (2001). Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social. Rio de Janeiro, Editora Renovar.
- _____. O debate constitucional das ações afirmativas. In: SANTOS, Renato Emerson e LOBATO, Fátima (Orgs). Ações afirmativas: políticas contra as desigualdades raciais. Rio de Janeiro, DP&A, 2003.
- Guimarães, Antonio Sérgio Alfredo (2002). Classes, raças e democracia. São Paulo, Fundação de Apoio à Universidade de São Paulo, ed. 34.
- Henriques, Ricardo (2003). "Silêncio - o canto da desigualdade racial". In: Organização Ashoka empreendimentos sociais e Takano Cidadania. Racismos contemporâneos. Rio de Janeiro, Takano Ed.
- Heringer, Rosana (Org.) (1999). A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil. Rio de Janeiro, IERÊ, Núcleo da Cor, LPS, IFCS, UFRJ.
- Jaccoud, Luciana de Barros e Beghin, Nathalie (2002). Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental. Brasília, IPEA.
- Maia, Luciano Mariz (2001). Seminários Regionais Preparatórios para a Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Os direitos das Minorias Étnicas. Brasília, Anais do Ministério da Justiça do Brasil.
- Madrugá, Sidney (2005). Discriminação positiva: ações afirmativas na realidade brasileira. Brasília, DF, Brasília Jurídica.
- Mello, Celso de Albuquerque (1994). Direito constitucional internacional. Rio de Janeiro: ed. Renovar.

- _____ (1999). "O § 2o do art. 5o da Constituição Federal". In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro, Renovar.
- Melo, Mônica (1998). O Princípio da Igualdade à luz das Ações Afirmativas: o Enfoque da Discriminação Positiva. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 6, nº 25, out./dez.
- Mello, Marco Aurélio Mendes de Farias (2001). Óptica Constitucional - A Igualdade e as Ações Afirmativas. Brasília. Disponível em: www.tst.gov.br. Acessado em 14/01/2004.
- Menezes, Paulo Lucena de (2001). A ação afirmativa (affirmative action) no direito norte-americano. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais.
- Ministério da Justiça (1998). Programa Nacional de Direitos Humanos. Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional dos Direitos Humanos.
- Ministério da Justiça (2002). Programa Nacional de Direitos Humanos II. Brasília, Ministério da Justiça, Secretaria Nacional dos Direitos Humanos.
- Miranda, Jorge (1998). Manual de direito constitucional. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora.
- Munanga, Kabengele (1996). Estratégias e políticas de combate à discriminação racial. São Paulo, EDUSP, Estação Ciência.
- Neves, Marcelo (1996). "Estado democrático de direito e discriminação positiva: um desafio para o Brasil". In: Maio, Marcos C. Santos, Ricardo V. (Orgs). Democracia e sociedade. Rio de Janeiro, Fiocruz/Centro Cultural Banco do Brasil.
- Novais, Jorge Reis (1987). Contributo para uma teoria do estado de direito: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra, Editora Coimbra.
- Organização das Nações Unidas (ONU) (2002). Declaração e Plano de Ação da III Conferência Mundial de Combate ao Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Intolerância Correlata. Brasília, Fundação Cultural Palmares.
- Peixinho, Manoel Messias, Guerra, Isabela Franco, Nascimento Filho, Firly (Orgs.) (2001). Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro, Editora Lumen Júris.
- Petruccelli, José Luis (2006). "Classificação étnico-racial brasileira: onde estamos e aonde vamos". REEA - Textos para discussão número 1, 2006. Disponível em: <http://aasn.iuperj.br/txt-discussao/1-2006-petruccelli.pdf>. Acesso em: 08.08.2006.
- Piovesan, Flavia (1996). Direitos Humanos e Direito Constitucional Internacional. São Paulo, Ed. Max Limonad.
- _____ (1998). Temas de Direitos Humanos. São Paulo, ed. Max Limonad.
- Prata, Ana (1982). A Tutela Constitucional da Autonomia Privada. Coimbra, Almedina.
- Programa das Nações Unidas Para o Desenvolvimento - PNUD (2000). Relatório do Desenvolvimento Humano 2000. Lisboa, Trinova.
- Ribeiro, Renato Janine (2000). A sociedade contra o social: o alto custo da vida pública no Brasil. São Paulo, Companhia das Letras.
- Rocha, Carmen Lúcia Antunes (1996). Ação Afirmativa - O Conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. Revista Trimestral de Direito Público nº 15.
- Sant'Anna, Wânia e Paixão, Marcelo (1997). "Desenvolvimento humano e população afrodescendente no Brasil: uma questão de raça". In: Proposta, 73.
- Sarlet, Ingo Wolfgang (2001). Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre, Livraria do Advogado.
- Sarmiento, Daniel (2000). A ponderação de interesses na constituição. Rio de Janeiro.

Singer, Peter (1998). *Ética prática*. São Paulo, Martins Fontes.

Silva, Jorge da (1994). *Direitos civis e relações raciais no Brasil*. Rio de Janeiro, Luam.

_____ (2001). "Política de ação afirmativa para a população negra: educação, trabalho e participação no poder". In: Vogel, Arno (Org.). *Trabalhando com a diversidade no Planfor: raça/cor, gênero e pessoas portadoras de necessidades especiais*. São Paulo, Editora UNESP; Brasília, DF, FLACSO do Brasil.

Silva, José Afonso da (1994). *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª. ed. São Paulo, Malheiros.

Silva Jr., Hédio (1999). "As políticas de promoção da igualdade no direito internacional e na legislação brasileira". In: Heringer, Rosana (Org.). *A cor da desigualdade: desigualdades raciais no mercado de trabalho e ação afirmativa no Brasil*. Rio de Janeiro, IERÊ, Núcleo da Cor, LPS, IFCS, UFRJ.

_____ (2002). *Direito de Igualdade Racial: aspectos constitucionais, civis e penais: doutrina e jurisprudência*. São Paulo, Juarez de Oliveira.

Silva, Luiz Fernando Martins da (2003). *Estudo sociojurídico relativo à implementação de políticas de ação afirmativa e seus mecanismos para negros no Brasil: aspectos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e comparado*. Acessado em 25 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.mec.gov.br/univxxi/pdf/acao.pdf>.

_____ (2003). "Ação afirmativa e cotas para afro-brasileiros: algumas considerações sócio-jurídicas". In: Santos, Renato Emerson e Lobato Fátima (Orgs.). *Ações afirmativas: políticas contra as desigualdades raciais*. Rio de Janeiro, DP&A.

Silva, Luiz Fernando Martins da, Adami, Humberto, Abreu, Sergio (2003). *Petição de amicus curiae interposta pelas entidades do movimento negro brasileiro no STF, nos autos da ADI no 2.558/03*. Disponível em: www.adami.adv.br. Acesso em: 30 de janeiro de 2004.

Siss, Ahyas (2003). *Afro-brasileiros, cotas e ação afirmativa*. Rio de Janeiro, Quartet, Niterói, PENESB.

Telles, Edward Eric (2003). *Racismo à brasileira: uma nova perspectiva sociológica*. Rio de Janeiro, Relume Dumará, Fundação Ford.

Trindade, Augusto Cançado (1998). *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)*. Brasília, Editora Universidade de Brasília.

_____ (1999). *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Vol. II. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor.

_____ (2002) *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*. Rio de Janeiro, Renovar,

Veríssimo, Maria Valéria Barbosa (2003). "Educação e desigualdade racial: políticas de ações afirmativas". São Paulo. Disponível em: <http://www.anped.org.br/26/trabalhos/mariavaleriabarbosaverissimo.rtf>. Acesso em: 03.01.2004.

Vieira Júnior, Ronaldo Jorge Araújo (2005). *Responsabilização objetiva do estado: segregação institucional do negro e adoção de ações afirmativas como reparação aos danos causados*. Curitiba, PR, Juruá Editora.

Zoninsein, Jonas (2004). "Minorias étnicas e a economia política do desenvolvimento: um novo papel das universidades públicas como gerenciadores da ação afirmativa no Brasil?" In: *Revista Econômica*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 105-121, junho. Disponível em: <http://www.uff.br/cpgeconomia/v6n1/jonas.pdf>. Acessado em: 20 de fevereiro de 2005.

Parecer

Perda de mandato do parlamentar que se desfiliou do partido cuja legenda foi eleito

Indicação: 104/2005

Autor: Presidente do IAB

Proposta de Emenda à Constituição nº 42/1995 da Câmara

Relatora: Leila Maria Bittencourt da Silva

Ementa: Proposta de emenda constitucional que determina a perda do mandato do parlamentar, deputado ou senador, que se desfiliou do partido sob cuja legenda foi eleito, deve ser aprovada com vistas a oferecer efeito pedagógico para vincular o eleito ao programa do partido e fazer que a escolha seja por idéias e não por pessoas, desde que previstas expressamente a ressalva da justa causa nas hipóteses de: incorporação ou fusão de partido; criação de novo partido; mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; ou grave discriminação pessoal.

Relatório

O Dr. Benedito Calheiros Bonfim apresentou Indicação em que solicita manifestação do IAB, de forma fundamentada, sobre a conveniência e necessidade de alterar a legislação eleitoral para adotar o instituto da fidelidade partidária, condicionando a mudança da filiação a outro partido à prévia renúncia ao cargo obtido em pleito eleitoral, cujo relator designado para o tema, Dr. Sérgio Sant'Anna, considerou inconstitucional a legislação neste sentido.

Foi então convalidada em Indicação nº 104/2005, a proposta de Emenda à Constituição n.42 de 1995 de autoria da Deputada Rita Camata e outros, que "Dá nova redação ao art. 55 da Constituição federal", que acrescenta ao art. 55 o inciso VII, segundo o qual "perderá o mandato o Deputado ou Senador que se desfiliou voluntariamente do Partido sob cuja legenda foi eleito". E "nos casos previstos nos incisos II, IV e V e VII, a perda do mandato será declarada pela Mesa da Casa respectiva, de ofício ou mediante provocação de qualquer de seus membros ou de partido político representado no Congresso Nacional, assegurada ampla defesa".

Em junho de 2008 foi aprovada a PEC pela Comissão da Câmara dos Deputados que será submetida ao Plenário.

É o parecer:

I. Quanto à história política e eleitoral

Diante da necessidade de examinar a conveniência e a necessidade da proposta de Emenda constitucional que vincula a perda do mandato à desfiliação voluntária do Partido sob cuja legenda o deputado ou senador foi eleito, torna-se indispensável verificar a história política e eleitoral do país para um cotejamento imparcial da atualidade.

A História ao lembrar o passado, com vistas a corrigir o presente, é ferramenta segura para a construção de um futuro melhor, justo e democrático, que aproxime cada vez mais a lei e a práxis, o discurso e a realidade, o Estado e a sociedade.

Quanto à História dos partidos passamos a um breve resumo.

Desde os primórdios da história política eleitoral do Brasil monárquico e republicano tem sido clara a prática perversa da denominada "dança dos políticos", desde a troca entre o partido Liberal e o Conservador do Império até o Republicano.

De início os partidos europeus surgem por volta de 1850, nos EUA e na Europa Ocidental. No Brasil em 1831 e 1878 os grupamentos têm caráter embrionário, mais próximos dos clubes de notáveis ou comitês puramente eleitorais, conforme relata Américo Brasiliense de Almeida de Melo, que reuniu textos que compõem a famosa obra Os Programas dos Partidos e o Segundo Império em 1878. Ele foi fervoroso agente da propaganda republicana a partir de 1869 quando deixou o Partido Liberal.

Tivemos até o partido Caramuru que desejava a volta do Imperador. Sem êxito logo se desfez.

Liberais e Conservadores se confundiam muitas vezes. Bernardo Pereira de Vasconcelos, liberal de 1826, transforma-se no maior líder conservador do Império, em 1837.

A soberania ficou aprisionada em torno do Imperador, nem o senhor permaneceu no primeiro pleno, mas na rede do poder a nobreza e a dependência do homem. O poder pessoal sempre existiu, mas as críticas contra ele não eram infundadas porque os liberais no poder exerciam-no com a mesma técnica de destruição dos adversários que atacavam, os conservadores, segundo Afonso Arinos de Melo Franco (Problemas políticos brasileiros p.117).

Uma coisa seria fazer política partidária - honesta, correta, legal e moralmente admissível - e outra, o abuso de poder, o tráfico de influência, a utilização da máquina administrativa, dos dinheiros públicos, da pressão policial e fiscal, da coação ao funcionalismo, para ganhar os pleitos - a praxe do tempo como denunciou Nabuco de Araújo no discurso do sorites, que para infelicidade do povo brasileiro, durante a vida republicana agravou e assumiu proporções alarmantes até os nossos dias.

O Visconde De Albuquerque, com seu sarcasmo costumeiro, quanto aos programas partidários imperiais declarou: nada mais parecido com um Saquarema que um Luzia. Liberais e conservadores passam pelo poder sem deixar vestígios que os tornem distintos, "sai para que eu ocupe teu lugar" é a mola real de todas as lutas, a consubstanciação de todos os programas.

Por falta de disciplina nos partidos e de solidariedade do patriciado só muito limitadamente se aristocratizando, a Coroa terminou abandonada.

Da pitoresca vida partidária saíram termos folclóricos: do Visconde do Ouro Preto em 1889: "quanto pior melhor"; do Primeiro-Ministro, João Alfredo: "cresçam e apareçam".

Foi neste clima de menosprezo que a crise dos partidos políticos refletia a crise geral de incapacidade do estamento para enfrentar o patrimonialismo com seus problemas. Portanto o discurso programático do Império sucumbe à práxis imediatista do poder, pela incipiência do patrimonialismo, latifundiário e, portanto, pré-capitalista e de insuficiência teórica do estamento, deixando-se dividir internamente e quedar por seu braço armado, segundo Vamireh Chacon.

Nossa vida partidária não é das mais alvissareiras. Entretanto a prática republicana nas suas diversas fases, após a década de 30 que prestou desestímulo à vida partidária com seu discurso apartidário que abafou as energias sociais e as idéias de oxigenação no poder, passou por um rápido período de pluripartidarismo que não vingou na prática porque foi rompido por outro golpe, o de 1964.

Naquele período, extintos os partidos vigentes, os novos partidos teriam que cumprir as regras legais com exigências que serviam de obstáculos ao pluripartidarismo. Daí a criação de apenas dois partidos para dar ao mundo a aparência de democracia, com partido de oposição e outro da situação. Em razão disto, foi estabelecido o princípio da fidelidade partidária com a perda do mandato de deputado ou senador para evitar que parlamentar da Arena, descontente com a situação, migrasse para o MDB, da oposição. Posteriormente a perda do mandato por infidelidade partidária perdeu a razão de ser, quando o pluripartidarismo foi restabelecido pela então engenharia eleitoral que pretendia esfacelar a oposição.

A migração partidária inicia sua linha de ascensão desde 1985 quando a Emenda Constitucional n.25/85 retirou do texto a perda do mandato por fidelidade partidária.

Cumprir registrar que entre os dois períodos autoritários, no período mais democrático, isto é, de 1946 a 1964 foi alta a taxa de fidelidade partidária. Mas em 2005 a migração partidária atingiu índices elevados com mais de 260 trocas de partidos, sendo que um deputado do Pará fez seis trocas, com prosseguimento da prática após eleições de 2006.

Em face das raízes em que foi fincada a perda do mandato político por infidelidade partidária, resta até hoje uma certa desconfiança, em face do seu uso no período ditatorial, quando o mandato parlamentar ficou em camisa de força, limitado na sua luta contra o arbítrio estatal.

Há que se notar, entretanto, que traços marcantes da história política acenam para a presença constante do clientelismo, da ausência de comprometimento com a coisa pública, o bem comum e os interesses dos representados como se representante e representado nenhum vínculo tivessem.

Por trás da migração partidária há sempre uma rede de interesses promíscuos que se refletem positiva ou negativamente na conduta: o parlamentar deixa a agremiação partidária porque se defronta com algum procedimento que considera não ser ético ou impossível de admitir ou o parlamentar busca em outro partido político a satisfação de interesses nem sempre confessáveis.

Há que se verificar o índice de migração partidária nos últimos anos no nosso sistema eleitoral que depende essencialmente da legenda. Isto é um fato incontestável na prática: o representante está distante do representado sem vínculo em relação às linhas de pensamento da agremiação partidária que o elegeu.

II. Quanto à proposta da PEC 42

Constatada a necessidade de uma reforma política, a proposta de Emenda constitucional n. 42, a nosso ver, carrega um traço pedagógico que é coerente com o dispositivo que proíbe a candidatura avulsa ao impor a perda do mandato para deputado ou senador que deixar o partido sob cuja legenda foi eleito.

Ora, se não é possível a candidatura avulsa porque a filiação partidária é condição de elegibilidade, se somente pela via partidária o candidato será eleito, então ele é eleito pelo programa que a legenda incorpora e eleito sob o manto daquelas diretrizes e linhas que o partido adotou. Partido político é uma associação livre e voluntária, cujos integrantes aderem

também as suas normas e diretrizes, portanto, deve possuir um enquadramento normativo, expresso em estatuto e uma adesão programática. Isto torna clara que na relação representante-representado há um intermediário indispensável que é partido político, locus do político que é a via pela qual ele é eleito.

A PEC em questão também acaba com o eleito que vagueia solitário e lúgubre, sem definir para onde irá depois da desfiliação. Se não há candidatura avulsa não pode existir eleito avulso porque é incompatível do ponto de vista jurídico.

Mas há argumentos de que os partidos brasileiros não possuem linhas definidas como os ingleses, por exemplo. Isto é verdadeiro, porém neste caso novamente argumentamos que não havendo candidaturas avulsas, o sistema de organização é de partidos e não de indivíduos. Portanto o país já está maduro para se organizar em partidos que exponham com clareza a linha de princípios e as propostas para o eleitorado votar em programas e não em pessoas que transitam de um lugar para outro em busca de quem ofereça mais vantagens pessoais. Partido político não é bolsa de valores onde se barganha a compra ou venda de ações que sobem ou descem conforme o momento.

Daí o efeito pedagógico que uma norma constitucional pode ter para fazer a sociedade avançar. Os tribunais e a doutrina confirmam que o mandato eletivo é do partido e não do parlamentar. Mandato político tem natureza pública e não privada.

As Constituições podem caminhar junto com a dinâmica do processo de poder, aquém ou além do processo de poder, isto é, fazer com que através do efeito pedagógico tenha papel educativo para que a sociedade avance. É com base neste terceiro aspecto que consideramos oportuna uma Emenda Constitucional que determine a perda do mandato parlamentar do deputado ou senador que vier a deixar o partido sob cuja legenda foi eleito.

III. Ressalva ao texto proposto

São diversos os juristas respeitáveis que defendem a utilização da fidelidade partidária com moderação, dentre eles Clèmerson Merlin Clève (Fidelidade partidária: estudo do caso. Curitiba, Juruá, 1998).

Para resguardar a importância que o sufrágio requer e manter respeito à vontade popular que escolhe o candidato afinado com um partido, é preciso que a perda do mandato não ocorra por justa causa. Não se pode engessar a atividade parlamentar e conforme doutrina e a Justiça Eleitoral, cujas hipóteses de justa causa são apenas quatro: 1. incorporação ou fusão de partido; 2. criação de novo partido; 3. mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; 4. grave discriminação pessoal. Nestes casos não é o parlamentar quem dá causa à desfiliação, mas é a própria legenda. Nestas hipóteses o direito subjetivo de pedido de declaração de justa causa é do filiado na condição de eleito, mas sem justa causa o pedido caberá a qualquer partido.

As mencionadas ressalvas não visam mitigar o instituto da fidelidade partidária, mas evitar que injustiças e manobras políticas venham a colocar o mandato político em verdadeira camisa de força, submetendo o eleito às injustiças e subvertendo a função parlamentar. A verificação e admissão da justa causa a fim de que o parlamentar possa migrar para outra agremiação deve ser considerada uma garantia, não do eleito, mas do exercício da função parlamentar que lhe foi confiada pelo eleitor.

As hipóteses de incorporação ou fusão do partido, de mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário visam manter a afinidade de pensamento entre representante e

representado que encarnou um programa e idéias que o partido acolhia. Portanto diante da constatação uma destas hipóteses o eleito não busca escapar das linhas básicas para as quais foi eleito, portanto não deve perder o mandato.

Quanto à grave discriminação pessoal é hipótese que não pode deixar de ser apreciada porque preserva o eleito de uma possível perseguição política no interior da agremiação partidária, fato recorrente principalmente quando partidos tem características muito mais de partidos de donos ou personalistas do que partidos principiológicos. Caso não fosse possível a saída do parlamentar do partido político que o estivesse discriminando, este seria punido duplamente com a perseguição e com a perda do mandato, o que constituiria injustiça.

Aliás, os estudos de Ciência Política, Teoria Geral do Estado e Sociologia Eleitoral assinalam que predominam no Brasil os partidos personalistas , salvo honrosas exceções que a História Política aponta, que são os partidos verdadeiramente ideológicos.

Cumpre gizar que a previsão de justa causa para desfiliação do eleito ao partido que o elegeu constitui não um privilégio, mas uma garantia ao fiel cumprimento do mandato e exercício da função pública que lhe foi confiada. Não se trata de garantia pessoal, mas de garantia funcional.

Conclusões

Pelo exposto urge moralizar a política em face da desconfiança do eleitorado ao verificar que se o eleito não é fiel com relação ao partido que o elegeu, não será também com quem o sufragou. (Ana Cláudia Santano, A fidelidade partidária: moralização da política ou impedimento do exercício de direitos individuais? Revista Paraná Eleitoral, TER/PR, n.62, Curitiba, 2008), o que gera descrédito do sistema partidário e representativo e mina a credibilidade que deve nortear a relação entre representante e representado.

Pelas razões expostas sugerimos que a Emenda constitucional ao art. 55 cujo caput trata da perda do mandato do parlamentar, deputado ou senador, ao acrescentar o inciso VII para o caso de desfiliação do partido sob cuja legenda foi eleito, deve ser aprovada, desde que prevista com a ressalva de justa causa nas hipóteses de: incorporação ou fusão de partido; criação de novo partido; mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; ou grave discriminação pessoal.

Se aprovado, seja o presente parecer enviado à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal e respectivas lideranças partidárias.

S.m.j. é o parecer.

Rio de Janeiro, 16 de julho de 2008

Leila Maria Bittencourt da Silva

Parecer

Reforma Tributária

Indicação: 022/2008

Autor: Jorge Rubem Folena

Relator: Alexandre da Cunha Ribeiro Filho

Ementa: Reforma Tributária. Substitutivo aprovado pela Comissão Especial. Alterações injustas, confusas e inconstitucionais. Aumento da carga tributária. Posição contrária do IAB.

Senhor Presidente,

Recebemos, com elevada honra, a incumbência de relatar a Indicação nº. 022/2008, do Dr. Jorge Rubem Folena sobre a Reforma Tributária, relacionada com o Projeto de Emenda Constitucional nº 233/2008, que teve o Substitutivo do Relator aprovado, em 20 de outubro passado, pela Comissão Especial e, agora, encaminhado à apreciação e votação do Plenário da Câmara dos Deputados, de conformidade com os mandamentos regimentais.

Comentários Preliminares

Acreditamos, ainda, na possibilidade da montagem de um Modelo Tributário Nacional que traduza a aprovação de toda a sociedade brasileira, e que tenha como objetivos: possibilitar o desejado desenvolvimento nacional;

promover maior inclusão social com efetiva diminuição da pobreza; simplificar as obrigações tributárias; garantir os direitos dos contribuintes; impor multas fiscais não confiscatórias.

Para alcançar os objetivos almejados, necessário se torna colocar em prática algumas premissas fundamentais:

diminuição das despesas públicas com a máquina administrativa; diminuição da carga tributária; melhor distribuição da competência tributária entre os entes da Federação; melhor repartição do produto da arrecadação dos tributos nacionais.

Em outras oportunidades já comentávamos as grandes distorções do nosso modelo tributário nacional.

Acompanhamos, desde 1965, todos os Projetos de Reforma Tributária instituídos no Brasil, com uma participação mais efetiva quando da Assembléia Nacional Constituinte, que resultou na Carta de 1988.

Podemos afirmar que, indiscutivelmente, em nenhuma ocasião houve o verdadeiro envolvimento de todos os segmentos representativos da nação brasileira.

A partir da Emenda Constitucional nº 18, de 01 de dezembro de 1965, que instituiu um novo Sistema Tributário Nacional, até os dias atuais, tivemos, na prática, "remendos tributários", devendo ficar consignado que somente após a constituição de 1988 tivemos os Pacotes – (Collor – 1992), (Itamar – 1993), 13 Pacotes do Governo Fernando Henrique e, finalmente, o do Governo Lula (Emenda Constitucional nº 42/2003).

Em 10 de julho de 2002, nas proximidades das eleições presidenciais, oferecemos aos candidatos uma Análise Crítica do Modelo Tributário, através de artigo publicado no jornal "Gazeta Mercantil".

Como proposta básica, sugerimos a constituição de um Fórum Nacional, composto por membros das entidades representativas da sociedade brasileira e, ainda, por tributaristas, economistas e membros dos três Poderes para, dentro de uma ótica rigorosamente econômico-social, promover uma profunda análise do Sistema Tributário Constitucional em vigor.

Entretanto, grande equívoco ocorreu. Logo após a sua posse, o Presidente Lula criou o Conselho de Desenvolvimento Econômico-Social, a nível de Ministério, que aprovou, de imediato, a proposta oficial encaminhada ao Congresso Nacional, e que contou, ainda, com o apoio dos Governadores dos Estados – a Emenda Constitucional nº 42/2003.

Diante das negativas posições governamentais, em 2005, no exercício de nossa cátedra de Direito Financeiro da UERJ, começamos a trilhar novos caminhos neste tema, sempre atual, e que envolve a vida de todo cidadão brasileiro, a conquista de uma "Reforma Tributária Justa".

Coordenamos, inicialmente, por honroso convite do Movimento em Defesa da Economia Nacional – MODECON, criado pelo saudoso jornalista Barbosa Lima Sobrinho e, posteriormente, patrocinado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB, um Grupo de Trabalho congregando representantes de vários segmentos da sociedade cultural, acadêmica e profissional do Estado – IAB, FIRJAN, AC/RJ, SEBRAE, UNAFISCO, SINFRERJ, CLUBE DE ENGENHARIA, SINDICATO DAS EMPRESAS DE INFORMÁTICA e outros.

A convocação do Governo do Estado, em meados de 2006, afastou-nos do compromisso assumido. Entretanto, quis o destino que o Governo Federal nos provocasse, já em março de 2007, com uma nova investida de Reforma, com a criação do "IVA NACIONAL".

No transcorrer de 2007, sob a inspiração do Secretário Executivo do Ministério da Fazenda – o Economista Bernard Appy, o Governo evoluiu para a instituição de um IVA/Federal e outro IVA/Estadual, com fundamento nas distorções oferecidas pelos tributos indiretos sobre bens e serviços, no âmbito federal, estadual e municipal.

Salientava-se que um dos fortes argumentos para a instituição do IVA seria o resultado da integração dos Fiscos com a implantação dos Cadastros Sincronizados, do Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) e da Nota Fiscal Eletrônica aplicada ainda em 2008.

Citava-se, ainda, como fundamentação positiva, o Simples Nacional (Lei Complementar nº 123/2006).

Colocamo-nos sempre contrários ao IVA/Federal e também ao IVA/Estadual, que se busca alcançar.

A implantação do IVA/Federal ou do IVA/Estadual representará a destruição de todas as conquistas da República Federativa, retirando-se a autonomia alcançada pelos entes federativos, e entregando-se à União a concentração do PODER TRIBUTÁRIO.

Saliente-se que o Sistema Tributário Nacional, instituído pela Emenda Constitucional nº 18/65, fixou objetivos fundamentais que são respeitados e, hoje, seguidos por todos os países – a competência constitucional rígida para a criação dos impostos; a cobrança dos impostos relacionada a um acontecimento econômico-social (o fato gerador); e a proibição da superposição na instituição de tributos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios

Precisamos enxugar o número dos tributos nacionais, sem, contudo, macular os nossos princípios básicos.

Constata-se, assim, que o nosso Modelo Tributário Nacional superou, há muito tempo, a exclusiva obediência ao princípio da “não cumulatividade” na base de cálculo dos tributos indiretos.

Não tendo sucesso nos encontros provocados com os representantes dos Estados e dos Municípios brasileiros, o Dr. Bernard Appy, já agora como Secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda, retornou sua investida com “novo ensaio tributário”, transformado pelo Governo, em 28/12/2008, no Projeto de Emenda Constitucional nº 233/2008, com três grandes novidades, a saber: criação do IVA/Federal; um novo ICMS; uma nova distribuição do produto dos tributos federais, através da criação de 7 (sete) fundos específicos.

Recebido na Câmara dos Deputados, a PEC nº 233/2008 foi distribuída para a Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania, recebendo do Relator – Deputado Leonardo Picciani, nova redação, através de Substitutivo aprovado em 02/04/2008.

Enviado à Comissão Especial instalada em 23/04/2008, tendo na Presidência o Deputado Antonio Palocci (PT/SP) e como Relator o Deputado Sandro Mabel (PR/GO), recebeu o Projeto 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) emendas, sendo acolhidas mais de 200 (duzentas) no transcorrer de sua apreciação pelo Relator.

No dia 29 de outubro de 2008, foi apresentado o Relatório do Deputado Sandro Mabel, oferecendo um novo Substitutivo, agora não mais com 14 (quatorze) artigos, mas com 30 (trinta) artigos, compostos de um número incalculável de incisos, alíneas e parágrafos, uma verdadeira “Constituição Tributária Paralela”.

Apesar das grandes alterações introduzidas no Sistema Constitucional, o Relatório, composto por 182 (cento e oitenta e duas) páginas, não mereceu a devida divulgação e a conseqüente transparência, para conhecimento de todos os segmentos da sociedade brasileira, sendo aprovado pela Comissão Especial, em 20 de novembro de 2008.

Merece destaque especial a atitude do Relator ao incorporar ao Projeto de Emenda Constitucional em exame dispositivos constantes de outras PECs, a saber: 31-A/2007; 45/2007; 91/2007; 106/2007; 129/2007; 165/2007; 166/2007; 167/2007; 219/2007; 225/2007; 226/2008; 227/2008; 230/2008; 242/2008 (14 projetos).

Com o apoio das bancadas das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, que acreditam num aumento considerável de suas receitas, mercê da aprovação de 3 (três) iniciativas constantes do texto aprovado - criação do IVA/Federal, instituição de 7 (sete) fundos específicos e, finalmente, o recolhimento do ICMS nos Estados/Consumidores, o Governo Federal tentou, ainda, a sua votação pelo Plenário da Câmara, até as suas últimas forças.

Declara o Presidente da República “que mesmo sendo emblemática, aprová-la é uma forma de combater a síndrome da crise econômica internacional”.

Entretanto, não é este o posicionamento da maioria dos segmentos intelectuais, produtivos e políticos brasileiros, que consideram o projeto de Reforma Tributária confuso que, sendo em tese, para simplificar, tem, nas palavras do Mestre Yves Gandra Martins, “mais dispositivos constitucionais do que todos os sistemas constitucionais tributários de todos os países civilizados ou emergentes da atualidade, sendo sua implantação extremamente complexa”. E completa seu pensamento – “O Governo deve pensar em sair da crise, que é grande, e para a

qual ainda não conseguiu definir efetivamente um plano estratégico capaz de minimizar os seus efeitos”.

Finalmente, antes de iniciar nossa avaliação quanto ao conteúdo do Substitutivo Sandro Mabel, no que concerne ao Projeto de Emenda Constitucional sobre a Reforma Tributária, motivador da presente Indicação nº 022/2008, da lavra do ilustre Dr. Jorge Rubem Folena, permitimo-nos concordar, como participante dos fatos, com o douto economista e atual Governador do Estado de São Paulo – José Serra, quando assim se expressa:

“O Projeto é tecnicamente muito ruim e com mais dispositivos constitucionais do que tem a Constituição hoje. Eu já vi, nos últimos 20 anos, uns 30 projetos. Esse, sem dúvida nenhuma, é o pior de todos. Foi (o projeto) feito com menos conhecimento da questão tributária que eu já vi.

... O que está complicando é que o projeto, que é de autoria de Bernard Appy com o Deputado Sandro Mabel, tem muitas deficiências técnicas que prejudicam a seguridade social, a saúde, a previdência, e cria impostos que vão ser contestados. ...

A questão de São Paulo não tem peso nessa discussão.

.....O que nós queremos é um projeto de reforma tributária que diminua a carga tributária individual, que seja neutro do ponto de vista de Estados, Municípios e Governo Federal. E que melhore a flexibilidade e a eficiência do sistema”. (Publicação do Jornal do Comércio de 01/12/2008 – A-4)

Análise dos Pontos Relevantes da Indicação nº 022/2008

Sem qualquer sombra de dúvida, o autor da presente Indicação ressaltou, com rara felicidade e fundamentação jurídica, os equívocos das propostas confusas, injustas e inconstitucionais contidas no Substitutivo Sandro Mabel, quando do exame e relato na Comissão Especial do Projeto de Emenda Constitucional nº 233/2008, razão pela qual nos colocamos solidários com toda a sua explícita argumentação.

Pretendemos, simplesmente, tecer alguns comentários adicionais, com o firme propósito de oferecer os subsídios necessários, a fim de que o Plenário da Câmara dos Deputados, ao votar a matéria, rejeite “de plano” a proposta em questão.

Substitutivo aglutinativo

Conforme já comentado por ilustres juristas, Deputados e o Governador José Serra, a fusão de vários Projetos ao texto do 233/2008, acrescido de mais de 200 (duzentas) emendas, transformou a proposta em verdadeira - CONSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARALELA.

Desse modo, o Projeto precisa ser profundamente debatido, através de audiências públicas e reuniões transparentes com os representantes da sociedade brasileira, como aconteceu por ocasião da elaboração da Carta Constitucional de 1988, quando tivemos a honrosa missão de assessorar o Deputado Constituinte César Maia.

IVA/FEDERAL (art. 153, VIII e § 6º, IV do Substitutivo)

Válidas todas as críticas do ilustre autor da Indicação, ressaltando, por dever de ofício, que a norma produzirá maior sonegação e problemas de arrecadação por parte do próprio Governo

Federal, porque num mesmo fato gerador do ICMS vai estar embutido o fato gerador do IVA/FEDERAL, e as alíquotas vão se somar.

Por outro lado, quais deverão ser as alíquotas reclamadas dos contribuintes para cobrir a fusão das contribuições sociais e previdenciárias extintas, e propiciar as transferências criadas para os sete Fundos Específicos, a saber: Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal; Fundo de Participação dos Municípios; Fundo Nacional de Desenvolvimento Regional; Fundo Especial de Financiamento de Seguridade Social; Fundo do Programa de Seguro/Emprego (art. 239); Fundo para Financiamento de Investimentos em Infra-Estrutura de Transportes; e Fundo para Financiamento de Educação Básica (art. 212, §§ 5º e 6º).

Pretende-se utilizar somente a receita oriunda dos atuais Imposto de Renda, IPI e o novo IVA/Federal.

Não temos qualquer dúvida, tendo em vista a ausência de quadros estatísticos demonstrativos, que repetiremos os resultados negativos para os Estados e Municípios brasileiros, oriundos da Lei Kandir (Lei Complementar nº 87, de 13/09/1996).

Oportuno destacar que prossegue a competência da União para instituir contribuições com a finalidade de cobrir a Seguridade Social, excluindo-se simplesmente as fontes – receita ou faturamento e o lucro das empresas, e incluindo o produto da arrecadação do Imposto sobre as Grandes Fortunas, tributo ideológico, que nunca foi regulamentado (art. 195 e § 4º do Substitutivo).

Novo ICMS. Alterações nos Dispositivos constantes do art. 155, § 2º, do Substitutivo

Inicialmente, na proposta original, criava-se, pela redação do art. 155-A um novo ICMS, repetindo-se literalmente a redação do atual art. 155, II, da Constituição Federal, que seria revogado. Estava sendo preparado o caminho para a instituição do IVA/Estadual, em legislação federal?

Concordamos plenamente com o douto autor da Indicação, quando afirma que, com o argumento de eliminar a “guerra fiscal”, pretende-se tirar o poder de legislar dos Estados.

A Lei Complementar de caráter nacional, de conformidade com o disposto no art. 24, §§ 1º, 2º e 4º, combinado com o disposto no art. 146, ambos da Carta Constitucional, e ainda o contido no art. 34, § 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, apenas permite a edição de normas gerais, jamais ofuscando as unidades da Federação de sua competência constitucional.

Saliente-se que o IVA/Estadual ainda não vingou.

Como combater as distorções apontadas na aplicação do ICMS:

2.3.1. Alíquotas

Contrariamente ao que determina o Substitutivo, no art. 155, § 2º, inciso IV, as alíquotas devem ser fixadas pelo Senado Federal, quer internas, interestaduais, de importação e exportação, no máximo em quatro grupos de mercadorias, bens ou serviços, mediante estudos e propostas oriundas do órgão colegiado (CONFAZ), através de Resolução aprovada por três quintos dos membros do Senado.

Nas operações e prestações interestaduais entre contribuintes do tributo, seria o imposto recolhido integralmente no Estado de origem e rateado entre os Estados produtores e os consumidores.

A entrega aos Estados de destino da quase totalidade do recolhido, defendida por alguns, mereceu profundos estudos técnicos desde 1973, ainda na vigência do ICM, os quais nunca chegaram a resultados econômico-sociais confiáveis quanto à sua pretendida justiça fiscal.

Pelo Substitutivo, seriam destinados apenas 2% (dois por cento) sobre o valor da base de cálculo do imposto no Estado de origem, conforme o inciso VII, alínea "b", do art. 155, § 2º. Parece-nos baixa, acreditando que deveria ser, em média, de 7% (sete por cento).

Quanto aos Estados, dentro de sua competência constitucional, fixariam as alíquotas internas aplicadas, com observância dos limites determinados pelo Senado Federal, para cada grupo.

2.3.2. Incentivos, Benefícios, Anistia e Isenções do ICMS

Deveriam ser concedidos com fundamento nas normas nacionais estabelecidas nas Leis Complementares e através de leis locais e não pelo órgão colegiado de que trata o inciso XV, como dispõe a proposta.

Caberia ao órgão colegiado em questão elaborar os projetos de Lei Complementar relativamente às matérias mencionadas, mediante aprovação de quatro quintos de seus membros.

Note-se que os atuais benefícios fiscais que causaram a histórica guerra fiscal continuariam a sua trajetória até o final do período de transição, a saber, doze anos da promulgação da Emenda Constitucional.

2.3.3. Prazos de Transição

Longo demais o período de transição para a entrada em vigor dos dispositivos constantes do Substitutivo. No que concerne ao maior imposto nacional – o ICMS, de oito anos originariamente, agora alcançariam doze exercícios para a sua efetiva aplicação.

Lembramos que os prazos temporais no Brasil são longos, citaríamos a edição do diploma legal que regulou o ICMS, a Lei Complementar nº 87, de 13/09/1996, que demorou oito anos para sua edição.

Ideal seria, seguir o exemplo da Carta Constitucional de 1988, que declarava no art. 34, dos Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que "o sistema tributária nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição".

2.3.4. Previsão de Intervenção Federal

Concordamos plenamente com os termos constantes da Indicação, contrários à redação dos arts. 34, V, "c" e 36, V, do Substitutivo. Entretanto, poderá a Lei Complementar que estabelecer as normas gerais do ICMS dispor sobre o processo de apreciação das hipóteses de descumprimento, pelos Estados, das normas nacionais.

Conclusão

Senhor Presidente, demonstrado está, sem qualquer sombra de dúvida, o perigo que representará a aprovação do SUBSTITUTIVO DA COMISSÃO ESPECIAL pelo Plenário da Câmara dos Deputados, não só por serem injustas, confusas e inconstitucionais as alterações do atual Modelo Tributário Nacional, mas, principalmente, por propiciar o aumento da carga tributária, num momento de crise internacional em que se precisa diminuir os custos administrativos e fiscais dos contribuintes.

Diante do exposto, fundamentado na concisa e jurídica argumentação do ilustre autor da Indicação, opinamos que o Instituto dos Advogados Brasileiros, através de sua Presidência, posicione-se publicamente contrário a mais uma improvisada proposta tributária, com ciência direta a todos os ilustres componentes do Congresso Nacional.

Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2008

Alexandre Ribeiro da Cunha Ribeiro Filho

Parecer

Licenciamento Ambiental. Disciplina e competência

Indicação: 065/2004

Indicante: Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3729/2004, de autoria do deputado Luciano Zica

Relator: Luiz Eduardo Lessa Silva

Ementa: Licenciamento Ambiental. Disciplina e competência. Parecer parcialmente favorável à iniciativa parlamentar.

Relatório

O Projeto de Lei 3729/2004 dispõe sobre o licenciamento ambiental, regulamenta o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA), previsto no inciso IV do parágrafo primeiro do art. 225 da CF/88, e dá outras providências.

De plano, cumpre registrar que o PL em questão encontra-se na Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável da Câmara dos Deputados, onde teve apensado o Projeto de Lei n. 3957/2004, de autoria da Deputada Anna Pontes, por basicamente versar sobre a mesma matéria.

Ainda sobre o assunto, tramita na Câmara dos Deputados, já no plenário, o Projeto de Lei 710, de 1988, de autoria do Deputado Fábio Feldman, antes tendo sido e ele apensados pelas Comissões dois outros Projetos, de números 3268, de 1989, de autoria do Deputado Koyu Iha, e 1288, de 1991, de autoria do Deputado Jose Felinto.

O presente parecer, entretanto, abrangerá, como foi pedido, apenas o PL 3279/2004, independentemente, pois, da tramitação conjunta com o PL 3957/2004 e do prejuízo que possa lhe advir da eventual aprovação do PL710/1998.

Dá-se então como justificativa da iniciativa parlamentar a inexistência de regulamentação do inciso IV do parágrafo primeiro do art. 225 da CF/88, bem assim o fato de que a Resolução Conama n. 237/97, que dispõe sobre aspectos do licenciamento ambiental tratados no PL, vem tendo sua legalidade contestada em Juízo, sob o prisma do princípio da reserva legal.

Percorrendo-se o texto do PL em foco, vê-se que a proposta essencialmente envolve a instituição de uma norma geral de licenciamento ambiental, obrigatória a todos os órgãos do Sistema Nacional do Meio Ambiente-SISNAMA (instituído pela Lei 6938/81), admitida, é certo, a imposição de exigências maiores pelos Estados. Reserva-se ao órgão executor (federal) o licenciamento de atividades com significativo impacto regional ou nacional (identificadas no PL), e ao órgão local (municipal) o licenciamento daquelas atividades cujo significados impactos circunscreva-se ao território do município. Todas as demais atividades significativamente impactantes do meio-ambiente ficam sujeitas ao licenciamento pelo órgão seccional (estadual). Esse é precisamente o modelo traçado pela Resolução Conama 237/97.

Ora, a necessidade do licenciamento ambiental prévio de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, como exigência do chamado desenvolvimento sustentado, remonta à edição da Lei Federal n. 6.938, de 31/08/81, que o instituiu como um dos instrumentos chamada Política Nacional do Meio Ambiente (artigo 9, IV), bem como distribuiu competência entre a União, os

Estados Federativos e os Municípios, através de seus respectivos órgãos responsáveis pela execução de programas e projetos ambientais e de controle e fiscalização das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade do meio ambiente.

Aquela altura vigia a Constituição de 1967, com a redação da Emenda n. 1, de 1969, sem conferir destaque qualquer à temática do meio ambiente, a qual assumiria relevo maiôs entre nós principalmente a partir da Conferência de Estocolmo, em 1972.

Entretanto, com a promulgação da Carta de 1988 não só a questão do licenciamento ambiental prévio veio a ter assento constitucional (artigo 225, IV), como também o pacto federativo viu-se reafirmado através da assunção explícita pelos Estados, em comum com a União e os Municípios, de responsabilidades diretas na matéria ambiental, incluindo o combate à poluição em qualquer de suas formas (artigo 23, IV).

Não se ignora que a CF/88 cogitou da fixação de normas para cooperação entre a União, os Estados e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito (artigo 23, parágrafo único), mas subordinou a repartição da competência comum à edição de lei complementar federal, ainda não votada.

Apesar de recepcionada pela Carta de 1988, a Lei n. 6.938/81 careceu de pronta revisão frente à nova ordem constitucional, o que, no que tange à matéria de licenciamento ambiental, veio com a aprovação da Lei Federal n. 7.804, de 18/07/89.

Uma das modificações introduzidas pelo referido diploma legal está justamente na disciplina de atividades e obras com significativo impacto ambiental, de *âmbito nacional ou regional*, mediante inclusão do parágrafo 4º do artigo 10 da Lei n. 6.938/81, assegurando ao Ibama, como órgão ambiental federal, competência para o prévio licenciamento ambiental, em casos que tais.

Posteriormente, com o advento da Resolução Conama n. 327/97 (art. 6º), restou instituído também o licenciamento ambiental pelos órgãos locais (municipais).

À primeira vista pode parecer que se estaria assim já hoje a dividir a competência constitucional dos entes de direito público interno para o licenciamento ambiental prévio de atividades impactantes do meio-ambiente. Mas assim não se dá eficazmente, como se passa a demonstrar.

De início, é necessário atentar que não se registra no citado dispositivo introduzido pela Lei 7.804/89 (como no PL) qualquer atributo expresso de exclusividade. Ora, uma das características da Lei 6.938/81 é justamente a instituição do licenciamento ambiental prévio descentralizado, através do órgão estadual competente integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente-Sisnama, ou ainda diretamente pelo Ibama, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis (artigo 10, *caput*, e parágrafo 2º, com a redação que lhe deu a própria Lei 7.804/89).

Evoque-se, a propósito, o magistério do Professor Paulo de Bessa Antunes, para quem "o ponto fundamental que deve ser considerado é que o licenciamento é basicamente uma atividade a ser exercida pelo Poder Público estadual. As autoridades somente podem atuar em casos definidos, ou supletivamente à autoridade estadual. Os municípios poderão complementar, no que couber, as exigências dos órgãos estaduais para atender necessidades locais." (in *Direito Ambiental*, Lúmen Júris, 6ª. Edição, 2002, pág. 132).

O mencionado princípio de descentralização administrativa é reafirmado no artigo 17 do Decreto Federal n. 99.274, de 06/06/90, que regulamentou por último a Lei 6.938/81.

Na lição do Professor Paulo Afonso Leme Machado, comentando as alterações introduzidas na Lei n. 6.938/81, "procurou-se dar um novo aspecto à presença federal no meio ambiente, deixando o caráter geral de supletividade da atuação do Ibama. Não se está eliminando a intervenção dos Estados e dos Municípios nos licenciamentos de atividades com impacto ambiental de âmbito nacional ou regional. A modificação feita pela Lei 7.804/89 respeitou a autonomia dos entes federados, mantida essa autonomia pela Lei 6.938/81 ao criar o Sistema Nacional do Meio-Ambiente-Sisnama".

Conclui daí o eminente especialista na matéria ambiental afirmando que "existirão atividades e obras que terão importância ao mesmo tempo para a Nação e para os Estados, e, nesse caso, poderá haver duplicidade de licenciamento" (in *Direito Ambiental Brasileiro*, Malheiros, 11ª. Edição, 2003, pág. 262-263).

È dizer: as autoridades federais só podem atuar no licenciamento ambiental prévio quando houver permissão legal ou em caráter supletivo da autoridade estadual. Para o Professor Paulo Afonso Leme Machado "[a] atuação supletiva do Ibama, apesar de a lei não indicar parâmetros, deverá ocorrer, principalmente, em duas situações: se órgão estadual ambiental for inepto ou se o órgão permanecer inerte ou omissivo." (*ob.cit.*, Pág. 262).

Sobre o assunto, esclarece ainda o Professor Paulo de Bessa Antunes que "por atividade supletiva não se deve entender uma atividade exercida em substituição daquela que deve ser desempenhada pelo órgão estadual de controle ambiental, salvo nas hipóteses em que o órgão regional não exista. A atividade supletiva limita-se a atender aspectos secundários do processo de licenciamento. Entende-se, igualmente, como atividade supletiva, a atividade complementar ao processo de licenciamento" (*ob. Cit*, pág. 133).

Não se argumente, em desfavor dessa linha de interpretação do artigo 10, parágrafo 4º. Da Lei Federal n. 6.938/81, que o caput do artigo 4 a o artigo 7, ambos da Resolução Conama n. 237/97, estariam então a conceder ao Ibama competência para o licenciamento ambiental único de obras de âmbito nacional ou regional, assegurando até mesmo a possibilidade de delegação dessa outorga aos Estados, se a atividade for de âmbito regional (segundo o artigo 4, parágrafo 2º.), ressalvada a competência supletiva antes mencionada.

Na verdade, em se contemplando tais dispositivos do referido ato normativo do Conama, como ainda os que ali se propõem a disciplinar a atribuição dos Estados e dos Municípios em matéria ambiental (artigo 5 e 6), não haverá como não concluir por se ter com cada qual deles invadindo esfera de atribuições privativa do legislador federal, ou, antes, do próprio constituinte, qual seja a repartição de competência material, conforme já demonstrado, o que se mostra suficiente para que se retire desses comandos toda e qualquer eficácia jurídica, dada sua inconstitucionalidade e ilegalidade manifestas.

Assevera-o com firmeza o Professor Édis Milaré, para quem indigitado ato normativo do Conama "acabou enveredando por seara que não lhe diz respeito, usurpando à Constituição competência que esta atribui aos entes federados. Deveras, em única penada, afrontou aquele ato normativo tanto o próprio art. 10, que pretendeu regulamentar, como o art. 8, I, da Lei 6.938/81, que se refere ao licenciamento ambiental como atribuição precípua do órgão estadual integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente" (in *Direito Ambiental*, RT, 3ª edição, 2004, pág. 489).

Em outras palavras, a competência constitucional da União, por sua própria natureza, não seria excludente da dos Estados, razão pela qual, no dizer ainda do Professor Édis Milaré, "não

pode ser regulada por lei ordinária e muito menos por mera resolução de órgão da administração, como o Conama” (*ob. Cit.*, pág. 489).

No mesmo sentido colhe-se o magistério de Paulo Afonso Leme Machado, para quem “[a] lei federal ordinária não pode retirar dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios poderes que constitucionalmente lhe são atribuídos. Assim, é de se entender que o art. 10 da lei 6.938/1981 (Lei de Política Nacional do Meio Ambiente) não estabeleceu licenças ambientais exclusivas do Ibama-Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e de Recursos Naturais Renováveis, porque somente uma lei complementar poderia fazê-lo (art. 23, par. Único, da CF); e nem a Resolução Conama 237/1997 poderia estabelecer um licenciamento único. Enquanto não se elaborar essa lei complementar estabelecendo normas para cooperação entre essas pessoas jurídicas, é válido sustentar que todas elas, ao mesmo tempo, têm competência e interesse para intervir no licenciamentos ambientais. No federalismo, a Constituição Federal, mais do que nunca, é a fonte das competências, pois caso contrário a cooperação entre os órgãos federados acabaria esfacelada, prevalecendo o mais forte ou o mais estruturado politicamente” (*ob. Cit.*, pág. 260).

Verifica-se, pois, que no caso de obras com significativo impacto ambiental, de âmbito nacional ou regional, ao lado do licenciamento ambiental prévio pelos órgãos competentes estaduais (tantos quantos sejam os entes federados atingidos) obrigatório será o licenciamento do Ibama, que remanesce supletivo nos demais casos, segundo a regra geral.

Nesse passo, eventual licenciamento ambiental prévio porventura requerido ao Ibama ou qualquer órgão de outra unidade da federação integrante do Sisnama não se terá senão como uma das outorgas administrativas necessárias à atividade potencialmente poluidora, pelo seu indiscutível ambiente nacional ou quando menos regional.

Recorra-se uma vez mais ao ensinamento do Professor Paulo de Bessa Antunes, que assim conclui: “Desejo ressaltar que, evidentemente, no uso da competência administrativa residual de cada um dos integrantes do Sisnama, é plenamente possível que sejam licenças diversas e que a concessão de uma delas, por si só, não seja suficiente para autorizar determinado empreendimento.” (*ob. Cit.*, pág. 133).

A possibilidade de comprometimento do meio-ambiente, em caso de acidentes, justifica a razoabilidade da interpretação em favor da exigência de licenciamento ambiental prévio do Ibama, sem excluir o dos demais Estados atingidos por uma obra de âmbito nacional ou regional.

Nesse cenário, é de se concluir que o PL em exame prospera no mesmo equívoco que presidiu a alteração da Lei 6.938/81 e a edição da resolução Conama 237/97, invadindo a competência alheia, inclusive no que tange ao licenciamento municipal exclusivo, ao qual aplica-se a mesma linha de raciocínio exposta.

Assim, o PL não merece aprovação ao distribuir entre os entes da federação competência que o legislador constituinte estabeleceu lhes ser comum, ao menos à falta de lei complementar federal que venha a instituir formas de cooperação mútua (artigos 1,2 e 4).

Prevê ainda o PL que todos os órgãos do SISNAMA se submetam ao processo de licenciamento nele disciplinado (art.1), ainda que possam os Estados e Municípios estabelecer procedimentos, normas e critérios próprios e mais rigorosos, não conflitantes com a lei ou Resoluções do Conama (art. 5, par. 1º. e 2º.), o que constitui verdadeiramente norma geral, passível de instituição por lei ordinária federal (CF/88, art. 24, VI e parágrafos). Assim também se dá quanto à fixação de prazo máximo (não superior a 6 meses) para manifestação

conclusiva do licenciador sobre pedidos de licenciamento ambiental, inclusive para os Estados (art. 5, cabeça).

No art. 6º. O PL relaciona entre os empreendimentos potencialmente causadores de significativa degradação do meio ambiente aqueles como tal considerados pelo licenciador (em inadmissível concessão puramente potestativa e subjetiva), assim como aqueles outros empreendimentos considerados poluidores apenas pelos Estados, prosperando no estabelecimento de normas gerais.

Por outro lado, o PL referenda no seu art. 7º, os atuais três tipos de autorização administrativa praticados a nível federal (art. 8º da Res. Conama 237/97), a saber: Licença Prévia (a ser agora concedida com base no EPIA, por prazo determinado, passível de renovação ou revogação), Licença de Instalação (a ser agora concedida com base no projeto executivo aprovado, por prazo determinado, passível de renovação ou revogação) e licença de Operação (concedida após verificação da compatibilidade da instalação com as condições das licenças anteriores e do EPIA e do projeto executivo aprovado, por prazo determinado ou indeterminado, sendo a obra ou atividade passível de declaração de desconformidade por motivo superveniente de ordem ambiental).

Tenho, todavia, que a licença não poderia ser validamente revogada no curso de sua validade, quando concedida por prazo determinado, pois tal ofenderia o direito adquirido do empreendedor e o princípio da segurança jurídica. Essa observação aplica-se ainda ao inciso III do art. 21 do PL.

Do mesmo modo, e pelo princípio da irretroatividade das leis, somente em caso de licenças sem prazo determinado poderia ser válida a declaração de desconformidade do empreendimento por motivo superveniente de ordem ambiental, ressalvados ao casos de fato grave para a saúde ou o meio ambiental, em que a ordem pública impusesse a cessação da atividade ou obra (conf. Paulo Afonso Leme Machado, ob. Cit. Pág. 266. Sem fazer essa ressalva, v. Paulo de Bessa Antunes, ob. Cit. Pág. 126/130)

Também institui a lei processo de licenciamento ambiental simplificado (art. 8º.), inclusive para os Estados (não também para os Municípios), nos casos de empreendimentos que não sejam potencialmente causadores de significativa degradação ambiental, o que, creio, constitui contradição insuperável, na medida em que o licenciamento ambiental está previsto apenas para as situações opostas.

Como pontos positivos do PL podemos destacar o artigo 9º., que trata de empreendimentos que estejam inseridos em planos e programas, exigindo-se para estes também licenciamento ambiental prévio, em etapa única; o art. 10º., que cuida de mitigação de efeitos danosos ao meio ambiente desde a concessão da licença, incluindo a realização periódica de auditorias ambientais e a contratação de seguro de responsabilidade civil por dano ambiental, não obstante o encarecimento do empreendimento; os artigos 11, 26 e 28, que ampliam a publicidade do processo de licenciamento ambiental.

Dispõe ainda o PL sobre a Taxa de Licenciamento Ambiental Federal (art. 27), instituída pela Lei Federal 9960/00, sem alteração significativas, especialmente em tema de valores.

Por força do regime que institui, o PL propõe por fim a revogação do parágrafos 1º. e 2º. Do art. 10 da lei 6938/81.

Destarte, a meu sentir padece de vício de inconstitucionalidade parcial a indicação 65/2004, do Exmo. Sr. Presidente desse Instituto, pelo que manifesto-me favorável à sua aprovação,

apenas no trato do licenciamento ambiental *federal*, ressalvada a eficácia de normas de caráter eminentemente geral.

Este é o parecer, s.m.j.

Rio de Janeiro, 4 de março de 2005.

Luiz Eduardo Lessa Silva

Expediente

Normas de publicação

1. Envio do Artigo

Os trabalhos jurídicos inéditos enviados pelos associados do IAB para publicação na Revista Digital devem ser encaminhados por mensagem eletrônica dirigida ao endereço <revistadigital@iabnacional.org.br>, com o assunto "artigo para publicação".

2. Requisitos do Arquivo

O arquivo de texto deverá ser encaminhado no formato DOC (Microsoft Word). Não serão aceitos arquivos no formato HTML, PDF, imagem ou escaneamento, assim como arquivos compactados.

3. Regras de Formatação

- Texto com o mínimo de 10 e o máximo de 20 páginas. Solicitamos atenção para as novas regras de ortografia
- Deve conter título, nome do autor e sumário.
- Título em negrito e caixa alta.
- Sub-títulos em negrito, sem caixa alta.
- Folha A4.
- Fonte Verdana, corpo 10.
- Margem superior e inferior de 2,0 cm e laterais de 1,5 cm.
- Parágrafo alinhado à esquerda.
- Espaçamento entre linhas de 1,5 cm.
- Alinhamento justificado.
- Não numerar as páginas.
- Referências bibliográficas ao final do texto, de acordo com as normas da ABNT. Não inserir referências bibliográficas em notas de rodapé.
- Notas de rodapé fonte Verdana, corpo 8.
- Destaques do texto devem fazer uso do itálico.
- Citações de outros autores devem ser feitas entre aspas.

4. Apresentação do Autor

Deve ser encaminhada juntamente com o artigo a apresentação do autor, com o máximo de 3 linhas.

5. Avaliação

Os artigos serão submetidos à avaliação do Conselho Editorial da REVISTA DIGITAL.



IAB INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
NA VANGUARDA DO DIREITO DESDE 1843

Revista Digital

Autorização para Publicação de Artigo

Na qualidade de titular dos direitos de autor do artigo “.....” , original e inédito, assumo a responsabilidade da autoria e de seu conteúdo, declarando expressamente que autorizo sua publicação em formato eletrônico na REVISTA DIGITAL do Instituto dos Advogados Brasileiros, podendo o referido artigo ser disponibilizado em qualquer formato de texto, imagem ou som e por qualquer prazo, na página eletrônica institucional, mantida no endereço <www.iabnacional.org.br>.

Declaro estar ciente de que nenhum valor me será devido a título de pagamento de direitos autorais e ter conhecimento de que qualquer interessado poderá acessar, ou reproduzir o referido artigo por meio de transferência remota de arquivo (download), não cabendo ao IAB qualquer responsabilidade pelo uso indevido do artigo em causa.

Local, data

ASSINATURA

Nome Autor:

Identidade:

Endereço eletrônico:

Ficha Catalográfica

Revista Digital.

Instituto dos Advogados Brasileiros.

Ano 1, nº 1

(abril/junho 2009)

Trimestral